

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DE INFANCIA

**Fabián Piñeyro
Diego Julien
Susana Falca
Renée Mariño
Olga Díaz Pedemonte
Natalia Muñoz
Inés Rodríguez
Gabriela Zibil
Virginia Esteves
Sabrina Bohm**



Introducción a la Teoría General del Derecho de Infancia



© Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano

Primera edición: setiembre 2016.

Edición, corrección y diagramación:

Laura Zavala

laurazavalacorrecciones.com

Impreso en Tradinco S.A.

Minas 1377 - Tel.: 2409 4463

www.tradinco.com.uy

**Introducción a la
Teoría General del
Derecho de Infancia**



AGRADECIMIENTOS

Muy especialmente agradecemos:

Al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, por su valiosa contribución a la concreción de esta publicación.

Al Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UdelaR.

AUTORES

PIÑEYRO, FABIÁN. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Consultor en derecho de infancia y en derecho penal juvenil. Docente de los Cursos de Posgrado de capacitación y especialización en derechos humanos de la infancia.

JULIEN, DIEGO. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho.

FALCA, SUSANA. Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Diplomada en derecho de infancia y políticas públicas por la Universidad de la República. Docente de los Cursos de Posgrado de capacitación y especialización en derechos humanos de la infancia. Asesora en materia legal y adecuación institucional del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF (2005-2014). Directora del programa infancia del Centro Cooperativo de investigación y formación para el desarrollo humano.

MARIÑO, RENÉE. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Defensora Pública en la Ciudad de la Costa, departamento de Canelones.

DÍAZ PEDEMONTTE, OLGA. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesora Adjunta de la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UdelaR. Docente responsable de los Cursos de Posgrado de capacitación y especialización en derechos humanos de la infancia.

MUÑOZ, NATALIA. Educadora Social. Trabaja en el Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay. Docente de Sexualidad en la carrera de Educación Social.

RODRÍGUEZ, INÉS. Educadora Social.

ZIBIL, GABRIELA. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Asesora en la Comuna Mujer.

ESTEVEZ, VIRGINIA. Educadora Social.

BOHM, SABRINA. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública, egresada de la Universidad de la República, Diplomada en Derechos Humanos con especialización en Acceso a la Justicia por la Universidad Católica del Uruguay y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Defensora Pública en la ciudad de Dolores, departamento de Soriano.



PRESENTACIÓN

Con esta obra se pretende contribuir a sentar las bases teóricas y epistemológicas de una nueva disciplina del saber jurídico cuya genealogía se imbrica en su esencia misma, en su propia ontología, con los cambios que en el orden del derecho positivo aparejó la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento con el que la humanidad atravesó en el plano axiológico uno de los últimos rubicones que limitaban la expansión del ideario emancipatorio ilustrado.

Consecuencia de la crisis de la razón y del saber teórico, en las primeras décadas que siguieron a la Convención no se registraron avances significativos en la construcción del entramado conceptual necesario para darle sustento a esta nueva disciplina jurídica.

El imperialismo epistémico y metodológico de corte empírico positivista operó como un ancla que obstaculizó el desarrollo de la reflexión teórica en todos los ámbitos del saber, pero tiene en el campo normativo un efecto claramente paralizante que condujo a desempolvar el subjetivismo moral que resultó consecuente con la crisis del sentido del deber y el desvanecimiento de los consensos intersubjetivos sobre los

que se sustenta el orden democrático entendido en su sentido más amplio.

Lo que aquí se pretende es aportar a una construcción de sentido que ubique a la Convención sobre los Derechos del Niño en el marco de la Modernidad, entendiendo a esta como un proyecto político-jurídico de pendiente realización y al Derecho de Infancia como la expresión teórica y disciplinaria de ese proyecto. Empresa para cuya consecución se ha apostado a la única herramienta posible: el debate teórico. Contienda de naturaleza argumental que tiene a la razón como único criterio de verdad y carta transitoria de triunfo.

Desde la premisa de la primatura cognoscitiva de la razón es que se construye este trabajo, a sabiendas de que el acto de conocer tiene por actor principal al sujeto cognoscente y que la correlación entre una premisa y una determinada observación empírica requiere de un ejercicio teórico previo y constituye en esencia un argumento más en el que validar un afirmación.

Esta opción por el saber teórico impregna toda la obra, explica buena parte de los contenidos y la propia teleología que la informa.

El objetivo de este trabajo es el de contribuir a sentar las bases teóricas de una nueva disciplina jurídica, definir las categorías y nociones que orienten la construcción de sentido, ordenen los ejercicios exegéticos y perfilen las definiciones concretas que han de tomar los actores institucionales.

La obra se compone de cuatro grandes capítulos, el primero está dedicado a aportar a la construcción del Derecho de Infancia como una nueva disciplina del saber jurídico y coadyuvar a la reflexión teórica y metodológica sobre la naturaleza de la exégesis jurídica y la labor jurisdiccional. En el segundo se aborda la cuestión de la remodelación de las relaciones del niño con su familia, la comunidad y el estado que ha operado

la Convención sobre los Derechos del Niño. En el tercer capítulo se presentan lineamientos generales de carácter teórico orientado a perfilar las especificidades del Derecho Penal Juvenil y su imbricación en el orden disciplinario con el Derecho de Infancia y un conjunto de reflexiones en torno a la fenomenología de la intervención penal adolescente. Por último, en el capítulo cuarto se analizan prácticas concretas de intervención institucional con el objetivo de contrastarlas con los estándares que en materia de protección de los derechos humanos de la infancia establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta obra tiene por autores a un grupo de docentes y estudiantes de los cursos de posgrado de capacitación y especialización en derechos humanos de la infancia que dicta la Facultad de Derecho de la Universidad de la República con el apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la cooperación técnica del Centro cooperativo de investigación y formación para el desarrollo humano.

Una vez culminado las respectivas obligaciones pedagógicas curriculares se decidió darle continuidad al proceso de reflexión y análisis iniciada en el aula. Fruto de esa labor nace esta obra.

