

PELIGROSIDAD, ESE CUERPO EXTRAÑO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA

SUSANA FALCA*
FABIÁN PIÑEYRO**

Introducción

En los últimos años, la problemática de la seguridad ciudadana se ha instalado en la agenda del debate público como uno de sus asuntos centrales. Desde los más diversos lugares de la sociedad se clama por un incremento de la punibilidad, que es visualizada como el único instrumento eficaz para dar respuesta a este tema, con especial énfasis en la rebaja de la edad de imputabilidad penal, el incremento de las penas y la disminución de las garantías.

La sociedad parece asolada por una legítima pero por momentos también llamativa preocupación por la temática de la seguridad pública. Analizando los elementos o factores que pueden explicar la centralidad que ha adquirido la cuestión de la seguridad en el debate público, y sin entrar a juzgar hasta qué punto esta sensación refleja o no una realidad fáctica, seguramente los factores determinantes de este fenómeno derivan de los profundos cambios operados en el ámbito de la cultura que se procesaron durante el último tercio del siglo veinte.

La crisis de la racionalidad práctica, tal como fuera concebida desde los albores de la modernidad, ha desencadenado la emergencia de una pluralidad de discursos y de prácticas morales al interior de cada sociedad.

El relativismo moral imperante y una aparente explosión de heterogeneidad cultural, impactando en sociedades que han venido transitando por un proceso de deterioro en los niveles de inclusión social, han tenido el efecto de exacerbar los niveles de fragmentación social. Estas condiciones han propiciado el crecimiento del sentimiento de desconfianza hacia al otro, al diferente, al que —por pertenecer a otro grupo social— podría ser titular de una normatividad distinta y, por tanto, es objeto de temor y deja de ser un semejante, titular de los mismos derechos fundamentales. En este contexto emerge la figura del sujeto peligroso, de aquel que la sociedad siente que debe de preservarse, resurgiendo el manido principio de la defensa social.

* Susana Falca, Abogada, Maestranda, Diploma de especialización en Derechos de Infancia y políticas públicas, Universidad de la República, Uruguay. Consultora de UNICEF.

** Fabián Piñeyro, Procurador. Aspirante a Profesor Adscripto, Cátedra de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

En este contexto, las formulaciones clásicas del derecho penal de acto se encuentran en franco repliegue frente a las arremetidas de nuevos y viejos conceptos criminológicos, característicos del denominado derecho penal de autor. Adquieren una posición predominante conceptos tales como el de peligrosidad y alarma social, que no se corresponden a fenómenos fácticos empíricamente constatables, sino que forman parte del universo de las percepciones subjetivas, zona en la que los discursos mediáticos tienen un elevado nivel de incidencia. De esta forma, los *mass media* adquieren un rol fundamental en los procesos cognitivos, mediante los cuales la sociedad elabora la problemática de la inseguridad ciudadana.

En este marco cultural pautado por la relativización de los juicios morales que provoca una extrema sensación de inseguridad y de anomia por parte de las personas, la sociedad busca que en el plano jurídico se formulen las normas que posibiliten y organicen la convivencia social y que vengán a suplir el papel que otrora cumplía la moral en la regulación.

Extensos territorios de lo social, que antes eran regulados exclusivamente por la normatividad moral, ahora son invadidos por el derecho, fenómeno conocido como el inflacionismo jurídico, una de cuyas más notorias manifestaciones es el incremento de las conductas punibles.

La fuerte demanda social por “seguridad” ha determinado la aparición del denominado derecho penal simbólico. Los operadores políticos promueven y sancionan reformas legislativas que reflejan su preocupación y atención por la problemática, como respuesta a la demanda de un público aquejado por una aguda sensación de inseguridad, cuya etiología ya señaláramos en párrafos anteriores, hipersensibilizados además por discursos articulados por los medios masivos de comunicación, en los que se expresa que la única respuesta adecuada para disminuir los niveles de inseguridad pública es el incremento de las sanciones y la restricción de muchas de las garantías trabajosamente establecidas en el marco del arduo proceso de construcción del Estado de derecho.

En estas circunstancias, no llama la atención la aparente confusión de buena parte de los operadores políticos uruguayos respecto de la supuesta impunidad de los adolescentes frente al delito, propugnando —unos— la rebaja en la edad de imputabilidad penal y —otros— el establecimiento de un proceso penal para los adolescentes. Desconociendo la existencia de un proceso de atribución de responsabilidad penal específico, aplicable a los adolescentes entre los trece y los dieciocho años de edad, vigente en el país desde setiembre de 2004, fecha en que se aprobó el Código de la Niñez y de la Adolescencia en Uruguay, en adelante CNA.

Paradójicamente, la sanción del CNA, que fue el instrumento legal por el que se estructuró el proceso de atribución de responsabilidad penal a los adolescentes, se visualizó como la consagración de la impunidad de los adolescentes. En él se estableció además un régimen sancionatorio específico para aquellos adolescentes que hubieran infringido la ley, dando,

en cierta medida, cumplimiento al mandato constitucional que en su artículo 43 dispone: “(...) *la delincuencia infantil sea sometida a un régimen especial...*”, contemplando la especificidad óptica del fenómeno, derivada de la condición de sujetos en desarrollo y estableciendo el deber al legislador de consagrar esa especialidad en la ley.

I. El concepto de peligrosidad

La original intención garantista, que inspirara la instauración de este sistema de atribución penal específica, no resultó finalmente consagrada en el texto legal por la inclusión, en el mismo, de disposiciones que atribuyen amplias facultades discrecionales a los magistrados, tanto para disponer la privación de libertad de los adolescentes imputados de la comisión de un hecho ilícito, como para prolongarla en base a un juicio de peligrosidad, tal como aparece preceptuado en los artículos 86 y el inciso tercero del artículo 91 del CNA, que a continuación se transcriben:

Artículo 86: “Las medidas de privación de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas”.

Artículo 91: “(Duración de las medidas de privación de libertad).— 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 permanece sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos.

En situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”.
(Subrayado nuestro).

Esta última disposición es la positivación jurídica de una concepción criminológica sustentada en las más grotescas tergiversaciones, formuladas respecto de dos grandes construcciones del pensamiento occidental: el positivismo y el evolucionismo darwiniano.

Entendemos necesario dedicar unos párrafos a la explicitación de los lineamientos teóricos conceptuales, centrales, de la doctrina criminológica de la que se desprende la teoría de la peligrosidad, dada la vitalidad que manifiesta la misma; no solo en el plano normativo sino como inspiradora de una serie de prácticas imperantes en el ámbito judicial, y que, en nuestro concepto, muchas veces son efectuadas por los operadores del sistema, sin que resulte para éstos evidente que están contribuyendo a la reproducción de un sustrato teórico que contraviene los más esenciales principios del Derecho.

