UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE TRABAJO SOCIAL
Tesis Licenciatura en Trabajo Social

**Jóvenes en conflicto con la ley:
las leyes de ayer y de hoy. Avances y retrocesos**

Ana Lía Lapaz Brazeiro

Tutor: Sandra Leopold

2012

Dedicatoria...

Para vos Papá, porque aunque ya no estés físicamente con nosotros, más que nadie sabes cómo luchar para conseguir realizar este sueño. Ahora te puedo decir,

¡Conmigo no pudieron!

Vos más que nadie sabes lo que es enfrentar la capital tapada de miedos, dejando tu casa, la familia, los amigos, el pueblo.

Para todos aquellos chicos del interior del país, que como yo debieron enfrentar la gran ciudad, les digo que se extraña, se llora, se piensa en volver todo el tiempo, pero lo más importante es tener siempre visualizada la meta y no dejar que las eventualidades del mundo escrachen nuestros sueños.

Cuando parece que no se aguanta más, siempre aparece un motivo de aliento.

Luego cuando se llega a la meta el corazón se agrada de tanta felicidad que repetimos todo el tiempo, ¡la época de estudiante es sin duda la mejor época!

Porque se siente nostalgia y ni les digo como se siente...

Nunca dejen de correr por vuestros sueños, aunque ello lamentablemente implique muchas veces tener que dejar atrás una infinidad de cosas, no olviden que con perseverancia se llega a la meta...

Introducción.....	1
Capítulo I: “CN en el Uruguay moderno”	4
1.1 “La minoridad ¿un problema social?	4
1.2 “La “metamorfosis” de una economía dependiente”	7
1.2.1 La familia.....	10
1.2.2 El adolescente.....	11
1.3 “Efectos en el sistema jurídico nacional”.....	12
1.3.1 El adolescente sujeto omitido en el CN	13
1.3.2 El lugar reservado a la familia en el CN.....	15
1.3.3 ¿Cómo se percibe la infracción en el CN?	16
1.3.4 Procedimientos y medidas a seguirse según el CN	19
1.3.5 Acciones a ser llevadas a cabo por el Estado según la política del CN	21
Capítulo II- “CNA en el Uruguay del siglo XXI”	23
2.1 “La necesidad visible de un cambio”	24
2.1.1 Panorama mundial... ..	24
2.1.2 Situación nacional... ..	29
2.2 “Un Uruguay diferente”	31
2.2.2 Escenario social y cultural.....	32
2.3 “CNA: un pacto sin aviso”	37
2.3.1 El adolescente sujeto reconocido en el CNA	37
2.3.2 En el CNA ¿Qué lugar y función son asignadas a la familia?	42
2.3.3 ¿Cómo se concibe la infracción en el CNA?.....	45
2.3.4 Medidas y procedimientos previstos por el CNA.....	49
➤ Son principios orientadores del proceso penal juvenil:	49
➤ Diversas instancias en el proceso penal juvenil	51
➤ Medidas socioeducativas: privativas o no privativas de libertad.....	54
➤ Construcción punitiva de los problemas sociales.....	59
2.3 Rol y acciones del Estado según política del CNA.....	60

Capítulo III- “Objetivos cumplidos/deudas pendientes”	64
3.1 “La adolescencia: de la omisión al reconocimiento”	65
3.2 “La familia: prioritaria responsable por los derechos de la niñez/adolescencia” .	68
3.3 “Infracción: de un simple accidente a la construcción de tipos delictivos”	69
3.4 “Medidas y procedimientos: de la indeterminación a la determinación”	70
3.5 “Acciones del Estado: de la protección a la represión/persecución”	71
Capítulo IV- “La lectura del pasado ilustra el presente y permite proyectar el futuro”	74

Introducción

El presente trabajo constituye la Monografía final de grado de la Licenciatura en Trabajo Social, de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República.

La misma se titula: **“Jóvenes en conflicto con la ley. Las leyes de ayer y de hoy. Avances y retrocesos”**.

Se han elegido las palabras de Ignacio Martínez para introducir este trabajo, porque se cree que de forma muy sencilla, con un tono un tanto irónico traduce el pensamiento de muchos con respecto a la adolescencia y a la infracción. Temáticas muy presentes en nuestros tiempos en el ámbito político, en el académico y en el todo social, que fueron elegidas para ser estudiadas en esta monografía.

El fantasma del miedo

“Nuestra sociedad está enferma. Los EEUU dicen que están siendo atacados, invadidos. La defensa de sus intereses equivale a poder invadir cualquier rincón del mundo. La seguridad nacional es prioridad. El terrorismo es el principal enemigo. La psicosis se impone y entonces hay que invertir en gastos militares y todo se justifica en aras de la protección de los intereses de la sociedad estadounidense. Aquí no estamos tan lejos. El síndrome de la inseguridad gana terreno. Los malos “son los menores infractores”. Así se los denomina como si fueran así. No cometen infracciones o están en infracción. No. “Son infractores”, es decir, ser menor o joven o pobre o mulato o habitante de zonas rojas, ya de por sí determina que “sean” infractores, (viejo problema entre los verbos “Ser” y “Estar” que ¡oh sorpresa!, en inglés son el mismo verbo).

Nadie los incorpora a la inseguridad. Ellos, los chicos malos, no están en la inseguridad. En la inseguridad estamos nosotros, los buenos, los que estamos expuestos a ser atacados, robados, rapiñados, asesinados. Ellos, los malos, no. No están expuestos a nada. Ni al hambre, ni a la soledad, ni al rechazo, ni a la desintegración. ni a la violación, ni al golpe, ni al desmadre y al despadre, ni a la incertidumbre, ni a la droga, ni al ninguneo. Ellos, los chicos malos, están seguros en algún lugar del cosmos. Nosotros somos los pobres inseguros. Por eso nos tenemos que defender y se impone rebajarles la edad para imputarlos, penalizarlos, castigarlos. ¿A qué edad? No importa. Primero a 16 años, luego a 14, después a los 12 y tal vez algún día a cualquier edad porque la escalerita descendente sigue (...).”

Ignacio Martínez (escritor)

Basta con escuchar un programa informativo de la prensa local, para darse cuenta que la cuestión de los jóvenes en conflicto con la ley despierta un sentimiento alarmante en nuestra sociedad. Los medios de comunicación, son los agentes que se encargan de ponernos en conocimiento de la visión que el colectivo social asume con respecto a la temática.

En cuanto se comienza a anunciar el parte policial, aparecen casi de inmediato aquellos hechos que involucran a “menores” etiquetados como “presuntos criminales”, “sujetos de gran peligrosidad”, “los dueños de las calles”, “ellos andan sueltos nosotros nos enrejamamos”, “se adueñan de nuestras cosas y nadie hace nada”, “vienen matan y todo queda porque sí, claro son menores”. Estas son algunas de las expresiones que se repiten una y otra vez cuando los periodistas entrevistan a alguna de las víctimas de los hurtos, rapiñas, copamientos cometidos por jóvenes.

Como joven ciudadana, como estudiante de grado de la Licenciatura en Trabajo Social, me siento enormemente motivada al estudio de la temática de los jóvenes en conflicto con la ley. Por humilde que sea mi aporte, como futura profesional tengo un compromiso ético y moral con aquellos que a mí entender son “seleccionados y vulnerables ante el sistema penal juvenil¹”, que no por casualidad son en su gran mayoría “varones, jóvenes y pobres²”.

Con la realización de este trabajo no pretendo solamente obtener mi título de grado, que sin duda será una gran realización personal, sino que busco que el mismo despierte en todo posible

¹ Uriarte; 2006.

² Ídem.

lector, como sujeto que vive en sociedad y hace parte de la misma, el compromiso y responsabilidad que la temática planteada necesita para cambiar su rumbo.

Es necesario pensar la adolescencia y la infracción desde un lugar distinto al del “temor” y la “represión” como respuesta, hay que pensarlas desde el lugar de una sociedad que realmente se sensibiliza y presta atención a los problemas que viven los jóvenes en nuestro país. Que no se remite a dar respuestas como la baja a la edad de imputabilidad, solo que se esté buscando continuar superpoblando las cárceles mientras que la problemática de fondo sigue intacta. Es en busca de aportar algún elemento que contribuyan con este cambio que se desarrolla esta monografía.

La misma se realiza teniendo como eje central la adolescencia y la infracción, que aparecen como sustrato teórico principal y también como puerta abierta para seguir profundizando a partir de las reflexiones finales del trabajo.

Se cree que ambas temáticas deben ser tratadas por lo menos desde una doble perspectiva, histórica y crítica. Enfocar estos temas desde una perspectiva histórica implica desnaturalizar el tema de los derechos, concebirlos como el resultado de las luchas de clases, de avances y retrocesos. Desde una perspectiva crítica se pretende trascender el sentido común, porque se es consciente que las cosas no siempre son como aparecen ante nuestros ojos. Es por ello que García Méndez (2010) nos recomienda ponernos los anteojos de la crítica.

¿Y porque elegir trabajar la temática de los jóvenes en conflicto con la ley desde su condición jurídica? Por se cree que la preocupación cero, que debe anteceder todas las demás preocupaciones que surjan sobre esta temática, es el tema de la pertinencia jurídica de nuestros textos normativos.

El objetivo general es aquel al que tiende todo el trabajo, el mismo se ve materializado, canalizado por un conjunto de objetivos específicos más concretos que tienden a la consecución del mismo. Consiste en analizar comparativamente los cuerpos normativos del Código del Niño³ de 1934 y Código de la Niñez y la Adolescencia⁴ de 2004, fundamentalmente en lo que refiere a las categorías conceptuales: adolescente, familia, infracción, medidas y procedimientos, acción estatal.

Para ello, se cree necesario contextualizar espacio y tiempo en que se desarrollan cada uno de los textos discursivos, ya que se entiende es el contexto el que les da sustancia y pertinencia. Se tiene como propósito señalar similitudes y diferencias que presentan ambos textos con respecto a la percepción que tienen de cada una de las categorías en cuestión, así como también identificar avances y retrocesos normativos, que permitan visualizar como nos encontramos con respecto a los parámetros internacionales en materia de adolescencia e infracción.

Si partimos del supuesto de que los textos normativos a ser estudiados de algún modo traducen las ideas hegemónicas de una sociedad en un momento dado, cabe preguntarse ¿ha cambiado la forma en que se percibirse la adolescencia y la infracción?, ¿qué lugar se le ha dado a la familia con respecto a la temática en cuestión?, ¿qué acciones desde el Estado se han realizado?,

³ En delante CN.

⁴ ídem CNA.

¿está ajustada la normativa nacional a los parámetros internacionales en materia de adolescencia e infracción?

El trabajo monográfico que se desarrollará en las siguientes páginas es una investigación de corte fundamentalmente cualitativo.

La estrategia metodológica de este estudio consiste en trabajar con fuentes secundarias, con el discurso normativo de ambos Códigos, así como también realizar una búsqueda bibliográfica sobre el tema que permita una aproximación a la realidad más completa y que sirva para ampliar líneas de reflexión.

La estructura del trabajo está organizada en cuatro capítulos.

El capítulo primero, que se titula **“CN en el Uruguay moderno”**, está estructurado en tres subcapítulos que pretenden transportar al lector al Uruguay del novecientos. Desde allí, se intenta visualizar cómo fueron los inicios de la atención a los menores de edad en nuestro país; como se presentaba el escenario uruguayo en lo económico, social y cultura; para luego enfocar el trabajo al estudio del CN, específicamente de las cinco categorías en cuestión.

El capítulo segundo, que se titula **“CNA en el Uruguay del siglo XXI”**, está estructurado en tres subcapítulos que tienen como finalidad justificar la necesidad de un cambio en materia jurídica con respecto a la niñez/adolescencia, que fuera acorde a las nuevas características de la sociedad y a los parámetros internacionales ratificados por el país. En un primer momento, se busca describir los cambios en materia jurídica que se fueron sucediendo en el período inter códigos, luego se intenta contextualizar el Uruguay en los alrededores del siglo XXI y se finaliza el capítulo analizando el CNA a través de las cinco categorías elegidas para ser trabajadas.

El capítulo tercero, se titula **“Objetivos cumplidos/deudas pendientes”**. En este capítulo se realiza un análisis comparativo de lo que ambos textos normativos (CN de 1934 y CNA de 2004), exponen con respecto a las cinco categorías analíticas (adolescencia, familia, infracción, medidas y procedimientos, acción Estatal) estudiadas en los capítulos I y II. Se rescatan aquellas cuestiones que supongan similitudes y diferencias, avances y retrocesos en materia jurídica para nuestro sistema penal juvenil.

El cuarto capítulo, se titula **“La lectura del pasado ilustra el presente y permite proyectar el futuro”**, en este el lector se encuentra con algunas líneas de reflexión que pretenden inspirar a aquellos que estén comenzando sus investigaciones o a quienes por diversos motivos hayan querido leer esta monografía. Deseando siempre realizar algún aporte, para de cierta manera devolver todo aquello que se ha encontrado en cada libro, artículo, revista consultada sobre la temática, que fue la base fundamental para poder realizar este trabajo.

Capítulo I:

“CN en el Uruguay moderno”

En un primer momento del capítulo, haciéndose referencia al Uruguay del siglo XIX, se expone brevemente cuáles fueron las primeras instituciones que se encargaron de la atención a los menores de edad⁵, el lugar que socialmente estaba reservado a la familia y a al menor en los estatutos legales existentes.

Luego de una breve revisión histórica, el segundo apartado tiene como cometido transportar al lector al Uruguay del novecientos y destacar los cambios que este trajo consigo.

En un tercer momento, para finalizar el capítulo se expondrán teóricamente las cinco categorías elegidas para ser trabajadas en esta monografía desde la perspectiva del CN, que luego servirán para realizar un análisis comparativo con respecto a la visión que de ellas tiene setenta años más tarde el CNA y así responder a las preguntas de investigación planteadas en la introducción.

1.1 “La minoridad ¿un problema social?”

Al decir de Portillo (1989) desde los tiempos de la independencia el país conoció algún tipo de protección a los menores. En los comienzos de la República existía una muy débil preocupación de la diligencia política al respecto, con ámbitos de intervención muy reducidos.

La reproducción biológica y social se resolvía al interior de la unidad familiar, que en esos tiempos predominaban las organizaciones familiares extensas. Esto fue así, hasta que la sociedad uruguaya comenzó a recibir una gran cantidad de inmigrantes que llagaba al país en busca de una oportunidad para mejorar sus vidas, provocando un crecimiento social y natural de las ciudades sobre todo de la capital y sus alrededores.

Estos cambios trajeron consigo un desdibujamiento de la familia extensa y la aparición de nuevos fenómenos de “anomia”⁶ social. La aparición de los “vagos”, “los menores abandonados”, los “pequeños rateros o delincuentes”, los “viciosos”, los mendigos y la necesidad de contener a esta población que generaba problemas para la sociedad estable hasta aquel momento.

A principios del siglo XIX la asistencia a los sectores más carenciados de la sociedad estuvo a cargo de las “Hermanas de la Caridad”. Dicha institución tenía como cometidos la asistencia médica pública, la atención e internación a alienados, atención a mendigos, atención y educación de huérfanos y expósitos.

En 1818 se crea la Inclusa, con la dirección del Dr. Dámaso Antonio Larrañaga. En esta funcionaba el “torno” en el que eran depositados niños que en su gran mayoría se creía pertenecían a hogares pobres, así como hijos de madres solteras de clase alta o hijos ilegítimos. Se trató de una forma de entrega de niños no deseados de forma anónima, donde lo único que se pretendía era

⁵ En este trabajo el término “menores” es utilizado para hacer referencia a los niños y jóvenes que todavía no han alcanzado la mayoría de edad según el parámetro etario establecido en el país que actualmente son los 18 años.

⁶ La anomia es una categoría analítica utilizada por Emilio Durkheim en su obra “El suicidio” de 1897. Hace referencia en las sociedades modernas a aquellas situaciones en las que el individuo no se identifica con las normas existentes. Lo que no quiere decir que el individuo no tenga normas o reglas a seguir. La anomia se puede dar tanto en épocas de prosperidad como de crisis. Se refiere a las situaciones de desintegración social, cuando el individuo pierde el sentimiento de pertenencia. Es la preocupación principal de Durkheim ya que según él pone en juego la solidaridad social necesaria en cada sociedad.

evitar que se dejaran niños abandonados en cualquier parte peligrando su vida. Consistía en una cuna giratoria donde se depositaba al niño y se la empujaba quedando este en el interior de la institución.

“El torno expresa un modelo de política en donde coexiste un bajo grado de aplicación de conocimiento científico- técnico en la consideración del menor, con una primera y global consideración del problema de la minoridad abandonada en la que lo único que se define con claridad es la conformación de una institución cocentracionaria que localice y agregue esta disfunción social”. (Portillo; 1989: 14)

Desde fines del siglo XIX el abandono fue muy discutido, la existencia del torno fue puesta en tela de juicio por el Dr. Morquío. Los principales oponentes a este argumentaban con razones de tipo médicas, se creía que si se conocían los orígenes de niño, las condiciones del embarazo, la existencia o no de enfermedades crónicas, era posible controlar futuras enfermedades así como contagios con los demás niños que ingresaban al orfanato.

Desde 1911 se propuso como alternativa al torno una Oficina de Admisión, en la que la persona que dejaba al niño podía manifestar el motivo. De este modo, se superaba el anonimato del abandono, se sabían los datos del niño y los de su familia.

Se daba comienzo a la investigación administrativa de la familia y de las condiciones que llevaban al abandono del niño. Más allá de las motivaciones médicas se transforma en un servicio de control del abandono.

“(…) el servicio que había sido pensado para situaciones provocadas por la inmoralidad- en general de la mujer pobre- se había transformado en un refugio de hijos adulterinos, posibles frutos de las prácticas de seducción. Para muchas madres pobres se había transformado también en la posibilidad de criar a sus hijos a través de un disfrazado vínculo laboral⁷. Pero también se transformo en un refugio para los hijos legítimos de la pobreza, de los inmigrantes que poblaban los conventillos, de la población rural venida a la ciudad”. (De Martino; 1995: 33)

Hasta 1933 existieron ambas modalidades, aunque la preferencia de la sociedad era ampliamente por la Oficina de Admisión.

Por ley, desde el veinte de julio de 1889 se habían colocado los establecimientos públicos que existían en la capital bajo la dirección de la Comisión Nacional de Caridad y Beneficencia. Dicha institución tenía un carácter honorario y dependía directamente del Poder Ejecutivo. Para financiar los trabajos de la Comisión, la misma ley establecía que administrase la lotería de la caridad siendo prácticamente su única fuente de financiación.

De esta forma, el Estado comenzaba a disputar con las instituciones religiosas el espacio de tutela social, el campo de protección de los menores y de los pobres en general pasando de la caridad a la beneficencia pública. Esta disputa entre lo político y lo religioso llega a su fin con la creación de la Asistencia Pública Nacional en noviembre de 1910.

⁷ Es pertinente aclarar que en muchos casos las madres dejaban a sus hijos en la institución y luego se ofrecían como nodrizas para cuidar de ellos.

En el Uruguay de fines del siglo XIX y principios del siglo XX las normas que regulaban las disposiciones que tuvieran que ver con la minoridad eran muy dispersas, incluso las diferencias entre el niño y el adulto no eran claras.

Se identifica como el primer estatuto legal con respecto a los menores de edad el provisto por el Código Civil vigente a partir de 1869. El mismo fijaba la mayoría de edad a los veintiún años, mientras no alcanzara esa edad el hijo estaba bajo la patria potestad de su padre, lo que le cedía a estos ciertos derechos en la persona y bienes de sus hijos así como también facultad para la corrección de los mismos siempre que lo creyera necesario. Incluso de considerarlo podían recurrir a la fuerza pública para ejercer su autoridad, la cual no era cuestionada en absoluto. De esta manera, los menores de edad quedaban bajo la protección familiar hasta los veintiún años, edad hasta la que eran considerados incapaces para la mayoría de los actos. El menor quedaba protegido pero a su vez limitado hasta prácticamente la mitad de su vida, dado que la esperanza de vida para la época rondaba en los cincuenta años.

En este Código Civil también quedan fijadas disposiciones referentes a la pérdida de la patria potestad, el papel de los menores a efectos sucesorios, la adquisición de la capacidad de disponer, entre otros.

“(…) el Código Civil desde la mitad del siglo XIX define con toda claridad y precisión la ubicación del menor en la sociedad, pero muy especialmente en la familia”. (Portillo; 1989: 15)

Cuando se trataba de jóvenes que transgredían las normas penales la historia no era la misma, el peso de la ley les caía encima desde muy temprana edad.

El Código Penal de 1889 establecía que a partir de los doce años los individuos eran susceptibles de ser tratados como adultos, lo que debía establecer el juez si habían actuado con o sin discernimiento, es decir, con conciencia clara de sus actos. Si el resultado era positivo la pena aplicada era atenuada, en caso contrario se procedía de la misma forma como si de un adulto se tratase.

Es necesario mencionar que en 1877 se crea la Escuela de Artes y Oficios para niños/adolescentes *“vagos en el más completo abandono, entretenidos en juegos perniciosos con molestia de los transeúntes”.* (De Martino; 1995: 39)

De esta manera, los menores abandonarían las calles y al mismo tiempo aprenderían un oficio que luego les permitiría ingresar al mercado laboral en mejores condiciones.

En 1911 se crea por ley el Consejo de Protección de Menores, como primer organismo administrativo que se encargaría específicamente de la protección de los menores desamparados tanto material como moralmente. Los legisladores de la época entendían que la situación y conflictos de los menores no debían seguir dependiendo de la iniciativa privada, sino que el Estado debía dar una solución a esta problemática social. Para ello, el Estado necesitaba una institución especializada en la materia como pretendió ser este Consejo.

En la misma ley queda establecida una clasificación de las distintas situaciones en las que podían dividirse a los jóvenes. Los mismos podrían ser delincuentes, viciosos y simplemente abandonados, que son los considerados abandonados moralmente. Se deja de lado el criterio de discernimiento, se vuelca la mirada sobre el individuo infractor poniéndose interés en conocer la

situación del mismo y de su entorno. Lo que no se especifica es el tratamiento que deberían seguir los menores ni tampoco en los plazos de los mismos, el Juez fijaba a su criterio el tratamiento educativo o correctivo que considerase. Las bases del tratamiento educativo o correctivo fueron la educación y el trabajo.

El trabajo, entendido tal como lo define Barrán en las siguientes líneas:

“El trabajo reunía todas las virtudes. No era posible sin el orden y la obediencia recobrados, fijaba la pasión convirtiéndola en actividad social valorada, implicaba el autocontrol, moralizaba, y, por último pero no menos importante, rendía frutos económicos (...)”. (Barrán; 1993: 49)

En líneas generales así se comenzaba en nuestro país a legislar, a crear instituciones que prestaran atención a los “problemas” que generaban algunos menores de edad, que no por casualidad eran en su mayoría pertenecientes a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

1.2 “La “metamorfosis” de una economía dependiente”

Según Nahum (2011) el último cuarto del siglo XIX estuvo caracterizado por cambios cuantitativo y cualitativo de importancia a nivel mundial. En la industria, las grandes potencias como lo eran en aquel entonces Estados Unidos y Europa, dominaron sobre los demás sectores de la economía produciéndose así una “segunda revolución industrial”.

Las economías centrales buscan adaptar las periféricas a sus propias necesidades, recibían de estas materias primas y alimentos, colocaban bienes manufacturados y capitales.

Los países periféricos para poder hacer parte de este círculo económico, debieron producir cambios en su interior que les permitiera adecuarse al mundo moderno. No fueron solamente adaptaciones económicas sino también político- administrativas y culturales. Este proceso de adaptación se llamo en nuestro país modernización.

“(...) en el último cuarto del siglo XIX el Uruguay experimentó un fuerte empuje de modernización. El país fue parcialmente sustraído de los patrones tradicionales, adaptándose mejor a las exigencias del sistema capitalista (...). La evolución del país, entonces, se procesó por el estímulo externo y no coincidió necesariamente con las reales necesidades de la sociedad uruguaya”. (Nahum; 2011:7)

Se trataba de una cultura que buscaba cambiar sus valores, hábitos, costumbres para adquirir los que la modernización económica y cultural exigía como nuevos parámetros.

“La sociedad se estratificaba con mayor celeridad y se modernizaba. Esto indicaba el surgimiento de una sociedad burguesa y la necesidad de una nueva disciplina social que permitiera anclar los restos de barbarie al proceso civilizatorio capitalista. Los aliados de este proceso fueron la escuela valeriana, la Iglesia Católica y la medicina. Surgía el culto a los nuevos dioses: trabajo, ahorro, disciplina, orden, salud y higiene”. (De Martino; 1995: 17)

La sociedad necesitaba disciplinar, los sectores populares estaban en la mira y serían los destinatarios de este proceso. Serán las llamadas “lacras de la modernidad” en palabras de Morás (1992) haciendo referencia a las prostitución, la sífilis, el alcoholismo, los “inmigrantes indeseables”, los hijos ilegítimos y la incidencia que estos tenían en la mortalidad infantil, los menores

abandonados, el trabajo de menores en las calles, los indicados como factores negativos para el desarrollo del país. Sobre ello se debería actuar si se pretendía culminar con los “males sociales”.

La obsesión de la sociedad de la época por el orden, el auto control, las prácticas higiénicas y la salud, hizo con que el médico se convirtiera en el agente capacitado para vigilar, castigar a aquellos que tanto mal causaban a la sociedad con sus vicios, desordenes, enfermedades y pestes.

“Higiene, orden y obediencia eran una triada indisoluble, conductas- porque eso debían ser antes que nada- que se alimentaban mutuamente y se resguardaban una a otra. Cuando el pobre fuese limpio, ordenado y obediente, será posible su felicidad, el progreso del país y el triunfo de la salud”. (Barrán; 1993:116)

Por eso se persiguió al pobre, ya que estos debía ser salvados, los ricos por el contrario se salvaban solos. La moral e higiene que practicaban estos últimos coincidía con los parámetros que la sociedad moderna quería establecer, por eso no necesitaban ser disciplinados y además contaban con los medios materiales para llevarlos a cabo.

El dispensario y el hospital se convirtieron en lugares donde se curaría, disciplinaria a los pobres. El hospital era el mecanismo por excelencia para disciplinar a los sectores populares, al recluirlos en dichas instituciones era posible practicar un control total de sus actividades.

En el ámbito familiar este control no era posible, ya que el médico no sabía cómo se llevaban adelante las prescripciones médicas, desconocía si se practicaba algún tratamiento casero a base de yuyos, hierbas que las madres aplicaban a sus hijos. Conocimientos que habían adquirido de sus antepasados femeninos y que se transmitía de generación en generación como parte del saber popular que tanto los médicos condenaron.

En este contexto social, la prostituta era vista como la culpable de esparcir la sífilis desde los sectores más bajos de la sociedad a los más altos de la misma. Eran las que, en términos de Barrán (1993) “entretenían” a los “maridos insatisfechos” que luego contagiaban a sus “inocentes esposas” e iniciaban a los “adolescentes burgueses” poniendo en peligro la vida de los futuros herederos.

El poder médico persiguió constantemente a las prostitutas, buscando que se inscribieran en el registro público, donde se las obligaba a una revisión paga de su cuerpo dos veces por semana, una revisión humillante y muchas veces también dolorosa. Si se detectaba que alguna estuviera enferma se la recluía en el Sifilicomio, en esta institución recibían un disciplinamiento higiénico-moral estricto. Pero el verdadero estigma no era ser prostituta, sino ser prostituta pobre.

“Para el pobre, ingresar al hospital era, también, enfrentarse al mundo de los enemigos, porque era el mundo de los negadores de su forma de ser, a la que calificaban, sarmientinamente de “bárbara”.

El tiempo vivido por los pobres en el hospital podía ser el de la recuperación de la salud o el encuentro con la muerte, pero siempre era sin duda, el tiempo del desprecio”. (Barran; 1993: 22)

Sobre el “loco” pobre también se aplicaron diversas violencias físicas cuando estos ingresaban al manicomio, tales como raparles el pelo, hacerlos guardar reposo por períodos prolongados de tiempo, hasta ponerles chaleco de fuerza para inmovilizarlos. La principal causa de internación en el manicomio era el alcohol, uno de los tantos males al que la sociedad del novecientos buscaba poner fin.