Dr. Fabián Piñeyro y Dra. Susana Falca
Equipo editorial

CAPÍTULO I

Especialidad, Derecho, Convención sobre los Derechos del Niño y los sentidos hermenéuticos

Contenido:

TÍTULO 1.º

EL DERECHO DE INFANCIA COMO CONSTRUCCIÓN DISCIPLINARIA

La ontología epistémica y teórica de la noción ♦ Los presupuestos fácticos de la especificidad normativa ♦ El Derecho de Infancia y su principio organizador ♦

FABIÁN PIÑEYRO

TÍTULO 2.º

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL JUSTA

I. Introducción ♦ II. La argumentación como fundamento de validez formal y material ♦ III. El “interés superior del menor/niño/niña/adolescente” como recurso retórico ♦

DIEGO JULIEN

TÍTULO 1.º

EL DERECHO DE INFANCIA COMO CONSTRUCCIÓN DISCIPLINARIA

FABIÁN PIÑEYRO

La ontología epistémica y teórica de la noción ♦ Los
presupuestos fácticos de la especificidad normativa ♦
El Derecho de Infancia y su principio organizador ♦

La ontología epistémica y teórica de la noción

Por todos parece reconocible la existencia de un *objeto*, de un *campo*, de un conjunto de problemas que junto con una colección de artefactos teóricos vienen a conformar el Derecho de Infancia. Noción con la que se pretende simbolizar un territorio epistémico y un entramado de conceptos con los que lanzarse al ataque heurístico de aquel *territorio*.

Pero los contornos, las líneas que dibujan esta noción parecen poco definidos, por momentos imprecisos, a veces opacos. Es evidente que no existe acuerdo alguno respecto del elenco de asuntos con los que colmar el recipiente teórico y epistémico del Derecho

de Infancia. Sus *temas* se confunden, se entrelazan, se superponen y a la vez se subsumen bajo el imperio epistemológico y teórico de constructos de orden simbólicos de más vieja raigambre y lustroso abolengo: el derecho civil, el derecho de familia y el derecho penal, apareciendo por momentos diluido el estatus epistémico y disciplinario del Derecho de Infancia. Este aparece entonces como un objeto de fronteras mal definidas, y en extremo porosas.

Cuando se alude al Derecho de Infancia con la pretensión de representar un cierto *territorio* fáctico-teórico y epistémico no caben los sobreentendidos. Cuando se habla de Derecho de Infancia no siempre se está *hablando* de la misma *cosa*.

La reflexión en torno a la dimensión epistémica del Derecho de Infancia destaca por su exigüidad. Este asunto no ha sido abordado de manera sistemática, dando lugar a un juego de sobreentendidos en el que todos los actores parecen *saber* qué es el Derecho de Infancia cuando en puridad es probable que cada uno de ellos manipule en el orden lingüístico unas relaciones de significados y significantes divergentes.

El objeto del Derecho de Infancia como toda res epistémica es el producto del hacer deliberado del sujeto cognoscente, de su pulsión y voracidad heurística, como toda construcción de esta índole exige perentoriamente de una ratio que la justifique, ese fundamento no es otro que la forma en que se expresa la ontología misma de los sujetos cuyas relaciones jurídicas esta disciplina viene a tratar de aprehender.

El estatus factico de sujetos en desarrollo en el que se encuentran las personas menores de edad explica, fundamenta, la especialidad del Derecho de Infancia tanto en el orden fenomenológico-normativo (derecho positivo) como en el plano epistémico, teórico y disciplinario.

La infancia, la adolescencia, son al decir de Espinoza¹, algunos de los modos que asume la sustancia humana. Estos modos conforman

¹ BARUCH DE ESPINOZA, *Ética demostrada según el orden geométrico*. Editorial Quadratta. Buenos Aires, 2005.

en cierta medida un *ontos* particular, una manera peculiar de ser y estar en el mundo, que condiciona las posibilidades de actuar, las capacidades de entender y determina la forma en que se perfilan los vínculos.

Sustancia cuya cualidad esencial es la conciencia que porta en potencia a la libertad. Elemento definatorio y definitivo del *hecho humano*², pero que se expresa, que asume unas inflexiones particulares en el decurso del tiempo, y es en esa medida, con esa precaución que se debe reconocer a la infancia y a la adolescencia como formas peculiares en las que se manifiesta el *ontos* humano.

Se trata por tanto no de un *ontos* distinto sino de las diferentes maneras que asume este *ontos*. Es eso, lo que se pretende expresar cuando se alude al niño o al adolescente como un sujeto de derecho. Las personas menores de edad, son *sujetos* cuyas capacidades para el dominio, para la aprehensión cognitiva y el control de los objetos no han alcanzado todavía su más pleno desarrollo. Pero deben de ser tratadas en todo momento como un fin en sí mismo sin que ello importe desconocer la facticidad de sus diferencias respecto de los adultos.

Los problemas que son el objeto del Derecho de Infancia devienen de la necesidad de establecer mecanismos *ius* normativos e institucionales que concreticen el reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modos particulares de lo humano.

Los asuntos, las cuestiones cuyo abordaje en el plano cognitivo son el objeto primordial del Derecho de Infancia derivan todas de los dilemas originados por el precepto de tratar a los niños y a los adolescentes como un fin en sí mismo, sin desconocer las peculiaridades de estos modos de ser de la sustancia humana ni olvidar que en esos modos las capacidades para establecer fines propios resultan claramente más limitadas que en el modo adulto.

² Sustancia que la cosmovisión tutelar no les reconocía a las personas menores de edad, a las que mediante una operación de reificación se les negaba toda posibilidad de autodeterminación, en definitiva su humanidad misma, deviniendo el niño y el adolescente en mero objeto de la tutela adulta, sea esta ejercida por el Estado o por la familia.

Esto define una colección de nuevos problemas, cuyo abordaje requiere la construcción de un nuevo marco epistemológico y disciplinario teleológicamente orientado a la resolución de los mismos.

Una disciplina es un conjunto articulado de categorías construidas con el ánimo deliberado de orientar una determinada labor intelectual y con el objeto de ordenar los modos de pensar y construir sentido, lo que en definitiva se puede definir como un conjunto de acciones cognoscitivas que tienen por horizonte la resolución de un elenco determinado de problemas.

Categorías que están orientadas a la construcción de sentido y que resultan también dadoras de sentidos concretos, que confieren significados y terminan en el campo de los saberes normativos por atribuir y distribuir valores.

Una disciplina es algo muy distinto a una parcela del saber,³ que representa un determinado segmento de la *realidad*, que preexiste al ataque del sujeto cognoscente tal como lo concibe el saber epistemológico de cuño positivista.

La disciplina como la realidad que pretende capturar es el producto de la actividad heurística del sujeto, por ello no existe en puridad una zona del derecho cuya titularidad epistémica pertenezca verbigracia al derecho de familia o al Derecho de Infancia, lo que existen son problemas, dilemas, cuya resolución demanda un determinado utillaje teórico y metodológico.