El último tercio del siglo diecinueve verá surgir en el horizonte intelectual europeo un cuerpo teórico que intenta dar cuenta de los acontecimientos sociales a través de la enunciación de un conjunto de leyes que —como las fisiconaturales— gobiernan la vida

de los hombres en la comunidad. Así, estos teóricos intentaron explicar el fenómeno del delito a través de la caracterización del *uomo delinquente*.

Dentro de estas construcciones teóricas, se destaca por sus profundas repercusiones en el campo de la teoría criminológica y penal, y por haber inspirado un conjunto de reformas a la legislación penal sancionadas en los umbrales del siglo veinte, la denominada antropología criminal de Cesare Lombroso.

La fuerte influencia de estas corrientes se aprecia en la inclusión de normas referidas al establecimiento de amplias escalas penales, de las medidas de seguridad eliminativas, de las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter subjetivo, de la reincidencia, así como en la aparición de institutos procesales penales tales como la prisión preventiva, la libertad provisional y condicional.

Para Lombroso existe un grupo de individuos en la sociedad que está genéticamente determinado al delito; este tipo de sujetos —reconocibles para este autor por sus rasgos **atávicos**— evidencia de manera palmaria el travestismo teórico de Lombroso. El *uomo delinquente* es un ser genéticamente primitivo, que no ha culminado el proceso evolutivo que desembocó en la especie humana. El acto delictivo pasa a ser una conducta a la que un grupo de personas está fatalmente determinada. Entonces, el foco de atención se desplaza del acto hacia el sujeto. El objeto central de la ciencia criminológica será el de determinar cuáles son los sujetos peligrosos y cuáles serán las medidas que la sociedad ha de tomar para protegerse de ellos.

Para los seguidores de la denominada escuela positiva, la sociedad ha de protegerse frente a estos individuos a través de la sanción penal, básicamente la reclusión, la eliminación física, entre otras. Lo que la sociedad en definitiva sancionará será al ser y no el quehacer.

No se necesita embarcarse en un ejercicio de reflexividad ética muy acusado para detectar la atrocidad moral de esta doctrina y su distancia abismal con el universo de lo jurídico. El derecho es una de las partes de la normatividad cuyo objeto es el establecimiento del deber ser, lo que se manifiesta en la determinación de las conductas debidas por las personas.

El derecho juzga las acciones; si un individuo está determinado irremediablemente al delito, no se le puede exigir una conducta distinta, por tanto, no se le podrá juzgar como un infractor a las normas sociales, enervando la posibilidad de formular el juicio de culpabilidad. La normatividad social y más aún la jurídica están concebidas a partir de que los individuos son libres de determinar su conducta en uno u otro sentido.

La función de la justicia penal es la de establecer si un sujeto, actuando a plena conciencia y voluntad, ejecutó una conducta prohibida. Esta es también la función de la justicia penal juvenil, en la cual se han de juzgar acciones imputables a un adolescente, pasibles de un reproche de culpabilidad. No es función de la justicia ni de la pena perseguir la reforma

del individuo, a pesar de que este principio de reforma es el que mayoritariamente se invoca como la finalidad perseguida por la sanción penal, con particular énfasis en el ámbito de la justicia penal juvenil.

Como consecuencia de la aplicación del concepto de la peligrosidad, un sujeto pasa a ser sancionado —no por lo que hace— sino por lo que es, sustentado en un pronóstico de probabilidad delictiva. De esta manera, se convierte el acto delictivo en un mero síntoma.

Desde su misma cuna helénica, el pensamiento moral y jurídico de Occidente ha venido formulándose a partir de algunos ejes modulares, uno de éstos se refiere a que no se puede sancionar aquella conducta que no es el resultado de la libertad humana. Y, como expresara Aristóteles, libertad existe cuando hay conciencia y voluntad, frase cuyos ecos aún se escuchan en el campo de la moderna doctrina jurídica y que sirvieron de fundamento a los artífices de la teoría penal en su formulación clásica—Beccaria, Kant—.

La impregnación que la teoría de Lombroso ha tenido sobre los institutos penales contemporáneos, así como en la praxis cotidiana de los operadores judiciales y técnicos auxiliares de la justicia, es fácil de observar; ¿quién en el ejercicio de la profesión no se ha encontrado con informes elaborados por técnicos criminólogos —psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales— en los que se da cuenta, por ejemplo que el adolescente imputado “usa tatuajes”? Al respecto, Lombroso expresaba que el tatuaje era una manifestación de la insensibilidad del criminal ante el dolor y de su atávico gusto por los adornos.

Una de las manifestaciones contemporáneas más significativas de la teoría de la peligrosidad es la que se conoce como la teoría del derecho penal del enemigo, formulada por Jakob, que parte de una diferenciación subjetiva de dos grupos de personas: los ciudadanos y los enemigos. A los primeros, cuando infringen la ley, se les aplica el derecho penal común o del ciudadano, porque lleva implícita la posibilidad de rehabilitación de los mismos. En cambio, los sujetos que conforman la segunda categoría, son pasibles de la aplicación de un derecho penal diferente —del enemigo—, caracterizado por la disminución de las garantías, por su eventual aplicación preventiva —medidas de seguridad— y por la extrema severidad de la sanción.

Para los propugnadores del derecho penal del enemigo, la condición de enemigo preexiste al ordenamiento jurídico. Por complejas y diversas circunstancias algunos sujetos, que no son visualizados como parte de la sociedad, terminan convirtiéndose en enemigos de ésta. El derecho penal del enemigo vendría —entonces— a resolver un problema fáctico: cómo se protege la sociedad de sus enemigos. La forma de hacerlo es a través de la eliminación de los sujetos peligrosos, lo que puede implicar la aplicación de la pena capital, la reclusión o medidas de seguridad por tiempo indefinido, entre otras. El propósito que se persigue es, en definitiva, desembarazar a la sociedad del peligro eventual que representan estos sujetos.

Este desdoblamiento del sistema penal tiene un presupuesto, que es la supuesta diversidad ontológica entre el ciudadano y el enemigo; estos últimos no serían titulares de los mismos derechos fundamentales de los que son poseedores los ciudadanos, de esta manera se “(...) *tiende a legalizar la posibilidad de privar a seres humanos de su condición de personas*”.¹

Uno de los componentes centrales de la teoría del derecho penal del enemigo es la diferenciación en el tratamiento de un mismo fenómeno, el acto delictivo, cuando éste se ha cometido por un ciudadano o por un enemigo de la sociedad. Lo que parece una reminiscencia de la clásica distinción que propugnaba la escuela criminológica positiva entre el delincuente ocasional y el habitual, entendiéndose por este último a un sujeto que era en sí mismo una amenaza para la sociedad.