La combinación de la prostitución o la locura con la pobreza era terreno propicio para ejercer el autoritarismo, que muy bien supo aprovechar el saber médico de la época.

“Este saber requería el uso del cuerpo humano para su profundización y su enseñanza. Aquella sociedad y aquel poder médico determinaron que el cuerpo usado de preferencia fuera el de los pobres”. (Barrán; 1993:58)

Entre 1925 y 1930 comienza a desarrollarse la idea de crear un “cuerpo de visitadoras sociales” que se encargarían de llevar a los hogares la enseñanza de las prácticas higiénicas, sobre economía doméstica, alcoholismo, sífilis, tuberculosis, prostitución, presupuesto familiar, conflictos de trabajo, utilización del tiempo libre, entre otras. Además de encargarse de la realización de la “ficha social” donde se hacía un registro de la situación de la vivienda, de los “vicios”, “errores”, “comportamientos” y “voluntades”. De esta manera se podían buscar y ubicar a las familias que debían ser disciplinadas.

El higienismo autoritario también actuó sobre las viviendas, pertenencias y costumbres de los pobres. Quemo sus ranchos, sus pertenencias, condeno sus prácticas cotidianas, sus hábitos y lo aisló.

“El higienismo del Novecientos conducía a una privatización absoluta de la vida, hecho que lo colocaba en las antípodas de la cálida y plebeya sociabilidad popular, hecha de contactos, ademanes afectuosos, encuentros hechos norma, parloteo de cercanías y no de respetuosas distancias, uso de objetos y consumo de alimentos y bebidas en común, una sociabilidad del compartir más que del poseer personal”. (Barrán; 1993:176).

Para la cultura popular aislarse era impensable, necesitaba compartir sus vidas con sus iguales, aprehender de sus ancianos, adquirir saberes prácticos para su cotidianidad. El mate, en estos sectores de la sociedad fue visto como instrumento clave de la sociabilidad, como elemento indispensable de las comuniones familiares luego de una larga jornada laboral y de las charlas en el patio del conventillo entre vecinos. La esencia de la cultura popular pasaba por el compartir, por la alegría que causaba el contacto.

Para la cultura burguesa la vida debía darse en la intimidad del hogar, en la lectura, en la vida ordenada y planificada.

Las controversias entre los dos sectores de la sociedad se daban en todos los ámbitos de la vida, no solo en sus prácticas, hábitos cotidianos, sino también en sus formas de relacionarse socialmente, de pensar la vida, el trabajo, el placer, la salud y la enfermedad.

Se generaron entonces dos verdaderos polos culturales, donde los enfrentamientos se tornaron inevitables, entre los que predicaban la modernización (y todo lo que esta trajo consigo), y quienes resistían a ella porque veían su cultura despreciada, condenada, su intimidad violada, su dignidad desconocida, sus cuerpos usados, invadidos en pos de una curación muchas veces no alcanzada.

Los sectores populares resistieron de diversas formas a este enfrentamiento cultural. Las prostitutas engañaban a los inspectores, se fugaban del Sifilicomio y aterrorizaban a los hombres con el contagio. Sin embargo, las resistencias eran las menos, la sociedad estaba en vías de la aceptación del saber y el poder médico.

1.2.1 La familia

Lo social, según De Martino (1995) es un nuevo lugar pendiente entre lo público y lo privado, híbrido, donde se entretajan las más complejas relaciones entre la sociedad y la familia que jamás pueden ser homogéneas. Es en este nuevo lugar donde se establecen las nuevas reglas del mercado y las más complejas relaciones humanas, donde se entrecruzan la familia y el Estado, los restos de barbarie con los nuevos valores, los sectores sociales opuestos, el saber médico y saber popular. Por lo tanto, un lugar en constante transformación, cubierto de conquistas y derrotas.

“(…)lo social puede ser como visto dominio móvil, lentamente construido en el devenir histórico de los tres últimos siglos, ubicado en los intersticios de los anteriores sectores, teniendo nuevas articulaciones y conglomerados; como registro no lineal, donde las normas y los mecanismos de regulación adquieren mayor relieve que las leyes, donde se condensan tanto los valores familiares como los políticos, tanto las prácticas profesionales como los objetos de regulación e intervención sobre el matrimonio, la sexualidad, la niñez, la adolescencia, los sectores populares y los burgueses”. (De Martino; 1998: 22)

La familia en esta sociedad *“(…) es al mismo tiempo reina y prisionera (…) parte de “lo social”, aquello sobre lo cual se ejerce el “policiamiento” y el control”. (De Martino; 1998: 21)*

Es vista como institución social investida de múltiples funciones, se espera que satisfaga las necesidades biológicas, psicológicas y sociales de sus miembros en un marco de afectos, contención y límites. El Estado se hace presente cuando esta falla en la función que le es asignada, ya sea, como vigilante o brindando un subsidio económico temporal que permita mantener al menor en su familia de origen. Pero cuando esto no es suficiente se hace cargo del menor.

En este nuevo ámbito el Estado ya no persigue ni controla solo el cuerpo de los pobres buscando disciplinarlo, sino que se mete en lo más profundo de la intimidad familiar buscando direccionar todos los aspectos de su vida. Ámbitos que antiguamente eran reservados a la familia y a los grupos más íntimos, ahora la sociedad busca dominar.

En este proceso de transformación familiar ambos extremos de la sociedad eran afectados, sectores burgueses y sectores populares son *“objeto de una constante moralización y normalización”. (De Martino; 1998: 24)*

La mujer para la cultura del novecientos debía aprender a ser madre y si era madre pobre con más razón todavía, necesitaba recibir instrucciones ya que su ignorancia era indiscutible.

“Indudablemente que se necesitaba estudios para ser madre. Primeriza, apenas nacido su hijo, ya vemos a la abuela intervenir en la crianza (...) sus viejas amigas han de colocar calientes cataplasmas de cenizas, ajos o inmundicias análogas sobre el vientre del niño o han de hacer pender de su pescuecito el pequeño saco que contiene los frescos colmillos de la araña, talismán poderoso para que rompan las encías de los dientes. Mientras tanto, su verdadera madre, ajena a los deberes, deja morir insensiblemente a su hijo que tanto adora cuando permite tan criminales extravagancias”. (De Martino; 1995: 28)

A la mujer burguesa también se la llamo a cumplir sus deberes de madre, se la condeno cuando delegaba en las nodrizas el cuidado y el amamantamiento de sus hijos, se busco terminar con la

idea de que la lactancia envejecía y dañaba el cutis de la mujer, pregonando la idea de que el niño que fuera criado a pecho era muy raro se enfermase.

1.2.2 El adolescente

Según Barrán (1998) en el novecientos aparece en escena una nueva figura, el adolescente. Un actor social diferente al “mozo y la moza” del ochocientos, que en la pubertad pasaban de la juventud a la adultez casi de inmediato.

El varón púber, era expulsado tempranamente de su familia de origen para iniciarse en la vida del trabajo, del aprendizaje o del ejército y el posterior pero no muy lejano casamiento; por su parte, la mujer púber se volvía adulta casi de inmediato, a través del casamiento y la maternidad que se sucedían una a la otra en un breve período de tiempo.

La sociedad y los poderes morales del ochocientos legitimaban este proceso. El Código Civil de 1868 permitía el casamiento de la mujer a partir de los doce años y del hombre a partir de los catorce.

La cultura del Novecientos creó la imagen de un joven rebelde con sus mayores y con los valores que estos buscaban transmitirles. Una figura contestataria que buscaba trazar su trayectoria con independencia de los adultos. Un joven que vivió conteniendo su sexualidad, que buscó su intimidad e individualidad. Un verdadero problema para las clases medias y altas que debían cuidar a sus herederos, evitar que estos se rebelasen contra la imposición de los valores paternalistas. Así apareció el conflicto intergeneracional ausente en el Uruguay del ochocientos.

Con la modernidad, se extendieron los años de formación educativa así como también la edad para contraer matrimonio y tener hijos. Esta nueva época demandaba mejores condiciones de vida, más difíciles de acceder dadas las complejidades económicas crecientes. Los hijos permanecieron más tiempo en la familia de origen bajo la dependencia de sus padres, habilitándose así un período de moratoria, entendido como un tiempo de gracia que tiene el adolescente para prepararse para la adultez.

“La pubertad, entonces, ocurría fuera del matrimonio y la sociedad no vinculaba ya el nacimiento del deseo con su legitimación, particularmente en el caso de la mujer, pues la doble moral imperante en el Novecientos le exigía a ella la continencia prematrimonial; al joven, en cambio, se le permitían <<libertades>> y en ciertos casos aun se las estimulaba por parte de la familia, temerosa de que su iniciación sexual tardía afectase su virilidad”. (Barrán; 1998: 183)

Los poderes del Novecientos: padres, maestros, curas y médicos hicieron de la culpa una característica del adolescente y vigilarlo una de las tareas más importantes a llevar a cabo.

Desde el consultorio médico se vigiló al adolescente varón y desde el confesionario a la adolescente mujer. Ambos poderes condenaron la sexualidad de los púberes, la masturbación como el gran mal de la adolescencia que podía poner en riesgo la vida “(...) <<debilitadora>> del entendimiento y anemizadora del cuerpo”. (Barrán; 1998: 186)

Buscaron de diversas formas contener este mal que según los médicos del novecientos tenía señales visibles en los jóvenes. Había que evitar ciertas costumbres como el permanecer en la cama luego de despiertos, la soledad del cuarto individual y el perdurar en el baño por mucho tiempo. Vigilar al adolescente se volvió una obsesión para aquella sociedad, se creía que el mejor método

para lograrlo era que el joven se vigilase a sí mismo, para eso era necesario que internalizara la culpa.

“Probablemente la preocupación y la culpa que inculcaba la sociedad hicieron mella en las personalidades inseguras y todavía dependientes. Probablemente, el escrúpulo religioso invadió más a la <<niña>> y el consejo sanitario al varón, pero ambas <<razones>> podían conducir por igual a dramas interiores y modificar las conductas”. (Barrán; 1998: 192)

La histeria femenina ante el deseo culpable se vivió en el novecientos una característica de la joven soltera, que se curaría con la consumación del acto sexual con el hombre. Una vez más la sociedad del novecientos dejó en evidencia una suerte de hegemonía masculina presente en los centros de poder.

El adolescente fue reconocido como un nuevo actor social, dicho reconocimiento tuvo como consecuencia la pérdida de su autonomía, de la oportunidad de influir en la mentalidad y conductas dominantes del orden social que la “moza y el mozo” del ochocientos si las tuvieron.

El descubrimiento, preocupación y disciplinamiento del niño/adolescente en la sociedad uruguaya tuvo su por qué. La mortalidad infantil fue una de las grandes preocupaciones de la época, debido a la escases de población. A este problema se le sumaba la preocupación por el descenso de los nacimientos, problema que se acentuaba ante las altas tasas de mortalidad. A futuro faltarían brazos para llevar adelante la producción del país.

Es en este contexto donde caben las siguientes apreciaciones de Barrán;

“(…) ahora esos seres “pequeños” y “desviados” convocan a la sociedad entera a la “ternura” y a la abnegación, tal vez entre otros motivos, porque ya comenzaban a ser escasos”. (Barrán; 1998: 117)

Como lo anuncia el subtítulo, en el novecientos se produjo una “metamorfosis” en la sociedad uruguaya. Se utilizó esta metáfora para hacer referencia a un período en el que tuvieron lugar profundas transformaciones en el país, consecuencia directa de ser una economía dependiente. Situación que aún hoy mantenemos, por lo cual estamos siempre adaptándonos para ser parte del círculo económico que empujan las grandes potencias.

Pues bien, ¿qué pasa cuando estas adaptaciones no coinciden con las reales necesidades del país? Interrogante que se mantendrá abierta dado que su respuesta da lugar a múltiples interpretaciones que exceden los límites de este trabajo.

Quedando en líneas generales presentada la sociedad uruguaya novecientos, se procederá a trabajar en las próximas páginas con el CN, entendido como un sistema jurídico consecuente de un determinado momento de la historia, se expondrán teóricamente las cinco categorías a ser trabajadas desde la perspectiva de este Código, que luego servirán para realizar un análisis comparativo con respecto a la visión que de ellas tiene setenta años más tarde el CNA.

1.3 “Efectos en el sistema jurídico nacional”

La denominación “Modelo del 34” utilizada por Álvaro de Portillo alude en términos de políticas sociales a una propuesta con una integralidad nunca antes lograda, que además de buscar unificar la legislación tutelar nacional existente pretendía ser una política social aceptada por todos ya que involucraría a toda la sociedad, y por lo tanto a todos los niños y jóvenes del país.

“Con una perfecta sincronización, y ejemplo de asimetría jurídica, el modelo de 1934 se expresa en tres grandes formulas: el Código del Niño, el nuevo Código Penal y el Consejo del Niño. En ellos se define una normatividad abarcadora de los menores (...). En síntesis, una minuciosa regulación que se apoya en una fuerte intervención estatal centralizada”. (Portillo; 1989:20)

Para el objetivo de esta monografía se trabajará con una de las tres fórmulas que conforman el “Modelo del 34”, el CN.

El proyecto del mismo fue elaborado por la Comisión redactora de la Legislación del Menor, elevado a la Asamblea Deliberante en febrero de 1934 y aprobado ese mismo año. Cabe destacar que dicho cuerpo normativo fue elaborado por intelectuales de gran prestigio para la época, médicos en su mayoría⁸. Está organizado en dos partes, en una primera parte se encuentra la Exposición de Motivos, donde se deja justificado el articulado que luego encontraremos en una segunda parte. La Exposición de Motivos se divide en cuatro capítulos, el capítulo segundo será el más utilizado según los cometidos de este trabajo. Se trabajará a su vez con la segunda parte, con los capítulos del Código que se consideren más pertinentes.

A continuación el lector se encontrará con una exposición teórica de las cuatro categorías analíticas elegidas para ser analizadas en esta monografía según el CN. Es necesario aclarar que lo expuesto a continuación de ninguna manera agota todo lo que el Código trata sobre cada una de estas categorías, sino que se realizó una revisión exhaustiva y excluyente que trato de abarcar principalmente aquellas cuestiones más ligadas con la adolescencia y la infracción. De esta forma no se perdería de vista que esta monografía se realiza teniendo como eje central, como sustrato teórico principal a ambas categorías.

1.3.1 El adolescente⁹ sujeto omitido en el CN

Según Fessler (2008) el CN ocasionó un cambio radical en la legislación existente hasta aquel entonces al sancionar la inimputabilidad de los menores de 18 años. Lo que queda expresado en siguiente artículo:

*“Artículo 119. Los menores de 18 años de edad que cometan delitos o faltas y los menores de 21 años de edad que se encuentren en estado de abandono moral o material, serán puestos a disposición del Juez Letrado de Menores, quien previa la investigación sumaria del caso, dictará sentencia sometiéndolos al régimen de vigilancia y protección de acuerdo con las disposiciones de esta ley. (...)”.*¹⁰

De esta manera se cierra un ciclo donde niños y jóvenes en conflicto con la ley eran tratados como adultos, cumplían las mismas penas y eran sometidos a iguales procedimientos. Por primera vez quedaban establecidas claramente las fronteras entre el mundo adulto y el mundo del niño. Lo que no se discrimina son las características fisiológicas y psico-sociales que hacen diferente a niño y adolescente.

⁸ Si se tiene en cuenta lo expuesto en páginas precedentes sobre el poder médico en la sociedad del novecientos, la afirmación anterior resulta evidente.

⁹ Es pertinente dejar en claro que cuando en este trabajo se hace mención al adolescente, se está haciendo alusión a ambos géneros. Lo mismo ocurre cuando se menciona el término niño, salvo se deje en claro lo contrario.

¹⁰ Código del Niño; 1934, artículo 119.

El CN pretendió una protección completa durante todas las etapas de vida del niño desde el día en que fuese engendrado. Para eso el Consejo del Niño, órgano rector que creó este Código, organizó su trabajo a través de la creación de ocho divisiones técnicas: prenatal, primera infancia, segunda infancia, adolescencia y trabajo, higiene, educación, servicio social y jurídica.

En el cuerpo del Código se pueden encontrar tipificadas situaciones que establecen que ciertos actos, acciones son consideradas como prohibidas, lo cual, configura el entramado social, las relaciones entre niños-jóvenes con sus pares, con los adultos, con la familia y con el resto de la vida social.

Se prohibió en el mismo la venta de tabaco y bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años, así como la asistencia de los menores de cinco años al cine. Los mayores de cinco podrían hacerlo pero no en las secciones nocturnas y cuando las representaciones a ser exhibidas tuviesen contenido educativo o moral adecuado para la edad. Además queda prohibida la venta de cualquier tipo de impresos con figuras obscenas a menores de dieciocho años y se califica a la mendicidad infantil como *“una verdadera escuela de vicio y degeneración, no debe ser tolerada en ningún caso (...)”*.¹¹

En el CN se ratifica la obligatoriedad de la enseñanza primaria de los seis a los catorce años establecida por ley desde 1885. Se crea el Registro del Censo Escolar en cada distrito, donde todo padre o tutor de niños comprendidos entre los seis y los catorce años debía declarar donde reciben instrucción cada uno de sus hijos, de no hacerlo recibiría un castigo. Este censo también llevaría un control de la asistencia y las calificaciones del alumno.

En el proceso judicial que surgió a partir de este nuevo Código, bajo la terminología infancia se pudo distinguir dos grupos diferentes: niño y menor. Cuando se hace referencia a “niño” se lo asocia con aquel sujeto menor de dieciocho años que se encuentra en situación de riesgo, de desamparo, por lo tanto objeto legítimo de la asistencia, sobre quién debía caer toda la protección y el amparo. Por otra parte, cuando se utiliza el término “menor” se lo asocia a aquel individuo trasgresor de la ley, infractor, que presenta problemas de conducta dado su origen social y familiar.

Con respecto al trabajo CN dispone lo siguiente,

“Artículo 226. Se prohíbe a los menores de 18 años todo trabajo que perjudique su salud, su vida o su moralidad, que sea excesivamente fatigante o que exceda sus fuerzas. El Consejo del Niño resolverá que trabajos son insalubres o peligrosos para la preservación física y moral del niño”.¹²

Con el fin de evitar lo antes dicho, todo menor de dieciocho años para trabajar debía poseer un certificado que acreditase su aptitud física. El mismo sería otorgado gratuitamente por cualquier médico que tuviese carácter oficial concedido por el Consejo del Niño.

Se haría una excepción con los menores de catorce años y mayores de doce años autorizando su trabajo en la pequeña industria, siempre que este fuese necesario para su propio sustento, el de sus padres o hermanos. Estos podían ser empleados siempre y cuando miembros de su familia también trabajasen allí, con autorización de los padres y luego de haber culminado la enseñanza primaria.

¹¹ Código del Niño; 2004: 25.

¹² Ídem, artículo 226.

El Consejo del Niño se encargaría de vigilar que se cumpliera lo anterior y obligaría a los menores trabajadores a un examen médico anual para comprobar que el trabajo que realizaban no estuviera excediendo su capacidad física.

El menor de dieciocho años podría trabajar como máximo seis horas diarias y debía gozar de un día de descanso luego de seis días seguidos de trabajo, no podría ser empleado en trabajos en horarios de la noche que estuvieran comprendidos entre las veintiuna horas y las seis de la mañana, a excepción de los menores que trabajasen en el servicio doméstico.

Quedaba prohibido el trabajo en lugares públicos para varones menores de dieciséis años y mujeres menores de dieciocho años solteras, bajo la amenaza de ser juzgados como abandonados, solo podrían hacerlo con la autorización del Consejo del Niño.

El empleo de menores de dieciocho años en aquellos trabajos cuya venta, distribución, exposición fueran contra la moral y las buenas costumbres no era admitido.

Serían los mismos menores los que deberían administrar los frutos de su trabajo exclusivamente. Si diere lugar a conflictos cualquiera de las partes se podía presentar ante el Consejo del Niño, quien disponía la cantidad que debía ser depositada mensualmente en una institución bancaria. Este depósito sería inembargable y solo podría ser retirado cuando el menor cumpliera la mayoría de edad, salvo autorización especial del Consejo.

Los empleadores, padres o tutores que violasen alguna de las disposiciones anteriores serían debidamente castigados ya sea con multa e incluso los padres o tutores podrían tener la patria potestad limitada o hasta perder la misma.

1.3.2 El lugar reservado a la familia en el CN

Al decir de las autoras De Martino y Gabin (1998) el Código del Niño de 1934, la Constitución y el Código Penal vigentes en la época, plasman a nivel jurídico un modelo de familia como la legítima, un modelo que contiene al niño en su interior. Se reconoce como legítima a la familia nuclear, donde convivían los cónyuges con sus hijos que no superaban el número de dos o tres. La familia es definida como la unidad reproductora/afectiva, como ámbito privilegiado para que crezca el niño. Por lo tanto es la responsable de la producción y reproducción de sus miembros. Según las autoras antes mencionadas,

“(…)la familia, pobre o pudiente, sea en niños sanos o enfermos debe responsabilizarse de su salud, de su educación, de su formación para el trabajo en la edad adulta y todo ello a través de prescripciones explícitas acerca de lo que debe y de lo que no debe hacer en relación al chico. Con la mujer como “reina del hogar” y el hombre como “buen padre de familia””. (De Martino y Gabin; 1998: 51)

A su vez, en la Exposición de Motivos del CN se identifica al hombre como proveedor material y la mujer como más humana, sensible y comprensiva de los problemas del niño, de “buen corazón”, encargada de la atención y del cuidado de los niños, ancianos y enfermos, la administradora de la economía doméstica.

Es en este contexto donde se hace evidente lo expresado en el Código,
“(…)la protección a la infancia es en su esencia, primero, una defensa del niño, después, del niño con la madre, considerado como binomio inseparable, y siempre, de ambos como integrantes de la

familia, legítimamente constituida y conservada como base de la sociedad. Todo desorden que lo separe de esta línea debe ser corregido.”¹³

Un cambio importante en materia jurídica que surge con el CN es la llamada investigación de la paternidad, a pesar de las dificultades que ello pueda traer con la familia y los hijos legítimos. En este caso prima el vínculo de sangre, las normas biológicas, el derecho natural por sobre cualquier otro. En el capítulo catorce del citado Código queda establecido el derecho que tiene todo niño a saber quiénes son sus padres, quienes pueden presentar la demanda de investigación de la paternidad, el procedimiento y medidas del caso.

En el artículo ciento setenta y cuatro, se deja constancia que la madre puede presentar dicha demanda desde el quinto mes de embarazo hasta que su hijo cumpla los veintiún años, si esta fuera menor el Consejo del Niño le nombrará un curador. A su vez el Consejo del Niño como institución puede iniciar esta demanda según queda establecido en el siguiente artículo;

*“Artículo 177. El Consejo del Niño iniciará de oficio la investigación de la paternidad, cuando tenga conocimiento de que un niño ha sido inscripto como hijo de padre desconocido, o que ingrese a sus establecimientos, un niño sin filiación paterna, o cuando un menor lo solicite”.*¹⁴

La demanda se deberá presentar por escrito aclarando el nombre del que se dice es el padre del niño y el domicilio de este. Si el padre reconoce al niño, el Juez fijara la pensión alimenticia que será entregada a la madre o tutor del menor para su administración. Si el presunto padre se niega al reconocimiento del niño, se llamará a la presentación de testigos y se recibirán pruebas de ambas partes.

No podrá ser usada como causal para no reconocer al niño el mal comportamiento de la mujer. Cuando la demanda presentada resultará “engaño o mala fe” de la demandante, esta pagará por el delito contra el estado civil de la persona.

Sin que se lograra el reconocimiento ante la justicia de la paternidad, el hijo natural no tendrá derecho sobre la sucesión del padre. Este hijo natural llevará el apellido de la madre mientras no sea reconocido por su padre, la misma será quien tenga la patria potestad del niño siempre que haya iniciado la demanda de investigación de paternidad. La patria potestad del niño la tendrá el padre, siempre y cuando este lo haya reconocido voluntariamente.

El padre no queda exonerado de la pensión alimenticia cuando su hijo cumpla los veintiún años, si este resultase incapaz de abastecerse a sí mismo por alguna imposibilidad tanto física como mental.

1.3.3 ¿Cómo se percibe la infracción en el CN?

Como ya se ha mencionado en el desarrollo de la categoría adolescente, con el CN de 1934 surge bajo el término infancia dos concepciones cubiertas de significación: Niño y Menor. Se aclaró qué cuando en este cuerpo normativo se hace referencia a “menor”, se lo asocia con aquel individuo que aún no ha cumplido los dieciocho años y que presenta problemas de conducta, que trasgrede las normas establecidas cometiendo algún delito o falta. Este delito o falta queda definido en el capítulo segundo del CN de la siguiente manera;

¹³ Código del Niño; 1934: 60-61.

¹⁴ ídem, artículo 177.

*“El delito cometido por un niño o por un adolescente es muy a menudo un episodio, un simple accidente de su vida de libertad, de vagancia o de abandono; otras veces es el fruto inevitable del ambiente que se respira en un hogar vicioso o desorganizado; otras es la consecuencia de estigmas congénitos o adquiridos; en ningún caso importa conocer detalladamente las circunstancias constitutivas del hecho cometido, para determinar la gravedad objetiva del delito; lo que interesa, en cambio, es saber cuáles son los factores que han colocado al menor en la pendiente del crimen, para alejarlo de ella y para impedir que caigan otros en la misma (...)”.*¹⁵

La cita anterior deja en claro que para dicho cuerpo normativo el delito es un “accidente” en la vida del menor y que son las circunstancias del ambiente o de la herencia familiar lo que lo llevan a accionar contra las normas establecidas. Aparece a su vez una importante construcción significativa y relación entre las categorías jurídicas abandono e infracción, como si de una cosa sola se tratase, como si aquel “menor abandonado” estuviera de por sí predispuesto a la infracción debido a su condición social. Queda establecido así como una suerte de ley natural entre ambas categorías jurídicas.

“Abandono e infracción constituyen, entonces, un “magma” jurídico, y retroalimentan a partir de una concepción causal explicativa, multifactorial del delito (...); el abandono es factor del delito, y el delito a su vez, es un momento del abandono. La clave está en el abandono moral como construcción comprensiva, además, del delito; la declaración del abandono moral constituye la columna vertebral de la doctrina de la situación irregular. Abandono/Infracción, infracción /abandono, en suma, es un producto –magma- que no resulta alterado por el orden de los factores”. (Uriarte; 1999: 37-38)

Por ende, el CN entiende que “menores abandonados o delincuentes” deben recibir la misma protección, ya que, el delito no es más que un síntoma visible de una situación de abandono anterior. El abandono, categoría jurídica de gran importancia en el CN en tanto es lo que el legislador busca prevenir o sancionar, es definido en el artículo ciento veintiuno de la siguiente manera;

*“A los efectos del artículo 119 se entenderá por abandono moral la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por parte del menor, de actos perjudiciales a su salud física y moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor; su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con gente viciosa o de mal vivir. Estarían comprendidos en el mismo caso las mujeres menores de 18 años de edad y los hombres menores de 16 que vendan periódicos, revistas u objetos de cualquier clase en calles o en lugares públicos, o ejerzan en esos sitios cualquier oficio, y los que sean ocupados en oficios perjudiciales a la salud o a la moral”.*¹⁶

Esta definición considera a la sociedad como un todo homogéneo tanto social como culturalmente, por lo tanto, es una definición arbitraria que trae consigo ciertas pautas morales que son aplicadas por el operador de turno de acuerdo a sus convicciones culturales. Aparecen penalizadas actividades que hacen parte de la vida cotidiana de la pobreza, vistas quizás como única alternativa de sobrevivencia. El sistema penal de esta forma estaría seleccionando a través del CN y de su artículo ciento veintiuno un estilo de abandono, el de la pobreza.

¹⁵ Código del Niño; 1934: 30

¹⁶ Ídem, artículo 121.

Es por ello, pertinente considerar la definición de los delitos como una construcción social y económica que depende de las circunstancias, es decir del espacio y del tiempo. La sociedad “civilizada”¹⁷ para contener las prácticas de determinados sectores de la población que no coincidían con los valores que la modernidad quería dejar asentadas en la sociedad, las sanciona, las constituye como delitos, las reprime e intenta evitar que se sigan propagando.