La construcción de una disciplina se estructura a partir de una argamasa de conceptos y nociones que son organizados y elegidos por el sujeto cognoscente, por ello una disciplina es, también esencialmente, una perspectiva, una forma de mirar alguna parte de lo que se llama *realidad*, de ahí que un mismo acto jurídico, un mismo hecho, puede ser el objeto del derecho de familia, del Derecho de Infancia, del derecho civil. Ese asunto será analizado, pensado de distinta formas por cada una de estas disciplinas.

³ BOURDIEU, Pierre, CHAMBOREDON, Jean-Claude y PASSERON, Jean Claude. *El oficio del sociólogo*. Siglo 21 editores. Buenos Aires, Argentina. 2002.

Miradas parciales, pasibles de ser articuladas y compatibilizadas algunas veces y otras no tanto.

Esas opciones, de las que emerge una cierta construcción de sentido, llevan implícito casi siempre un juicio de estimación, una preferencia axiológica, conllevan una opción que en el universo de lo social tiene en todos los casos connotaciones manifiestamente políticas.

Como el resto de las disciplinas jurídicas, el Derecho de Infancia tiene un presupuesto axiológico, que corresponde explicitar, que no se debe camuflar, disimular, que ha de expresarse en aras de la claridad y de la honestidad intelectual.

Ese presupuesto no es otro que el precepto de que los niños y los adolescentes tienen que ser también al igual que los adultos tratados como un fin en sí mismo. Que la humanidad es una sustancia que va asumiendo distintos modos. Ello importa una nueva conceptualización en torno al lugar político jurídico de la infancia,⁴ que la incorpora como parte activa del pacto fundante de la convivencia social.

Como consecuencia de dicha opción y de la preocupación por atender la peculiar facticidad en que la sustancia humana se expresa en los modos de niños y adolescentes emerge el Derecho de Infancia. Modos que define una manera de estar en el mundo cuyas peculiaridades deben ser contempladas por el derecho en atención a incontrovertibles razones de justicia fundadas en elementales consideraciones de racionalidad práctica e instrumental.⁵

Es así como una disciplina en el orden teórico-epistémico se constituye, a partir de la actividad intelectual del sujeto cognoscente de la que depende el propio estatuto ontológico del *problema*, este es al igual que la disciplina y en el mismo sentido que la misma *realidad*, una hechura del sujeto.

⁴ En el sentido que le da la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo primero.

⁵ KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducción de J. Rovira Armengol. La Página, S.A. Editorial Lozada. Buenos Aires, 2003.

Disciplina y objeto se fraguan mediante una colección de actos profundamente imbricados, esta dúplica es interdependiente en su *ontos* y también en sus dinámicas. Interacciones que tienen como único operario al sujeto cognoscente.

Dinámicas orientadas a la definición de una cierta *verdad* siempre provisoria y cuya validez descansa exclusivamente en las buenas razones que la fundamentan.

Como disciplina de lo normativo el Derecho de Infancia se articula en un presupuesto de naturaleza axiológica, que se funda en conclusiones de racionalidad práctica, las que en el caso del *ius* de infancia se derivan del reconocimiento de la condición de persona y del estatus de sujeto de los individuos menores de edad.

El Derecho de Infancia en tanto disciplina deontológica es la consecuencia de una opción moral. Su estatus epistemológico, su propia ontología, sus alcances, sus mismos límites y horizontes están determinados por la referida opción político-jurídica.

En esto en nada se diferencia de cualquiera de las otras disciplinas del derecho, hijas también de preferencias morales y de opciones políticas, productos de la actividad teórica del sujeto y fundadas sobre el basamento de iguales consensos morales intersubjetivos.⁶

De la misma forma que el derecho penal moderno encuentra su génesis en la opción político-jurídica de limitar y racionalizar el despliegue del poder punitivo que de facto ostenta la comunidad por sobre el individuo, o el derecho civil en el estatuto de privilegio concedido al mercado como instancia reguladora de lo que se produce, cuánto se produce y cómo ello se distribuye, o el derecho de familia en la preferencia por el matrimonio monógamo, como instancia productora de identidades, de solidaridades y articuladora de vínculos y sentidos de pertenencia, el Derecho de Infancia deviene de la opción político-jurídica de que las personas menores de edad deben ser tratadas como fines en sí mismos.

⁶ RAWLS, John. *Sobre las libertades*. Introducción de Victoria Camps. Paidós/ICE- UAB, Barcelona, 1996.

Esas opciones definidas en el orden axiológico-político condicionan los modos de ver, perfilan las construcciones de sentido y establecen la naturaleza, *los pesos* relativos de los nudos cognitivos a ser desatados, en definitiva determinan la mirada, operando no solo sobre lo que se ve sino también sobre el sujeto que mira. Estas opciones son por ello productoras de distintas y peculiares *subjetividades cognoscentes*. Así se define y se articula jerárquicamente el elenco de las *preocupaciones* a cuyo servicio se ponen la teoría y el método.

Mediante su propia praxis teórica el sujeto cognoscente *se produce a sí mismo*, proceso de autoelaboración cuyo resultado condiciona toda labor heurística como *ser transido de nada*⁷, el sujeto se constituye y en ese mismo acto define el elenco de problemas y los ordena jerárquicamente.

El problema es, como ya se dijo, al igual que la realidad, producto del hacer del sujeto, es, por tanto, en su dimensión ontológica pasible de ser calificado como un artefacto.

La construcción de este artefacto es el momento siguiente y necesariamente posterior a la comprensión de un asunto, es la concienciación de un objeto, de una sensación, la que constituye *algo* en un problema. La existencia de este justifica y torna necesaria a la vez la edificación de un conjunto de categorías teóricas y de un utillaje metodológico peculiar para su comprensión y más ambiciosamente para su resolución.

Es el reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modos en los que se expresa aquella sustancia que tiene por cualidad esencial la conciencia de sí y la constatación de las peculiaridades fácticas en que la misma se expresa al asumir aquellos modos, la génesis del Derecho de Infancia como problema, como inquietud subjetiva, como dilema.

El núcleo a la vez factico y conceptual que organiza y estructura al Derecho de Infancia como problema no es otro que cuánta

⁷ SARTRE, Jean Paul. *El ser y la nada*. Alianza editorial. Madrid, España. 1989.

libertad habrá de reconocérsele a una persona menor de edad y en qué momento eso ha de hacerse.