Si bien esta teoría a la que nos estamos refiriendo fue construida para abordar el tratamiento penal de terroristas, traficantes o de similar índole, poco a poco se van esfumando las fronteras con los delitos cometidos por las personas individualmente consideradas, tal como lo sostiene Silva Sánchez cuando expresa: “el tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, y finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas”.²

Toda esta construcción, este verdadero entramado conceptual, que conforma el denominado derecho penal del enemigo, tiene como presupuesto básico la existencia de una categoría de sujeto respecto del cual la sociedad debe defenderse, recogiendo la teoría lombrosiana del *uomo delinquente* como una categoría subjetiva, ontológica e intrínsecamente diferente del resto de los miembros de la sociedad. Esta formulación es, por cierto, la negación más franca a toda la teoría de los derechos humanos e implica el desconocimiento a un número indeterminado de individuos de su condición de personas, de sujetos de derecho.

Pero con ella no se acaban, por cierto, los signos de vitalidad del concepto de la peligrosidad. Quizá la más fuerte expresión de la teoría de la peligrosidad en la actualidad es la concepción que la ciudadanía en general se ha elaborado de las garantías penales, a las que visualiza como un mecanismo de protección del delincuente y concomitantemente del delito. Con lo cual se está expresando que la sociedad entiende que existe un grupo de personas, una categoría de sujetos, que son los delincuentes, y que esta condición existe *per se*, antes de la comisión del ilícito.

En este contexto, y poniendo énfasis en el específico ámbito adolescente, resulta por demás evidenciable que existe en la sociedad contemporánea una relación conflictual entre el mundo adulto y los adolescentes, en la que éstos son visualizados —muchas veces— como “potencialmente peligrosos”, como generadores de violencia y perturbación social. Por lo tanto, los adolescentes devienen en sujetos de los que la sociedad necesita protegerse.

1 Jorge Cerrutti. Revista Question N° 21 (UNLP) - Verano 2009 <http://www.iade.org.a>
Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo. Pensamiento Crítico.

2 Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal, 2da Edición. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

Parece paradójico que este fenómeno se desarrolle en una sociedad donde el estándar del comportamiento ideal, la forma de ser por excelencia, es el ser adolescente. Quizás se trate de una extraña mueca de ironía de innegable raigambre freudiana, pero resulta por demás plausible pensar que los adultos están rechazando a aquellos que efectivamente son como ellos quisieran ser.

Esta visualización social de la adolescencia como un “estado” en sí mismo peligroso se refuerza cuando la sociedad se enfrenta con los comportamientos de algunos adolescentes, generalmente de aquellos que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad social. Frente a ellos la primera respuesta que atina a ensayar la sociedad es la punitiva. A ello concurren una diversidad de factores: uno de ellos es la existencia de discursos contradictorios a nivel de la cultura y otros se deben a desajustes estructurales de nuestras sociedades. En el caso de los primeros, nos estamos refiriendo a la intensidad y claridad con que la sociedad celebra y ensalza la obtención del éxito económico y social, por un lado, y por otro, la ambigüedad con que la sociedad juzga los procedimientos para el logro de este éxito. En algunos casos acepta sin mayores cuestionamientos proceder reñidos con la moral y rayanos en la ilicitud, más o menos solapada, y de manera simultánea, por conductas menos lesivas, que ponen en riesgo bienes jurídicos inferiores, reclama una sanción más severa.

En el caso de los desajustes de carácter estructural, nos referimos a la restricción a la que se enfrentan los adolescentes para obtener —por vía lícita— los bienes de consumo que son presentados por la publicidad como el pasaje a la felicidad.

Estos elementos redundan en la formulación de un mensaje muy ambiguo respecto a los valores que han de orientar la conducta de los miembros más jóvenes de la comunidad, impactando en ellos con mucha mayor intensidad por su condición de personas en desarrollo.

Esta incapacidad de la sociedad a la hora de formular respuestas diferentes a la punibilidad a esta problemática determina que los distintos operadores del sistema judicial, y particularmente los jueces, no se sientan inmunes al requerimiento social de mayor punición, exacerbando las nefastas consecuencias de la aplicación de la teoría de la peligrosidad en el ámbito del sistema penal juvenil.

II. El concepto de peligrosidad en el derecho positivo uruguayo

La doctrina de la peligrosidad ha servido de inspiración de un amplio abanico de disposiciones penales. Si bien las referencias explícitas al concepto de peligrosidad son relativamente escasas, a modo meramente enunciativo podemos citar los artículos 86 y 92 del Código Penal; artículo tercero de la Ley Número 15.859; artículo 328 del Código de Proceso Penal y el inciso tercero del artículo 91 del CNA.

Sin embargo, a lo largo de todo el ordenamiento jurídico penal se denota una fuerte impregnación de la teoría de la peligrosidad, que se refleja en distintos institutos tanto del derecho penal común como del derecho penal adolescente. Verbigracia, los institutos de la habitualidad, reincidencia, las medidas de seguridad, la prisión preventiva, entre otros.

A este respecto, corresponde precisar que —en el ámbito de los adultos— nuestro sistema penal prevé la posibilidad de aplicar medidas de seguridad eliminativas —artículo 92 del Código Penal— a aquellos individuos que se encontraran en las condiciones que se prevén en el artículo 48 del mismo cuerpo:

“Habitualidad preceptiva. Debe ser considerado habitual el que además de hallarse en las condiciones especificadas en el inciso precedente, acusare una tendencia definida al delito en concepto del Juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido, y todos los demás antecedentes de análogo carácter. La habitualidad lo obliga al Juez a adoptar medidas de seguridad”.

La puridad teórico conceptual de nuestro legislador penal se expresa aquí sin mácula alguna, quedando en evidencia que dicha disposición fue concebida a partir del concepto de la peligrosidad. El codificador Irureta Goyena, que expresara que iba a limar las aristas más fascistas del código Rocco, con la finalidad de adecuarlo a la realidad nacional, fue omiso en eliminar esta disposición que parece de puño y letra de Cesare Lombroso.

Nuestra legislación penal no habilita, por cierto, la imposición de medidas de seguridad alguna cuando no se hubiera cometido delito; sin embargo, cuando un sujeto hubiera, por ejemplo, cometido un delito menor, pero se encontrare en alguna de las hipótesis previstas en el mencionado artículo 48, podrá ser objeto de las medidas de seguridad eliminativas, las que consistirán en la reclusión del individuo.

Para mayor abundamiento, cabe precisar que los autores de delitos imposibles también podrán ser objeto de medidas de seguridad que para el caso el código denomina preventivas (caución de no ofender y vigilancia por parte de la autoridad).