“(…) actividades que son inherentes al modo de vida de los pobres, de los indigentes pasan a ser, según la letra del Código, condiciones que configuran la categoría abandono y dan lugar a lo que muchos especialistas denominan criminalización de la pobreza y de lo que eufemísticamente se denomina hoy “estrategias de sobrevivencia”. (De Martino y Gabin; 1998:55)

Cuando en el Código se hace referencia a la investigación que debe seguir el Juez para estudiar el contexto social del “menor”, las causas del abandono pueden ser diversas.

El mecanismo institucional del artículo ciento veintiuno del CN, es la solución que se encontró para controlar el complejo problema de los menores abandonados. Sin embargo, según Uriarte (1999) no están contenidas en esta categoría jurídica las situaciones de subocupación o desempleo que viven los demás integrantes del grupo de convivencia, así como tampoco las condiciones insalubres de que los menores son objeto.

El abandono se presenta al decir de Morás (1992) no solo como un daño al cuerpo físico de los menores, sino también como un evidente problema que daña el cuerpo social. Se trata de un individuo que no está sujeto a los valores morales ni higiénicos calificados como correctos, por lo tanto es un cuerpo que en potencia es portador de enfermedades infectocontagiosas y un alumno excelente de la calle, reconocida como la escuela de los peores vicios y restos de barbarie. Salvar a estos menores significaba preservar un recurso que ya comenzaba a ser escaso en nuestro país. El problema aparece cuando la protección se confunde con el encierro disciplinario de las instituciones.

“El problema del abandono, haya o no haya trasgredido la ley, es siempre el mismo, y su resolución no puede encararse sino mediante el estudio de su real personalidad para arrancar los brotes antisociales, y encarrilar y hacer fructificar los buenos, que existen casi siempre escondidos en el seno de estos seres mucho más ineducados que malos”. (Berro; 1990:143)

En el CN aparecen como causales del delito, el género y las condiciones de vida, los lugares y camaradas que frecuenta, la manera de ser y el carácter de los tutores, la desintegración familiar. De esta manera aparece la infracción como un síntoma de la desviación del niño y de su familia de las normas, de los modelos establecidos como legítimos. Sin embargo, se deja explicitado en la exposición de motivos, en el capítulo catorce, sección sexta, como la causal de todos los males sociales que involucran a niños y jóvenes de la época la natalidad ilegítima.

“En nuestro país (...) mueren más del cincuenta por ciento de los niños ilegítimos que nacen. Y se explica fácilmente el hecho; la depresión moral de la madre provocada por el injusto abandono, la pobreza, el exceso de trabajo que la obliga a mantenerse hasta el último día de sus labores habituales, para disimular la falta, y después del nacimiento la separación forzosa del hijo y de la madre, separación debida más que a la situación social de la madre a la miseria absoluta en la que se encuentra, son los factores que conspiran contra la vida del pequeño. (...) los asilos, las colonias

¹⁷ Término utilizado por José Pedro Barrán en su libro “Historia de la Sensibilidad en el Uruguay” de 1994.

correccionales y las cárceles comprueban en forma permanente que el hijo ilegítimo es un predestinado del dolor, del desamparo y del crimen. Y se explica lógicamente este hecho: el hijo natural carece en la mayor parte de los casos de los elementos materiales y espirituales necesarios para defenderse en la vida”.¹⁸

Es por ello, entre otras cosas que este Código establece la investigación de la paternidad como una innovación jurídica.

1.3.4 Procedimientos y medidas a seguirse según el CN.

Desde el CN se establece la creación de una jurisdicción especial, el Juzgado Letrado de Menores. El mismo contaría con la presencia de un Juez que debía intervenir en todos aquellos asuntos que involucran a menores y que requirieran la actuación del Estado, sin distinguir entre abandonados y delincuentes. El Juez tendría la responsabilidad de ser un “buen padre de familia” antes que ser un buen magistrado, debía tener gran conocimiento sobre la niñez y su procedencia ser ajena a la carrera judicial, podría permanecer en el cargo por cinco años con la posibilidad de ser reelecto.

*“Se requiere un magistrado especial, de condiciones especiales y con atribuciones especiales; que maneje muchachos y no papeles; que en presencia de un joven delincuente esté habilitado para averiguar si la causa del delito es la herencia, el abandono moral, la mendicidad, la prostitución, la irregularidad escolar, las deficiencias de higiene, los malos ejemplos, los malos tratamientos, etc., adoptando con rapidez y energía las medidas del caso; que actué con los padres ajustando, si es necesario, los resortes de su autoridad; sin los padres, cuando no existan o no estén en condiciones de hacer sentir su influencia eficazmente; o contra los padres, cuando sean indignos de ejercer la patria potestad. (...) 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 psicólogo y sobre todo, un buen padre de familia, que tenga gran vocación por el cargo y que lo desempeñe como un verdadero sacerdocio”.*¹⁹

Se establece que el interés del Juez debe ser por averiguar las causas, directas o indirectas, recientes o no tanto que pudieran haber llevado a que el menor cometiera la falta, no importando en ningún caso los detalles del acontecimiento para determinar la gravedad de lo sucedido. El crimen, es considerado desde el Código como un índice engañoso de la temibilidad del criminal.

Para lograr los cometidos que la cita anterior menciona, la ley no fija el procedimiento que ha de seguirse en cada situación, dado que considera que la gama de delitos es infinita por lo tanto imposible preverse todos los casos de antemano. Se limita a disponer, a través del artículo ciento veinte del Código ciertas obligaciones que debe cumplir el Juez;

*“Para el esclarecimiento de los hechos y los antecedentes personales o de familia del menor, el Juez oírá siempre a éste y a sus padres o guardadores, se trasladará a los lugares que juzgue necesarios y decretará todas las diligencias, informes y exámenes que juzgue oportunos (...).”*²⁰

A su vez en todos los casos según lo dispone el artículo ciento diecinueve, deberá el menor ser sometido a un a un examen psiquiátrico dentro de las primeras cuarenta y ocho horas de su

¹⁸ Código del Niño; 1934: 40-41.

¹⁹ Ídem: 30- 31.

²⁰ Ídem, artículo 120.

detención. En caso de no ser posible ser evaluado por un profesional de esta área, deberá serlo por otro profesional calificado.

En el CN queda restringida la concurrencia a las audiencias solo para aquellas personas cuya presencia es necesaria para el esclarecimiento de los hechos.

Se prohíbe en el artículo ciento veintinueve, la divulgación por parte de los medios de comunicación de noticias o notas gráficas en referencia a las infracciones cometidas por menores, ya que se considera que esto puede afectar la sensibilidad del chico además de que puede oficiar como fuente de imitación para otros.

En caso de ser detenido por la policía un joven in fraganti delicto, que manifieste ser menor de dieciocho años, quién lo detiene debe ponerlo a disposición del Juez y dejar constatado de oficio los datos que pueda obtener con respecto al lugar de los hechos, de quienes son sus padres o guardadores etc., que luego puedan servir de ayuda para aclarar lo sucedido.

El Juez deberá indagar al joven dentro de las veinticuatro horas posteriores a su detención, si este fuere uruguayo solicitará su partida de nacimiento a la Dirección General de Registro del Estado Civil, de ser extranjero se lo someterá a una pericia por parte del médico forense de turno en Montevideo y de ser en el interior del país por el servicio público. Estos no podrán excederse más tres días para presentar el informe si este tuviere carácter de urgencia, pudiendo extenderse hasta diez días el plazo en los demás casos.

Si el detenido resultase mayor de dieciocho años se traspasará el caso a la justicia ordinaria y caerán sobre él los efectos legales que corresponden a la falta cometida. Puede acontecer también que a falta de partida de nacimiento el examen pericial constate que el chico tiene “alrededor de dieciocho años”, en estos casos se mira si el hecho cometido es penalizado con pena de penitenciaría, de serlo se lo deja a disposición de la justicia ordinaria quien procederá a realizar lo necesario para comprobar los hechos. En los demás casos pasa al Juzgado Letrado de Menores, así como también de tratarse de una denuncia en la que entre los involucrados denunciados hay algún menor, este último pasa a manos de esta jurisdicción y la causa se seguirá contra los mayores.

Cabe aclarar, que según el artículo ciento treinta y cuatro del CN, cada infracción que cometiere un individuo menor de dieciocho años debe ser tratada por el Juez aisladamente como si se tratase de una primera situación de infracción, por lo tanto no se anotará en el Registro de Reincidencias.

Queda establecido a su vez en el CN, que para un caso de abandono las diligencias que se lleven a cabo se harán sin intervención de un defensor, caso contrario es el de la infracción. Con la aplicación de las medidas también hay diferencias, en un caso de abandono no podrán prolongarse más allá de los veintiún años y en caso de infracción podrán extenderse hasta los veintitrés.

Lo que este cuerpo normativo no establece es el procedimiento que se deberá llevar a cabo en cada caso, la pena que se cumplirá por el delito cometido ni los tiempos de punición. Deja librado el carácter de la pena, el tiempo de aplicación de las medidas, ósea cuándo, dónde y cómo a la libre voluntad e interpretación del Juez.

El artículo ciento veinticuatro le cede al Juez amplias facultades.

*“El Juez Letrado de Menores puede colocar al menor en el propio hogar de sus padres o guardadores, determinando en cada caso si aquél quedará bajo la vigilancia del inspector oficial o de algún particular; si estableciera la vigilancia deberá señalar la forma y condiciones de la misma: puede confiar la guarda del menor a otros parientes o extraños, con o sin vigilancia especial; imponer arrestos escolares, disponer la internación en establecimientos del Consejo o en otros públicos o particulares, destinar menores al servicio del Ejército o de la Marina, cuando aquéllos tengan condiciones o vocación para el servicio militar; y en casos especiales tratándose de menores de más de 18 años de edad, destinarlos al servicio militar, como medida disciplinaria sin fijación de términos y bajo la vigilancia del Consejo”.*²¹

Para el CN la sentencia sería indeterminada, no se cuantifica la misma por creerse imposible prever el tiempo que el tratamiento educativo pudiera llevar, dado que, dependía de la evolución del menor y la “voluntad” del mismo. Esto le cedía al magistrado la posibilidad de una aplicación arbitraria de la pena, prácticamente sin límites. El límite parecería ser hasta la “rehabilitación” del menor, concepto que no queda explicitado, o hasta llegar al límite de edad que varía según se trate de una situación de abandono o infracción.

“La reclusión debe, pues, ser duradera. En el Reformatorio de Elmira, el mejor sin duda, de los establecimientos de este género, no sólo es duradera, sino que es indeterminada. El sujeto sale más tarde o más temprano, según los progresos que ha logrado hacer en moral, constatados por una minuciosa observación de su conducta verificada día por día, desde su ingreso en el Reformatorio hasta su liberación. En cuanto a los recalcitrantes, una vez averiguada su incorregibilidad, son enviados a una prisión común”. (Morás; 1992: 51)

Ante las resoluciones definitivas del Juez Letrado de Menores, solo podrá presentarse el recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones, el fallo que dictare este último órgano no admite recurso alguno.

1.3.5 Acciones a ser llevadas a cabo por el Estado según la política del CN

Para poder cumplir con la propuesta del CN, el Estado debía cambiar su rol y el rumbo de las políticas sociales, debía asumir según los codificadores del mismo una actitud preventiva y moralizadora.

“Hasta ahora la actitud del Estado frente a estos inquietantes problemas morales²², ha sido semejante a la de un mal médico, que ante una terrible epidemia, en vez de pedir a los poderes públicos rubros para adquirir vacunas y sueros, gestiona la creación de cementerios para enterrar a las víctimas.

Esa y no otra, ha sido la posición del legislador. Nada se ha hecho para evitar y prevenir el mal, sólo se han ampliado las maternidades y los asilos, amparando transitoriamente a sus víctimas.

*Pero en pie, queda el problema de fondo, y que sólo el derecho sustantivo puede resolver con justicia; quedan madres desamparadas, hijos sin nombre y sin hogar, afectos y promesas burlados”.*²³

²¹Código del Niño; 1934, artículo 124.

²² Ver “La metamorfosis de la sociedad uruguaya en el 900”.

²³Código del Niño; 1934: 55.

Con la creación del Consejo del Niño se pretendía “unidad de acción y comando” de todas las entidades que hasta ese entonces se habían ocupado de la protección de la infancia²⁴. Este ejercería la supervisión de sus dependencias así como también de las instituciones privadas. En el interior del país para llevar adelante la política de este órgano central, se establecieron Comités Delegados Departamentales.

Estas políticas sociales de atención a la infancia concebían al niño no como un ser integral, sino que prestaron especial atención a sus ciclos biológicos, por eso la creación al interior del Consejo de distintas divisiones técnicas según fases etarias.

Para continuar con el desarrollo de esta categoría, se prestará especial atención al trabajo de García (2001) con respecto a los cambios en las políticas públicas de infancia. En el mismo, la autora enumera una serie de realizaciones que se llevaron adelante desde el Consejo del Niño y su órgano administrativo en busca del bienestar infantil. Estas fueron de tipo social, higiénico, jurídico y pedagógico, menciona además las líneas de acción que se propusieron y ejecutaron desde este órgano para el logro de aquellas.

En el área social, el Consejo del Niño se propuso realizar una profilaxis del abandono infantil concediendo subsidios a los padres y prohibiendo separar al niño menor de doce años de su hogar, estableció como nueva modalidad la colocación familiar remunerada y gratuita, protegió moralmente al menor mediante el establecimiento de una serie de controles con respecto a las secciones cinematográficas que podían concurrir de acuerdo a su edad, así como también de las publicaciones a las podían acceder, prohibió usar el nombre de menores en falta social como publicidad, protegió a los jóvenes estableciendo serios controles sobre el trabajo de los mismos.²⁵ Dentro de este conjunto de acciones es pertinente detenerse sobre las designadas al Servicio Social.

El CN dedica el capítulo once al Servicio Social, en cuatro artículos hace referencia a la preparación de las visitadoras sociales, a como deberá ser vigilado su trabajo, encargándoles todo lo que tenga que ver con el bienestar infantil y proponiendo la creación de una escuela de visitadoras dentro del ámbito de competencia del Consejo del Niño. En la Exposición de Motivos especifica la intervención de las Visitadoras Sociales en diversos aspectos;

*“(…)hacer ficha social en todos los casos y organizar los archivos correspondientes; organización y regulación de la familia; investigación de la paternidad; evitar el abandono del niño; contralorear el cumplimiento de los preceptos higiénicos y las prescripciones médicas; enseñar higiene y puericultura; alimentación adecuada y económica; en todas las cuestiones de trabajo; sea para buscarlo a los padres o para evitarlo en los niños; facilitar la orientación profesional; atención y colocación de anormales y enfermos; colocación familiar; en los casos de libertad vigilada; asesoramiento del Juez de Menores con respecto a la vida del niño y de su familia; lucha contra el analfabetismo y los males sociales; persecución de la mendicidad; en la realización de encuestas; organización de oficinas que traten con mujeres y niños; y en muchos otros casos que no es posible prever”.*²⁶

²⁴ Por un mayor desarrollo respecto a este punto volver sobre lo expuesto en el apartado La minoridad ¿un problema social?

²⁵ Por un mayor desarrollo con respecto a estos puntos volver a lo expuesto sobre la categoría Adolescente según el CN.

²⁶ Código del Niño; 1934, artículo 26.

Es pertinente aclarar que menciona “visitadoras sociales” aludiendo a que estas serían mujeres, cosa que no resulta extraño si tenemos presente la moral de la época. Se creía que las personas que se encargarían de brindar el servicio social, debían tener un corazón como el de la mujer más “sensible” y “amoroso” que el del hombre. Las visitadoras sociales aparecen como herramientas fundamentales para hacer efectivas acciones trascendentes que evitarían males sociales para la época. Sin embargo, la emergencia hacía con que no se pudiera brindarles el conocimiento que se creía deberían recibir, ni tampoco se contaba con los recursos necesarios. Los recursos existentes eran los que ya se destinaban al Consejo del Niño que con la cooperación del Consejo de Salud Pública, pretendían formar “Visitadoras polivalentes” que estuvieran en condiciones de trabajar con acierto una gran cantidad de cuestiones sociales. Se las relaciona con la educación, con la trasmisión a la sociedad del saber médico ya que recibían instrucciones de ese tipo, se las coloca como agentes controladores, vigilantes, casi como policías detrás de culpables.

Retomando lo trabajado por García (2001) con respecto al área higiene, el Consejo del Niño propone como líneas de acción la protección a la madre a través de los consultorios y los refugios para las embarazadas; la protección al lactante a través de la vigilancia médica, la reglamentación del trabajo de las madres como nodrizas, los consultorios gota de leche y hogares diurnos; la sanidad escolar a través de la vigilancia médica de las escuelas públicas y privadas; una profilaxis dirigida a la prevención de enfermedades y a la vacunación obligatoria dado que todavía existían muchos temores con relación a los resultado de estas prácticas.

En el área de las realizaciones jurídicas, García (2001) destaca la creación de los Juzgados Letrados de Menores²⁷, la legislación sobre la investigación de la paternidad²⁸, las pensiones alimenticias y la adopción, todas sin duda grandes innovaciones para la época.

Como respecto a las estrategias pedagógicas, la autora plantea la obligatoriedad de la enseñanza primaria²⁹ y la creación de centros donde esta educación se pueda llevar adelante, como por ejemplo jardines de infantes, albergues, casas hogares, etc.

A través de estas realizaciones del Consejo del Niño en armonía y colaboración con demás organismos oficiales, pretendía reflejar la idea de un gobierno serio y ordenado, de un agente centralizador y racionalizador de las políticas sociales de acuerdo a los principios que comenzaban a ser hegemónicos en el mundo.

En líneas generales en el CN se legislo sobre la infancia como objeto de derecho, como mero depositario de los beneficios del sistema, por lo tanto, dependiente del Estado y de su función paternalista. Se elimina así todo principio que garantice al individuo ser sujeto de derechos y obligaciones, consecuentemente, de ser persona. En el mismo se reconoce a la familia nuclear como la única legítima, el delito como un simple “accidente” en la vida del menor, la infracción es asociada directamente con la idea de pobreza y de peligrosidad, la pena prácticamente indeterminada librada a la sola voluntad del Juez, siendo las medidas y procedimientos a ser llevados a cabo los que este último creyera conveniente dado el caso en cuestión.

²⁷ Ver desarrollo de la categoría Medidas y procedimientos según el CN.

²⁸ Ver desarrollo de la categoría Familia según el CN.

²⁹ Ver desarrollo de la categoría Adolescente según el CN.

Capítulo II-

“CNA en el Uruguay del siglo XXI”

En un primer momento del desarrollo de este capítulo el lector se encontrará con una revisión general de aquellas cuestiones que en materia de adolescencia e infracción se fueron sucediendo, tanto a nivel internacional como nacional, luego de la puesta en marcha del CN de 1934. Norma de derecho positivo que regulo durante setenta años las normas jurídicas e institucionales referidas a la persona del menor y fue derogada de forma expresa con la aprobación del CNA de 2004.

En un segundo momento se pretendió describir el escenario uruguayo de comienzos del siglo XXI, donde se destaca primeramente los cambios en materia política y los avatares de la economía uruguaya, para luego hacer referencia al escenario social y cultural de un Uruguay post dictadura cívico militar.

Para finalizar se trabaja con el CNA de 2004 a través de las cinco categorías analíticas elegidas para ser investigadas en esta monografía, que luego servirán como sustento teórico principal para el análisis comparativo de los sistemas normativos del CN de 1934 y el CNA de 2004. Cuestión a desarrollarse en un tercer capítulo.

2.1 “La necesidad visible de un cambio”

Se comenzará el apartado haciendo una breve reseña de los aportes que ha traído consigo la aprobación por parte de la Organización de las Naciones Unidas³⁰ de la Convención de los Derechos del Niño³¹ de 1989, y la resolución N 45/113 de 1990 que corresponde a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad³². Es necesario aclarar que estos dos documentos no agotan las medidas que a nivel internacional surgieron con respecto a la adolescencia e infracción, pero debido a que no es posible extenderse demasiado en este punto, se ha optado por desarrollar algún comentario sobre ellas y limitarse a nombrar a las demás.

En el ámbito nacional también hubo algunas modificaciones importantes al respecto que serán abordadas en un segundo momento, como lo fue por ejemplo la ley 16.707 de Seguridad Ciudadana del año 1995 y los sucesivos anteproyectos (1993, 1996, 1997 y 2001) del CNA. Será necesario detenerse sobre estos, ya que son considerados fundamentales como antesala al CNA de 2004.

2.1.1 Panorama mundial...

La carta de ciudadanía de las personas menores de edad, como ha sido llamada la CDN, fue aprobada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, año en que se celebraba el décimo aniversario del Año Internacional del Niño. La misma, según O'Donnell (1990), transformo al niño de objeto de derecho a recibir una protección especial en sujeto de una amplia gama de derechos y libertades, le reconoció el status de sujeto de derechos humanos fundamentales en su calidad de persona humana.

³⁰ En delante ONU.

³¹ Ídem CDN.

³² Ídem RMPL

En este texto fundamental universal de la niñez- adolescencia, los mismos son considerados sujetos que necesitan una protección especial dada su mayor vulnerabilidad y limitada madurez.

Se reconocen una amplia gama de derechos humanos para los niños y adolescentes³³ teniendo en cuenta su condición de persona en crecimiento, penalmente inimputable pero progresivamente responsable penalmente. Se establece en el texto de la misma como necesidad, que los países determinen una edad a partir de la cual el sujeto adquiere la capacidad de infringir las leyes penales. Para ellos se debe poder distinguir niños de adolescentes, siendo sobre este último que se aplicará el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, que se sustenta en un Derecho Penal de Acto.

La CDN determina la creación de un Comité Internacional de Expertos Especializados en derechos del niño, que tendrá competencia (ver artículo cuarenta de la CDN) para la promoción de tales derechos. De la eficiencia de este Comité también depende el valor de la Convención, es quien vela por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes y el que se encarga de considerar los informes que presentan los países (ver artículo cuarenta y cuatro de la CDN). En estos informes se evalúan las medidas que hayan adoptado los países para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y los avances que han tenido al respecto, así como también aquellas dificultades que han impedido el cumplimiento de las obligaciones contraídas. El Comité realizara sugerencias y recomendaciones a los Estados Partes, además de que podrá brindarles asistencia técnica y material cuando así lo solicitarán o se crea necesario.

“La CDN se impulso además como 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 (...)”. (Gómez y Fessler; 2008, 29).

Para un análisis general del texto de la Convención es pertinente detenerse sobre algunos párrafos y artículos que se entiende son de gran importancia.

Los párrafos uno y dos del preámbulo colocan la dignidad al centro de la persona humana. La Convención busca de esta forma poner como límite fundamental al poder punitivo adulto la dignidad del joven, que se expresa en sus derechos y necesidades humanas fundamentales.

Según Uriarte (2006) es muy común concebir la dignidad como un derecho, cuando ella debe ser realmente entendida como nuestra posibilidad de tener derechos. Es decir, que tenemos derechos humanos porque tenemos dignidad. Y la dignidad para dicho autor es concebida como nuestra posibilidad de optar y el reconocimiento de esta posibilidad de optar también en el otro, es por ello que la libertad aparece como inherente a la dignidad humana. Por ende, cuando un sujeto no tiene la libertad de optar o se le restringe la misma, se le cancelan sus posibilidades de realizar su proyecto personal, se ve así afectada su dignidad, por lo tanto, su persona.

“Dignidad es, pues, mi opción, la opción del otro y la posibilidad de su recíproca percepción y realización. (...) No hay un yo, un otro, sin un nosotros, que no se entiende sin un bregar juntos”. (Uriarte; 2006: 122-123)

³³ Como por ejemplo los derechos económicos y sociales, el derecho a la vida, el derecho a una matriz de crianza, e derecho a la identidad, el derecho a ser escuchado y tener un juicio propio, el derecho a la libertad de expresión y pensamiento, el derecho a la seguridad social, entre muchos otros.

A su vez Uriarte menciona dos elementos que a su entender componen la dignidad, estos son la autodeterminación y la no instrumentalidad de las personas para fines que las trascienden. Si los fines trascienden a las personas estas dejan de ser fines en sí mismo para convertirse en medios.

En el sexto párrafo del Preámbulo se reconoce que;

*“(…) el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.*³⁴

A través de este reconocimiento y el pronunciado en otros pasajes de la Convención, se reconoce a la familia como un elemento básico de la sociedad, como medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y específicamente del niño. A su vez subraya que para poder asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, la familia necesita recibir la protección y asistencia necesarias. Surge así la importancia que para la Convención tiene la relación Estado-familia-comunidad, así como también lo indispensable que resulta la cooperación internacional para que mejoren las condiciones de vida de los niños de todos los países. Como queda expresado en el siguiente artículo;

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”*³⁵.

Por su parte, O'Donnell (1990) entiende que en la Convención ocupa un lugar preponderante el complejo tejido de derechos y responsabilidades que unen al niño con la familia, la comunidad y el Estado. Donde el Estado en corresponsabilidad con la familia y la comunidad tienen la obligación de garantizar un conjunto de derechos y libertades al niño, pero siempre respetando la dinámica íntima de padres e hijos como lo dispone el siguiente artículo;

*“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*³⁶.

De esta forma, reconociendo las obligaciones del Estado, la familia y la comunidad sale a la luz el enfoque equilibrado y realista que plantea la Convención. Estaría evitándose así que recaiga toda la responsabilidad del bienestar de la niñez/adolescencia en la familia y se estaría considerando ambas franjas etarias como un patrimonio de corresponsabilidad social. En su análisis, O'Donnell (1990) hace alusión a un dicho brasileño que es muy ilustrativo de la idea anterior *“No hay menor abandonado sin familia abandonada”*.

Por su parte, padres o tutores, al decir de Dornnell (1990), tienen una doble tarea; permitir que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención y a su vez brindarle dirección,

³⁴ Convención de los Derechos del Niño; 1989.

³⁵ Ídem, artículo 4.

³⁶ Ídem, artículo 5.

orientación, para que pueda ejercer sus derechos. Orientación que debe estar en relación directa con el desarrollo de las facultades del niño.

Una cuestión más que O'Donnell (1990) destaca en su trabajo, es el problema que trae la aplicación o puesta en práctica de los instrumentos internacionales en la normativa interna de cada país, ya sea revisando su legislación interna para que se adecue a aquella o incorporándola de forma directa para que los tribunales velen por su cumplimiento. Sin embargo, insiste en destacar que si bien es importante incorporar instrumentos como la Convención a la normativa interna de los países, cree que más importante aún es su valor moral y político, ya sea para legitimar las aspiraciones populares, como marco de referencia para evaluar los programas de todo gobierno, así como también para concientizar y capacitar.

En el capítulo primero de la CDN se define al niño de la siguiente manera;

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”³⁷.

En este primer capítulo, la Convención busca superar las diferencias que pueda tener con las legislaciones nacionales de los países que la ratifican, ya que existen diferentes posturas respecto a este punto. Hay países que reconocen los derechos del niño desde su concepción y hay otros que lo hacen a partir de su nacimiento. Es en estos casos donde las clausuras aclaratorias se vuelven indispensables para lograr un consenso.

Es en el artículo segundo donde queda establecido la prohibición de no discriminación basada en las características del niño/adolescente o en las características de sus padres o tutores.

“E inherente a la dignidad y la libertad es la igualdad. Igualdad no en el sentido de no diferencia –en la sabe de la igualdad está la diversidad- sino en el sentido de no discriminación. (Zaffaroni, 2001) Igualdad por el rasero de la dignidad, única e intransferible, diversa, de cada uno de nosotros”. (Uriarte; 2006: 122)

En el capítulo tercero, se consagra el principio de “interés superior del niño” como aquel a tener presente en todas aquellas situaciones de conflicto que involucren a un niño y otra persona o institución, en estos casos primara siempre la defensa de los intereses del primero. Además este principio, según se expresa en la misma Convención, debe inspirar *“(…) todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (...)”³⁸.*

En los siguientes artículos de la Convención, se van consagrando un conjunto de derechos que según Uriarte (2006) pueden considerarse un acumulado que irradia a partir de la dignidad; como lo son por ejemplo el derecho a la vida, a la salud, educación, a la crianza, a la vida privada, entre otros. A su vez plantea, que la Convención no solo consagra estos derechos sino que además se ocupa de ellos en aquellos ámbitos en donde están más propensos a ser vulnerados, como por ejemplo, en el sistema penal juvenil. Como así lo expresa el artículo treinta y nueve;

³⁷ Convención de los Derechos del Niño; 1989, artículo 1.