Del efectivo ejercicio de la libertad, del autodomínio, de la autodeterminación, depende la propia condición humana como particular forma de estar en el mundo. Pero el niño está desarrollando las capacidades necesarias para ejercer ese autodomínio, en esto radica *el drama* del Derecho de Infancia. Dilema que en el orden del derecho positivo se ha expresado mediante la consagración en la Convención sobre los Derechos del Niño del principio denominado de la autonomía progresiva de las personas menores de edad.

El reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modo de lo humano debe ser entendido y solo puede ser comprendido como un aspecto esencial de la Modernidad como proyecto emancipatorio cuyo programa colocó al individuo como el núcleo organizador del debate axiológico, de la reflexión político-jurídica y del fundamento mismo del orden social.

De la comprensión de la infancia y de la adolescencia como formas particulares de la sustancia humana deviene el imperativo que las personas menores de edad han de ser tratadas como un fin en sí mismo y que por tanto ha de reconocérseles autonomía para la *autoproducción de su propia identidad subjetiva*. Ello importa, como se ahondará más adelante en esta obra, una remodelación profunda de las relaciones del niño con su familia, la comunidad y el Estado y es el signo del pasaje de una identidad heredada a una identidad autoinstituida.

La concretización de tamaña pretensión emancipatoria importaría un avance de alcances inimaginables en la marcha hacia el horizonte de la democratización efectiva de la convivencia social, devenida del pasaje de subjetividades instituidas a subjetividades autónomamente producidas; de una humanidad negada en su esencia a una humanidad realizada en su esencia. Daría paso a la emergencia de una nueva *socialidad*. Implicaría el tránsito efectivo del orden jerárquico al orden democrático. Por ello es fácilmente *comprensible* la virulencia con la que se expresan las resistencias.

El Derecho de Infancia y su principio organizador

La noción que organiza y articula tanto en los órdenes teóricos como epistémicos al Derecho de Infancia es el denominado *principio de la autonomía progresiva*; como tal condensa el núcleo esencial del problema que le confiere al Derecho de Infancia su estatus disciplinario.

Principio que es la expresión normativa del reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modos peculiares que asume la sustancia humana en su devenir a lo largo del tiempo y que incorpora en sí mismo la especial facticidad de esos modos.

La autonomía deviene del precepto de que los niños y los adolescentes han de ser tratados como fines en sí mismos y la progresividad de la necesidad de atender las peculiaridades de estos modos de lo humano, por ello este principio condensa la esencia misma del dilema primordial de la escena principal de eso que conviene llamar Derecho de Infancia.

A este principio se articulan de forma subordinada otros, como el del interés superior o el de la especificidad penal que, tanto en los órdenes políticos como epistémicos, sirven a la concretización del axioma fundante del Derecho de Infancia, aquel que dispone que los niños han de ser tratados como fines en sí mismos sin desconocer las peculiaridades de los modos de infancia y adolescencia.

En términos ontológicos *el principio del interés superior* es una exigencia de justificación que pesa sobre aquellos sujetos normativamente habilitados para sustituir la voluntad del niño, subrogación cuya legitimidad está condicionada a si dicha sustitución importa o no una vulneración al principio de que los niños y adolescentes deben ser tratados como un fin en sí mismo.

El principio del interés superior solo podrá ser invocado cuando antes se haya acreditado que, como consecuencia de las peculiaridades de los modos de infancia y adolescencia, una persona

menor de edad no se encuentra en condiciones de tomar en su sentido ontológico *una decisión por sí misma* respecto de cualquier asunto que interese primordialmente a su esfera personal.

Por su carácter subordinado al principio de la autonomía progresiva, tanto en el plano lógico como en el axiológico, dicha exigencia de justificación debe ser entendida como un mandamiento dirigido a quienes vayan a sustituir la voluntad del niño o del adolescente, para que prefieran aquellas decisiones que condicionen en la menor medida posible el destino personal del niño o del adolescente, posibilitando que estos, en un futuro, puedan *constituirse* en los artífices genuinos de su peripecia vital, en tanto de ello depende el efectivo ejercicio de la condición de persona. A esto remite el axioma de que todo individuo ha de ser tratado como un fin en sí mismo.

El principio de la especificidad penal es una derivación del reconocimiento de la infancia y de la adolescencia como modos peculiares en los que se manifiesta la sustancia humana. La imputación solo puede recaer sobre un sujeto entendiendo por tal a un individuo capaz de dominar su obrar. El reproche penal encuentra su legitimidad en la decisión del sujeto; este ha *elegido* transgredir las reglas del pacto social, por ello puede ser sancionado, pero esa sanción debe guardar correspondencia con la capacidad de culpabilidad del sujeto y esta no se encuentra plenamente desarrollada en los modos de infancia y de adolescencia; en puridad, se puede sostener que no existe en la infancia y que un barrunto de aquella se encuentra en la adolescencia.

El principio de la autonomía progresiva organiza el campo del Derecho de Infancia porque es la expresión en el orden jurídico del problema epistémico y político que es a la vez el elemento constituyente y la ratio de la disciplina. Autonomía progresiva y Derecho de Infancia se imbrican entonces en el orden lógico de manera que sus *ontos* y estatutos respectivos se encuentran en relación de interdependencia. En sus dimensiones teóricas y metodológicas el Derecho de Infancia es una derivación de la consagración del precepto que los niños y los adolescentes deben

ser tratados como un fin en sí mismo sin que ello importe desconocer las peculiaridades de esos modos de lo humano. El principio de la autonomía progresiva es la expresión jurídica de dicha preocupación política y epistémica, por ello la ontología misma del Derecho de Infancia depende en el orden lógico y axiológico del principio de la autonomía progresiva, cuya formulación es el presupuesto moral, político, teórico y metodológico de todo el constructo disciplinario del Derecho de Infancia.

Es así como se define también la teleología político-jurídica del Derecho de Infancia. Así como el derecho penal persigue racionalizar y limitar el despliegue del poder punitivo del Estado, el Derecho de Infancia tiene como objetivo la concretización del precepto según el cual los niños y los adolescentes deben ser tratados como un fin en sí mismo. Hacia ese horizonte se encamina el Derecho de Infancia.

Ello exige por una parte limitar las intervenciones de la familia, de la comunidad y del Estado en la vida de las personas menores de edad. Las mismas deben quedar acotadas al universo de los medios, toda incursión por el mundo de los fines ha de reputarse entonces arbitraria.