En otro aspecto de nuestra legislación en el que se ve reflejada la teoría de la peligrosidad es en las amplias escalas penales con las que se sancionan cada uno de los tipos penales que conforman la denominada parte especial del código. Esta amplitud de la escala penal determina una verdadera atribución de la facultad al magistrado de precisar en cada caso la sanción específica a aplicar. Para ello, el pretorio deberá analizar la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes en el caso y, por manifiesto imperio legal, deberá tener en cuenta “la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales”.

Todos estos elementos han determinado que a nuestro código penal corresponda clasificarlo como un código híbrido, donde los elementos conceptuales propios de la teoría clásica

centrada en la conducta se entremezclan con elementos provenientes de la denominada teoría positiva, cuyo eje está colocado en la figura del delincuente.

En ocasión de la discusión parlamentaria que culminara con la sanción de la Ley 15.859, aprobada el 31 de marzo de 1987, nuevamente se expresó, a través de distintas voces, la fuerte receptividad que la teoría de la peligrosidad con todas sus implicancias ha tenido en el ambiente jurídico nacional. Dicha ley tuvo por objeto establecer un marco regulatorio al instituto de la prisión preventiva, ampliando el elenco de las excepciones al procesamiento con prisión, otorgando a tales efectos la facultad de no disponer el procesamiento sin prisión cuando concurrieran determinadas circunstancias.

Sin embargo, esta intención de reducir el dictado de prisiones preventivas no resulta contemplada en el texto sancionado, por la inclusión en el mismo del artículo tercero, en el que se estableció *que el Juez decretará la prisión preventiva cuando el hecho que se le imputare hubiera causado o pudiera causar a juicio del magistrado grave alarma social*. A esto ha de adicionarse la expresión que se utiliza en el literal b del artículo 1° —en la redacción dada por la Ley 16.058 de 27 de agosto de 1989— en el que se enuncian algunas de las circunstancias que han de concurrir para habilitar al magistrado al dictado del procesamiento sin prisión; en él se mandata al juez a analizar, entre otros elementos, la personalidad del imputado.

Resultan por demás significativas las expresiones que fueran vertidas tanto por algunos legisladores como por los representantes de la Suprema Corte de Justicia de la época, quienes expresaron la opinión del máximo órgano del Poder Judicial de la República. A modo de ejemplo se transcriben algunas de ellas:³

“La Suprema Corte de Justicia cree —y en ese sentido la opinión es unánime— que, más allá de los tecnicismos jurídicos, tiene que haber una opción para el Juez, en el sentido de que, cuando el hecho cause alarma social, no se decrete la excarcelación inmediata del procesado”.

En este mismo sentido se expresaba el autor del proyecto en discusión: “El artículo 3° atiene a lo que la Suprema Corte de Justicia denominó el sentido de justicia de la comunidad, *“la que enfrentada a cierto tipo de hechos puede experimentar una gran alarma social”*. Como se advierte claramente, de estas expresiones se desprende con nitidez y claridad indubitable cuál es la fuente conceptual en donde se nutrieron sus autores, los que se inspiraron en el denominado principio de la defensa social, apologado por los sostenedores de la doctrina criminológica positiva, que propugnaba que el derecho penal cumpliera la función de defender a la sociedad de los sujetos peligrosos, aun a costa de cercenar la libertad de éstos, sin necesidad de haber determinado en el proceso correspondiente su culpabilidad en un hecho antijurídico.

³ Diario de sesiones de la Comisión de la Cámara de Senadores de la República Oriental de Uruguay, 7/11/1985

En este sentido, entendemos por demás pertinente transcribir las consideraciones que, respecto a la inclusión en el proyecto de ley de esta concepción, efectuara el legislador Dr. García Costa. “Allí se dice que las personas no podrán ser liberadas a pesar de que concurran todos los otros factores, cuando hubiere razones de seguridad pública —nadie sabe lo que es— o se trate de un delito que cause alarma social”. En otro pasaje, este mismo legislador manifiesta su preocupación porque los promotores de esta modificación no lograron aclarar el alcance del concepto de seguridad pública y expresa: “Nos ha manifestado que para interpretarla confía en los jueces, porque son demócratas. No desearía ir preso en circunstancias en la que un Juez me diga que voy a quedar en esta situación a causa de la seguridad pública, si antes no sé qué interpretación se le va a dar a ese concepto”.

El derecho penal adolescente no ha escapado a la penetración de la teoría de la peligrosidad. Esto se ha reflejado tanto en las construcciones doctrinarias como en las jurisprudenciales y normativas, desde el momento en que comenzó a formularse en el país un derecho específico del menor, inspirado en el paradigma de la tutela de las personas menores de 18 años de edad, caracterizado por el desconocimiento de la condición de sujetos de derechos de los niños y de los adolescentes. Por lo cual se procedía a la aplicación de todo tipo de medidas de control social, que no eran otra cosa que verdaderas sanciones de carácter penal, con la particularidad de que las mismas no eran dictadas como consecuencia de un proceso de atribución de responsabilidad. Los objetos de esta tutela eran las personas menores de edad que la ley entendía se encontraban en situación irregular, como los denominados menores abandonados, moral o materialmente, a quienes equiparaba con los menores delincuentes. A los efectos de dejar en evidencia los fundamentos teóricos-doctrinarios que inspiraron a los codificadores, se transcribe a continuación un pasaje de la exposición de motivos del Código del Niño de 1934:

“La Comisión ha tenido en cuenta ante todo, que la gravedad del delito cometido no tiene en el caso la mayor importancia; la experiencia demuestra que casi siempre los menores más inadaptables a la vida del hogar y al régimen de los reformatorios, los impermeables a la acción persuasiva y educativa se cuentan entre los vagos, los viciosos, los pequeños rateros (...)”⁴

Dicha equiparación la establecía el artículo 119 del derogado código. Ambas categorías de menores de edad eran pasibles de las mismas medidas. Resulta ilustrativo transcribir un párrafo de la exposición de motivos de este código, cuando explicita las razones que llevaron al dictado de la citada disposición: “(...) Por lo demás, la ciencia moderna acentúa continuamente la tendencia a conceder mayor importancia al delincuente que al delito, porque la práctica enseña que el crimen es un índice engañoso de la temibilidad del criminal; se observa frecuentemente que delitos de escasa entidad objetiva castigados con penas insignificantes denuncian, por la forma y circunstancias en que se han cometido, carencias de sentido moral en sus autores (...)”⁵

⁴ Exposición de motivos, Código del Niño 1934, pág. 27.

⁵ Ídem.