³⁸ Ídem, artículo 3.

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura o otra forma de tratos o penas crueles; inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación o reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”³⁹.

De esta forma la Convención considera que el sistema penal es un escenario que presenta grandes riesgos para los derechos de niños y adolescentes. En busca de ofrecer garantías para que esos derechos no sean vulnerados, sobre todo cuando se trata de adolescentes privados de libertad, es que la ONU crea un sistema normativo como las RMPL.

Las RMPL han sido aprobadas por resolución de la ONU en diciembre de 1990, no tienen el rango de tratado internacional, sin embargo tienen gran valor jurídico. Su principal objeto de tutela son los derechos, necesidades y la seguridad jurídica de niños/adolescentes. Establecen las condiciones mínimas jurídicamente aceptadas por la ONU para la privación de libertad de jóvenes en infracción. Pueden considerarse como el desarrollo de un aspecto tratado en la Convención de forma más general.

“(…) las RMPL, con insistencia consagran como opción hermenéutica dominante el eje minimización de violencia- vulnerabilidad- afectación de necesidades y derechos, frente a la clásica opción positivista delito- enfoque multifactorial- tratamiento rehabilitador- derechos. En el primero, la minimización de la vulnerabilidad generada por el encierro, o bien la potencialización de los derechos y necesidades del adolescente constituyen el objetivo central; en el segundo en cambio, los derechos aparecen postergados por las necesidades del tratamiento, hijas de las necesidades de la defensa social o de la institución y de su vertiente preventista especial positiva”. (Uriarte; 2006: 136)

Las RMPL mencionan como una de sus perspectivas fundamentales, que sirvan como padrones prácticos de referencia y orientación para aquellos profesionales que participen en la administración de justicia de menores, que sean aplicadas a todos los menores sin discriminación alguna por raza, sexo, color, edad, situación familiar, entre otros. Será tarea de las autoridades de cada país sensibilizar a la población de la importancia que tiene el cuidado de los menores detenidos, así como también la preparación para que puedan reinsertarse a la sociedad. Los países deben garantizar que en los centros de reclusión se den las condiciones y circunstancias para que no se violen los derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales de los jóvenes por su condición de privación de libertad.

En la regla 11b se define la privación de libertad de la siguiente manera;

“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.⁴⁰

La privación de la libertad, tanto para las reglas como para la Convención, debe ser una medida de último recurso y por el menor tiempo posible. Ambos documentos reconocen el deterioro institucional y hacen de la minimización de este deterioro uno de sus principales objetivos. También

³⁹ Convención de los Derechos del Niño, artículo 39.

⁴⁰ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad; 1990, regla 11b.

consideran que este último debe ser el objetivo inexcusable de quienes gestionan la privación de libertad.

Las RMPL también hacen parte de la Doctrina de la protección integral de la ONU, son el resultado de una multiplicidad de perspectivas ideológicas, culturas, dado que la ONU se presenta a escala planetaria. Estas reglas deben ser utilizadas por los países como referencia para interpretar y llenar los vacíos existentes en los sistemas penales juveniles, ya que, son consideradas el instrumento internacional por excelencia que desarrolla exhaustivamente todo lo inherente a la privación de la libertad. Esto explica el carácter abarcador de las reglas, cuya flexibilidad, diversidad, pautas hermenéuticas permiten que los países tengan diferentes opciones, siempre dentro de una intención común como lo es el respecto a los derechos humanos de la niñez/adolescencia.

En materia internacional estos han sido los documentos que mayor trascendencia han tenido por su aporte con respecto a la tutela de los derechos de la niñez/adolescencia. La CDN da la iniciativa, reconociendo por primera vez a niños/adolescentes como sujetos de derechos dada su calidad de persona humana. Asegura la protección integral, ya que, abarca los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Las RMPL cumplen un rol complementario fundamental a la CDN, porque se preocupan especialmente de velar por los derechos y necesidades de los jóvenes que se encuentran privados de su libertad. Ambos documentos instauran un programa de garantías máximo para minimizar las injerencias del sistema penal juvenil.

Otros documentos que hacen parte de la legislación internacional sobre los derechos de niños y adolescentes son: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing de 1985; y Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices del Riad de 1990.

2.1.2 Situación nacional...

La CDN fue ratificada por Uruguay el veintiocho de setiembre de 1990 a través de la Ley 16.137. Con esta ratificación, surgen las primeras controversias de tener vigentes dos paradigmas enfrentados. Por un lado, el CN de 1934 basado en la doctrina de la Situación Irregular y por el otro, la CDN sustentada en principios jurídicos de la doctrina de la Protección Integral.

Con el objetivo de adecuar nuestra normativa interna a la CDN, surgen a partir de 1990 sucesivos intentos de reforma del CN.

El siete de Junio de 1990 se crea por resolución del Poder Ejecutivo, una Comisión que culmina una primera versión del Anteproyecto del Código del Menor en diciembre de 1993. Dicho anteproyecto fue considerado por Uriarte (1999) una versión mejorada del CN, pero siempre dentro de la misma lógica. Estuvo en discusión en Cámara de Senadores en mayo de 1994, donde hubo intercambio de ideas entre parlamentarios e integrantes de la Comisión, presentándose algunas objeciones al mismo.

Una segunda versión del CNA surge en agosto de 1996, luego de que en junio de 1995 por resolución de la Presidencia de la República se creara una Comisión Especial para estudio y elaboración de un proyecto de Código. Esta segunda versión surge con la idea de ser revisada y mejorada, para ello Presidencia de la República en setiembre de ese mismo año convoca a una Comisión, que culmina su versión en marzo de 1997.

Hacia fines de 1997 se termina una tercera versión del CNA, producto de una nueva Comisión que surge del acuerdo de varias instituciones: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Suprema Corte de Justicia, Colegio de Abogados del Uruguay y el Instituto Nacional del Menor (INAME). Este Anteproyecto del Código es considerado por Uriarte (1999) la versión que mejor considera los derechos de niñas, niños y adolescentes en orden a la CDN. Este último ingresa a consideración del Poder Legislativo, con algunas modificaciones obtienen media sanción en setiembre de 1999 en Cámara de Diputados. De esta forma culminaba otra legislatura sin aprobarse definitivamente el Proyecto.

En la siguiente legislatura (XLVa.) ingresa a ser considerado al Parlamento tal como venía de ser aprobado en la Cámara de Diputados. Una nueva versión del CNA surge de la Cámara de Representantes en diciembre de 2001, que pasa a estudio de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores. A fines de 2003 esta última Cámara culmina su estudio introduciendo algunas modificaciones de artículos.

Ante esta última versión UNICEF manifestó públicamente su disconformidad, así como también lo hicieron varios actores políticos y académicos. Como consecuencia de lo anterior, se conforma un grupo de trabajo parlamentario con la intención de revisar algunos aspectos que generaban grandes discordias.

Sin embargo, pese a lo anterior y como producto de un acuerdo político, la Cámara de Senadores aprueba a fines de agosto del 2004 el Anteproyecto de 2001, tal como había sido propuesto por la Cámara de Representantes, obviando de esta forma el trabajo que venía realizando la Comisión.

Según Uriarte (2004), se supo por parte de voceros del Poder Legislativo, que se optó por aprobar el Proyecto de la Cámara de Representantes de 2001 y dejar su discusión, análisis así como posibles modificaciones para otra instancia política y legislativa. De esta manera entraba en vigencia a fines de setiembre de 2004 el CNA como Ley 17.823.

Mientras se llevaban adelante estas discusiones que culminaron con la aprobación inesperada de un nuevo Código, el Poder Judicial dictó varios actos administrativos buscando adecuar el procedimiento judicial a la CDN.

El más importante de estos actos surge a través de la Acordada No. 7236 de la Suprema Corte de Justicia del veintinueve de julio de 1994. A través de este acto se introdujo el debido proceso legal en el tratamiento de los menores de edad presuntamente infractores, con la intención de aunar criterios que a su vez fueran acordes con las normas internacionales ratificadas por nuestro país, ya que, existían diferencias entre las distintas sedes que llevaban adelante este procedimiento en aquel tiempo.

El doce de Julio de 1995 la Acordada es convertida en Ley nacional a través del artículo veinticinco de la ley 16.707, es reconocida finalmente como Ley de Seguridad Ciudadana. En la misma queda establecido como regla que a la audiencia indagatoria concurra el defensor y el Ministerio Público, así como la obligatoriedad de que en esta instancia se interrogue al representante legal del menor y a los testigos del hecho. En esta instancia se puede solicitar que se lleven adelante todas aquellas acciones tendientes a esclarecer el hecho y que se protejan los derechos que se prevén de

antemano como por ejemplo, que se tomen las declaraciones correspondientes dentro de las veinticuatro horas, que se comience el sumario dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Luego de culminado el proceso de indagatoria, constatado de que realmente existió la infracción y que el menor en cuestión tuvo participación en la misma, se procederá a dictar una resolución que deberá ser debidamente fundamentada. Mientas dure el procedimiento el Juez puede determinar la internación del presunto infractor en algún establecimiento de los dispuestos a tal fin.

En términos generales, sin querer entrar en el detalle, este es el procedimiento que se regula en dicha Ley y que luego servirá de base para regular en el CNA el procedimiento por audiencias.

En este segundo momento del capítulo se ha pretendido mostrar como la legislación de nuestro país se iba modificando con vistas a adecuarse a la normativa internacional vigente, donde la década del noventa aparece con muchas novedades al respecto. Escapa a este trabajo un estudio detenido de cada una de las propuestas de anteproyectos del CNA, que se fueron sucediendo con el transcurso de los años.

Lo mismo sucede con respecto a los diversos actos administrativos que dictó el Poder Judicial como acordadas, dado que también se entendió solo era necesario nombrar aquel que luego se terminó transformando en la conocida Ley de Seguridad Ciudadana.

2.2 “Un Uruguay diferente”

En las páginas anteriores se ha intentado dejar plasmado todo aquello que a nivel legislativo, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, fue sucediendo durante los setenta largos años que estuvo vigente el CN de 1934. Un Código que sin lugar a dudas necesitaba ser modificado, pues ya no tenía validez para la nueva sociedad uruguaya.

En sucesivas instancias de este trabajo, hemos dejado en claro la importancia que se entiende tiene contextualizar espacio y tiempo en el que un cuerpo normativo tiene lugar, ya que, se cree son estas dos variables las que le dan sustancia y pertinencia.

A continuación se procederá a describir la nueva imagen del Uruguay a comienzos de siglo, que sirvió como telón de fondo al CNA de 2004.

2.2.1 Panorama político y económico

Desde el año 2000 el país se encontraba bajo la presidencia de Jorge Batlle, líder del partido colorado con larga trayectoria política y conocimiento del país. El gobierno de Batlle generaba grandes expectativas y contaba con una gran simpatía popular debido a sus antecedentes en la política, a sus pronunciamientos de mantener un diálogo frecuente con la izquierda, de contribuir en el esclarecimiento de los hechos durante la dictadura⁴¹ que fueron acusados de haber violentado contra los derechos humanos y provocado el exilio de ciudadanos, a la lucha contra el contrabando y la corrupción, a la necesidad de mantener una constante comunicación y acercamiento con la gente. Un estilo presidencial distinto al que se venía desarrollando históricamente, por eso muchos lo han denominado “estilo Jorge Batlle”⁴².

Pese al optimismo, Batlle debió hacer frente a diversos problemas políticos y económicos, como lo fueron la falta de representación parlamentaria de su sector partidario, las dificultades de

⁴¹ La dictadura militar tuvo lugar en nuestro país entre los años 1973 y 1985.

⁴² Término utilizado por Nahum (2011). Historia Uruguaya 12. La restauración democrática 1985-2005.

mantener la coalición conformada con el partido nacional que llegó a su fin en octubre de 2002, la caída de la actividad económica, la contracción de la demanda interna y externa, la devaluación de la moneda brasileña, la pérdida de la categoría “país libre de aftosa” en los principales mercados de carne, la crisis financiera Argentina que afectó gravemente el sistema bancario y la temporada turística del país, el aumento de la tasa de desempleo y del déficit fiscal, la caída del salario real, de los precios en dólares y los depósitos bancarios.

El endeudamiento en aquellos años llegó a superar el 100% del PBI sectorial. El sistema bancario vio como sus principales ahorristas retiraron sus depósitos, limitando la capacidad de inversión y la posibilidad de recibir créditos o financiamientos privados.

Ante el panorama descrito al decir de Nahum (2011) el gobierno no reaccionó lo suficientemente rápido y continuo con la misma política cambiaría, por lo que los problemas no hicieron más que acentuarse.

“Frente a la crisis, el Parlamento había actuado con suma prudencia y los partidos políticos en todo momento reaccionaron con responsabilidad defendiendo las instituciones y evitando alentar protestas sociales violentas como las ocurridas en Argentina, que se conocían por los medios de comunicación”. (Nahum; 2011: 53)

Saqueos a los centros comerciales, cacerolazos en distintos puntos de la ciudad, enfrentamientos con la policía, hicieron el paisaje de Buenos Aires en aquel entonces.

En agosto del 2002, el Fondo Monetario Internacional nos concedió financiamiento y el gobierno de los Estados Unidos un préstamo, que nos permitió la recuperación.

El período 2003- 2004 fue de reactivación económica tanto en el ámbito internacional como en nuestros países vecinos, Brasil y Argentina. Dicha reactivación tuvo repercusiones positivas para nuestro país.

El partido colorado durante este período de gobierno perdió fuerza electoral y credibilidad política, el peso grave de la situación cayó toda sobre este sector.

En octubre del 2004, luego de las internas de cada partido se produjeron las elecciones parlamentarias y presidenciales. Cabe destacar que la fuerza política que mostraba ser favorita para estas elecciones (Encuentro Progresista- Frente Amplio- Nueva Mayoría) hacía dos meses había perdido su líder y cofundador como lo fue el general Seregni. La historia demuestra que en muchas ocasiones ante la pérdida de los líderes las fuerzas políticas pierden estabilidad, pero este no fue el caso. La crisis económica afectó gravemente a los partidos políticos tradicionales, por lo que el electorado uruguayo apostó al cambio dándole el triunfo al Frente Amplio con 50,45% de los votos y con mayoría parlamentaria en ambas cámaras. De esta forma el primero de marzo del 2005 Tabaré Vázquez asumió como presidente electo.

2.2.2 Escenario social y cultural.

Al decir de Nahum (2011) el período que va desde fines de la dictadura militar hasta el año 2005, se caracterizó por una agudización de los fenómenos demográficos. Se considera este período, porque según los historiadores consultados representó una nueva etapa en la historia del país, luego del quiebre que significó la dictadura militar.

Resulta importante poner la mirada sobre los fenómenos demográficos, porque sin duda son los que nos dan un pantallazo de cómo se configuraba la escena social en aquellos años.

La emigración internacional se presenta como uno de los fenómenos demográficos de mayor importancia en la historia de la población uruguaya. Según Nahum, desde mediados del siglo XX se ha convertido en un fenómeno estructural, creando lo que dio en llamarse una “cultura migratoria”. Es de entero conocimiento que la sociedad uruguaya históricamente se ha caracteriza por poseer una población envejecida y de escaso crecimiento. Por ende ante la emigración estos procesos se acentúan, más si se tiene en cuenta que quienes emigran son en su mayoría personas jóvenes.

Durante la crisis económica del año 2002, de la que ya se ha hablado, fueron muchos los uruguayos que dejaron el país en busca de mejores oportunidades de vida, siendo los principales destinos elegidos Estados Unidos y España. Emigraron mayoritariamente hombres jóvenes con un nivel educativo alto, técnicos y profesionales, por lo que se puede decir se perdieron recursos humanos valiosos deteriorándose así la calidad de nuestra fuerza de trabajo.

Si bien muchas personas al emigrar logran cumplir sus proyectos personales en el extranjero, otros regresan con un capital para hacer realidad sus proyectos en su país de origen. Sin embargo no todos lo logran, hay quienes por encontrarse en situación ilegal son empleados en los trabajos menos calificados, se ven sometidos a malos tratos y llegan al punto de ver violentados sus derechos como seres humanos.

Es muy probable que muchos conozcamos alguna persona o tengamos algún familiar que se haya ido del país por esos años y que aún no haya regresado, ni esté pensando en hacerlo. Quizá también se conozca a alguien que esté pensando en la posibilidad de irse y que ante la primera oportunidad lo haga un hecho. Es por ello, que se comparte la idea de Nahum, de que la emigración en nuestra sociedad es una estrategia de vida rápida y precoz frente a las crisis económicas.

Retrocediendo algunas páginas, cuando se analizo la sociedad del novecientos, se dijo que la esperanza de vida en aquellos años rondaba en los cincuenta años, que la mortalidad infantil era muy elevada así como también la tasa de natalidad, por lo que niños y adolescentes eran escasos en aquel tiempo. A principios del siglo XXI el perfil etario presenta algunos cambios, se han elevado los años de la esperanza de vida, han bajado los índices de mortalidad infantil así como también los de natalidad.

“El efecto combinado de los niveles decrecientes de mortalidad y fecundidad y el mantenimiento de un saldo migratorio negativo durante un período prolongado han determinado un ritmo de crecimiento lento de la población.

El descenso de la fecundidad redundará, en el largo plazo, en un angostamiento de la pirámide de población por la base y consecuentemente en el envejecimiento de la estructura de edades. A su vez, la prolongación de la esperanza de vida tiende a alargarla por la cúspide contribuyendo a la convivencia de diferentes generaciones. Los niveles diferentes de mortalidad por sexo tienden a alterar las relaciones de masculinidad de la población y a modificar las relaciones entre el número de hombres y mujeres en los grupos de edades correspondientes a los cortes más afectados por ese proceso.

Los cambios sociales derivados de los cambios demográficos han sido muy trascendentes en el período que estudiamos⁴³. La huella de la emigración (...) marcó un camino que se ha convertido en derrotero común para un sector importante de la población uruguaya”. (Nahum; 2011: 63)

Con la entrada de nuestra sociedad a la era moderna se modificó la estructura poblacional de la misma. Se pudo hablar entonces de la feminización del envejecimiento (entre los adultos mayores de ochenta años predominan las mujeres) y de infantilización de la pobreza, como fenómenos estructurales que caracterizaban y caracterizan nuestra población. Este último fenómeno según Caetano (2005) está estrechamente asociado a la emancipación familiar de los jóvenes. Entre ellos, los jóvenes que pertenecen a los sectores más desfavorecidos en capital económico, humano y social, tienden a emanciparse tempranamente de la familia de origen e ingresar tempranamente al mercado laboral, sin muchas veces haber alcanzado los niveles básicos de formación educativa. Por lo cual, ingresan al mercado laboral en aquellos empleos menos calificados y en los que se percibe menores ingresos. Como consecuencia de ello, conforman hogares inestables a los que la sociedad uruguaya ha encargado históricamente llevar adelante la reproducción biológica del país. Lo que ocasiona que gran parte de la población infantil viva en condiciones de pobreza y pobreza extrema, sin las necesidades básicas satisfechas⁴⁴.

Por su parte, los jóvenes de ingresos medios y altos, han prolongado los años de su educación formal en busca de mejores condiciones para futuramente conformar sus propios hogares, postergando así la salida de su familia de origen.

Estos cambios demográficos trajeron como consecuencia la coexistencia de varias generaciones y un desbalance intergeneracional en el acceso al bienestar, siendo los más afectados niños y jóvenes.

Según el Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay (2006), en el año 2005 uno de cada diez niños menores de seis años residentes en localidades de 5000 habitantes o más, vivían en situación de indigencia y uno de cada cuatro en situación de pobreza extrema. Lo que denotó una concentración de las formas más graves o crónicas de la pobreza en las generaciones más jóvenes. Situación que se agrava si se tiene en cuenta que en este período la distribución del gasto público destinado a políticas sociales, tuvo un notable sesgo adulto.

Si bien los fenómenos de conflicto intergeneracional y la solidaridad entre las distintas generaciones se han dado históricamente, en estos tiempos se vieron agudizados. Las funciones y roles que asumían los individuos en las distintas etapas de sus vidas se volvían cada vez más complejas. En muchos casos las alianzas se formaban principalmente por razones de tipo económica, donde distintas generaciones se unían para hacer frente a las necesidades básicas.

La familia se vio afectada por todos estos cambios,
“Seguramente una de las mayores mutaciones que ha experimentado la sociedad uruguaya en las últimas dos o tres décadas ha sido la irrupción de nuevos arreglos familiares”. (Caetano; 2005: 285)

⁴³ Cabe destacar que el período estudiado por Nahum es el comprendido entre los años 1985 y 2005.

⁴⁴ Entre los años 1999 y 2004 según el Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay (2006) se duplicó el porcentaje de población en situación de pobreza e indigencia. Esta última alcanzó al 3,9% de la población del país.

Se ha dicho en páginas anteriores que en el novecientos la familia extensa le fue cediendo espacio a la familia nuclear, conformada por ambos cónyuges y sus hijos menores de edad que no superaban el número de dos o tres. En las últimas décadas la familia nuclear coexiste con diversos tipos de arreglos familiares, como consecuencia de profundos cambios en las pautas de convivencia, en las formas de apreciar la sexualidad y la procreación, en la división social del trabajo según perspectivas de género, en el descenso de la tasa de nupcialidad, en el aumento del número de divorcios y de los hijos nacidos fuera del matrimonio, así como también el aumento de uniones libres. También en estos años creció el número de hogares mono parentales con jefatura principalmente femenina y los hogares conformados por padres no biológicos producto de nuevas parejas.

Nahun (2011) manifiesta que no solo han cambiado los tipos de arreglos familiares, sino que el propio concepto de familia se ha transformado, incluso menciona que varios autores (como por ejemplo Caetano) hacen referencia a este proceso social como una “revolución oculta”.

Por su parte De Martino (2001) habla de “neo-familiarismo”, tendencia ideológica que aparece en la década de los ochenta ante la crisis del Estado de Bienestar. La misma concibe a la familia como una unidad económica y política de resolución, entiende que hoy se requiere una “solución familiar” de los problemas cotidianos, de modo que individuos y familias reduzcan su dependencia de los servicios colectivos, y aumenten o redescubran la autonomía e iniciativa tanto familiar como personal. Individuos y familias negocian, redefinen permanentemente estrategias que les permitan acceder a determinados bienes y servicios. Problemas como la pobreza, la exposición a diferentes riesgos, el desempleo, pasan a la órbita de la responsabilidad individual.

“Las familias, conformadas históricamente como entidades privadas, íntimas, o refugios ante un mundo competitivo y complejo, y concebidas como matrices de identidad social y como sustentos de vínculos sociales primarios y básicos, hoy son colocadas en el centro de las preocupaciones de la sociedad pero como “recurso activo”. (...) las familias son abordadas como “responsables” del déficit de socialización que atenta contra la administración eficiente de riesgos múltiples. Esta tendencia expresa una nueva relación entre las tecnologías sobre la vida y la familia”. (De Martino; 2007: 183)

No es posible dejar al margen, la incidencia que en estos cambios ha significado la entrada de la mujer en el mercado de trabajo, ya sea por ser jefas de hogares o por tener que colaborar con su pareja porque ya no es posible sostener el prototipo de un único proveedor material para el hogar. *“El modelo de gobierno familiar, económicamente sustentado en la figura del padre, funcional en los primeros años de desarrollo capitalista, ya no fue compatible con las múltiples fuerzas del proceso civilizatorio descencadenado”. (De Martino; 2007: 174)*

Con respecto a la disposición territorial de la población uruguaya se han producido nuevos fenómenos;

“A la sociedad hiperintegrada que se fraguó durante la primera mitad del siglo XX le siguió una sociedad fragmentada que se caracteriza por valores de los indicadores crecientemente diferentes entre los sectores sociales, fragmentación que también se expresa en una creciente segregación territorial, así como en inequidades entre los géneros y las generaciones”. (Nahum; 2011:67)

El mapa social de las ciudades se presentaba distinto, principalmente el de Montevideo. Según Nahum (2011) el espacio social de Montevideo ya se veía fragmentado en esos años. Por un lado, en los cinturones periféricos de la ciudad se conformaban nuevos asentamientos irregulares, con mayor número de habitantes en situación de pobreza e indigencia y una sobrerrepresentación de la infancia.

Según el observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay (2006), existía en estos años una estrecha relación entre pobreza- condiciones precarias de hábitat – e infancia. Se produjo así una concentración territorial de la pobreza, se conformaron núcleos duros de población en dicha situación que venían de generación en generación viviendo en exclusión social.

Por otro lado, principalmente en los barrios de la costa, se concentraban las familias con mayores ingresos, cuyas propiedades estaban recubiertas de paredones, rejas, vigilancia privada, cámaras, etc. Al decir de Nahum se produjo en la sociedad uruguaya un nuevo fenómeno, el de las casas enrejadas.

El escenario de las ciudades del interior se presentaba similar al de la capital del país, por lo que es prudente decir que en las ciudades encontrábamos niveles muy distintos de desarrollo humano, donde una parte de la población no accedía al mercado laboral, a la salud y educación, quedaba excluida del conjunto de redes sociales existentes.

“(…) ha emergido una nueva ciudad y una nueva cultura de ciudad: los que son distintos viven muy lejos entre sí lo cual tiene como consecuencia la casi nula posibilidad de interacción entre los diversos sectores sociales. Los que son parecidos entre sí se concentran, reproduciendo, así, hábitos y pautas de comportamiento. La concentración territorial de la pobreza llevó, pues, a un proceso de ruptura del espacio público urbano”. (Nahum; 2011:68)

Al sistema educativo y la escuela pública según el Observatorio de 2006, al que ya hemos hecho referencia en páginas anteriores, en estos años se le planteaban nuevas dificultades. Las escuelas públicas que se ubicaban en las zonas de gran crecimiento poblacional y que concentraban gran cantidad de niños en desventaja social, se veían obligadas a plantear políticas alternativas que tuvieran en cuenta los cambios en las condiciones sociales de la población infantil. Es en busca de atender estos cambios que surge en estos años la idea de crear escuelas de Tiempo Completo, de Contexto social crítico y el programa maestro comunitario.

A su vez es necesario nombrar las transformaciones culturales ocurridas luego de la restauración democrática (1985) hasta fines del siglo XX.

“Se puede considerar que las transformaciones culturales que se dieron en los últimos años son el resultado de una compleja interacción de tres factores: las características políticas y sociales propias de nuestro país, los fenómenos que se gestaron antes y durante la dictadura y la integración a la cultura global de fin de siglo (...)”. (Nahum; 2011:100)

Según Nahum, en estos años ya no fue posible hablar en el Uruguay de una única cultura como válida para toda la sociedad, la misma se vio resquebrajada dando lugar a la convivencia de varios tipos de cultura. Quizá como consecuencia de la multiplicidad de escenarios en los que se desarrollaba la cultura, donde los comportamientos eran distintos, las cosas a consumir, los referentes culturales, los gustos, vestimentas, valores, etc.

Se prefiere entre las opciones que presenta Nahum, adoptar aquella que no emite juicio de valor y que considera estas mutaciones como consecuencia de las profundas transformaciones que tuvo que enfrentar la sociedad en aquel tiempo.

La vida cotidiana se transformó, se alteraron así la sensibilidad y los padrones culturales de los uruguayos. Fue necesario adaptarse al uso de las nuevas tecnologías, a las nuevas pautas de consumo y a las exigencias del mercado.

“Marcada por la acentuación de la crisis de los sistemas de representaciones de la realidad y la pérdida de los modelos totalizantes, la cultura contemporánea asiste a un despliegue sin precedentes de la tecnología, la cibernética y las comunicaciones en un mundo globalizado al servicio de los más poderosos. Un mundo en el que la proliferación de los productos de consumo y la expansión de los medios de comunicación electrónicos y las imágenes virtuales han producido una diagramación de la vida cotidiana y una canalización de nuevas formas simbólicas, al mismo tiempo que se restringen y obturan los rituales de socialización”. (Caetano; 2011:523)

2.3 “CNA: un pacto sin aviso”

Se eligió este título para el apartado en desarrollo, porque se cree necesario remarcar que la aprobación del CNA de 2004, se dio de la noche a la mañana sin ni si quiera tener indicios de que esto sucedería en la XLV legislatura. Fue producto de un acurdo político que contó con veintiséis votos a favor, en una sección donde se hacían presentes veintiséis senadores.