Las acciones de la familia, de la comunidad y del Estado deben de tener por único horizonte y contenido asegurar al niño y al adolescente el marco de condiciones materiales necesarias para que estos puedan desarrollar su personalidad.

La naturaleza de las relaciones al interior de la familia y el carácter, contenido y fines de la acción estatal, es remodelada radicalmente por el Derecho de Infancia. Porque este persigue una finalidad político-jurídica muy concreta y de gran envergadura: realizar en el orden fáctico la premisa de que todo niño y adolescente deben ser tratados como un fin en sí mismo.

Es en este sentido que adquiere significado en el orden moral, teórico y disciplinario el Derecho de Infancia, que en esencia es la expresión de una nueva forma de pensar la niñez y la adolescencia, de concebir sus relaciones, de entender esa manera de estar en el mundo.

Esta *manera* de entender a la infancia, de conferir sentido y significado, se ha expresado en el orden jurídico normativo con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De la misma manera que es incorrecto entender al derecho penal como la suma de las relaciones que los individuos entablan con el aparato coactivo del Estado, lo es sostener que el Derecho de Infancia es igual a las relaciones del niño con el derecho.

A la ciencia del derecho no le corresponden objetos del orden de lo fenomenológico, su saber se despliega sobre el territorio de lo deontológico; sus disciplinas se organizan en función de los horizontes axiológicos que con ellas se persiguen. El derecho no estudia relaciones, comprende preceptos. Por eso el objeto de una disciplina jurídica no es un aspecto de la *realidad* en el sentido positivista, es en esencia siempre meramente un programa de perentorio cumplimiento, el programa del Derecho de Infancia es el que tiene por contenido la realización del precepto de que todo niño y adolescente deben ser tratados como un fin en sí mismo.

Ese programa es la opción, el juicio de preferencia política que subyace al Derecho de Infancia, que lo constituye como disciplina y que estatuye el elenco de sus problemas, pincelando sus lindes. Esa opción es la ratio del Derecho de Infancia, lo explica y define sus contenidos. Constituye una perspectiva, una mirada, una forma peculiar de conferir sentido, establecer significado y numerar prioridades.

Mirada de cuya proyección sobre la realidad emergen los problemas que son los objetos genuinos del Derecho de Infancia. Perspectivas de las que se derivan las *soluciones* en los órdenes epistémicos y político-jurídicos.

Disciplina cuyo núcleo organizador en el ámbito teórico y en el metodológico es el problema de *cuánta libertad* habrá de reconocérsele a una persona menor de edad y en qué momento eso ha de hacerse. Si el asunto trata de ello y solo en ese caso, entonces la cuestión será inherente al Derecho de Infancia.

El objeto del Derecho de Infancia no lo constituye la suma articulada de las relaciones jurídicas que puede trabar una persona menor de edad con sus pares, con sus padres, con el Estado, sino una preocupación, una inquietud, una tensión que le da sentido lógico y sustento axiológico a la disciplina, que no es otra que la cuestión de la libertad de las personas menores de edad.



TÍTULO 2.º

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL *JUSTA*

DIEGO JULIEN

Introducción ♦ La argumentación como fundamento de validez formal y material ♦ El *interés superior del menor/niño/niña/adolescente* como recurso retórico ♦

Escasos asuntos han obsesionado tanto a los teóricos del derecho como el de la interpretación jurídica y no es para menos ya que la actividad interpretativa constituye el núcleo de aquello que *se hace* en el derecho.

Asimismo, pocos tópicos han generado posiciones tan contrarias entre sí como se verá a continuación en las diferentes propuestas teóricas que han intentado explicar de la mejor forma qué es realmente aquello que hace el sujeto cuando interpreta los textos normativos.

Siguiendo a PIÑEYRO en que *“el magistrado debe necesariamente en estos casos proceder a la construcción de una preposición concreta*

del deber ser aplicable a la situación planteada [...]”⁸ es que se hace inevitable el desarrollo conceptual de categorías tales como la interpretación y la argumentación en derecho.

La teoría del derecho en la actualidad identifica tres concepciones de la interpretación jurídica, a saber: la cognoscitiva, la no-cognoscitiva y la mixta.

La concepción cognoscitiva de la interpretación entiende que existe un significado intrínseco en la norma y la tarea del intérprete será descubrirlo, o sea, aquello repetido hasta el cansancio desde el Preámbulo del Código Civil: *“desentrañar el sentido de la norma”*.

El fundamento de la presencia de este “sentido” que preexiste a la actividad del intérprete reposa fundamentalmente en el argumento que apela a la voluntad del legislador en legislar *algo* y que por esta razón no podría nunca carecer por lo menos de algún sentido, por más oscuro y retorcido que este fuera. De esto no podría inferirse nunca (al menos para quien tiene algún apego a la lógica tradicional) que existe un único sentido ya que “el legislador” (por lo menos desde las revoluciones burguesas en adelante) nunca es *una* persona sola, sino un conjunto bastante amplio y heterogéneo de individuos como los contenidos en los parlamentos contemporáneos y, por ende, se estaría frente a un “marco de sentidos”.

La consecuencia, lógica de este planteamiento, es que este sentido ya nunca será único sino que debe entenderse como múltiple. Si la tarea del intérprete es *“desentrañar el sentido de la norma”* en lo abstracto, en lo concreto será *“desentrañar los sentidos de la norma”*, por lo que en definitiva no termine siendo de mucho interés a los efectos teóricos para poder describir qué es lo que efectivamente realiza el intérprete, concebir a la actividad interpretativa desde una perspectiva cognoscitiva.

En la otra vereda, la concepción no-cognoscitiva o escéptica de la interpretación entiende que lo que hace el sujeto cuando se

⁸ PIÑEYRO, Fabián. “Apuntes sobre la ontología de la función jurisdiccional”. En: *Manual para la defensa de los derechos humanos de la infancia*, 2012, p. 143.

enfrenta al texto no es *desentrañar* absolutamente nada sino por el contrario, lo que realmente sucede es la adjudicación de un sentido al material normativo.

Esto se podría entender en dos variantes: sostener que el texto en realidad no tiene ningún significado intrínseco y por lo tanto se debe asignar uno necesariamente en pos de la operatividad del mismo, o entender que el texto tiene muchos significados y por esta razón la adjudicación de uno de ellos por sobre los otros es inevitable.