Si el eje principal de atención era el sujeto y no la conducta, entonces qué sentido tiene el establecimiento de un proceso por el cual se determinara efectivamente la participación del menor de edad en un acto antijurídico. La inspiración de esta solución se encuentra también en la legislación de la época, tal como surge de la misma exposición de motivos en la que la Comisión redactora cita al Ministro Orlando que en una circular emitida a los Tribunales italianos, expresaba: “(...) es necesario que el magistrado instructor no se limite a establecer la materialidad del hecho delictuoso sino que proceda a todas las investigaciones que puedan hacer conocer la situación familiar del joven inculpado, el género y condiciones de su vida, los lugares y camaradas que frecuenta, la manera de ser y el carácter de aquellos que ejercen sobre él autoridad paterna o tutelar; los medios eventuales propios de la mala vida (...)”⁶

Todas las normas y formulaciones doctrinarias que hemos recorrido están plagadas de referencias a conceptos tales como temibilidad, alarma social, defensa social, categorías que forman el tronco analítico conceptual de la escuela positiva. La temibilidad era el término que usaba Garófolo para designar aquella condición que era propia de los sujetos peligrosos. El concepto de defensa social se deriva de una reformulación de la teoría de la pena; ésta deja de ser concebida como el castigo a una conducta antijurídica para convertirse en un instrumento de defensa social, que ha de desencadenarse como respuesta a la alarma social.

El Derecho nacional no ha podido desembarazarse de la pesada rémora que le implica el estar transido por distintas manifestaciones de la teoría de la peligrosidad.

Esta incapacidad para liberarse de este verdadero cuerpo extraño a la Justicia y al Derecho se manifestó una vez más en la sanción del CNA. Este cuerpo legal por el cual el país pretendió adecuar su legislación al nuevo paradigma consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), resultando esta teleología —de alguna manera— tergiversada por la inclusión de disposiciones que sorprendentemente en los albores del siglo XXI vienen a recoger conceptos tales como la peligrosidad manifiesta.

III. La inconstitucionalidad de los artículos 86 y 91 inciso tercero del CNA

“Nullum Crimen E Nulla Poena Sine Praevia Legge Penale”

El principio de legalidad —elípticamente enunciado— se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Constitución de la República. El mismo posee la indubitable significación de consagrar con rango constitucional este principio. El inciso segundo de dicho artículo expresa: *“Ningún habitante de la república será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Por tanto, no resulta tampoco procedente que se incremente la punibilidad de una conducta en mérito de un pronóstico de peligrosidad.

⁶ Idem

La pena a aplicarse no podrá ser otra que la establecida por la ley —en sentido formal y sustancial— por el hecho cometido y no por las características personales del sujeto, las cuales resultan indiferentes al derecho.

Esta indiferencia jurídica de los rasgos de la personalidad de las distintas formas de ser, del pensamiento, de la interioridad misma del sujeto, resulta consagrada a texto expreso en el inciso primero del artículo 10, el que dice: *“Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”*. Lo que viene a consagrar enunciándolo a contrario sensu el principio de lesividad, sólo podrán ser objeto de prohibición, de sanción por la ley, aquellas conductas que desencadenen un daño efectivo a algún bien jurídico protegido.

El concepto de la peligrosidad es un verdadero cuerpo extraño dentro de la teoría penal. Ésta, como fuera formulada magistralmente entre fines del siglo dieciocho y principios del siglo diecinueve, tiene en el principio de legalidad su eje central. Este principio consiste esencialmente en que ninguna persona puede ser sancionada si, no por haber incurrido en una conducta previamente tipificada como delito en la ley y no puede ser objeto de otra sanción que aquella que no sea la concretamente establecida como respuesta a la específica sanción cometida.

El diagnóstico de la peligrosidad en el caso de los adolescentes se ha extendido más allá del análisis de la personalidad del sujeto. En efecto, se utilizan como criterios determinantes de la peligrosidad consideraciones de carácter social, sintetizadas en eufemismos tales como “continentación familiar”, refiriéndose a aquellos casos de ausencia de familia responsable referente, conformada de acuerdo a pautas tradicionales.

En otros casos resulta evidente que la peligrosidad del adolescente se determina a partir de la consideración de las carencias sociales y de las de su entorno familiar, cuando en realidad estas circunstancias deberían ser utilizadas para fundar la disminución del reproche penal, cuando hubieran operado como una determinante de la conducta infraccional del adolescente.

Esta construcción del adolescente como peligroso es un resabio de la categoría de menores abandonados, moral y materialmente del Código del Niño, tal como viéramos anteriormente.

En situaciones como las referidas, en realidad se está frente al incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado, consagradas a texto expreso en la Constitución de la República, artículo 40: “(...) El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”. Y en varios instrumentos de derechos humanos de carácter internacional, de rango constitucional en el país, según lo preceptuado por el artículo 72 de la Carta: *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*.

El incremento de la punibilidad a partir de un juicio de criminalidad sustentado en consideraciones ajenas a la conducta y al sujeto imputado, fundada en la situación de riesgo social, importa la manifestación de una responsabilidad penal de tipo objetiva; en este caso, se estaría responsabilizando penalmente a un sujeto por factores o elementos que son ajenos a su persona; la responsabilidad penal es un fenómeno eminentemente subjetivo: sólo puede ser sancionado un sujeto por actos imputables a su conducta, al despliegue de su subjetividad y que resulten reñidos con el ordenamiento jurídico. Estas prácticas constituyen un atentado flagrante a los más esenciales derechos humanos. Dicho ejercicio está vedado por nuestro ordenamiento constitucional por lo dispuesto por el artículo 72.

Si alguna duda, abrigara el intérprete, respecto de la consagración del principio de legalidad en nuestra Constitución, dicha dubitación no puede más que esfumarse ante el texto claro del artículo 72 de la norma constitucional. La citada norma es de interpretación e integración constitucional. Respecto de la primera, en él se establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías no es taxativa y en lo que hace a la integración, se dispone que a dicha enumeración deban adicionarse todos aquellos derechos que se desprendan de la dignidad de la persona humana y de la forma republicana de gobierno.

Entendemos por dignidad humana aquel conjunto de condiciones en las que debe desarrollarse la vida de los hombres para no ver degradada su condición de tales, verbigracia, prohibición de todo trato cruel, degradante y discriminatorio en ningún ámbito donde se desenvuelve la vida de la persona, y esto vale tanto para el ámbito familiar, social, laboral, educativo, carcelario.

El principio de legalidad es una manifestación de la dignidad humana, en tanto, sólo procede castigar a una persona cuando ésta con su conducta ha infringido alguna de las normas que la comunidad se ha dado para regular la vida en sociedad. El poder sancionatorio del Estado sólo podrá aplicarse en esta particular circunstancia y en ninguna otra hipótesis. Es condición propia de los hombres el ser libres, siendo un atributo inalienable de cada persona, desarrollar su vida de la manera que ella entienda adecuada a sus preferencias, creencias y valores.