El CNA está estructurado en veinte capítulos, a su vez algunos de ellos se dividen en secciones con su respectivo cuerpo de artículos.

De igual manera a como se realizó con el CN de 1934, a continuación se procederá una exposición teórica de las cinco categorías analíticas elegidas para ser trabajadas en esta monografía, pero con la diferencia que en este capítulo será según el CNA de 2004. Se recuerda que las categorías elegidas son: adolescencia, familia, infracción, medidas y procedimientos, acción estatal.

Es necesario aclarar, que lo expuesto a continuación de ninguna manera agota todo lo que el Código trata sobre cada una de estas categorías, sino que se realizó como con el CN una revisión exhaustiva y excluyente que trato de abarcar principalmente aquellas cuestiones más ligadas con la adolescencia y la infracción. De esta forma no se perdería de vista que esta monografía se realiza teniendo como eje central, como sustrato teórico principal a ambas categorías.

2.3.1 El adolescente sujeto reconocido en el CNA

Con la aprobación del CNA se introdujo la expresión “niños y adolescentes” como sustitutiva de “menores de edad”, haciendo siempre alusión a ambos sexos.

En el capítulo primero del CNA, que refiere a los principios generales, queda establecido que este cuerpo normativo será aplicado a todo los seres humanos menores de dieciocho años de edad. Dentro de esta población el Código hace una separación etaria definiendo, en el inciso segundo del artículo uno, como niño todo ser humano hasta los trece años, y, como adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad. Quedan así establecidas ambas etapas etarias.

Se ha hecho referencia en páginas anteriores al anteproyecto del CNA de 1999, lo retomamos para hacer referencia al retroceso que ha significado fijar en los 13 años de edad el límite

entre la niñez y la adolescencia, ya que aquel lo hacía en los 14 años. Existe aquí una reducción del límite etario de claro corte político criminal, que significa al decir de Gómez y Fessler (2004), un abrir de puertas para que más adolescentes entren al circuito penal juvenil, dado que, en el CNA son los adolescentes responsables penalmente.

Es necesario poner especial atención en el segundo artículo de este capítulo, donde se reconoce a todo niño y adolescente como sujeto de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de persona humana. Este artículo, según Uriarte (2004) debe ser leído en consonancia con el artículo diecisiete del capítulo quinto, que refiere a los Deberes de los niños y adolescentes. Al decir de dicho autor, de la lectura conjunta de ambos artículos resulta una visión acotada e individualista de los derechos humanos.

A partir de la CDN y de la introducción de la corresponsabilidad como principio fundante de las relaciones humanas, se pretendió fortalecer la idea de que el derecho va más allá de lo individual, por ende, debe ser visto como una consecuencia natural de la relación de unas personas con otras. Es por ello que los derechos se potencian a través de la vida en relación, ya sea, en un grupo, en una comunidad o una nación.

Concebir los niños/adolescentes como sujetos potenciales con una perspectiva a futuro, los deja en un espacio de no ser, es decir, que no son porque serán más adelante cuando lleguen a la adultez. Es por ello, que desde esta concepción los niños/adolescentes son vistos como sujetos sociales de derechos que participan en la vida social. Esta postura, al decir de Uriarte (2004), incluye a los niños/adolescentes en la democracia y pone límites en las intervenciones del mundo adulto.

En el artículo tres se recoge también un principio consagrado con anterioridad por la CDN, como lo es el derecho de los niños/adolescentes a recibir medidas de protección especial.

“Todo niño y adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige, por parte de la familia, la sociedad y el Estado”⁴⁵

Esta última consagración tiene que ver directamente con el principio de no discriminación, ya que, se tendería a aplicar medidas de discriminación positiva buscando compensar las diferencias que puedan existir en el ejercicio de los derechos. A su vez, en este aspecto se debe tener presente la mayor vulnerabilidad que tienen los niños y su limitada madurez.

En el artículo cuatro se adopta como criterio de interpretación de este Código;

“(.) las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención de los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país”⁴⁶.

El contenido de este artículo según Uriarte (2004), está reforzado por lo dispuesto en el artículo seis que establece como criterio de interpretación y integración el principio de “interés superior de niños y adolescentes”;

“Para la interpretación e integración de este Código se debe tener en cuenta el interés superior del niño y el adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su

⁴⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 3.

⁴⁶ Ídem, artículo 4.

*calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”.*⁴⁷

Según Uriarte (2004) a través de este artículo del CNA el “interés superior del niño deja de ser un criterio de interpretación para convertirse en un derecho más, como un equivalente a la idea de sujeto de derechos.

“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 personas. Hoy, aceptado como sujeto de derechos, el principio de interés superior del niño y del adolescente, resulta instrumental para impedir que se vulneren los derechos reconocidos”. (Gómez y Fessler; 2004: 42)

El Capítulo segundo del CNA enumera los Derechos de los Niños y Adolescentes. El artículo ocho inciso uno refiere al ejercicio de los derechos por parte de la niñez- adolescencia teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, es decir, la autonomía progresiva de los mismos.

“Un menor de edad es un menor de edad (sin prejuicio de que biológica o socioculturalmente sea además “niño, niña o adolescente”). Y la condición de menor implica esencialmente que, por razones de edad, no tiene capacidad jurídica para decidir por sí solo respecto a su persona, a su formación y a sus intereses. (...) Los seres humanos no nacemos como adultos en miniatura, con nuestro bagaje de derechos completo. Nos vamos haciendo sujetos plenos de derechos y ciudadanos a lo largo de un proceso educativo que, inevitablemente, requiere cierta dosis de represión y de limitaciones a nuestra voluntad. (...) las ficciones por las que los menores son definidos como sujetos plenos de derechos, o como plenamente imputables, no tienen fundamento. Es preciso asumir que los menores de edad requieren un marco de atención material, afecto y autoridad, sin el cual no pueden lograr el desarrollo para convertirse en sujetos de derecho con capacidad de ejercicio y en ciudadanos socialmente integrados” La cuestión es cómo asegurar ese marco a todos o a la mayor cantidad posible de menores de edad. (Morás; 2009: 75-76)

A partir de la CDN se sustituye la vieja concepción de los niños/adolescentes como objetos de derechos, propia de la Doctrina de la Situación Irregular, por una concepción de los niños/adolescentes como sujetos de derechos característica de la Doctrina de la Protección Integral. Con esto se determina que a partir de la Convención los niños/adolescentes tengan efectivizados sus derechos, que cuando se tomen decisión con respecto a los mismos se escuchen sus opiniones y se las considere en función de su madurez, que se les brinde respuestas cuando se tomen decisiones que afecten sus vidas. Este principio también es recogido en otros capítulos de este cuerpo normativo como lo son, por nombrar algunos de ellos los capítulos treinta, treinta y cuatro, treinta y nueve, sesenta y ocho.

Continuando con el estudio del Código, en el inciso segundo del capítulo ocho se establece, que será responsabilidad del juez asignarle un curador que represente y acuda al niño/adolescente en sus pretensiones. Así expresado este segundo inciso, se presenta contrario al primero y al capítulo nueve, donde se consagran entre otros derechos el de participación, el de integridad y el de dignidad. Hemos visto en páginas precedentes, cuando se hablo de la CDN, que la dignidad no debe

⁴⁷ Código de la Niñez y la Adolescencia de 2004, artículo 6.

ser vista como un derecho sino que debe ser realmente entendida como nuestra posibilidad de tener derechos. Recordemos que Uriarte (2006) concibe a la dignidad como nuestra posibilidad de optar y el reconocimiento de esta posibilidad de optar también en el otro.

Estos derechos, así como aquellos que consagra la CDN en sus artículos diecinueve (protege a los niños contra toda forma de violencia física), treinta y siete (que los protege contra todo trato o pena inhumano o degradante), desaparecen cuando el artículo dieciséis del CNA en su literal f, establece el deber de los padres y responsables de “corregir adecuadamente a sus hijos o tutelados”. El problema se manifiesta cuando estos términos no son definidos en el cuerpo del Código, son éstos vacíos errores que pueden tener alto costo para los niños y adolescentes uruguayos. Uriarte (2004) entiende que con este artículo se agrava aún más la situación, ya que nuestro Código Civil con anterioridad ya facultaba a padres o tutores a corregir/ castigar moderadamente. A su entender el CNA da un paso hacia delante en este aspecto.

Volviendo sobre el artículo diecisiete, es pertinente destacar su abundante desarrollo con respecto a deberes del niños/adolescentes, si lo comparamos con el escueto artículo nueve que refiere a los derechos, este último aparece despreciado y sin trascendencia en el texto del Código.

Sin embargo, Morás (2009) cree que el artículo diecisiete a penas menciona tímidamente en el numeral A el deber de los niños y adolescentes de “respetar y obedecer a sus padres o responsables”, aclarando a continuación que deberán hacerlo “siempre y cuando sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes”. En el numeral B se refiere al “cuidar en la medida de sus posibilidades, a sus ascendentes en su enfermedad y ancianidad”. Por lo que el autor entiende que el CNA, se remite a establecer los deberes de niños y adolescentes pero nada dice que sucede si esos deberes no son cumplidos voluntariamente por estos. Al parecer en el capítulo siete CNA se remite a decir que, en caso de los padres no poder garantizar los derechos de niños y adolescentes el Estado debe hacerse cargo, pero nada dice con respecto a quién debe hacerse cargo en caso del incumplimiento de las obligaciones por parte de los niños y adolescentes.

Para finalizar el estudio de la categoría en cuestión, es necesario detenerse con respecto a aquello que el CNA establece con relación al trabajo de niños/ adolescentes en su capítulo doce.

En el artículo ciento sesenta y dos queda establecida la edad de admisión en los quince años, a partir de la cual queda admitido el adolescente para trabajar tanto en dependencias públicas como privadas. Sin embargo, continuando con texto del Código se abre la posibilidad de que el Instituto Nacional del Menor autorice “excepciones especialmente establecidas”. El artículo ciento sesenta y cinco, parece complementar esta idea cuando permite autorizar el trabajo de adolescentes menores de quince años y mayores de trece.

Con respecto a la extensión de la jornada laboral, en el artículo ciento sesenta y nueve se establece que los adolescentes no podrán trabajar más de seis horas diarias, es decir treinta y seis horas semanales con un día de descanso semanal que preferentemente sea un domingo. Nuevamente aparece la excepción cuando aclara que a los adolescentes entre los dieciséis y los dieciocho años, se les podrá extender la jornada a las ocho horas, en estos casos los días de descanso semanal deberán ser dos continuos y preferentemente que uno de esos días sea domingo.

El artículo ciento setenta que refiere a los descansos, establece el descanso intermedio en la jornada de trabajo de niños y adolescentes. El mismo deberá ser de media hora a la mitad de la jornada y tendrá carácter remunerado. Por ende, no se admiten horarios rotativos ni continuos durante el ciclo lectivo para no interferir en la escolarización, además de que deberá mediar como mínimo doce horas entre la finalización de una jornada y el comienzo de la otra.

En el artículo ciento setenta y uno continúan apareciendo las excepciones concedidas por el Instituto Nacional del Menor, cuando deja constancia de que a los adolescentes mayores de quince años se les podrá conceder un permiso especial para trabajar en horarios especiales pero solamente zafralmente, período que podrá durar como máximo tres meses. Este último artículo, también aparece como excepción ante el artículo ciento setenta y dos, donde se deja prohibido el trabajo de los adolescentes en horario nocturno, comprendido entre las veintidós y las seis de la mañana del día siguiente.

Queda establecido en el artículo ciento sesenta y ocho que el adolescente que trabaje tendrá derecho a la administración exclusiva de su salario, la cual deberá serle abonada directamente. El siguiente artículo, el ciento sesenta y nueve, expresa lo siguiente;

“La remuneración del adolescente trabajador se regirá por lo dispuesto en las leyes, decretos, laudos o convenios colectivos de la actividad correspondiente”⁴⁸.

Se creyó conveniente citar el artículo anterior para justificar el porqué se está de acuerdo con Uriarte (2004) cuando expresa que el artículo anterior al no considerar el principio de “a igual trabajo, igual salario” habilita la discriminación de los adolescentes trabajadores con respecto a los adultos.

En el artículo ciento ochenta también nos enfrentamos, al decir de Uriarte (2004), a una norma discriminatoria con respecto a la Constitución, a la Convención y a los principios generales del Derecho del Trabajador. El mismo se refiere a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que pueda padecer el adolescente, estableciendo que el empleador puede verse eximido de responsabilidad por accidentes de trabajo si logrará probar que “el joven se encontraba circunstancialmente en el lugar y sin conocimiento de la persona habilitada para permitirle el acceso”.

Es necesario dejar en claro que el órgano que se encargará de llevar a cabo los controles pertinentes para hacer cumplir los artículos anteriores, según letra del CNA, será el Instituto Nacional del Menor, o mejor dicho a partir de este Código dicha tarea será competencia del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU). Sobre este aspecto se volverá más adelante. Será este último también quién se encargue de conceder el carné de habilitación para el trabajo adolescente. Este carné no tendrá costo y para su renovación los adolescentes deberán someterse a un examen médico anual que compruebe que el trabajo que están realizando no es superior a su capacidad física.

Se cree que son muchas las cuestiones que hubiesen podido ser tratadas en esta categoría. Sin embargo, se intentó trabajar en líneas generales teniendo en cuenta los puntos tratados cuando

⁴⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 179.

se analizó la adolescencia en el CN de 1934, lo que servirá luego como insumo para el análisis comparativo de ambas categorías, cuestión que tendrá lugar en el capítulo tres de este trabajo.

2.3.2 En el CNA ¿Qué lugar y función son asignadas a la familia?

En el apartado anterior se ha hablado de la familia de forma genérica haciendo alusión en los últimos tiempos a la coexistencia de diversos tipos de arreglos familiares. En las siguientes páginas se buscará dejar en claro el lugar asignado a la familia desde el CNA de 2004, para ello se trabajará con los artículos de este cuerpo normativo que se consideran más relevantes al respecto.

Para comenzar es importante detenerse en el primer capítulo, que refiere a los principios generales, específicamente en su artículo séptimo. El mismo trata sobre la *“Concurrencia para la efectividad y la protección de los derechos de los niños y adolescentes”*, en su inciso primero expresa lo siguiente;

“La efectividad y la protección de los derechos de los niños y adolescentes es prioritariamente de los padres o tutores –en su caso-, sin perjuicio de la corresponsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado (...).”⁴⁹

En este artículo el Código recoge el concepto de corresponsabilidad que había sido tratado con anterioridad por la CDN, pero en sentido inverso ya que cambia el orden de los garantes de los derechos humanos poniendo en primer lugar a la familia.

Es aquí donde son ilustrativas las palabras de Uriarte;

“Invertir el sentido de las obligaciones y los obligados para la efectivización de los derechos no es un acto inocente producido por el desconocimiento del legislador.

Son bien conocidos los efectos de la criminalización de la miseria en nuestra región, cuando las leyes tutelares de menores han puesto de cargo de la familia todas las obligaciones”. (Uriarte; 2004: 16)

Esta última idea de la Convención con respecto a la familia es retomada por el CNA en numerosos artículos, el doce es un ejemplo de ello. El mismo refiere al *“Derecho al disfrute de sus padres y familia”*;

“La vida familiar es ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral. Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas (...).”⁵⁰

De no ser posible lo anterior, por razones de interés superior de los niños/adolescentes o porque se carezca de familia, el Código entiende que estos tienen el derecho a crecer en el “seno de otra familia o ambiente de crianza”. Para la selección de esta otra familia se tendrá en cuenta el bienestar de aquellos. A su vez, deja establecido que de no ser posible la segunda alternativa, como último recurso se establecerá el ingreso del niño/adolescente a algún establecimiento público o privado que exista para dicho fin. La permanencia de estos en este establecimiento tendrá un carácter transitorio, no se establece el tiempo máximo que podrá durar esta transitoriedad.

Continuando con el análisis del CNA, es pertinente detenerse en el capítulo cuarto que trata: *“De los deberes de los padres y responsables”*. En el artículo dieciséis de este capítulo, se

⁴⁹ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 7 inciso primero.

⁵⁰ Ídem, artículo 12.

despliegan un conjunto de deberes que tienen los padres o responsables sobre los niños/adolescentes. En el *literal a*, queda establecido que aquellos deben respetar y tener en cuenta el carácter de sujetos de derechos de estos últimos. En el *literal b*, se deja constancia que padres o responsables deben alimentar, cuidar la salud, la vestimenta y velar por la educación de sus hijos o tutelados. En el *literal c*, nuevamente se deja constancia del derecho que tienen los niños/adolescentes a ser oídos y que se tenga en cuenta su opinión, a sí como del deber de padres o tutores de respetar este derecho. Con respecto al ejercicio de los derechos, el *literal e* se pronuncia diciendo que padres o tutores deben prestarle a sus hijos o tutelados orientación y dirección para un ejercicio adecuado de los derechos. El *literal f*, trata sobre el deber de padres o tutores de corregir adecuadamente a sus hijos o tutelados. Cabe recordar que cuando se desarrolla la categoría adolescencia se dijo que el único grupo social sobre el que está legitimado el uso discrecional del castigo físico es la niñez/adolescencia⁵¹.

El *literal* siguiente, es decir el *g*, se consagra el deber de los padres o tutores de;

“Solicitar o permitir la intervención del servicios sociales especiales cuando se produzca un conflicto que no pueda ser resuelto en el interior de la familia y que pone en grave riesgo la vigencia de los derechos del niño y del adolescente”⁵².

Aquí las familias son vistas como prioritarias responsable de la niñez/adolescencia, la patria potestad es considerada un derecho- función que se le atribuye a los progenitores o tutores con la intención de que estos la ejerzan y cumplan con la finalidad de protección/cuidado de los hijos o tutelados.

Al decir de Palummo (2007) la consideración de la niñez/adolescencia como el futuro de la sociedad provoca la intervención del Estado sobre la familia; provocándose así una transformación en público y estatal de un espacio que hasta hace poco tiempo era inminentemente privado.

Los restantes dos literales se remiten a decir que los padres o responsables deben hacer que sus hijos o tutelados concurren a los centros de estudio y deben participar en el proceso educativo de los mismos. Nada más se dice con respecto a cómo debe ser esa participación. El último literal del artículo dieciséis, se remite a decir que son deberes de los padres o tutores; *“Todo otro deber inherente a su calidad de tal”⁵³.*

A continuación se trabaja con el capítulo séptimo, más precisamente con la primera parte que refiere a la filiación. Si bien son muchas las cuestiones que hacen a este capítulo se traerán al análisis aquellas consideradas más importantes para este trabajo.

En el artículo veintitrés se deja constancia del derecho de filiación, donde se establece que todo niño y adolescente tiene derecho a conocer quiénes son sus padres.

En el artículo veinticuatro el Código reconoce, a todo niño/adolescente el derecho de protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral por parte de sus padres o responsables hasta los dieciocho años de edad.

En el artículo veintiséis, se deja constancia que niños/adolescentes tienen derecho desde su nacimiento a ser inscriptos con nombre y apellido.

⁵¹ Ver al respecto categoría adolescencia según el CNA de 2004.

⁵² Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 16 literal g.

⁵³ Ídem, artículo 16 literal l.

Antes del CNA, los padres casados no podían reconocer hijos habidos fuera del matrimonio, con esta disposición se buscaba proteger a los hijos legítimos y la institución matrimonio. Con el CNA se pone el derecho natural por encima de cualquier otro, consagrándose así en el artículo veintiocho el derecho y deber de todo progenitor a reconocer a su hijo cualquiera fuere su estado civil.

En el artículo treinta, también se plantea un cambio importante con respecto a nuestra normativa anterior. Según nuestro Código Civil los hijos de menores de edad que no estuvieran casados no podían ser reconocidos como hijos naturales. A partir del CNA se remueve esta barrera, no obstante para que las mujeres menores de doce y los varones menores de catorce puedan reconocer válidamente a sus hijos deberán tener aprobación judicial previa visita del Ministerio Público. Con respecto a la representación legal de estos hijos nacidos de padres menores de edad no casados, el Juez decidirá a quien concederá la tutela, teniendo siempre preferencia por los abuelos que viven con el padre que reconoce y el reconocido. Pudiendo ejercer la patria potestad ambos progenitores a partir de que cumplan los dieciocho años de edad. Por ende se modifica el derecho concedido, antes era reconocer al hijo propio ahora es el derecho a ejercer la patria potestad sobre el hijo reconocido. Según Uriarte (2004) esta disposición es criticable en tanto hace diferencias tomando como criterio el hecho que los progenitores estén o no casados, esto demuestra claramente la persistencia de situaciones discriminatorias.

Es importante traer al análisis lo que Palummo (2009) dice sobre la filiación. Para dicho autor la filiación es una categoría socialmente construida que ha cumplido históricamente una función estratificadora, siendo motivo tradicional de desigualdad. Pese al avance legislativo con respecto a la igualdad de derechos de los hijos ilegítimos y los naturales, no se ha podido suprimir de forma definitiva la utilización de ambas categorías cuya vigencia es evidentemente cada vez menos funcional. Si bien ahora se han cambiado las etiquetas, por hijos habidos dentro del matrimonio e hijos habidos fuera del matrimonio (artículo veintiocho del CNA), al decir de dicho autor continúa la voluntad política de mantener vigentes dichas categorías.

También con anterioridad al CNA, la simple inscripción del nacimiento hecha por el padre o la madre no configuraba reconocimiento. Para que este reconocimiento se llevará a cabo la parte interesada debía declararlo expresamente ante el Oficial de Registro Civil, quién a su vez debía dejar constancia del hecho en el acta. Mientas este reconocimiento no ocurría no existía legalmente ningún lazo de filiación que unía a un hijo natural con su madre o padre. Este hecho se volvió más sencillo cuando el CNA en su artículo treinta y uno, inciso primero establece lo siguiente;

“Por la simple declaración formulada ante el Oficial de Registro de Estado Civil por el padre o la madre biológicos en oportunidad de la inscripción del nacimiento del hijo, como hijo habido fuera del matrimonio, suponiendo la sola inscripción reconocimiento expreso”⁵⁴.

A continuación es necesario prestar atención en el capítulo séptimo al artículo cuarenta y cinco se define el concepto de deber de asistencia familiar de la siguiente manera;

“El deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección

⁵⁴ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 31 inciso primero.

material y moral de los miembros de la misma. Bajo la denominación de alimentos, se alude en este Código a la asistencia material⁵⁵.

Otro capítulo que se cree necesario traer al análisis es el quince, el mismo refiere a la investigación de la paternidad o maternidad. Vimos en líneas anteriores lo fundamental que es para un hijo habido fuera del matrimonio ser reconocido como hijo natural, ahora con este capítulo veremos los beneficios y obligaciones que trae consigo dicho reconocimiento. En el artículo ciento noventa y siete se deja constatado que la paternidad o maternidad declaradas aseguran al niño/adolescente todos los derechos correspondientes a la filiación natural; los derechos hereditarios, los alimentos, el bienestar y el derecho a llevar el los apellidos de quienes resulten sus padres.

Según el artículo ciento noventa y ocho pueden iniciar la investigación de la paternidad o maternidad el hijo hasta sus veinticinco años; el padre, madre o representante legal del niño/adolescente mientras este sea menor de edad, a su vez el padre o madre también lo pueden hacer desde que se constata la gravidez y en caso de que estos últimos fuesen menores les será asignado un curador. Si se diera el caso de que el padre o madre menor de edad estuvieran internados en el INAME, será esta institución quien pedirá al Juez Letrado de Familia que le asigne un curador. A su vez, esta institución tiene la potestad de actuar de oficio cuando este en conocimiento que un niño ha sido inscripto como hijo de padres desconocidos, o que ingrese a la institución sin filiación paterna o materna, o cuando sea el propio niño/ adolescente quien lo pida.

Según el artículo 252 del Código Civil la patria potestad es conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona o bienes de sus hijos. Esta patria potestad según el CNA puede ser limitada, suspendida o rehabilitada. En estos casos tendrán competencia los Jueces Letrados de Familia en Montevideo y en el interior los Jueces Letrados. La demanda que se presenta justificando algún hecho que pueda dar lugar a la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad será responsabilidad del Ministerio Público.

Estas son algunas de las disposiciones que con respecto a la familia deja establecido el CNA de 2004. En dicho apartado, se ha insistido en hablar de la familia haciendo alusión a los distintos tipos de arreglos familiares que existen en la actualidad. Ignorarlo sería no dar cuenta de un cambio importante que se viene dando en Uruguay desde hace ya varias décadas.

2.3.3 ¿Cómo se concibe la infracción en el CNA?

Para dar comienzo al estudio de esta categoría, es pertinente dejar en claro que en las próximas páginas se procura definir con claridad que es lo que CNA entiende por infracción a la ley penal y por adolescente infractor, así como todo aquello que hace a la comprensión de ambas definiciones. Para cumplir con dicho cometido se trabajará con el capítulo nueve, sección segunda que se titula; “*De los adolescentes y las infracciones a la ley penal*” a través de este capítulo el CNA instala un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes.

En el artículo sesenta y nueve se consideran infracciones a la ley penal;

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

⁵⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia de 2004, artículo 45.

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 penal⁵⁶.

A través de este artículo el CNA funda el principio de legalidad, dado que, establece con claridad cuáles son los delitos por los cuáles los jóvenes habrán de responder. Este principio, según Uriarte (2006), constituye una garantía fundamental a la libertad de los jóvenes, establece que los delitos deben estar expresados en leyes que permitan conocerlos de antemano, así también las penas que deberán cumplirse en caso de cometerlos, lo que proporciona seguridad jurídica y garantías políticas a los sujetos. Un aspecto que el mismo considera criticable del artículo anterior, es la criminalización de la omisión, entiende que debería ser restringido al menos a las infracciones muy graves. Los tipos omisivos simples son conductas que forman parte del comportamiento del mundo adulto, por lo que se requieren una cierta madurez, responsabilidad social, que no puede ser exigible a los jóvenes que son sujetos en pleno desarrollo.

Queda establecido en el artículo anterior la descriminalización de la tentativa y la complicidad en los delitos graves, estas actitudes si son criminalizadas en caso de infracciones gravísimas. Uriarte (2004) entiende que si el Derecho Penal Juvenil debe estar gobernado por el principio de mínima intervención punitiva, no deberían ser penalizadas la tentativa y la complicidad.

La intervención punitiva, para Uriarte (2006), consiste en abordar un conflicto social definiendo conductas como delitos y adscribiéndoles una pena. Entiende que la modernidad nos colonizo para pensar en términos de delito- pena- responsable.

“(…) ese estilo de intervención elaborado jurídica penalmente tiene la virtud, o debería tenerla, de excluir infinidad de intervenciones punitivas informales, penosas, posibles, exigiendo la previa existencia de un delito y un discurso penal (...). En suma, si bien podemos discutir si la intervención punitiva soluciona conflictos, no hay duda que el desiderátum del discurso jurídico penal es reglar toda aquella actividad del Estado destinada a infligir penas”. (Uriarte; 2006: 28-29)

Otra novedad muy cuestionable que surge con el CNA es la forma en la que criminaliza las infracciones culposas consumadas. La culpa tentada no es jurídicamente posible, según Uriarte, dado que la tentativa por definición es intencional.

“(…) castigar la negligencia o la imprudencia en un adolescente es una política que vulnera la dignidad del joven, quien está en proceso de adquisición de habilidades o de incorporación de percepciones, hasta el control de sus movimientos corporales. El reproche por negligencias o imprudencias es propio del mundo adulto y para el mundo adulto”. (Uriarte; 2004: 48)

Al entender de Uriarte (2004), con esta novedad el CNA ha retrocedido con respecto al proyecto de 1999, ya que este no criminalizaba los tipos culposos, y, criminalizaba por debajo los delitos graves y

⁵⁶ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 69.

gravísimos. Cree que aquel proyecto excluía de la ley penal juvenil un importante número de tipos penales.

Quizá con la intención de moderar un poco esta modalidad de intervención punitiva, es que en el inciso segundo del capítulo citado, se incorpora el criterio de descendimiento, por lo cual se continúa percibiendo a los jóvenes como incapaces. Incorporación que desconoce el principio de autonomía progresiva reconocido por la CDN, donde los menores de 18 años por ser tales se consideran tienen capacidad para discernir.