Por último, existe una concepción intermedia o mixta que entiende que ambas perspectivas mencionadas coexisten y lo que va a definir cuál de las dos actitudes prevalecerá (desentrañar o adjudicar) es la característica del caso al que se enfrente el intérprete. Siguiendo el pensamiento del filósofo y teórico inglés, HART, en aquellos “casos fáciles” la actividad del interpretador será preponderantemente cognoscitiva, desentrañando el sentido de la norma,⁹ mientras que en los “casos difíciles” la actividad de este será principalmente no-cognoscitiva, adjudicándole un sentido a la norma.

Estas concepciones por su parte deben entenderse como descriptivas y no prescriptivas, ya que intentan dar la mejor explicación de lo que realmente ocurre en el *mundo del ser*, sin perjuicio de que algunos autores se afilien a determinada concepción y la propongan como modelo de actuación para la actividad profesional en el campo del derecho.

El desarrollo contemporáneo de la teoría del derecho ha dado un nuevo giro de consecuencias sustanciales en tanto debemos distinguir claramente lo que es una actividad interpretativa en sentido estricto y qué es en realidad un proceso interno, hermenéutico y mental; y la actividad “interpretativa” en derecho, que en definitiva se encuentra en el campo de la justificación de la decisión judicial previamente adoptada (también sucede con

⁹ En realidad lo que sucedería en esta hipótesis del “caso claro” es que el aplicador elige la interpretación que ya posee amplio consenso comunitario.

los abogados, doctores y de distinta forma en los legisladores, sin embargo a los efectos del presente trabajo es el juez y su resolución lo más significativo). Se deben delimitar dos campos aquí que a su vez se corresponden con la distinción (no exenta de problemática dentro de la epistemología) entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”, veremos claramente que la interpretación propiamente dicha se encuentra el “contexto de descubrimiento” mientras que lo que habitualmente *en el Derecho* concebimos como “interpretación” es en realidad la “justificación” de la decisión previamente tomada, justificación que obviamente ocurre en el “contexto de justificación”, como era de esperarse, y que toma la forma de argumentación.

Será la psicología (en especial la rama cognitiva) la ciencia que podrá elaborar teorías sobre la percepción que serán las que puedan explicar lo que ocurre en este “contexto de descubrimiento” donde se realiza la interpretación realmente.

Será la teoría de la argumentación por su parte, la que destinará sus esfuerzos al campo de la justificación y por ende es a ella que se debe recurrir a fin de mejor dar cuenta de lo que ocurre *en el Derecho* cuando hablamos de “interpretación”.

En definitiva, si queda suficientemente claro que cuando los operadores del derecho hablan de “interpretación” en realidad están hablando de “argumentación”, la lectura de lo hasta aquí expuesto habrá valido la pena.

La construcción de resolución judicial *justa*¹⁰ en este momento puede ser abordada desde otra perspectiva. Ya no se debería entonces enfatizar en “la correcta interpretación” de la norma como requisito de algún tipo de legitimidad sino en la corrección de la argumentación de la resolución, que es el campo en el que la misma se puede controlar y, de hecho, es el único.

La argumentación ofrece varios criterios de corrección a los efectos de poder evaluar y criticar la sentencia de la que se trate.

¹⁰ A los efectos del presente trabajo se obviará completamente la problemática intrínseca que tiene el definir una concepción de *justicia*.

La resolución judicial será *justa* en tanto supere satisfactoriamente estos criterios.

La argumentación como fundamento de la validez formal y material

Una concepción del derecho como argumentación (y solamente como argumentación) es una pretensión demasiado ambiciosa, sin embargo –y sin necesidad de tomar partido por una postura tan radical– la relevancia que la actividad argumentativa ha cobrado en estos últimos años como foco de atención de los teóricos del derecho ha sido extremadamente importante. Esto no necesariamente es garantía de certezas pero sin dudas será de relevancia el hecho de que autores de las más variadas tradiciones del pensamiento jurídico estén involucrados desde alguna trinchera y con actitudes bien diferentes entre sí en relación a esta particular concepción.

Hay que reconocer la dificultad que tiene el teórico del derecho contemporáneo en dejar de lado la dimensión argumentativa en cualquier pretensión descriptiva del fenómeno jurídico. La realidad tercamente nos demuestra que en el derecho *todo* –o casi todo– es argumentación.

El fundamento de la validez formal y material de la decisión judicial desde la valoración de los argumentos expuestos en la sentencia se ha convertido en un tópico inevitable en cualquier análisis jurisprudencial serio.

Quisiera en este momento hacer un salvedad, y es que el carácter *cuasi ensayístico* que intenta tener la presente obra en su totalidad limita el margen de citados y notas al pie explicativas y profundizadoras de conceptos excepto cuando sea realmente necesario. Los elementos que se esbozarán en lo respectivo serán fruto de una compilación y síntesis a efectos meramente didácticos de varias generaciones de autores que se han preocupado por el desarrollo de una Teoría del Derecho como Argumentación, o quizás mejor, *desde* la Teoría de la Argumentación.

Estos autores serán especialmente aquellos juristas del período de posguerra actualmente considerados como los precursores de la Teoría de la Argumentación por haber podido concebir el Derecho dialécticamente como en el caso de VIEHWEG y desde la retórica como hicieron PERELMAN y OLBRECHT-THYTECA. Ya en el campo de la Teoría (“estándar”) de la Argumentación tenemos un referente inevitable en ALEXY, aunque en general todos se han conformado posiciones más o menos similares en cuanto a las dimensiones de la argumentación: la formal, material y pragmática.¹¹

En primer lugar se debe conceptualizar qué entendemos por “validez formal” y “validez material” y en qué sentido esta validez se relaciona con la argumentación.

La teoría estándar de la argumentación jurídica entiende actualmente que existen tres dimensiones de la argumentación, las cuales lejos de ser excluyentes son complementarias. Estas dimensiones –o concepciones– son la formal, material y pragmática y cada una de ellas es tributaria de una tradición del pensamiento jurídico específico.

La dimensión formal de la argumentación es legado del Positivismo jurídico en tanto la cadena de validez basada en la consecución de preceptos lógicos ha sido el método por excelencia de esta tradición del pensamiento para distinguir cuáles normas son válidas y cuáles no, sin importar el contenido de las mismas.

Esta concepción formal de la argumentación tiene un problema intrínseco: el derecho no es una parcela de la lógica, y más cuando inmersos hoy día en el paradigma neoconstitucionalista, la sola sugerencia de poder justificar una decisión judicial prescindiendo de la evaluación del contenido de la misma (la dimensión material) se torna un tanto fuera de la realidad.