En cuanto a la segunda categoría de derechos del artículo 72 —aquellos derivados de la forma republicana de gobierno—, se integran con los derechos que emergen de los principios de separación de poderes y del control jurisdiccional y político del ejercicio del gobierno, más aquellos derechos que vengán a garantizar la participación efectiva de las personas en las distintas instancias deliberativas de las que emerjan las normas que han de regular la vida de la comunidad y en todo proceso en el que tomen decisiones que afecten su vida. Este último aspecto cobra especial importancia en el caso de los niños, niñas y adolescentes, a quienes este artículo viene a garantizarles el derecho a la participación en todos los ámbitos institucionales donde desarrollan su vida, familia, escuela y servicios públicos. El principio de legalidad también es un principio inherente a la forma republicana de gobierno, en tanto es característica esencial de un Estado republicano el que el gobierno

se desenvuelva ajustado al Derecho, limitado por éste. El principio de legalidad es tanto una garantía para el individuo como un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado. Ningún órgano del gobierno del Estado, esto incluye obviamente a los órganos del Poder Judicial, podrá disponer la aprehensión o sanción alguna a persona alguna que no hubiera incurrido en una conducta tipificada previamente como delictual.

Ningún instrumento legal podrá válidamente otorgar un poder sancionatorio penal genérico a ningún órgano del Estado, como lo realiza el legislador en el caso de las disposiciones cuya inconstitucionalidad venimos analizando, otorgando un amplio margen de discrecionalidad al magistrado para evaluar las circunstancias que subjetivamente conforman la peligrosidad.

Como se desprende del análisis que ha efectuado Dworkin respecto de la naturaleza de la función jurisdiccional, existe una verdadera imposibilidad lógica jurídica de que un magistrado pueda aplicar una disposición contraria a los principios generales del derecho.

Si bien está dentro de las funciones del juez interpretar los hechos, las normas y especialmente aquellas que no son claras o muy genéricas, como en este caso, como lo ha formulado Dworkin,⁷ el juez deberá recurrir a los principios generales del derecho, que son *“(en sentido estricto, en cuanto diferente a las orientaciones teleológicas) a un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*. No es procedente con nuestra organización política, como lo expresa este autor, que los magistrados puedan producir derecho en términos sustanciales, si bien la labor jurisdiccional importará la producción de derecho en términos formales a través de la sentencia, *“reconocer a los jueces facultades legislativas que nadie le ha otorgado, y que estaría contra el principio republicano de la separación de poderes”*.

En el verdadero proceso de traducción de las normas genéricas al caso del que emergerá el mandato jurídico concreto, el juez debe efectuar algo más que un proceso silogístico, deberá colorear de significado expresiones genéricas, polisémicas; esta tarea deberá ser efectuada ceñida a los principios generales del derecho, los que serán tanto guía como límite de este ejercicio.

Dentro de los principios que informan el orden jurídico nacional e internacional de los derechos humanos, se encuentra el denominado principio del interés superior del niño, que se encuentra consagrado en el artículo tercero de la CDN:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁷ R. Dworkin, 1984, pág. 72.

Este principio tiene, entre otras funciones, la de operar como un límite a la intervención arbitraria o infundada del Estado. Así lo ha definido el Prof. Miguel Cillero, quien ha venido a precisar el alcance, contenido y funciones de este principio: *“De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño, es nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos. (...)”* Más adelante Cillero expresa: *“Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas (...)”*⁸

Este principio —como todo principio jurídico— cumple varias funciones, sirve como orientación al legislador y como límite de su labor, en tanto deberá tenerlo en cuenta al momento de legislar en materia de infancia. El legislador deberá operativizar este principio, creando los instrumentos legales necesarios para la protección de los derechos de los niños, en todos los ámbitos. Y este principio además opera como límite de la función legislativa, en tanto el legislador no podrá crear normas que contravengan al mismo.

Este principio también ha de servir al intérprete en su praxis hermenéutica; entre las funciones que cumplen los principios jurídicos está la de facilitar y guiar la tarea del intérprete. Sin entrar en profundidad en un tema que ha merecido la atención de los filósofos del derecho desde hace siglos, está para nosotros bastante claramente determinado que toda norma jurídica requiere ser interpretada. Por mayor claridad en que se exprese el texto jurídico, siempre será necesario interpretarlo. La propia naturaleza de la norma jurídica, su carácter general y abstracto determinará que quien tenga la responsabilidad de aplicar el mandato jurídico, deba dotarlo —siempre— de un significado referido a una situación concreta, en la que debe actuar la ley. Cuando el juez, el fiscal o el abogado o cualquier autoridad del Estado deban encarar la ardua tarea de resignificar en la situación concreta algunas de las normas referidas a la infancia, deberán ceñir su tarea al principio del interés superior del niño.

De las diversas interpretaciones o lecturas posibles de una disposición normativa el intérprete deberá elegir aquella solución que priorice el interés superior del niño, en su carácter holístico, sistemático, es decir, la decisión judicial deberá resguardar el derecho a la vida, a la libertad y a condiciones económicas, sociales que aseguren el pleno desarrollo del niño. En definitiva, se procurará afectar la menor cantidad de derechos del niño, asegurándole el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, de manera de no poner en riesgo su desarrollo presente y futuro.

Otra de las funciones que viene a cumplir este principio es la integradora. Ante un vacío normativo, este principio deberá tanto inspirar, servir de guía, en la tarea encaminada a colmar ese vacío jurídico, como límite infranqueable dentro del que será lícito ejercer dicha praxis.

⁸ Miguel Cillero Bruñol. Revista Justicia y Derechos del Niño, número 9, segunda edición, UNICEF, Chile, noviembre de 2008.

Este principio tiene diversas traducciones en el ámbito de la intervención penal referida a los adolescentes. El mismo determina que toda la actuación punitiva del Estado encuentra un límite que no podrá traspasar en ninguna circunstancia.

La acción punitiva del Estado debe ejercerse siempre como última ratio y dentro del mínimo de lo imprescindible.

La lesividad que importa siempre la sanción penal deberá impactar sobre la menor cantidad de derechos posibles, lo cual determina que no sea procedente en ningún caso disponer la privación de libertad de un adolescente en base a consideraciones tales como la temibilidad o peligrosidad del mismo. El juez deberá considerar el interés del adolescente como prioritario, aun en esta materia, por encima de cualquier otra consideración, incluso la del interés colectivo, tal como lo expresa Cillero cuando dice que la Convención *“reconoce que los derechos del niño pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos del niño deben ponderarse de un modo prioritario”*.⁹

La privación de libertad dispuesta, fundada en una apreciación efectuada respecto de algunos rasgos de la personalidad del adolescente que determinaría su aparente peligrosidad manifiesta, sólo encuentra fundamento en el denominado principio de la defensa social, el que habilitaría la actuación punitiva del Estado, dirigida a proteger a la sociedad, desconociendo —entonces— el mandato de la Convención y por ende de la Constitución de la República, que determina la preponderancia del interés superior del adolescente por sobre cualquier otro. En este caso se estaría restringiendo un derecho fundamental del adolescente —derecho a la libertad— en base a consideraciones ajenas al hecho ilícito cometido.