También en el inciso segundo se incorpora el criterio de la “personalidad psicosocial”. Uriarte (2004) considera que esta incorporación abre una brecha con respecto a las garantías que deben rodear a la intervención punitiva y puede dar lugar al surgimiento de criterios peligrosistas que pongan en crisis diversos principios del derecho penal. Estos criterios peligrosistas, para Uriarte (2004), que pueden venir tanto del campo de la psicología como del social, son etiquetas que de una forma u otra terminan definiendo al adolescente (“problemático”, “impulsivo”, “con dificultades para establecer vínculos”, “de familia desintegrada”, “con padre ausente y madre incontinente”, “fracaso escolar”, “situación de calle”) y poniendo en tela de juicio principios como el de legalidad, culpabilidad, de derecho penal de acto, todos consagrados con anterioridad por la CDN y nuestra Constitución.

En el artículo setenta queda definido que se entiende por Adolescente infractor de la siguiente manera;

“Se denomina adolescente infractor a quien sea declarado responsable por sentencia ejecutoriada, dictada por el Juez competente, como autor, coautor o cómplice de acciones u omisiones descritas como infracciones a la ley penal”⁵⁷.

Queda así establecida la responsabilidad de los adolescentes asociada a la infracción penal y a la autonomía progresiva, lo que supone, al decir de Uriarte (2004) un quantum de capacidad en la base de la responsabilidad. A su entender a partir de la palabra responsabilidad el Código consagra el principio de culpabilidad.

Gómez y Fessler (2008) creen que es necesario distinguir la culpabilidad como elemento del delito del principio de culpabilidad, es decir del postulado pivot del Derecho Penal “no hay pena sin culpabilidad”. A este principio lo conciben estrechamente ligado al principio de dignidad y a la no instrumentalización del hombre. Entienden que en un Estado de Derecho el hombre es visto como ser responsable, capaz de determinarse y culpable de su voluntad, por ende, es posible reprochársele que haya actuado antijurídicamente pues pudo a ver optado por una voluntad diferente. La recriminación aparece para estos como la medida de la culpabilidad, donde las circunstancias que rodean la conducta deben ser tenidas en cuenta sobre todo en el caso de los jóvenes.

“No se puede tomar a los jóvenes como recipientes que se contemplan 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”. (Gómez y Fessler; 2008:43)

⁵⁷ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 70.

Uriarte (2004) considera que el principio de culpabilidad no recibe una clara y explícita consagración en el CNA, lo que pudo haber dado lugar al artículo setenta y uno;

“(Relación causal). Solo puede ser sometido a un proceso especial regulado por este Código el adolescente a quien se le pueda atribuir material y psicológicamente un hecho constitutivo de infracción a la ley penal.

La existencia de la infracción debe ser la consecuencia de su acción u omisión”⁵⁸.

Estos son los adolescentes mayores de trece y menores de dieciocho años de edad, se respeta así el límite mínimo establecido con anterioridad por la CDN para que un adolescente pueda responder por infracciones penales.

Se trabajará también en esta categoría con el artículo setenta y dos que clasifica a las infracciones a la ley penal en graves y gravísimas. Entiende por infracciones gravísimas el homicidio, las lesiones gravísimas, la rapiña, la privación de la libertad agravada, el secuestro, la extorsión, el tráfico de estupefacientes, los delitos con un límite mínimo igual o superior a seis años de penitenciaría y un límite máximo igual o superior a doce años. Las restantes son catalogadas como son infracciones graves a la ley penal.

Como ya se dijo en líneas anteriores el Código castiga la tentativa y la complicidad en caso de infracciones gravísimas, por ende iguala la tentativa al delito consumado o el peligro de lesión con la lesión propiamente dicha de un bien jurídico. Se termina dando un tratamiento punitivo a la tentativa que en definitiva resulta más severo que el que reciben los adultos según el Código Penal. Uriarte (2004) considera que esta es una técnica legislativa que la ley penal deja reservado para proteger los bienes jurídicos más caros y criminalizar a los jóvenes.

“Detrás de esta estrategia política del CNA, está, larvada, la filosofía del derecho penal de autor, la idea del joven como “sujeto peligroso”, del delincuente por tendencia: no importa tanto lo que haga sino quien es, y por el camino queda el derecho penal de acto y de lesividad”. (Uriarte; 2004: 53)

La peligrosidad es un concepto que no debe ser admitido en el derecho penal juvenil, dado que la CDN deroga todo lo que pueda existir al respecto. Para dicha norma internacional, la peligrosidad involucra un juicio pronóstico de futuro que es efectuado desde el mundo adulto, este supone al joven un individuo determinado negándole así la posibilidad de optar. Para una norma que es respetuosa de la dignidad del joven, que lo considera un ser en formación, que está consolidando sus opciones personales es impensable pueda admitir el juicio de la peligrosidad.

En el artículo setenta y tres dos cuestiones merecen especial atención.

En primer lugar, en este artículo se excluyen las consideraciones de las circunstancias agravantes a la hora de ponderar la responsabilidad del joven en la infracción. Pero, según Uriarte (2004), de nada sirve al CNA prescindir de las circunstancias agravantes cuando el mismo en el artículo noventa y uno, inciso tercero, dispone que *“(…) En situaciones de peligrosidad manifiesta se adoptarán las medidas que fueran compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”⁵⁹.* (Volveremos sobre este punto más adelante)

⁵⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 71.

⁵⁹ Ídem, artículo 91 inciso tercero.

En segundo lugar, se realiza una remisión genérica a la parte general del Código Penal y a la mencionada Ley de Seguridad Ciudadana. Se ha hablado de la importancia que esta última ha tenido orden a las garantías del debido proceso penal juvenil y en los aportes que ha hecho al CN, sin embargo ambas leyes quedan derogadas con el CNA.

Si bien es entendible la remisión al Código Penal dadas la carencia de normas penales que posee el CNA, al decir de Uriarte (2004) esta debería tener en cuenta la condición de adolescentes y la condición de sujetos de derechos de los mismos.

Se es consciente de que son muchas las cuestiones que se han pasado por alto en el desarrollo de esta categoría, sin embargo dada la complejidad de la misma se ha pretendido traer al debate aquellas cuestiones que más han llamado la atención de quien escribe. Siempre teniendo presente aquellos aspectos que luego serán sustento para el análisis comparativo que se desarrollara en el próximo capítulo.

2.3.4 Medidas y procedimientos previstos por el CNA

Para dar comienzo a este apartado es pertinente mencionar el capítulo nueve del CNA que trata “De los Niños y Adolescentes”, específicamente el artículo sesenta y seis, donde se determina que los Juzgados Letrados de Menores pasaran a llamarse Juzgados Letrados de Adolescentes. Estos serán los que en primera instancia entiendan en todos los procedimientos a que den lugar las infracciones de adolescentes a la ley penal. En segunda instancia entenderán los Tribunales de Familia.

En el Interior del país, los Juzgados Letrados de Primera Instancia, que entienden en materia de familia, serán los que tendrán competencia de urgencia en casos de infracciones de adolescentes a la ley penal que requieran intervención inmediata, es decir, en todos aquellos casos que exista algún riesgo de lesión o frustración de un derecho del niño/adolescente. Luego de que se tomen las medidas para proteger estos derechos se deriva al Juzgado que corresponda.

En el artículo sesenta y siete del CNA, se establece que la Suprema Corte de Justicia velará porque los Juzgados cuenten con la asistencia permanente de un grupo de profesionales (Asistentes Sociales, Psicólogos y Psiquiatras, entre otros) del Poder Judicial para asesorar al Juez siempre que este lo solicite.

Nuevamente el CNA destaca la importancia dada a la familia, cuando en el artículo sesenta y ocho establece como criterio básico de intervención en los Tribunales, la promoción de las familias, sobre todo de las más vulnerables y el desarrollo del niño en el ámbito de la misma.

Para continuar con el desarrollo de esta categoría se trabajará con algunas secciones del capítulo diez del CNA. En la sección primera se desarrollan los derechos y garantías, que deben estar presentes y cumplirse de forma estricta en todos los casos en que al adolescente, se le impute el haber incurrido en actos que se presume comporta infracción a la ley penal.

➤ Son principios orientadores del proceso penal juvenil:

A) Principio de judicialidad y legalidad:

Con el cumplimiento de ambos principios se pretende asegurar que el adolescente, al que se le impute haber cometido una infracción ante la ley penal, sea juzgado por los jueces competentes, con

los procedimientos correspondientes y bajo la plena vigencia de las normas constitucionales, legales e instrumentos internacionales.

B) Principio de responsabilidad

Ya se ha hablado de este principio en el apartado anterior, en esta instancia es pertinente agregar que la responsabilidad del Adolescente tendrá lugar a partir de la sentencia definitiva, cuando se le atribuye la comisión del hecho constitutivo de infracción a la ley penal. Si en el hecho se encontrarán involucrados niños, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el capítulo once, artículos ciento diecisiete y siguientes. (Se volverá más adelante sobre este punto)

C) Principio que condiciona la detención

Este retoma el artículo quince de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, que refiere al principio que condiciona la detención, quedando establecido que solo puede ser detenido en casos de infracciones flagrantes o existiendo elementos de convicción suficientes sobre la comisión de una infracción, para la detención en este último caso deberá existir una orden escrita del Juez competente. Termina el literal estableciendo que la detención será una medida excepcional. (Se retomará este aspecto)

D) Principio de humanidad

Se hace alusión a aspectos establecidos con anterioridad por la CDN, se reconoce que el adolescente debe ser tratado con la humanidad y el respeto inherente a la persona humana, que no podrá ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos ni degradantes, experimentos científicos o médicos. Al entender de Uriarte (2006) el principio de humanidad debe concebirse como la mínima agresión a la dignidad.

“Cada derecho humano es una porción de dignidad y de realización personal; su afectación lo hace cualitativamente menos persona”. (Uriarte; 2006:199)

En el inciso tercero, del literal en cuestión, se instaura el derecho que tiene el adolescente a mantener contacto permanente con su familia o responsables, dejando como única excepción la cláusula “salvo en circunstancias espaciales”. Nada más dice al respecto, no nombra cuales podrían ser estas circunstancias especiales ni en qué condiciones debían darse para ser prohibido el contacto.

E) Principio de inocencia

Este principio ya había sido consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve. Según Gómez y Fessler (2008) las Constituciones reconocen el principio de inocencia, que es sobre todo un estado de inocencia, en el Derecho Penal funciona como límite al legislador y a los preceptos que establecen la responsabilidad basada en hechos presuntos. Dichos autores lo definen como el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor, impone entre otras exigencias, que los jueces al tomar declaraciones al adolescente no lo deben incitar a que confiese los hechos. Advierten que en la práctica se hace hincapié en que el joven admita la imputación, lo que va en contra también de otro principio ya reconocido por la CDN y por nuestra Constitución, como lo es el derecho a no declarar en su contra.

F) Principio de inviolabilidad de la defensa

En él se instaura el derecho de los adolescentes a contar de forma permanente con asistencia jurídica gratuita a partir de la detención, durante todo el proceso y hasta la ejecución completa de las medidas.

G) Principio de libertad de comunicación

Determina el derecho que tiene el joven a mantener durante la privación de libertad una comunicación libre y en privado con su defensa, con sus padres, responsables, familiares y asistentes espirituales.

H) Principio de prohibición del juicio en rebeldía

Este principio ya estaba instaurado por el artículo veintiuno de nuestra Constitución, remite al derecho a no ser juzgado en su ausencia so pena de nulidad de todo lo actuado.

I) Principio de impugnación

Refiere al derecho de todo adolescente a imputar todas las decisiones judiciales que lo perjudiquen.

J) Principio de duración razonable

Es establecido expresamente en el Pacto de San José. Al decir de Gómez y Fessler (2008) está estrechamente vinculado al respecto a la dignidad, dado que toda persona tiene derecho a liberarse de la sospecha que concierne un proceso.

Muchos autores entienden que la intervención procesal debe ser rápida y la prórroga en los plazos una excepción, sobre todo para los jóvenes dada la particularidad que los tiempos tienen para estos. Sin embargo, Gómez y Fessler (2008), advierten que muchas veces esta celeridad de los juicios no dan lugar a la ampliación de pruebas, a las declaraciones de testigos, a que los fiscales planteen la acusación teniendo los informes correspondientes a la vista, llegando a ser muchas veces irracionales cuando los plazos previstos se tornan imposibles de ser cumplidos.

K) Principio de asistencia de interprete

Consagra el derecho que todo adolescente tiene a la asistencia de intérprete de no comprender o no hablar el idioma.

L) Principio de oportunidad reglada

Este principio le cede al adolescente el derecho de prescindir del procedimiento cuando por las características del hecho o la naturaleza del bien jurídico agredido no se justifique la prosecución de la acción.

➤ Diversas instancias en el proceso penal juvenil

A continuación se trabajará con algunas cuestiones de la sección segunda del capítulo diez que se denomina “Régimen procesal”.

En el artículo setenta y cinco se indica como principio general que en todos los casos en que se investigue la responsabilidad de un adolescente, el procedimiento debe ajustarse a los trámites establecidos por este Código, subsidiariamente también se podrá recurrir al Código General de Proceso. Según Gómez y Fessler (2008) ningún aspecto del proceso penal de adolescentes debería regirse por un código procesal civil, entienden esta alusión del CNA una incongruencia.

En el artículo setenta y seis se divide el procedimiento en cuatro instancias; las actuaciones previas al proceso, la audiencia preliminar, las medidas probatorias, la resolución de la audiencia preliminar y medidas cautelares.

En las actuaciones previas al proceso se dan los cometidos de la autoridad policial, quién deberá proceder de modo que menos perjudique a la persona y reputación del adolescente. Esta autoridad luego de realizar la detención de un adolescente, pondrá el hecho en conocimiento inmediato del Juez, en este caso no podrán excederse las dos horas después de realizada la detención. Es parte de los cometidos de la autoridad policial poner en conocimiento del adolescente los motivos por los cuales se lo está deteniendo y los derechos que dispone, como por ejemplo la designación de un defensor, el derecho de informar a sus padres o responsables.

Queda establecido como parte de las actuaciones previas al proceso, que si fuese necesario se hará constar lo indispensable para la información de los hechos antes de que el adolescente sea conducido a la presencia del Juez. De no ser posible llevarlo de inmediato a la presencia del Juez, el CNA prevé que con la autorización de este se puede dirigir al joven a alguna dependencia especializada del INAU⁶⁰ o del Instituto Policial, no pudiendo permanecer en este último más de doce horas. Los traslados interinstitucionales y a la sede judicial deben estar precedidos de los exámenes médicos correspondientes.

Será cometido del Juez, en caso de tomar conocimiento de que el adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo ciento diecisiete de este Código, comunicarle al Juez competente, sin perjuicio de las actuaciones procesales referidas a la infracción.

Luego de las actuaciones previas al proceso tiene lugar la audiencia preliminar. En Juez dispondrá la realización de una audiencia preliminar (en los casos de infracciones de adolescentes que lo justifiquen) antes de las veinticuatro horas, donde deberán hacerse presentes bajo pena de nulidad el adolescente, su defensor y el Ministerio Público. Se procurará también la presencia de los padres o responsables, podrán a su vez comparecer de no existir peligro para su seguridad y siempre que lo acepten, la víctima y testigos. En esta instancia, el Juez al interrogar al joven le hará conocer en términos que faciliten su comprensión, los motivos de la detención y los derechos que posee, además se dispondrá de inmediato tener la partida de nacimiento o acreditar la edad por medios sustantivos. Para terminar esta instancia el CNA dispone que;

“Mediando acuerdo de partes, podrá prescindirse de la agregación inmediata”.

En un tercer momento del procedimiento tienen lugar las medidas probatorias. Se determina que durante la audiencia el Ministerio Público y la defensa podrán solicitar aquellas medidas que estimen sean convenientes, la información deberá ser recabada en un plazo máximo de veinte días continuos y perentorios contados a partir de la decisión policial, las pruebas se diligenciarán en audiencia con las garantías necesarias para un debido proceso incluidos los informes del equipo médico. Si fuera requerido, en esta instancia la policía podrá prestar colaboración.

En un cuarto momento del procedimiento, se da la resolución de la audiencia preliminar y se decide la medida cautelar a ser aplicada. Se fijará la audiencia final en un plazo de sesenta días, plazo que se retrae a treinta días como máximo en el caso de que el Juez disponga como medida cautelar la internación provisoria o el arresto domiciliario.

⁶⁰ Es pertinente recordar que durante todo el desarrollo del CNA se habla del Instituto Nacional del Menor (INAME) y que solo al final del Código queda definido que a partir de la promulgación de este se llamara Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU).

Las medidas cautelares se deberán aplicar solamente cuando sean “necesarias” y se deberá tener como criterio para la elección de la misma perjudicar lo menos posible al adolescente.

Son medidas cautelares; la prohibición de salir del país, la prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas, de concurrir a determinados lugares o de tomar contacto con determinadas personas, la obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine, el arresto domiciliario y la internación provisoria.

Para el caso del arresto domiciliario y la internación provisoria el CNA dispone que no podrá durar más que sesenta días, que de haberse cumplido ese plazo y no se hubiera dictado sentencia el adolescente deberá ser puesto en libertad. Estas dos medidas solo pueden aplicarse para aquellos casos en que al adolescente se le impute una infracción que puede ser objeto final de privación de libertad y siempre que sea indispensable para asegurar que el adolescente concorra a los actos procesales esenciales, por seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos. La internación provisoria se cumplirá en un establecimiento del INAU.

“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. (...) los procesados sin condena se encuentran 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. (...) la privación de la libertad cautelar se vuelve un mero depósito que puede durar hasta dos meses (...)”. (Gómez y Fessler; 2008, 58)

En caso de ser impuesta la internación provisoria como medida cautelar, el Código exige la intervención de los técnicos de INAU, la elaboración de un informe con evaluación médica y psicosocial que no puede exceder el término de veinte días dispuestos para la prueba. Estos informes podrán ser presentados de forma oral en la audiencia o escritos y será el equipo técnico quien supervise la aplicación de las medidas.

Luego se lleva adelante la etapa de la formulación de la demanda o sobreseimiento. En esta instancia, luego de diligenciadas las pruebas, los autos pasan al Ministerio Público por seis días. El Ministerio Público es representado en el proceso por la figura del Fiscal, la que desde la perspectiva de Gómez y Fessler, *“(...) representa el interés social o al Estado (en su aceptación más amplia), conciliándose su función con el interés personal del indagado, lo que solo 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”.* (Gómez y Fessler; 2008: 56)

La ley orgánica 15.365 de diciembre de 1982 que regula la actuación del Ministerio Público y del fiscal, establece en su artículo diez la Competencia funcional en orden judicial, correspondiendo al Ministerio Público en lo civil, según el inciso quinto de esta ley:

“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 esta instancia el Ministerio Público puede solicitar sobreseimiento, por ser evidente la inexistencia de delito o la irresponsabilidad del inculcado, paralizándose la causa por parte del Juez. Si en este caso se dedujera demanda fiscal se conferirá traslado por seis días a la defensa, que tendrá potestad para presentar pruebas y contradecir o conformarse con la decisión. De ser esta última actitud la que tome la defensa, el Juez deberá dictar sentencia en cinco días.

En la audiencia final deberán participar sobre pena de nulidad el adolescente, su defensor y el Ministerio Público; será convocada dentro de los quince días previstos para que la defensa conteste la demanda fiscal. En esta instancia se presentarán los informes técnicos que se hayan recabado y se dará participación a los padres o responsables, y a la víctima de solicitarlo. El Juez deberá dictar sentencia definitiva y expresar los fundamentos correspondientes a la decisión tomada, la sentencia deberá ser registrada de forma escrita, con la brevedad y claridad necesarias para que pueda ser interpretada por el adolescente imputado. De ser muy complejo el asunto en cuestión la audiencia podrá ser prorrogada quince para proponer y hacer las probanzas. Dictada la sentencia de forma definitiva en la audiencia final el Juez dispondrá la medida a tomarse.

➤ Medidas socioeducativas: privativas o no privativas de libertad

Según el artículo setenta y siete solo podrán ser aplicadas a aquellos adolescentes que por sentencia ejecutoriada hayan sido declarados como responsables. Una vez que el Juez disponga la medida a ser aplicada deberá comunicar de forma escrita al INAU o la institución privada seleccionada para que den curso a la ejecución de las medidas.

Según Uriarte (2004) el CNA no se pronuncia con relación a que las medidas socioeducativas deben ser determinadas en todos los casos. Si es una medida es porque pretende medir algo, una medida indeterminada es para este una expresión tautológica.

Para Gómez y Fessler (2008) el término “socio- educativas” hace referencia a dos acciones simultáneas que se procuran en la acción educativa, es decir, la individualización y la socialización. Con la primera se busca desarrollar las potencialidades del sujeto y la segunda está orientada a que el sujeto con lo propio pueda contribuir con la comunidad. Según estos autores el objetivo de estas medidas es apuntalar el proceso evolutivo del joven para que pueda superar dificultades personales, rescatar recursos de sí mismo y del grupo social para poder integrarse a este.

Queda instaurada en el artículo setenta y nueve la posibilidad de complementar las medidas socioeducativas con algunas medidas catalogadas como complementarias, como lo es el apoyo de técnicos al adolescente que está desarrollando la medida. Gómez y Fessler (2008) advierten que debe tenerse especial cuidado con la superposición de medidas, ya que muchas de ellas resultan incompatibles entre sí. El artículo en cuestión determina que la medida deberá ser seleccionada por el Juez según criterio de proporcionalidad e idoneidad para el logro de los objetivos. El principio de proporcionalidad aquí consagrado debe ser entendido, según Uriarte (2006), como límite poderoso a la privación de la libertad, conforme al cual la respuesta al delito deberá ser ponderada en función del bien jurídico agredido por la infracción y la forma como se da la agresión, así como por la culpabilidad.

Dentro del elenco de medidas socioeducativas no privativas de libertad el artículo ochenta se refiere a las sustitutivas, con esta denominación queda implícito que se conciben en remplazo a la privación de la libertad, concebida como la sanción más severa consecuencia de una infracción. Las medidas sustitutivas pueden ser: la advertencia; formulada por el Juez al adolescente en presencia del defensor, padres o responsables sobre los prejuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta; la amonestación, el Juez intimida al adolescente a no reiterar la infracción en presencia también del defensor, padres o responsables; orientación y apoyo de un programa socioeducativo llevado a cabo por el INAU u otras instituciones públicas o privadas por un periodo máximo de un año; la observancia de alguna regla de conducta, como puede ser la prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos por un tiempo máximo de seis meses; la prestación de algún servicio a la comunidad por un máximo de dos meses; obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima; la prohibición de conducir vehículos motorizados por un periodo que no puede exceder el máximo de dos años; libertad asistida y vigilada.

Los programas de orientación como medida sustitutiva, tienen como finalidad hacer que el adolescente se incorpore paulatinamente al medio familiar, grupo de crianza u otros grupos, así como también a los centros de enseñanza y cuando fuere oportuno al mundo del trabajo.

La prestación de servicios a la comunidad, será regulada por el INAU y se desarrollaran con preferencia en centros comunitarios públicos, como es el caso por ejemplo de los hospitales. El tiempo máximo para desarrollar estos servicios no podrá exceder las seis horas diarias.

Uriarte (2004) le asiste razón a UNICEF que ha observado que el plazo máximo de la prestación de servicios a la comunidad es demasiado breve y que la carga horaria diaria es muy alta. Si bien entiende que es necesario limitar la medida, la carga horaria al ser alta puede provocar la desarticulación de todas las actividades del joven, incluso las que el propio Código promueve.

En el artículo ochenta y tres el Código se pronuncia con respecto a lo que conocemos por mediación. Según Gómez y Fessler (2008) la mediación exige cierto conocimiento recíproco y sus posibilidades de éxito dependen del tipo de comunidad donde se trate de resolver el conflicto. Si bien entienden que es una propuesta muy interesante su puesta en práctica en el sistema penal juvenil uruguayo es muy joven. Puede plantearse en cualquier parte del proceso, por ejemplo, en la audiencia preliminar en conformidad con el adolescente y la víctima o a petición de parte. Al optar por esta vía queda suspendido el proceso por un “plazo prudencial” que es determinado por el Juez y el caso podrá ser derivado a mediación. Si se llega a un acuerdo antes del plazo previsto se puede solicitar adelantar la audiencia, de lograrse el fin propuesto se daría por terminado el proceso de forma extraordinaria. En el caso de fracarsarse en el intento de mediar deberá evidentemente continuarse el proceso a partir de donde se suspendió, se dictará sentencia y se aplicará otra medida.

Dentro de las medidas sustitutivas, el artículo ochenta y cuatro, refiere a la libertad asistida y la vigilada. La libertad asistida consiste en acordarle al adolescente la libertad en su medio familiar y social, para ello necesitaran contar con el apoyo de técnicos y funcionarios capacitados. Esta medida tendrá una duración determinada por el Juez, pudiendo ser en cualquier momento interrumpida, revocada o sustituida.

El régimen de libertad vigilada consiste en la permanencia del adolescente en la comunidad con el acompañamiento permanente de un educador. El tiempo estipulado para que dure esta medida también deberá ser determinada por el Juez.

En el artículo ochenta y cinco se deja constancia que el Juez solo podrá aplicar una medida sustitutiva o socioeducativa privativa de libertad, con estas últimas se trabajará a continuación.

Como se dijo en líneas anteriores, las medidas socioeducativas privativas de libertad solo podrán ser aplicadas a aquellos adolescentes que sean declarados como responsables de la infracción por sentencia ejecutoriada y que a juicio del Juez esta medida se justifique. También podrán ser aplicadas a aquellos adolescentes que hayan sido declarados responsables y hayan incumplido las medidas adoptadas por el Juez.

Uriarte indica al respecto que *“(…) la privación de la libertad preceptiva para quien incumpla las medidas adoptadas por el Juez, merece cuestionamientos. (...) en estos casos la privación de la libertad es automática, sin tener en cuenta circunstancias justificantes, exculpatorias o atenuantes, que merezcan una consideración detenida de la cuestión”.* (Uriarte; 2004:63)

La privación de libertad puede recaer en diferentes circunstancias; en la detención, como medida cautelar de internación provisoria, como medida socioeducativa, como medida curativa o en las circunstancias del artículo cinco diecisiete y siguientes. Hay que tener en cuenta que esta medida debe ser usada como último recurso, por el menor tiempo posible y bajo fundamento del Juez de porque no es posible aplicar una medida distinta.

Lo que no aparece establecido en el CNA son los criterios que deben gobernar la decisión del Juez, se le determina como límite en estos casos el no poder imponer una medida educativa sin previo pedido del Ministerio Público ni hacerlo de manera más gravosa a la que este solicitase.

“El principio de excepcionalidad de la privación de la libertad funge como bisagra entre dos cuestiones que siempre están en conflicto, en choque dialéctico: la defensa social y la teoría del interés superior de la niñez adolescente”. (Uriarte; 2006: 175)

Al sentir de Uriarte (2006) la filosofía del CNA, así como también de la CD y de las RMPL, es poner obstáculos a la criminalización de los jóvenes, dado que, el principio de excepcionalidad busca evitar la privación de libertad y alertar sobre los efectos perjudiciales, el deterioro que esta medida produce en la vida de quienes la sufren. Este principio cuestiona seriamente las posibilidades de llevar adelante las “teorías re”, (propias de la doctrina tutelar) que pretenden educar desde el encierro. El principio de mínima duración debe funcionar por debajo del principio de proporcionalidad de la pena y en consonancia con el de excepcionalidad.

“Una situación como el encierro, que no está llamada para la educación, mal puede prolongarse en el tiempo por razones de educabilidad”. (Uriarte; 2006, 1999)

Si en el hecho junto al adolescente hubiese involucrada una o más personas mayores de edad, la autoridad policial dará conocimiento de los hechos simultáneamente al Juez de Adolescentes y Juez Penal de Turno. Ambos magistrados actuarán de forma paralela, comunicándose recíprocamente las alternativas de la causa y de ser necesaria la declaración del adolescente en el Juzgado Penal se deberá solicitar previamente autorización al Juez de Adolescentes.

En el caso que la privación de la libertad establecida para el adolescente tenga una duración superior a un año, la apelación contra la decisión judicial será automática.