La dimensión material de la argumentación es herencia del Iusnaturalismo y supone en breves líneas que existe al menos *una*

¹¹ Es inevitable también reconocer la influencia de los clásicos griegos en la Teoría estándar de la Argumentación jurídica, en especial en el campo de la lógica peripatética de ARISTÓTELES.

(o varias) *respuesta/s correcta/s* y que en definitiva la validez del argumento en cuestión descansará en la armonía y no contradicción que exista entre el contenido del argumento esgrimido y esta *respuesta correcta*. Presuponer entonces un criterio foráneo se convierte en requisito necesario para la crítica, ya que toda pretensión de corrección supone cuando menos una alteridad con carácter de “correcta”.

El problema mayor que se presenta aquí es definir cuál sería esa *respuesta correcta*, interrogante que va seguida por otra pregunta del mismo calibre: *¿quién va a definir cuál es esa respuesta correcta?*

El interés superior del menor/niño/niña/adolescente como recurso retórico

Sin temor a la equivocación, se podría afirmar que el “interés superior del niño” es *la vedette* del escenario jurídico en el cual discurre el nuevo paradigma de los Derechos del niño post Convención de 1989.

Cabe por tanto prestar especial atención al mismo en virtud de conformar un principio regente en cuanto a la argumentación de la decisión judicial en materia de minoridad. Esta cita de elección un tanto arbitraria resume en buena medida la posición dominante de lo que se entiende por “interés superior del menor”:

[...] como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), constituye así un principio de interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí.¹²

Por otro lado, es de interés el análisis de la dogmática en el sentido de la importancia que ha tenido y tiene en la construcción del

¹² PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”. En: *Revista Justicia y Derechos del Niño* N.º 9, 2007, 251.

contenido de este concepto y en definitiva, es de suma importancia que el saber institucional vaya de la mano con la investigación científica.

El “interés superior del niño” aparece consagrado en varios instrumentos de la legislación internacional referente a los derechos de la infancia, de todos ellos el más importante es sin dudas la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el artículo 3.º párrafo 1.º.

Reza el mencionado párrafo:

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.

Desde la Teoría del Derecho se puede realizar un abordaje que intente al menos brindar algún enunciado de corte analítico por sobre la vasta y excesiva producción dogmática. Esto de ninguna forma es consecuencia del desacuerdo (o eventual acuerdo) con la concepción mayormente aceptada de lo que debemos entender por este “*interés superior*”, sino que conforma una interrogante de pertinencia la elaboración de enunciados descriptivos que puedan servir para visualizar de mejor forma el objeto de estudio.

Claramente nos encontramos frente lo que en el Derecho conocemos como un *concepto jurídico indeterminado* que en definitiva no es otra cosa que un permiso para que el aplicador confiera (más adelante veremos si a su gusto, o más específicamente, *que tanto* a su gusto o no) de contenido al mismo para cumplir con sus cometidos.

Existe –se debe forzosamente reconocer– una peculiaridad en el campo de la dogmática de los Derechos Humanos que no tiene paralelo exacto con ninguna otra rama del Derecho, al menos en el sistema de Derecho Continental. Tenemos aquí lo que se

puede denominar como pretensión de *dogmática calificada*¹³ a lo que comúnmente conocemos como Observaciones Generales. La particularidad presente aquí consta en el *deber* que tiene el aplicador de referirse a los conceptos vertidos en las Opiniones Consultivas como requerimiento formal para la legitimación de su fallo. La consecuencia directa de esto podría consistir en cierta limitación en la formulación del concepto en cuestión, ya que la carga argumentativa que debe contener la decisión judicial es muy superior en estos casos por deber este referirse a lo contenido en la Observación General.

Sin embargo debemos recordar que mientras lo antedicho podría ser del interés especial para aquellos que se adhieran ideológicamente a lo dispuesto en las Observaciones a las que hagamos referencia. También debemos recordar que son instrumentos no vinculantes por lo que la adhesión del juez a lo dispuesto en estos no es de ningún modo obligatoria, sino que será absolutamente discrecional y formalmente libre.

La intención de esta breve exposición no consiste en el desarrollo y eventual crítica de las formulaciones más interesantes del contenido del “*interés superior*”, o en su defecto, aquellas de mayor recepción jurisprudencial, sino el análisis teórico de aquello que ocurre en la decisión judicial en el “contexto de justificación” de la misma.¹⁴

¹³ Esta pretensión supone que la elaboración conceptual contenida en las Observaciones Generales estaría cumpliendo las tres funciones consignadas a la dogmática jurídica (progreso, descarga y estabilización). Por su parte la atribución de *calificada* descansa en la exigencia de constituirse como fuente preferencial frente a las otras elaboraciones paralelas que puedan eventualmente coexistir con esta.

¹⁴ Se recuerda que “contexto de justificación” es aquel en donde se produce la argumentación del decisor en tanto requisito de validez de la misma en contraposición con el “contexto de descubrimiento”, lugar en el cual efectivamente se realiza la toma de decisión. Este “contexto de descubrimiento” comprende procesos hermenéuticos que son internos (en definitiva, psicológicos) y por tanto no forman parte de la argumentación pública, aunque a veces de hecho sí puedan reflejar en alguna medida las verdaderas razones por las cuales el juez se decantó por tal o cual decisión.

Conviene por lo pronto caracterizar la función que cumple este “*interés superior*” en la argumentación del juez y con base en esto poder ir un paso más adelante analizando detenidamente su alcance, sus requisitos de admisibilidad y todo lo pertinente al mismo en el contexto de la teoría estándar de la argumentación.

Se comienza por señalar que básicamente su valoración estará signada en principio (y hasta el final) por la tradición jurídica con la que el participante comulgue, ya sea el Positivismo jurídico como el Naturalismo Jurídico o Iusnaturalismo.

Para el Positivismo jurídico una parcela quedará fuera del análisis por contradecirse con una de sus premisas filosóficas fundacionales. Este no tolerará el contraste de cualquier contenido que se le adjudique al “*interés superior*” con ninguna expresión principialista de valores, dado que esta hipótesis estaría peligrosamente cerca de criterios iusnaturalistas, es decir: el entender que cierto criterio moral es el que va a reconocer cuál es el Derecho válido.