El establecimiento por parte del CNA del concepto de peligrosidad manifiesta como fundante del incremento de la sanción penal implica un desconocimiento del principio del interés superior, en tanto no existe derecho alguno de la sociedad que pueda fundamentar una restricción a un derecho tan esencial como el de la libertad, como consecuencia del eventual riesgo que pueda importar para la sociedad que el adolescente no sea recluso. Esto estaría determinando la primacía de un simple interés colectivo sobre un derecho individual inalienable. El interés superior del niño como principio esencial de la legislación evidentemente obsta a que pueda cercenarse un derecho de esta naturaleza en atención a un aparente interés colectivo.

EL principio del interés superior del niño no es otra cosa que una verdadera garantía que viene a asegurar el pleno desarrollo de los niños y adolescentes. Es, por lo tanto, un derecho inherente a la protección de la dignidad humana, por lo que posee, por disposición del artículo 72 de la Carta, rango constitucional en la República.

En el ordenamiento jurídico uruguayo estos principios —de legalidad, de lesividad y del interés superior del niño— están claramente recogidos en el ya mencionado artículo

⁹ Ídem.

72 de nuestra Constitución. En consecuencia, cuando algún magistrado de la República procede a hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 86, fundando el derecho en el inciso tercero del artículo 91, está trasgrediendo los límites que al ejercicio de su función le imponen los principios generales del derecho.

Por aplicación del artículo 72, ingresan a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional todos los instrumentos jurídicos internacionales en que se consagren derechos fundamentales de las personas que protejan su dignidad y el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, así como los derechos de carácter económico y social que posibiliten el efectivo y pleno ejercicio de aquéllos. En consecuencia, instrumentos internacionales tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros tantos, poseen rango constitucional en la República.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, se consagraron los principios de legalidad y de lesividad, que vienen a obstar, a impedir, que a una persona se le sancione en base a un juicio de peligrosidad. El inciso segundo del artículo 29 de la misma establece: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y de las libertades de los demás (...)*” (subrayado es nuestro).

Este artículo posee una similitud de contenido con el artículo 10 de nuestra Constitución de la República. Como este último, dicho inciso viene de manera indirecta a establecer que sólo puede ser objeto de sanción penal aquel individuo que ha incurrido en una conducta que previamente ha sido calificada como antijurídica por la ley. Y más adelante establece un límite infranqueable a la ley: sólo será posible establecer como antijurídica una conducta cuando la misma importe una lesión a los derechos y libertades de otras personas, por lo que toda vez que una ley venga a establecer una figura penal, la misma deberá fundarse en la necesidad de protección de algún bien jurídico, de los que se hace mención en el citado inciso.

Pero este no es el único instrumento internacional que consagra el principio de legalidad. Referido al específico ámbito del derecho penal de adolescente, la CDN lo viene a consagrar en el artículo 40.

Entre las garantías y derechos establecidas en la CDN, y los derechos, garantías y deberes de la sección segunda de la Constitución de la República, existe una verdadera identidad de contenidos, que permitió —en su momento— la exigibilidad inmediata de la protección de los derechos y garantías de las personas menores de edad sometidas a procesos de naturaleza punitiva ante los tribunales del país.

El artículo 332 de la Constitución otorga plena operatividad a todas las disposiciones que reconozcan derechos a los individuos, atribuyan facultades e impongan deberes a las

autoridades públicas, estableciendo que no será obstáculo para la efectivización de los mismos la falta de reglamentación respectiva.

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

El rango constitucional que adquiere la CDN en el orden jurídico de la República, tal como venimos formulando, determina que una disposición legal que contravenga alguna disposición convencional esté reñida con nuestra Constitución.

El artículo 40 de la CDN dispone 40.2 “a) *Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable, a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u ocasiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.*

La citada norma consagra, sin lugar a hesitación alguna, el principio de legalidad en el proceso de responsabilidad adolescente, lo que implícitamente obsta la aplicación de la teoría de la peligrosidad como fundamento del ejercicio sancionatorio.

El elenco de disposiciones inconstitucionales del CNA no se agota en el inciso tercero del artículo 91; existe dentro del capítulo que el CNA dedica a la organización del proceso penal adolescente otra disposición de muy dudosa constitucionalidad que es el Artículo 86, en el que se faculta al juez a disponer de manera discrecional la privación de libertad.

La atribución de facultades discrecionales para la disposición de sanciones es una violación flagrante al principio de legalidad, una de cuyas manifestaciones fundamentales es la existencia de una pena previa específica a ser aplicada frente a cada una de las conductas antijurídicas.

El artículo 86 está articulado teleológicamente con el inciso tercero del artículo 91 y ambas disposiciones legales conforman una sistemática inspirada en el aberrante principio de la defensa social.

El artículo 86 permite determinar discrecionalmente la sanción a aplicar frente al acto infraccional; esto posibilita que el magistrado pueda graduar la respuesta sancionatoria en atención a la peligrosidad del sujeto, cuando ésta —en concepto del juez— surja de manera clara, evidente, y entonces estará habilitado para aumentar la respuesta punitiva.

En la hipótesis de que un juez proceda a aplicar de forma armoniosa lo preceptuado en los citados artículos, cuya constitucionalidad venimos cuestionando, deberá tomar en cuenta, para juzgar al adolescente y determinar su eventual peligrosidad aquellos elementos que resultan de su subjetividad, al evaluar las características personales del adolescente, las del núcleo familiar al que pertenece y a su condición económico-social y cultural, y

debiendo recurrir para fundarlo científicamente a un informe pericial, en el que se formule algún pronóstico delictual.

Uno de los componentes esenciales del principio de legalidad es que la pena a aplicarse a la conducta debe estar previamente determinada por la ley; la persona tiene el derecho inalienable de conocer en qué casos y en qué circunstancias puede eventualmente ser objeto de una u otra sanción. Este principio es desconocido cuando se le otorgan al encargado de juzgar facultades discrecionales para la fijación de la pena.

IV. A modo de conclusión

La claridad de la colisión entre las normas de carácter constitucional y varias normas internacionales de rango constitucional, con el inciso tercero del artículo 91 y el artículo 86 CNA, no deja lugar a dudas acerca de la inconstitucionalidad de las mencionadas disposiciones legales.

Aun analizando estas dos disposiciones, conforme a la tesis más restrictiva respecto a las potestades de control de constitucionalidad de las leyes de la Suprema Corte de Justicia, deberíamos concluir su contravención con el texto constitucional. La tesis restrictiva a la que nos estamos refiriendo entiende que sólo es procedente la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa cuando la misma entra en contradicción flagrante con una norma constitucional. Esta corriente doctrinaria y jurisprudencial se funda normativamente en lo dispuesto en el numeral 20 del artículo 85 de la Carta, referido a las competencias del Poder Legislativo. En el citado numeral se expresa: *“Interpretar la Constitución sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de justicia de acuerdo a los artículos 256 a 261”*.