En el artículo ochenta y siete el CNA expresa que las medidas privativas de libertad no son obligatorias para el Juez. En este caso es pertinente el planteo que realiza Uriarte al respecto y con el que se está en total acuerdo;

“(…) qué sentido tiene tal no obligatoriedad sin límites concretos que vinculen estrictamente al Juez, para no disponer la privación de la libertad. Le asiste razón a UNICEF cuando afirma que de esta forma, en los hechos, la privación de la libertad pasa a ser la regla y no la excepción”. (Uriarte; 2004: 62-63)

Este artículo determina que aún siendo posible la aplicación de una medida no privativa de libertad, el Juez deberá justificar que no es adecuado en el caso la privación de libertad. Aquí los diferentes niveles de fundamentación (adecuación de la privación de la libertad, posibilidad y adecuación de medidas no privativas de libertad) son los únicos límites que el CNA impone expresamente al Juez para aplicar el principio de excepcionalidad de la privación libertad.

En el artículo ochenta y ocho, se establecen como medidas privativas de libertad, la internación en establecimientos carcelarios separados totalmente de aquellos destinados a los adultos y la internación en los mismos establecimientos pero con posibilidad de gozar de semilibertad.

El CNA entiende por privación de la libertad;

“El régimen de privación de la libertad consiste en recluir al adolescente en un establecimiento que asegure su permanencia en el recinto, sin menoscabo de los derechos consagrados en este Código, las normas constitucionales, legales e instrumentos internacionales⁶¹”.

Y por régimen de semilibertad;

“El régimen de semilibertad consiste en disponer que el adolescente, cuya privación de libertad ha sido dispuesta en establecimientos, goce de permiso para visitar a su familia o para la realización de actividades externas, de ocho horas de duración, en su beneficio personal, controladas por la autoridad donde se encuentra internado.

Este régimen se extiende, a voluntad del adolescente, mientras se aplica la medida de privación de libertad, salvo la suspensión temporaria o definitiva por inobservancia de las reglas de comportamiento⁶²”.

Gómez y Fessler (2008) al trabajar la privación de libertad como medida educativa destacan un aspecto que se considera de suma importancia traer al análisis, la angustia adicional que ocasiona en los jóvenes del interior. Cuando son sometidos a la privación de libertad pasan a cumplirla en el departamento de Canelones, donde están las instalaciones de la Colonia Berro que al parecer “aseguran la permanencia” de los jóvenes. Se suma a la sanción de estar privados de la libertad el hecho de estar lejos de su familia, lo que muchas veces provoca que se pierda el contacto ya sea por falta de recursos, por las dificultades que ocasiona acceder a dicho establecimiento, entre otros motivos. Se considero pertinente entrecomillar los términos “aseguran la permanencia” porque

⁶¹ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 89.

⁶² Ídem, artículo 90.

según datos que arroja la prensa local hoy son frecuentes las fugas de los centros de reclusión juvenil⁶³.

Con respecto a la semilibertad, ambos autores destacan que si bien existen en esta medida aspectos coercitivos, ya que se separa al joven del ámbito familiar y de su comunidad, bajo esta medida pueden salir de los establecimientos. Para el desarrollo de esta medida creen que es necesario que la institución mantenga una relación constante con los programas sociales y formativos de la comunidad, ya que se debe organizar la vida cotidiana del joven en función de que tenga acceso a distintos servicios. Entienden que en nuestro medio las medidas de semilibertad no se dan en estas condiciones, sino que se deja librado a la voluntad del joven el régimen de salidas, por lo que se vuelve bastante difícil coordinar actividades reguladas con el exterior.

El artículo noventa y uno expresa;

“La medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de cinco años.

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

En situación de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor⁶⁴”.

Uriarte destaca que hasta la sanción del CNA el diagnóstico de la peligrosidad parecería haber desaparecido, por lo menos del terreno de lo explícito. Este diagnóstico parte de una visión antropológica determinista que concibe al joven como proclive al delito y desde ahí resuelve su vida, anulando de esta manera todas posibilidades de opción pueda tener y su dignidad como persona. Un juicio como este, al entender del autor, es operativo en posturas que están afiliadas con la defensa social.

El artículo noventa y cuatro determina que las medidas adoptadas por el Juez podrán en cualquier momento del procedimiento ser sustituidas, modificadas o cesadas siempre que hayan cumplido con su finalidad educativa. Los trámites para ello deberán hacerse en audiencia, donde se dictara resolución fundada contando previamente con los informes técnicos que se estimen pertinentes, la presencia del adolescente, sus responsables, el defensor y el Ministerio Público. Una vez más el CNA hace referencia a la educación, como si los adolescentes infractores fuesen corregibles a través de una intervención punitiva-educativa.

En el artículo cinco dos, el CNA recoge un pasaje textual de la CDN donde asume el deterioro que provoca el encierro, la violencia que las instituciones de privación de libertad ejercen sobre los derechos de los adolescentes.

⁶³ “22/07/2012 (...) Dos fugas de dos hogares del INAU ocurrieron entre el viernes y este domingo, después de 50 días que no se registraran hechos de este tipo. Ambos lugares son abiertos y no cuentan con cerco perimetral. La primera ocurrió el viernes en el hogar “El Hornero” cuando dos menores dijeron que saldrían a sacar la basura y no regresaron. Ambos tienen 16 años y cuentan con antecedentes por hurto. La segunda fuga fue este domingo, durante las primeras horas de la tarde, en el hogar “Cerrito”. Desde esa institución escaparon tres adolescentes más. Todos tienen 17 años; dos de ellos cuentan con antecedentes por hurto y uno por copamiento. Pese a estos hechos cometidos por los jóvenes, “no son considerados peligrosos” por parte de las autoridades del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SIRPA), aseguró a Subrayado su director, Rúben Villaverde”. <http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/14657/cinco-menores-fugaron-de-dos-hogares-del-inau>, 6 de agosto de 2012.

⁶⁴ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 91.

“(…) se tendrá en cuenta los derechos y deberes de los adolescentes, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de la institucionalización y a fomentar su integración a la sociedad”⁶⁵

Uriarte entiende que la expresión “fomentar la integración a la sociedad” debe ser interpretada de forma conjunta con la reducción de los prejuicios, pues se reconoce la desintegración que provoca la intervención punitiva.

➤ Construcción punitiva de los problemas sociales

Para terminar el estudio de esta categoría se trabajará a continuación con el capítulo once, sección primera que se titula: “Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales”.

Según el artículo setenta y cuatro inciso tercero, al cual ya se hecho referencia en líneas anteriores, siempre que se encuentren involucrados en la infracción niños, es decir menores de trece años de edad, se establece un mecanismo de derivación automática al sistema de protección del capítulo once, sección primera, artículos ciento diecisiete y siguientes.

En el artículo ciento diecisiete se dispone como principio general;

“Siempre que los derechos reconocidos a los niños y adolescentes en este Código sean amenazados o vulnerados, se aplicarán las medidas que dispone este título.

De igual forma se aplicarán a los niños que vulneren derechos de terceros⁶⁶”.

El artículo ciento diecisiete engloba con un mismo rotulo diversas situaciones, por lo que se somete al mismo régimen a los niños que tengan conductas antijurídicas y los que de alguna manera vulneren derechos de terceros. De esta forma los niños en infracción salen del sistema penal juvenil y se alojan en un régimen común con los niños que vulneran derechos, y los niños/adolescentes que tienen sus derechos en riesgo. Por lo tanto, las tres situaciones son construidas punitivamente por los artículos ciento diecisiete y siguientes.

“El discurso de la vulnerabilidad social está en los arts. (...) 117 y siguientes (niños y adolescentes con derechos amenazados o vulnerados), para los que se dispone un paquete de medidas clínicas y/o punitivas, con sensible disminución de las garantías. Es posible concluir que el CNA reconoce la vulnerabilidad, pero no asume la selectividad. Por otra parte, la vulnerabilidad social de los arts. 117 y sigts., concebida sin garantías, se transforma en vulnerabilidad al sistema penal juvenil, que en este caso opera sin la cobertura garantista”. (Uriarte; 2006: 53)

Los niños/adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en el artículo ciento diecisiete podrán ser detenidos por la autoridad policial, en estos casos no disponen de las garantías constitucionales previstas para la infracción, ya que no es obligatorio conducirlos ante el Juez, sino que previa autorización de este podrán ser llevados directamente al INAU.

En el artículo ciento dieciocho se prevé una situación similar a la audiencia preliminar, de la que se hablo cuando analizamos el artículo setenta y seis, en esta instancia el Juez tomará las medidas urgentes e imprescindibles, se le tomarán declaraciones al niño o adolescente, donde deberá estar el defensor y el Ministerio Público, servirá también en este caso el auxilio los informes técnicos correspondientes.

⁶⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 102.

⁶⁶ Ídem, artículo 117.

El artículo ciento diecinueve prevé las medidas que el Juez podrá tomar con relación a los padres y responsables; como lo son la llamada de atención, orientación, inscripción en centros de enseñanza, derivación a programas de protección familiar. Al decir de Uriarte (2004) estas medidas tienen sentido si se sigue la lógica que plantea desde sus inicios el CNA, cuando en el artículo siete dispone que los padres son los prioritarios responsables de la efectividad y protección de la niñez/adolescencia. Entiende que estas medidas podrán tener sentido para las situaciones de niños/adolescentes con derechos amenazados pero no para el caso de vulneración de derechos a terceros, en este último se estaría castigando a los padres por los hechos de sus hijos.

En el artículo ciento veinte se disponen las medidas ambulatorias que el Juez puede dictaminar para los niños y adolescentes; como lo es la protección de derechos a través del sistema de atención integral diurno, el tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico.

Otras medidas que pueden ser tomadas por el Juez son las de internación compulsiva dispuesta en el artículo ciento veintiuno; se podrán aplicar en los casos que el niño/adolescente padezca alguna patología psiquiátrica, para aquellos episodios de consumo agudo de drogas, o en los casos que se necesite un tratamiento médico urgente. Un aspecto a destacar que prevé este artículo es el hecho de que en todos los casos deberá existir prescripción médica, que el tiempo máximo de duración de la medida podrá ser de treinta días prorrogables por igual tiempo hasta la alta médica. En estos casos estaríamos frente a internaciones indeterminadas.

Con respecto a estas últimas medidas Uriarte expresa;

“Estas medidas son sumamente delicadas, sino abusivas, en el caso de vulneración de derechos de terceros, puesto que se estaría medicalizando o psicologizando un conflicto social, donde el problema es el niño. Es una grosera simplificación de los conflictos sociales, que en todos los casos extrae al niño del conflicto o se su medio, ora para internarlo en un medio abierto, ora para tratarlo, ora para encerrarlo. Son intervenciones punitivas sobre el niño (...).

(...) Pese en que algunos casos no exista formalmente internación, todas las intervenciones tienen la lógica de la internación, esto es, la política institucional de llevarse los conflictos hacia la institución- de instituirlo-, de secuestrar institucionalmente el conflicto”. (Uriarte; 2004: 67)

En líneas generales este apartado tuvo como finalidad dejar planteadas aquellas medidas y procedimientos que se llevan a cabo, en los casos en que en hechos de infracción a la ley penal se encuentren involucrados adolescentes que se presume son responsables, o niños/adolescentes que se encuentren en las situaciones provistas por el capítulo once, sección primera del CNA de 2004.

Si bien se tiene conciencia que en varios aspectos tratados en este apartado podrían haberse profundizado en la discusión, se creyó conveniente suspender su desarrollo para el capítulo tercero en el que se intentará comparar las cinco categorías analizadas en ambos Códigos trabajados.

2.3 Rol y acciones del Estado según política del CNA

Para el desarrollo de esta última categoría es necesario prestar especial atención al artículo séptimo del CNA, que refiere a la “Concurrencia para la efectividad y la protección de los derechos de los niños y adolescentes”. El mismo expresa;

“1. La efectividad y la protección de los derechos de los niños y adolescentes es prioritariamente de los padres o tutores- en su caso-, sin perjuicio de la corresponsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado.

2. El Estado deberá actuar en las tareas de orientación y fijación de las políticas generales aplicables a las distintas áreas vinculadas a la niñez y adolescencia y a la familia, coordinando las actividades públicas y privadas que se cumplen en tales áreas.

3. En caso de insuficiencia, defecto o imposibilidad de los padres y demás obligados, el Estado deberá actuar preceptivamente, desarrollando todas las actividades integrativas, complementarias o supletivas que sean necesarias para garantizar adecuadamente el goce y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes⁶⁷”.

En el inciso primero del artículo antes citado, el Código recoge nominalmente el concepto de corresponsabilidad ya instaurado con anterioridad por la CDN, pero lo hace en un sentido inverso alterando el orden de los garantes de los derechos de la niñez/adolescencia. Pone a la familia como la principal responsable luego a la comunidad y al Estado lo que pone al CNA contra la doctrina internacional, que considera que el principal responsable y garante de los derechos de la niñez/adolescencia ha de ser el Estado. Esta idea es también la que permea el espíritu de la CDN, donde la familia es vista como el ámbito natural para el crecimiento del niño y por ende debe ser apoyada por políticas de Estado⁶⁸.

En el segundo inciso del capítulo en cuestión, el CNA se remite a asignarle al Estado un rol reducido en la ejecución de las políticas públicas, limitando su actuación a las tareas de orientación y fijación de las políticas generales. De esta forma, al decir de Uriarte (2004), el CNA desconoce premisas básicas de derechos humanos. Son las políticas públicas los mecanismos a través de los cuales se deben efectivizar y garantizar los derechos de toda la niñez/adolescencia, por ende estas deben tener un carácter universal.

“Garantizar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes implica diseñar y gestionar políticas universales tanto de empleo, seguridad social, salud, educación y vivienda para las familias de los niños, ya que estas han sido abandonadas por políticas públicas irresponsables acotadas a la idea de que con el solo crecimiento de la economía opera la redistribución de la riqueza generada por el país, lo que se ha transformado en una falacia”. (Uriarte; 2004: 17)

En el tercer inciso queda establecido que el Estado tendrá un rol sustitutivo al familiar, ya que, actúa en caso de insuficiencia, defecto o imposibilidad de los padres y demás obligados. Al sentir de Uriarte (2004), el CNA en esta instancia nuevamente deja en claro que al abandono al que hace referencia en su articulado es al que sufre la niñez/adolescencia por parte de la familia y no al de las políticas sociales.

A continuación es necesario hacer referencia al capítulo tercero del CNA que alude a los deberes del Estado, el mismo está conformado por dos artículos el catorce que se refiere a los principios generales y el quince a la protección especial.

⁶⁷ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 7.

⁶⁸ Para más desarrollo ver categoría En el CNA ¿Qué lugar y función son asignadas a la familia?

“(Principios generales).- El estado protegerá los derechos de todos los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción, independiente del origen étnico, nacional o social, el sexo, idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la posición económica, los impedimentos psíquicos o físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus representantes legales.

El Estado pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del, principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tiene obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo.

El Estado asegurará la aplicación de toda norma que de efectividad a esos derechos⁶⁹”.

Según Uriarte (2004) en este artículo el Estado asume el compromiso de proteger los derechos de los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción sin ningún tipo de discriminación, sin embargo lo escueto de este artículo no coincide con las obligación contraídas al ratificar la CDN. En los artículos cuatro y cinco de la misma, los Estados partes asumen el compromiso de poner el máximo de sus recursos disponibles al servicio de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez/adolescencia. Sin embargo, en ningún momento el CNA menciona la promoción de políticas sociales de carácter universal que promuevan el desarrollo integral de esta población.

Por su parte, en el artículo quince se detallan en literales que van de la A a la I unas veinte situaciones especiales en las cuales niños/adolescente pueden estar expuestos a situaciones de riesgo y sobre las cuales el Estado tiene la obligación de intervenir. Estas son: el abandono, abuso sexual o explotación de la prostitución; el trato discriminatorio, el hostigamiento, la segregación o exclusión en los lugares de estudio, esparcimiento o trabajo; la explotación económica o cualquier tipo de trabajo nocivo para su salud, educación o para su desarrollo físico, espiritual o moral; tratos crueles, inhumanos o degradantes; estímulo al consumo de tabaco, alcohol, inhalantes y drogas; situaciones que pongan en riesgo su vida o inciten a la violencia como lo es el uso y el comercio de armas; situaciones que pongan en peligro su seguridad como lo son las detenciones y traslados ilegítimos; situaciones que pongan en peligro su identidad como las adopciones ilegítimas y ventas; incumplimiento de los progenitores o responsables de alimentos, el cuidado de su salud y el velar por su educación.

Uriarte (2004) entiende que el Estado debe intervenir en situaciones de emergencia o focalizadas, pero las políticas sociales sobre la infancia no se pueden agotar en este tipo de intervenciones, sino que estas deben tener un carácter universal que garanticen los derechos de todos los niños y adolescentes del país.

En el artículo dieciocho el CNA obliga al Estado a desarrollar políticas de promoción, protección y atención integral a la niñez/adolescencia pero, según Uriarte (2006), lo hace desde una lógica que concibe a la familia como la prioritaria responsable en la vigencia de los derechos de la niñez/adolescencia. De esta forma una vez más se deja en evidencia, tal como lo señala el autor mencionado, que la familia es factor de criminalidad cuando no cumple con la función que socialmente le ha sido asignada.

⁶⁹ Código de la Niñez y Adolescencia; 2004, artículo 14.

El artículo sesenta y ocho del CNA al establecer las competencias del Instituto Nacional de Menor (hoy INAU) opta por mantenerlo como órgano administrativo rector en materia de políticas de promoción, protección y atención de la niñez/adolescencia, y su vínculo familiar. Según Uriarte (2004) con este pensamiento el Código busca que la función de dicho órgano trascienda su quehacer de la situación irregular, incorporando en el texto que velará desde su quehacer por el robustecimiento del vínculo familiar. Sin embargo, Uriarte (2004) entiende que el CNA en sus artículos no le asigna funciones al INAU para tales fines rectores.

Con este artículo aparecen algunas controversias, en ningún momento del Código se deroga la ley de creación del Instituto Nacional del Menor (INAME), que por su puesto está estructurado sobre la base de la situación irregular y por ende esta permeado por sus ideas. De esta manera se estaría operando, al decir de Uriarte (2004), con una superposición de normas que nos mantendrán en el camino de la “esquizofrenia jurídica” donde es evidente la superposición de paradigmas.

El Código también presenta algún problema cuando denomina al INAU como órgano rector, ya que este es un servicio descentralizado sometido a determinada forma de jerarquía con relación al Ministerio de Desarrollo Social y con un ente autónomo como la Administración Nacional de Educación Pública.

Al respecto Uriarte (2006) expresa;

“El rol rector, en principio quedaría reducido a la atención casi exclusiva de la niñez entre 0 y 3 años de edad (pues a partir de los cuatro años comienza la obligatoriedad de la enseñanza escolar), y la “coordinación” de los “servicios” entre los cuatro y los dieciocho años de edad (con excepción de los casos de capacidades diferentes), actuando residualmente en todos aquellos casos en los que las políticas sociales básicas no llegan.

(...) el INAU no podrá cumplir con sus “funciones rectoras”, porque históricamente está diseñado para intervenir en situaciones especiales, puntuales y focalizadas, dirigidas a grupos reducidos de niños, niñas y adolescentes”. (Uriarte; 2006: 262)

En el inciso segundo del artículo en cuestión, el CNA expresa que el INAU;

“(...) Previos diagnósticos y estudios técnicos, deberá velar por una adecuada admisión, ingreso, atención, derivación y desvinculación de los niños y de los adolescentes bajo su cuidado (...)”⁷⁰.

Con este criterio el CNA pretende trabajar sobre el síntoma, diseñando, al decir de Uriarte (2006), políticas sociales bajo una atmosfera de construcción social clínica y de desarraigo propia del circuito cotidiano de criminalización institucional.

En este apartado se ha pretendido dejar en claro que según el CNA el Estado asume con respecto a la niñez/adolescencia un rol de corresponsabilidad con la comunidad y la familia. Corresponsabilidad que termina remitiéndose a un papel sustitutivo ya que actuará solamente en casos de insuficiencia, defecto o imposibilidad de los padres y demás obligados, por ende es evidente que la familia continúa siendo vista como la prioritaria responsable en hacer valer los derechos de la niñez/adolescencia.

⁷⁰ Código de la Niñez y Adolescencia; 2004, artículo 68.

Resumiendo, con el CNA se instala un sistema de responsabilidad penal para los adolescentes, un sistema de derechos y garantías que debe regir en cada caso que en el hecho que supone infracción a la ley penal estén involucrados adolescentes, procedimientos y medidas determinadas, los Juzgados Letrados de Menores cambian su denominación pasando a llamarse Juzgados Letrados de Adolescentes.

En este la familia es vista como la prioritaria responsable por el desarrollo integral y el ejercicio de los derechos humanos de la niñez/adolescencia. Son garantes secundarios el Estado y la sociedad, por lo que se puede decir que el CNA reconoce el principio de corresponsabilidad que establece la CDN, pero realiza una alteración estratégica de los agentes que deben garantizar estos derechos.

El CNA incorpora en su texto el interés superior del niño como criterio de interpretación, la autonomía progresiva de la voluntad, la peligrosidad y una estrategia de intervención que aborda los conflictos sociales pensando en términos de delito- pena- responsable con cierta carencia de normas penales.

Capítulo III-

“Objetivos cumplidos/ deudas pendientes”

Se ha dicho al estudiar el CN de 1934 que en el novecientos estaban sucediendo diversos procesos en el país, es en el marco de esos procesos sociales, políticos, económicos y culturales que estaban en curso que se entienden los contenidos del Código. Después de setenta años de vigencia, cuando ya era más que evidente que la sociedad necesitaba un nuevo Código que se ajustara a los parámetros internacionales y a las transformaciones que la sociedad en su conjunto había experimentado, se aprueba el CNA con todas las características que hemos señalado en el capítulo segundo.

El CNA, según Gómez (2011), fue llamado “código naranja” en alusión al Código de Holanda. Fue considerado un código de “avanzada” pero con un diseño “utópico”, dado que, fue pensado para una realidad muy distinta a la uruguaya. Según la autora, nuestro país carece de los medios materiales, humanos y culturales necesarios para implementar las soluciones que el CNA establece. Sin embargo, cree que en términos de fortalecimiento del Estado de Derechos se considera una ley adecuada a los estándares internacionales en materia de Derechos del Niño, dado que, ofrece un conjunto de garantías jurídicas que deben ser seguidas en todo proceso que involucre a menores de dieciocho años. Esto último constituye un freno necesario al poder punitivo y adulto.

El CNA presenta ciertas particularidades que hacen su estudio un tanto distinto que el realizado al CN. En términos de estructura organizativa es mucho más sencillo su análisis, ya que, posee una organización que permite el fácil acceso a cada una de las categorías estudiadas.

En este capítulo se pretende realizar un análisis comparativo de lo que ambos textos normativos (CN de 1934 y CNA de 2004), exponen con respecto a las cinco categorías analíticas (adolescencia, familia, infracción, medidas y procedimientos, acción Estatal) que fueron estudiadas. Se rescataran aquellas cuestiones que supongan similitudes y diferencias, avances y retrocesos en materia jurídica para nuestro sistema penal juvenil.

3.1 “La adolescencia: de la omisión al reconocimiento”

Con respecto a la categoría adolescencia, un primer punto a tener en cuenta es la terminología utilizada por ambos Códigos. El CN se refiere al “menor de edad” en general como un ser distinto al adulto, por su parte, el CNA habla de “niños y adolescentes”. Al decir de Morás (2009) este cambio en la forma de denominar a los menores de edad no es coincidente, una expresión no puede sustituir a la otra porque hacen alusión a cosas distintas. Señala que la expresión “menor de edad”, a su entender objetivamente hace alusión a que la persona no ha cumplido con la edad legalmente exigible para el pleno ejercicio de ciertos derechos y la expresión “niños y adolescentes”, refiere a etapas biológicas o de desarrollo psicológico reconocidas con sus características propias. Es por ello que recomienda la utilización de la expresión “menores de edad” definiéndola de la siguiente manera;

“(…) falta de un requisito etario legalmente exigible para que la persona pueda actuar y decidir con plena autonomía sobre ciertos aspectos de su vida”. (Morás; 2009: 68)

Al decir del autor antes citado, es un grave error confundir capacidad de goce con capacidad de ejercicio de los derechos, no solo porque de esta forma se le estaría pidiendo al niño un imposible, sino porque de esta manera se lo estaría privando de una autoridad externa que necesita para construir saludablemente su personalidad.

Lo anterior permite hacer referencia a un cambio en la forma de concebir la niñez/adolescencia que se produce entre ambos Códigos, donde aquellos pasaron de ser objetos a sujetos de derechos, lo que es un evidente avance para el sistema jurídico nacional. Si bien este cambio resulta de suma importancia y se ajusta a los parámetros internacionales en materia de derechos de la niñez/adolescencia, al entender de Morás (2009), hay que también advertir que esta condición plena de “sujeto de derecho” implica a su vez la asunción de las consecuencias de sus propios actos. De esta forma se termina equiparando a los menores de edad con los adultos, lo que sería sin lugar a dudas un avance que ha significado también un cierto retroceso.

“¿En qué momento un niño o un adolescente es capaz de autodeterminarse y ejercer plenamente derechos?”

La observación de la realidad es la que puede indicarlo. Y la realidad, con el aumento de la pena juvenil y la ruptura de los lazos familiares, nos está diciendo a gritos que nuestra sociedad deja desamparados a sus jóvenes mucho antes de que estén preparados para la autonomía. Mucho antes de que la madurez de su estructura psíquica les permita desarrollar una adecuada percepción de la realidad y de las consecuencias de sus actos”. (Morás; 2009: 75)

En consecuencia, opinión negativa merece el haber disminuido la edad para alcanzar la mayoría de edad de los veintiún años en el CN, a los dieciocho en el CNA. Se estaría confirmando al decir de Morás (2009), una tendencia “adultizante” en nuestra legislación. Esta reforma, que si bien es anterior al CNA ya que data de 1995 y la cual este reafirmada, crea una situación contradictoria e injusta al entender del autor antes mencionado. La mayoría de edad siempre se asocio a la plena independencia de la persona tanto en lo jurídico como en lo moral y lo material. Quizá por ser una realidad evidente, el hecho de que la mayoría de los jóvenes cuando llegan a esta edad no cuentan con las condiciones para valerse económicamente, es que esta reforma legislativa establece que la obligación alimentaria se extienda hasta los veintiún años. Sin embargo, padres o tutores pierden todo poder jurídico sobre sus hijos o tutelados. Muchas veces, señala Morás (2009), los padres se ven obligados a financiar a sus hijos formas de vida que consideran perjudiciales o con las que discrepan radicalmente. El CNA, al entender de dicho autor, faculta a los adolescentes a actuar jurídicamente incluso sin aprobación de sus padres. Considera que ya se ha vuelto una regla de muchas instituciones públicas entenderse directamente con el menor sin la mediación de sus padres o tutores, usando como pretexto el oír la voluntad de estos e invocando sus derechos. Entiende que este actuar de las instituciones va en perjuicio de los adolescentes, ya que deberán hacer frente a una estructura democrática cuyos alcances no comprenden.

No obstante ello, se considera un avance positivo que el CNA haya establecido la autonomía progresiva de la voluntad de la niñez/adolescencia, entendida como un proceso lógico de adquisición gradual de capacidad, siempre que esta esté ligada al respeto del interés superior de los mismos

Según Cillero (1990) el interés superior del niño debe ser entendido como un principio de orientación doctrinaria, con una función instrumental para la lectura y aplicación del derecho a partir del principio de prioridad. Prioridad esta que debe ir en favor de proteger el derecho de los niños o adolescentes cuando estos se enfrentan a intereses del mundo adulto y la sociedad. Sin embargo para dicho autor este principio no emerge con la fuerza necesaria, entiende que quizá podrá ser consecuencia de su pobre redacción en el CNA.

Con el CN se sancionó la inimputabilidad de los menores de dieciocho años, lo que ocasionó un cambio radical para la época, con la aprobación del CNA se continúa con el mismo criterio a pesar de que desde hace décadas se debate al respecto. Durante mucho tiempo la discusión con respecto a los jóvenes infractores ha estado centrada en el aumento de la pena y la baja de la edad de inimputabilidad, aún hoy en el año 2012 estas dos medidas continúan estando en el centro de la discusión. Parecería como si desde el ámbito académico y profesional no se hubiese podido avanzar al respecto, como si la respuesta fuera siempre la misma y la historia no nos hubiese enseñado que aumentar la represión no supone ninguna solución, ni en nada contribuye a los problemas que pretende resolver.

“Adelantar la edad de imputabilidad y acrecentar las penas, además de cruel, es inútil, porque la minoridad, por definición, es la incapacidad de medir las consecuencias de los propios actos. Por eso, más castigo no redundará en menos delitos. Redundará en más presos y de más corta edad”. (Morás; 2009:75)

Con respecto al trabajo, hay alguna diferencia entre ambos Códigos. El CN prohíbe el trabajo a los menores de dieciocho años, el CNA reduce este límite a los quince años, disponiendo que a partir de esa edad los menores puedan trabajar en algunas tareas y siempre que tengan la habilitación del INAU. Sin dejar de reconocer que ambos textos normativos presentan excepciones a estas normas, en el CNA Uriarte (2004) entiende que es especialmente amplia la discrecionalidad otorgada a la autoridad administrativa para autorizar excepciones a las normas generales. Considera que es necesario detenerse a observar la redacción de los artículos con respecto al trabajo, ya que, en varias disposiciones presenta problemas de redacción que originan contracciones con el criterio establecido en el artículo primero del mismo cuerpo normativo. En este se establece que adolescente se es a partir de los trece años y si recordamos que se otorga permiso para trabajar a partir de los 13 años como excepción, nunca un niño está autorizado a trabajar, ni siquiera bajo la hipótesis de excepción. Sin embargo, en diversos artículos se dispone sobre el trabajo de niños y adolescentes, como por ejemplo el artículo ciento setenta que expresa lo siguiente “El descanso intermedio en la jornada de trabajo de niños y adolescentes (...)”⁷¹.

Quizá por adecuar las normas a las necesidades actuales de los adolescentes uruguayos, estamos concibiendo algo que sabemos existe pero que es imposible tolerar, el trabajo infantil. Así estaríamos también violentando normas internacionales ratificadas y reconocidas por nuestro país.

⁷¹ Código de la Niñez y la Adolescencia; 2004, artículo 170.

A diferencia del CN, en el CNA se perciben tendencias discriminatorias con respecto a la fijación del salario, a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales que puedan padecer los adolescentes.

En el CNA al igual que en el CN, se reconoce como deber de los padres o responsables el corregir adecuadamente a sus hijos o tutelados. Por ende, se confirma una vez más que la niñez/adolescencia es el único grupo social sobre el cual está legitimado el uso discrecional del castigo físico. Parecería como que estas cosas ya hubiesen sido superadas en nuestro país, pero se continúan legitimando en el sistema normativo. Son estas disposiciones, entre muchas otras, las que de alguna manera terminan opacando los logros obtenidos en materia legislativa.

3.2 “La familia: prioritaria responsable por los derechos de la niñez/adolescencia”

Con respecto a la categoría familia hay algunas cuestiones que son necesarias traer al análisis. El CN reconoció un modelo de familia nuclear como legítimo. Para los legisladores de aquel tiempo este tipo de familia contenía al niño en su interior, con el hombre como proveedor material y la madre como la reina del hogar, encargada de la economía doméstica, del cuidado del hogar y sus integrantes. Por su parte, el CNA adaptándose a las características sociales del Uruguay del siglo XXI, reconoce la diversidad de arreglos familiares existentes. Lo cual sin lugar a duda se puede reconocer como un notorio y necesario avance en materia legislativa.

Si de avances se está hablando, como no mencionar la incorporación que realiza el CNA al reconocer la corresponsabilidad entre el Estado, la comunidad y la familia en el cuidado de la infancia y la adolescencia. Avance que sin lugar a duda no tuvo los frutos esperados, ya que, de forma muy estratégica CNA al incorporar los garantes de los derechos de la niñez/ adolescencia pone nuevamente a la familia en primer lugar. La Convención, como parte de la doctrina internacional, considera como primer obligado y garante de los derechos humanos de niños/adolescentes al Estado, luego a la familia y la sociedad. El espíritu que reina en todo el articulado de la Convención, ve a la familia como el ámbito natural para el crecimiento de los niños, para lograr dicho objetivo se entiende que la misma debe estar apoyada por políticas de Estado que tengan como cometido hacer valer los derechos de la niñez/adolescencia y hacer posible que estos permanezcan con sus familias.

Con respecto a la filiación hay algunas modificaciones importantes en el CNA, en este los progenitores podrán reconocer a sus hijos cualquiera sea su estado civil, sin embargo, los progenitores menores de edad que también pueden reconocer a sus hijos, al no estar unidos en matrimonio no pueden ejercer sobre ellos la patria potestad hasta alcanzar la mayoría de edad. Al parecer el matrimonio, al decir de Palummo (2009), es un instrumento mágico que capacita de un día para el otro, dado que la sola celebración de este acto le da capacidad de ejercer la patria potestad a los progenitores menores de edad. En este último aspecto el avance del CNA no fue suficiente, se cree que esta disposición es parte de una estrategia política para continuar legitimando la institución matrimonio por encima de otras uniones posibles, en varios pasajes del mismo cuerpo normativo esto se puede evidenciar.

Lo mismo sucede con las viejas categorizaciones de “hijo legítimo” e “hijo natural”, si bien hoy las etiquetas (hijos habidos fuera del matrimonio e hijos habidos dentro del matrimonio) son otras, continua la voluntad política de mantener esta categorización que poseen una gran carga discriminativa y que ha tenido desde siempre como función estratificar.

Un gran avance ha significado el hecho de que hoy la sola inscripción de un hijo supone reconocimiento expreso. Sin duda, este cambio facilito el proceso permitiéndosele al hijo natural o hijo habido fuera del matrimonio el derecho a tener un lazo de filiación con su madre o padre. Con la legislación anterior de no existir reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil no se generaba este vínculo, por ende el hijo natural no tenía derecho a los alimentos, al bienestar y a gozar de la herencia de quienes fueran sus padres.

Quizá es también por ello que a diferencia del CN, el CNA señala la posibilidad de acceder a la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad, lo que sin duda se puede reconocer como un gran avance.

En ambos Códigos se establecen los deberes los padres con respecto a sus hijos o tutelados y se hace mención a la patria potestad. Se está en total acuerdo con Morás (2009) cuando expresa, que la patria potestad bien entendida es un mecanismo protector de los menores y no una forma de despojarlos de sus derechos. Entiende que se funda esencialmente en la idea de que los menores se relacionan con el mundo adulto a través de los adultos que están más comprometidos afectiva, material y jurídicamente con ellos que por lo general son sus padres. Por ende, el Estado deberá intervenir dando apoyo a los padres o aplicándoles sanciones legales cuando estos incumplan sus obligaciones, y de no quedar otra opción tomando a su cargo la atención de aquellos menores que definitivamente estén abandonados. Entonces, la función del Estado debe ser de verdadera corresponsabilidad apoyando siempre a quienes tengan menores de edad a su cargo.

3.3 “Infracción: de un simple accidente a la construcción de tipos delictivos”

Con respecto a la categoría infracción es necesario profundizar sobre algunas cuestiones. Cuando se estudio el CN se pudo visualizar que allí el conocimiento del niño surge a partir de la carencia, de sus problemas, de lo que la moral media entendía como irregular. Este Código se estructura a partir de la idea de abandono, en el cuerpo del mismo se definen situaciones que eran consideradas como de abandono moral de la niñez/adolescencia que estaban asociadas a las formas de vida de la pobreza. En el CN, el sujeto abandonado era considerado un infractor en potencia dadas sus condiciones sociales o de herencia familiar, condiciones estas que de por si llevaban al sujeto a delinquir. Lo que sin lugar a dudas, evidencia el carácter selectivo del sistema penal juvenil, que institucionalizaba y criminalizaba aquel abandono vinculado a las formas de vida de la pobreza.

Según Iglesias y Erosa (2000) en el CN se realiza una construcción punitiva del abandono asociada a la idea de riesgo social, defensa social y peligrosidad. En el mismo se puede percibir un doble abordaje del abandono como compasión y represión, donde la respuesta clásica de los técnicos desde distintos centros de poder ha sido la privación de libertad, la internación.

Por su parte, el CNA instala un sistema de responsabilidad penal para los adolescentes, definiendo tipos delictivos, que son acciones que constituyen delito por los cuales los adolescentes deberán responder, y determina las penas correspondientes. Siendo así se ha avanzado y mucho en materia de derecho penal juvenil, pues el CNA define la infracción en clara distancia con el CN que la vinculaba a la idea de pobreza y abandono. Con el CNA se logra proporcionar a los sujetos cierta seguridad jurídica y garantías procesales.

Sin embargo, si lo que se pretende desde la doctrina internacionales es reducir al mínimo la intervención punitiva en el derecho penal juvenil, el CNA está yendo por otro camino; criminaliza la tentativa, la complicidad en los delitos graves y los tipos omisivos simples, reconoce la autonomía progresiva de la voluntad pero incorpora el discernimiento, reconoce el criterio de “personalidad psicosocial del infractor” eliminando las garantías que rodean la intervención punitiva, iguala la tentativa al delito consumado. Se está de acuerdo con Uriarte (2004) cuando considera que estas son estrategias políticas que esconden la idea del joven como sujeto peligroso.

Para Uriarte (2004) el inciso tercero del artículo noventa y uno del CNA, al conservar la peligrosidad que es el eje de la situación irregular efectúa un gran retroceso desde el punto de vista antropológico, ya que produce una degradación de la dignidad y de los derechos consagrados en la CDN y en el mismo Código. Entiende que un sistema de garantías que se consagre sin excluir la peligrosidad cae por su base, dado que la peligrosidad entiende al joven por lo que es y no por lo que hizo. El CNA recae así, al entender de dicho autor, en lo peor de la criminología tradicional, en el antiguo positivismo peligrosista, al incluir la peligrosidad el Código pierde la coherencia.

“Si está es un instrumento para regular la intensidad de la privación de la libertad pone en crisis el programa de derechos y garantías que al mismo tiempo consagra. Desde el punto de vista punitivo, o una cosa o la otra: dignidad, derechos y garantías, o peligrosidad”. (Uriarte; 2006: 164)

3.4 “Medidas y procedimientos: de la indeterminación a la determinación”

Con respecto a la categoría medidas y procedimientos el primer gran avance que se pudo notar a través de este estudio, fue la sustitución de la denominación de los Juzgados Letrados de Menores a Juzgados Letrados de Adolescentes. Ya no tenía cabida la denominación anterior, ya que, con el CNA solo los adolescentes pueden ser declarados responsables penalmente.

Otro gran avance del CNA, es que este establece un régimen procesal detallado, con plazos legales estipulados, con las penas posibles de ser aplicadas y los tiempos que estas podrán durar como máximo. Los legisladores del CN creían que no era posible definir los procedimientos de antemano dada la infinidad de delitos existentes, se limitaron entonces a cederle al Juez amplias facultades para que dispusiera las medidas que en cada caso considera pertinente llevar adelante. Las sentencias eran indeterminadas, dado que se creía era imposible prever el tiempo que el tratamiento educativo pudiera llevar, este dependía de la evolución y “voluntad” del menor.

En el CNA a diferencia de CN, se disponen una serie de principios, derechos y garantías que deben estar presentes y cumplirse de forma estricta en todos los casos en que al adolescente, se le impute el haber incurrido en actos que se presume comporta infracción a la ley penal.

“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.

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”. (Gómez y Fessler; 2008: 48)

Pese a lo anterior y debido a que un adolescente CNA solo puede ser declarado responsable por sentencia ejecutoriada, en muchos casos se dispone como medida cautelar la internación provisoria en algún establecimiento del INAU, por lo que muchos adolescentes que están siendo procesados y aún no tienen condena, están en el mismo lugar que aquellos que ya han sido declarados “adolescentes infractores”. De esta forma la privación de libertad no es utilizada como medida de último recurso.

Con respecto a las medidas socioeducativas tanto privativas como no privativas de libertad, hay alguna cuestión a plantear que suponen volver hacia atrás en el tiempo. El carácter educativo de las medidas tiene una matriz criminológica tradicional propia del positivismo, donde el delito se da por fallas en la educación o sociabilidad, que son corregibles por la intervención punitiva y educativa.

Sin ánimo de parecer conformista sino muy por el contrario, ya que, se cree que cuando se trata de los derechos de la niñez/adolescencia no debe haber suficientes, es pertinente decir que el electo de medidas que propone el CNA es mucho más amplio que algunas que el CN dispone al Juez. Si bien algunas medidas son muy cuestionables, en este sentido nuestro sistema penal juvenil ha avanzado notablemente.

El CNA efectúa un gran retroceso, cuando en los artículos ciento diecisiete y siguiente, permite criminalizar a niños/adolescentes que tengan sus derechos “amenazados o vulnerados” y aquellos que “vulneren derechos de terceros” tal cual lo hacía el Código del Niño. Estas situaciones contravienen lo dispuesto con anterioridad por la CDN, la cual prohibió responsabilizar por infracción a niños menores de cierta edad. Estos artículos no logran salir de la criminalización del abandono propio de la doctrina de la situación irregular.

“En los arts. 117 y sigts., el CNA “no sale de la trama de la criminalización del abandono; sigue cautivo de la situación irregular y deja abierta la puerta, si no la convoca, a la intervención punitiva sobre el magma infracción/abandono”. (Uriarte, 2006:262-263)

3.5 “Acciones del Estado: de la protección a la represión/persecución”

Como último punto del capítulo, se verán algunas cuestiones que fueron tratadas cuando se analizaron los Códigos desde la categoría referida a las acciones del Estado.

Para Filgueira (1994) de acuerdo al tipo de estrategias desarrolladas por el modelo uruguayo desde sus comienzos, se caracterizó por ser un “Estado asistencial”, con una cobertura principalmente urbana donde las políticas sociales han tenido un carácter anticipado y controlador del orden social, han sido básicamente paliativas a pesar de que pretendían dar una solución a los desvíos sociales. Es necesario recordar que los poderes sociales de la época, coincidían con la idea de que más vale prevenir que curar luego de que los males ya están instalados, buscaban incesantemente enterrar los restos de barbarie todavía presentes que no coincidían con los valores

que la sociedad civilizada quería dejar establecidos. Las acciones a ser llevadas por el Consejo del Niño según política del CN estuvieron destinadas a estos fines, atendiendo casi que exclusivamente las situaciones especiales que vivían los niños y madres de los sectores empobrecidos en aquella época.

Setenta años más tarde, el CNA le asigna al Estado un rol de corresponsabilidad con la comunidad y la familia en la atención de los derechos de la niñez/ adolescencia. No obstante ello, le es asignado al Estado las tareas de orientación y fijación de las políticas generales.

Uriarte (2006) hace referencia a que existe una cierta unanimidad entre los sociólogos uruguayos con respecto a que no hay políticas globales para la familia, que las políticas sociales imperantes en nuestro país no están diseñadas para la estructura dominante de los hogares pobres críticos, como los son los monoparentales, aquellos con mujeres jefas de hogar, con madres adolescentes, con desocupación u ocupación informal, con insatisfacción de las necesidades básicas, etc. Entiende que los programas sociales tienden a focalizar su atención en prácticas de corte asistencialista sobre algunas temáticas puntuales, como por ejemplo la alimentación, los subsidios laborales, entre otras.

“Los programas sociales focalizados son “en el mejor de los casos, sogas de auxilio, jamás pasaportes a las oportunidades sociales, económicas y culturales que ofrece- aunque más no sea a la visibilidad- el nuevo orden mundial”. (Uriarte; 2004: 17).

Primero Consejo del Niño, luego INAME y ahora INAU, como órgano rector en materia de infancia/adolescencia continua apuntando a un trato diferenciado de esta población, pues está pensado para intervenir a través de políticas sociales focalizadas dirigidas a una porción de infancia que se encuentran en “situaciones especiales”. Con esto no se pretende decir que el CNA hace mal al querer trabajar sobre este tipo de situaciones, muy por el contrario, es necesario combinar las políticas focalizadas con otras de carácter universales que aseguren los derechos de todos los niños/adolescentes del país.

Es por ello que se está de acuerdo con Uriarte cuando expresa;

“(...) las disposiciones del Código (haciendo referencia al CNA⁷²) no alteran en nada la organización institucional de la estructura de las políticas sociales para la infancia y adolescencia, por el contrario mantienen lógicas pretéritas en la conceptualización de la política pública dirigida a los niños, niñas y adolescentes”. (Uriarte, 2004: 22)

Según el Observatorio de los Derechos del Niño (2006), las intervenciones históricas del Estado han seguido un carácter tutelar o de castigo, donde los procesos institucionales han provocado que niños y jóvenes se vieran perjudicados en el desarrollo de sus vidas.

“(...) la preocupación por convertir los hijos de nadie en los hijos de todos, a través de las prestaciones sociales de un Estado paternal- autoritario pierden sentido. La dinámica del proceso histórico lleva a que los anteriores hijos abandonados, pasaban a ser hijos protegidos- vigilados, pero hoy permite aseverar el énfasis exclusivo de la vigilancia, represión, marginalidad y persecución con la usencia de propuestas eficientes de protección. (...) El espíritu de la época señala las conveniencias de asumir como modelo la eficiencia. El Estado uruguayo actual, luego de montar

⁷² La aclaración es nuestra.

durante décadas un aparato de escaso impacto en las políticas sociales desarrolladas hacia la población en “riesgo”, intenta redefinir su rol”. (Morás; 1992: 99-100)

Capítulo IV-

“La lectura del pasado ilustra el presente y permite proyectar el futuro”

En este último capítulo el lector se encontrará con algunas líneas de reflexión que tienen como propósito brindar herramientas que permitan a todo posible lector pensar la temática de la adolescencia y la infracción desde un lugar distinto al de la violencia, y la vulneración de los derechos de la niñez/adolescencia. En las mismas se procura dar respuesta a aquellas preguntas de investigación que fueron planteadas en la introducción de este trabajo.

Es por ellos, que luego de analizar comparativamente los cuerpos normativos del CN y CNA, fundamentalmente en lo que refiere a las categorías conceptuales: adolescente, familia, infracción, medidas y procedimientos, acción estatal; es pertinente decir que se han logrado grandes avances en nuestro sistema penal juvenil. Sin embargo, se es consciente de que todavía estamos en deuda y se continúan violentando principios/derechos/garantías que han sido reconocidos en documentos a nivel internacionales ratificados por nuestro país hace ya más de veinte años, como es el caso de la CDN.

Al estudiar ambos Códigos fue posible percibir que lo largo de la historia ha ido cambiando la manera de pensarse tanto la adolescencia como de la infracción. El adolescente paso de ser un sujeto omitido a ser un sujeto reconocido con características propias, la infracción dejó de estar directamente asociada a la idea de abandono y pobreza, construyéndose un sistema de responsabilidad penal juvenil en torno a las ideas de delito- pena- responsable.

Con respecto a la familia diversos cambios han ocurrido, hay quienes dicen que su definición se ha modificado para dar cuenta de las necesidades de la sociedad actual, donde los sujetos que las integran ya no son los mismos ni cumplen los mismos roles, hay quienes hablan también de desintegración familiar, estando o no de acuerdo con dichas posturas, lo que cabe destacar aquí es que con respecto a la niñez/adolescencia la familia continua siendo la prioritaria responsable por el cumplimiento de sus derechos.

Desde el Estado, en el último tiempo, se han desarrollado políticas universales pensadas para apoyar a la familia en general, como por ejemplo, el sistema integrado de salud, las asignaciones familiares. Estas políticas han sido desarrolladas conjuntamente con otras de corte focalizado para atender casos especiales. Si bien se es consciente de que este proceso es relativamente reciente como para poder ser evaluado en todos sus términos, es posible decir que se ha logrado que la pobreza descienda, aunque esta sigue estando concentrada principalmente en la población más joven del país.

Según Falca (2012) la historia institucional de muchos adolescentes que han estado en contacto con el sistema penal juvenil nos revela fallas previas del sistema de protección social, se trata de jóvenes que acumulan serias vulneraciones de sus derechos sin que el sistema de políticas sociales haya logrado generar una respuesta adecuada para ello. De esta forma la intervención del sistema penal juvenil opera como política sustitutiva de políticas sociales inadecuadas o insuficientes. Es por ello, que la autora plantea la necesidad de reforzar aquellas políticas que tiendan a la promoción de los derechos sociales, económicos y culturales, así como también diseñar políticas que tengan como objetivo la prevención de las infracciones.

García Méndez considera que a partir del 2004, año en que se aprueba el CNA, América Latina se ha sumergido en una onda larga de involución autoritaria, que a su entender es mucho más peligrosa que la tradicional. Y esta es la tendencia que existe hoy con relación a utilizar la privación de libertad como una forma de política social reforzada para los adolescentes pobres de las periferias urbanas. Para dicho autor, no cabe dudas de que el principal problema desde el punto de vista social que enfrenta hoy América Latina, son los adolescentes pobres de las periferias urbanas que no estudian ni trabajan, los famosos “NI NI” de los que hoy tanto se habla.

Es en estos momentos de la historia, donde los medios de comunicación aparecen como elementos indispensables para construir las imágenes sociales de ciertos fenómenos, son utilizados por los diferentes centros de poder para manipular información de acuerdo a intereses particulares. Es común que utilicen ciertos temas que provocan alerta social para desviar la atención y disimular los verdaderos problemas sociales que vive la sociedad. Un ejemplo de lo anterior es la referencia en distintos momentos de nuestra historia a un supuesto “auge delictivo” por parte de niños y jóvenes.

Los insumos principales que se utilizan y se utilizaron para crear discurso sobre ésta desviación social, son la referencia al aumento y/o la peligrosidad sin reseña empírica confiable sobre la que realizar afirmaciones. De aquí surgen en el imaginario colectivo, al decir de Morás (1992), una figura estigmatizada la del menor- delincuente- infante- juvenil. Surge así la figura del “enemigo público”, el que merece ser depositado en instituciones cerradas para su mejor control y así proporcionar una mayor seguridad pública.

“La difusión constante de mensajes que invocan un permanente incremento de las conductas desviadas juveniles, constituye en determinadas circunstancias, una contribución a elaborar una visión que termina por admitir una normalización de lo extraordinario”. (Morás; 1992: 101)

En estos días los medios de prensa han anunciado la declaración de la Corte Electoral donde se dispone que la “Comisión Nacional por la Seguridad para vivir en paz- yo firmo”, ha alcanzado la cantidad mínima de adhesiones de ciudadanos para que en las elecciones de 2014 se plebiscite la baja de la edad de imputabilidad de los dieciocho a los dieciséis años. Al respecto, se está de acuerdo con Morás (2012) cuando manifiesta que se sigue pensando que los menores son impunes cuando no es así porque hay un sistema de derecho penal que los castiga a partir de los trece años. Se le asiste razón cuando manifiesta que aún siendo impensable en las actuales circunstancias, cree que el debate que debía de ser abordado por la sociedad uruguaya no debería estar centrado en la baja de la edad de imputabilidad sino en la elevación de la misma a los veintiún años, construyendo un sistema de derecho penal juvenil que hasta esa edad diera un tratamiento diferencial al adulto, que tenga en consideración sus condiciones de vida, que ofrezca mayores garantías y verdaderas posibilidades de reinserción a los menores de edad que han sido despojados tempranamente de su infancia/adolescencia.

Para finalizar se transcribirán algunas líneas escritas por Morás (2009) con las que, luego del desarrollo de esta monografía, se está en total acuerdo;

“Lo que no existe aún es una teoría que dé cuenta de la realidad vital de los menores de edad y un régimen jurídico capaz de aunar, por un lado, la protección de los mismos menores, incluso antes de sus propias imprudencias e inexperiencias, por otro, el reconocimiento de los derechos y

responsabilidades que sí pueden ejercer y su progresiva capacitación para desarrollarse como ciudadanos adulto, y, por último, la protección de la sociedad, que no tiene por qué estar expuesta a conductas agresivas por parte de quienes gozan de un estatuto más benéfico de relativa inimputabilidad..

Tal vez para elaborar una teoría que cubra todas estas inspiraciones no haya que inventar demasiado. Quizá baste con reinterpretar y reformular algunas nociones que nos llegan del fondo de la historia”. (Morás; 2009: 71-72)

Bibliografía

- Barrán, J. (1993). *Medicina y sociedad en el Uruguay del Novecientos -2- La ortopedia de los pobres*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.
- Barrán, J. (1998). El Adolescente ¿una creación de la modernidad?, en: Barrán J., Caetano G. y Porzecanski T. (coords.), *Historia de la vida privada en el Uruguay. Tomo 2. La ortopedia de los pobres*, Montevideo: Taurus Ediciones Santillana S.A., pp. 175-199.
- Berro, R. (1990). La terapéutica social del abandono. en: UNICEF, *Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina*, Montevideo: UNICEF, vol. 2, pp. 142-148.
- Caetano, G. (2005). *20 años de democracia. Uruguay 1985- 2005: Miradas múltiples*, Montevideo: Taurus.
- Ciller, M. (1990). Infancia, Autonomía y Derechos. en: UNICEF, *Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina*, Montevideo: UNICEF, vol. 4, pp. 31-45.
- Código del Niño de la República Oriental del Uruguay de 1934. Ley N°9.342.
- De Martino, M y Morás, L. (2007). *Sobre cercanías y distancias*, Montevideo: Ediciones Cruz del Sur.
- De Martino, M. (1995). “Una genealogía de la familia uruguaya: familia y modernización en el Uruguay del 900”. *Revista Fronteras*, vol. 1, núm. 1, 1995 (mayo): 17-53.
- De Martino, M. (2001) “Políticas sociales y familia. Estado de bienestar y neo-liberalismo familiarista”. *Revista Fronteras*, núm. 4, 2001(setiembre): 103-114.
- De Martino, M. (2007). *Infancia, Familia y Género. Múltiples problemáticas, múltiples abordajes*, Montevideo: Ediciones Cruz del Sur.
- De Martino, M. y Gabín, B. (1998). *Hacia un enfoque integral de la minoridad infractora*, Montevideo: Carlos Alvarez.
- Fessler, D. y Gómez, C. (2008). *Sistema penal juvenil*, Montevideo: Ediciones del CIEJ.
- García, S. (2001). *Análisis de los cambios en las políticas públicas de infancia*. Documento de trabajo N°8, Montevideo: Departamento de Trabajo Sociales, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República.
- Gómez, C. (2011). “La adolescencia del derecho penal juvenil”. *Revista Espacio Abierto. Seguridad: Entre las demandas y los derechos*, núm. 14, 2011 (mayo):39-56.

- Morás, L. (1992). *Los hijos del Estado. Fundación y crisis del modelo de protección- control de menores en Uruguay*, Montevideo: Servicio de paz y justicia, Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República.
- Morás, L. (2009). *Nosotros y los Otros Estudios sobre la Seguridad en tiempos de Exclusión y Reclusión*, Montevideo: Ediciones del CIEJ.
- Nahum, B. (2011). *Historia Uruguaya vol. 12. La restauración democrática. 1985- 2005*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.
- O'Donnell, D. (1990). La Convención de los Derechos del Niño: estructura y contenido. en: UNICEF, *Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas sociales en América Latina*, Montevideo: UNICEF, vol. 1, pp. 11-25.
- Portillo, Álvaro (1989). *Estado y minoridad en el Uruguay*. Montevideo: Roca Viva.
- UNICEF (2006). *Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay*, Montevideo: UNICEF.
- Uriarte, C. (1998). *Control Institucional de la niñez adolescencia en infracción*, Montevideo: Carlos Álvarez.
- Uriarte, C. (2004). *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia*, Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.
- Uriarte, C. (2006). "Derecho Penal Juvenil y Teoría de la Pena". *Revista de Derecho Pena*, vol. 2, núm. 16., 2006 (noviembre): 577-596.

Fuentes consultadas

- Ariés, P. (1987). *El Niño y la vida familiar en el antiguo régimen*. Madrid: Taurus.
- Narodowski, M. (2004). De Oliver Twist a los pibes chorros. Cumbia villera e infancia desrealizada. en: *Una ética en el trabajo con niños y jóvenes. La habilitación de la oportunidad. Colección ensayos y experimentos*. Buenos Aires: Novedades educativas
- Zaffaroni, Emilio (1991). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. en: Beloff, A.; Bovino, A. y Courtis, C. (comp.), *Cuadernos de la cárcel*, Buenos Aires: Edición especial de "No hay derecho", pp. 36-6