Los propugnadores de esta tesis restrictiva entienden que esta disposición le está otorgando al Poder Legislativo la facultad de disponer la interpretación obligatoria del texto constitucional, en el entendido de que no podría tener otra significación dicha disposición, ya que, como resultado obvio —sin necesidad de disposición constitucional alguna—, el Poder Legislativo podría interpretar la Constitución como reza el propio numeral 20 del artículo 85; esta facultad es sin perjuicio de las atribuciones que respecto del control de la constitucionalidad de las leyes se le otorga al máximo órgano judicial de la República.

En el proceso de elaboración de las leyes el legislador efectúa necesariamente un ejercicio de interpretación de las normas constitucionales con el objetivo de que la ley se ajuste a los preceptos constitucionales. Por ello, quienes sostienen esta tesis restrictiva lo hacen en el entendido de que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando el legislador hubiera interpretado equivocadamente la Constitución; en esta hipótesis la Suprema Corte de Justicia podría decretar la inobservancia de una ley. Además de entender que dicha interpretación es de carácter vinculante. Por lo tanto,

sólo sería procedente decretar la inconstitucionalidad de una ley cuando —de manera inopinable— entrara en contradicción con la Constitución.

Esta tesis resulta pasible de varios cuestionamientos en un ordenamiento jurídico como el uruguayo, en el cual el poder normativo constitucional reside radicalmente en la Nación, que ha de expresarse a tales efectos a través de uno de sus órganos, el Cuerpo Electoral, y es obvio que la función legislativa está subordinada a lo dispuesto por la Constitución, en tanto ésta emana de un órgano de mayor poder normativo. El Parlamento de la República carece de la más mínima atribución para modificar o trastocar —aunque sea por vía interpretativa— las disposiciones constitucionales, ya que esta potestad le es otorgada expresamente por la Constitución a otro órgano del Estado: el Cuerpo Electoral. De manera coherente con esta formulación, es que le ha otorgado la Constitución al órgano jerarca del Poder Judicial la facultad de controlar esta subordinación de la función legislativa a lo dispuesto por el texto constitucional.

El contenido del inciso tercero del artículo 91 y artículo 86 del CNA está reñido con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los artículos 3º y 40 de la CDN, ambos instrumentos de rango constitucional por imperio del artículo 72 de la Carta y con el artículo 10 del texto constitucional.

La aplicación de la doctrina de la peligrosidad contraviene los principios fundantes del orden jurídico internacional y nacional, recogidos en toda la sección segunda de la Carta constitucional. Tomar en cuenta la supuesta peligrosidad manifiesta del adolescente para incrementar la punibilidad y disminuir las garantías del proceso, importa el desconocimiento de los derechos más esenciales, inherentes a la condición humana.

El inciso tercero del artículo 91 y el artículo 86, que el legislador introdujo en el CNA, se dan de bruces, además, con los principios y garantías establecidos en el mismo Código, en el artículo 74 y especialmente en el inciso A, que consagra el principio de legalidad:

“Principios de judicialidad y legalidad.— El adolescente imputado de haber cometido una infracción a la ley penal, será juzgado por los Jueces competentes en conformidad a los procedimientos especiales establecidos por este Código. Se asegurará, además, la vigencia de las normas constitucionales, legales e Instrumentos internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Por todo lo expresado, entendemos que en todas las circunstancias en que, por no ser advertido por el juez competente en el caso, éste procediera a utilizar las facultades discrecionales otorgadas por el artículo 86 del CNA, en base al juicio de peligrosidad en cualesquiera de sus manifestaciones, la defensa está plenamente habilitada para impugnar dicha resolución, a través de la promoción de la acción de inconstitucionalidad por vía de acción y defensa, no correspondiendo otra cosa que el decreto de desaplicación por parte de la Suprema Corte de Justicia.

Bibliografía

Aller Maisonnave, Germán. "Peligrosidad y Derecho Penal", Violencia y Peligrosidad en la sociedad de hoy, Konrad Adenauer, Editor y compilador: Dr. Daniel C. Malztman Pelta, Montevideo, 2002.

Baratta, Alessandro "Infancia y democracia", página 207, Derecho a tener Derecho, tomo 4. UNICEF, Instituto Ayrton Sena, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay.

Baratta, Alessandro "Democracia y derechos del niño", Revista Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

Jorge Cerrutti. "Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo". Pensamiento Crítico, Revista Question N° 21 (UNLP) 2009
<http://www.iade.org.ar>

Cillero Bruñol, Miguel. "Responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del Niño", Revista Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

De Zan, Julio. "La ética, los derechos y la justicia", Konrad Adenauer, Argenjus y Fores, Montevideo, 2004.

Derechos Humanos en el Uruguay. Legislación Nacional. Editado por Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1999.

Diario de sesiones de la Cámara de Senadores, República Oriental del Uruguay. Páginas 103 y siguientes, 7 de noviembre de 1985.

Encalada Hidalgo, Pablo. "Derecho penal del enemigo". Revista Judicial DLH <http://www.derechoecuador.com>

Foucault, Michel. "La vida de los hombres infames". Colección Caronte ensayos, Editorial Altamira, La Plata, Argentina, 1996.

García Méndez, Emilio. "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia". Revista Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

García Méndez, Emilio (Compilador). "Infancia y democracia en la Argentina. La cuestión de la Responsabilidad Penal de los adolescentes", Fundación Sur-Argentina, Editores del Puerto/ Ediciones del Signo, Argentina, 2004.

Jakobs Ghunter. Manuel Cancio Mellá, Derecho Penal del Enemigo, Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 2003.

Jay Gould, Stephen. "La falsa medida del hombre", Biblioteca de divulgación científica, Ediciones Orbis, Hyspamérica ediciones, Argentina, febrero de 1988.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo. "Normas vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano. La Convención Interamericana como derecho interno", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, noviembre de 1988.

Lombroso, Cesare. "Los criminales". Centro editorial Presa, Barcelona, 2003.

Lombroso, Cesare. La Escuela criminológica positivista. Analecta, 2003.

Metallo, Mercedes y Orihuela, Beatriz. "Código del Niño de la República Oriental del Uruguay de 1934", Fundación de Cultura Universitaria, tercera edición, 1991.

Preza Restuccia, Dardo. "Libertades en el proceso penal", Editorial Idea SRL, Montevideo, Uruguay, 1990.

Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal, 2^{da} edición. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

Uriarte, Carlos. "Control Institucional de la Niñez Adolescencia en infracción", Carlos Alvarez Editor, Montevideo Uruguay, agosto de 1999.