Es tiempo de comenzar con la presentación y análisis de las particularidades de cada dimensión de la argumentación y su relación con el “*interés superior*”.

La dimensión formal de la argumentación se relaciona en cierta medida con la ciencia lógica y la matemática. No con esto se está afirmando que el Derecho constituye una parte de la lógica sino que los argumentos jurídicos presentan una dimensión formal donde la valoración lógica es de interés. Se debe tener en cuenta que la lógica formal no se ocupa por la verdad o falsedad de la premisa, sino por la relación de inferencia, el paso de las premisas a la conclusión, nos brinda moldes útiles para reconstruir la argumentación. El análisis de la dimensión formal, en definitiva, ayuda a encontrar las premisas faltantes, lo que a fin de cuentas redundará en un mejor control de la calidad de los argumentos.

La concepción o dimensión formal entendida en la teoría de la argumentación como de la lógica deductiva clásica se traduce particularmente en la argumentación jurídica en el conocido

silogismo judicial.¹⁵ Este conforma la estructura del pensamiento jurídico en tanto organiza tanto los reclamos hechos por las partes como a su vez la decisión del juez de la misma forma. Sin perjuicio de esto, aquí no se está diciendo que la verdadera razón por la que el magistrado toma su decisión se encuentra en este silogismo – lejos se está aquí de reivindicar los postulados fundamentales, MONTESQUIEU y la Escuela de la Exégesis en este trabajo– sino que se sostiene que esta estructura del pensamiento está presente transversalmente en todo el razonamiento jurídico, en especial en el mundo occidental.

El silogismo jurídico funciona a grandes rasgos de esta manera: si para todo A es B, si tengo A entonces será también B. Es claro que este es un prototipo muy sencillo y que aunque nunca se manifieste de esta forma en la casuística del mundo jurídico, puede servir de todas formas para ejemplificar a grandes rasgos a qué se refiere cuando hablamos de lógica deductiva y silogismo jurídico. Esta lógica inferencial además constituye el obstáculo de mayor importancia en tanto es difícil que prospere cualquier otro intento de justificación si el argumento tiene un vicio lógico en primer lugar.

Por último (al menos en lo que respecta a la dimensión formal de la argumentación) se podría intentar concretizar el ejemplo mencionado de una forma más gráfica a los efectos de este trabajo.

Se podría decir entonces:

- ♦ Dado A (siendo A la situación de un menor¹⁶ sometida a una

¹⁵ Independientemente de las distintas corrientes del pensamiento jurídico, en la actualidad nadie en su sano juicio negaría la estructura silogística y la corrección con base en criterios lógicos deductivos como requisito de validez jurídica. En última instancia, la adhesión a cierta corriente lo que hará es matizar el “peso” de esta validez.

¹⁶ Si bien se podría haber hecho esta aclaración antes, se entiende pertinente ahora por estar frente a formulaciones lingüísticas de carácter más formal (aunque lejos todavía del lenguaje de la lógica estrictamente formal). La expresión “menor/menores” que en la actualidad está en desuso frente al “niño/niña/adolescente” se reivindica en este punto por ser un término analíticamente más correcto. Niño/niña/adolescente es una categoría muy vaga que varía en gran medida dependiendo de las variantes tiempo/espacio y más aún si se toman en cuenta las distintas ciencias que han hecho de la niñez

decisión judicial, también conocido como premisa fáctica o supuesto de hecho), B (siendo la decisión, resolución judicial) y C (siendo el “interés superior de menor”) se podría formular de la siguiente fórmula: para todo A debe ser B, si y solo si B¹⁷ contiene C.

$$\forall A \Rightarrow B \Leftrightarrow C \in B$$

Está claro que el requisito de inclusión del elemento “C” es en realidad un requisito de validez ya que bien podría darse la hipótesis de que “B” no contuviera “C” e igual se sucediera. Por lo tanto, probablemente la más correcta formulación debería expresarse en estos términos: para todo A debe ser B, y B será válido si y solo si B contiene C. De todas formas esta última aclaración contribuye al entendimiento de las variadas experiencias de la práctica forense donde existen todo tipo de fallos, tanto aquellos en los que el “*interés superior*” es explicitado, otros en los que es un protagonista implícito y algunos en los que no pareciera tener ninguna participación.

Aquí el problema principal que se presenta es cómo debemos entender a C; ¿debemos entender a C como la simple invocación del enunciado “interés superior del niño” y nada más?; atenerse únicamente a un criterio puramente basado en la lógica parece no llevar a otra conclusión.

Puede suceder que exista quien sostenga que el “*interés superior*” siempre estaría presente en la decisión judicial dada la multiplicidad de sentidos que se pueden extraer de la misma y que aun cuando ni siquiera esté consignado como un recurso retórico se debería legitimar *a priori* de igual forma.

Sostener esta posición conlleva algunas dificultades de no menor importancia. En primer lugar el control de la sentencia sería

y adolescencia un objeto de estudio. Se reconoce la carga discriminatoria de la expresión “menor” como construcción del sistema penal, por lo que el término no se reivindica en esas condiciones.

¹⁷ Se entiende que la referencia es para toda B que pretenda ser válida ya que podría darse el caso de que B no contenga C. C en este caso operaría como un requisito, un condicional excluyente para que B sea válida.

casi imposible excepto por algún defecto formal que se le pueda imputar. En segundo, se tendría que forzosamente concluir que no tiene aplicación ni sentido ninguno la disposición que consagra este concepto (algo que la dogmática nunca estaría dispuesta a admitir pero que desde la teoría no supondría ningún problema) y por tanto el juez es libre de discrecionalmente elegir sin más ataduras que su propia consciencia. Se puede entender que estas proposiciones puedan ser en última instancia verdaderas o por lo menos fieles descripciones de la realidad, sin embargo pareciera difícil sostener que en el contexto actual de interpretación de la ley acorde a la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos esta tesis pueda ser aceptada sin dar debate.

La dificultad principal que presenta esta idea de que “el juez falle como falle siempre decide en pos del interés superior del menor aunque no parezca” es absurda ya que significaría una legitimación apriorística de la función judicial inaceptable en un Estado de Derecho moderno.

Por otra parte, nada indica que el legislador no esté facultado para indicarle al aplicador de la norma cuál es la finalidad que debe perseguir su decisión. El establecimiento de un horizonte axiológico (en especial cuando se produce en instrumentos jurídicos constitutivos como una Convención/Tratado Internacional de Derechos Humanos o la propia Constitución) es una potestad incuestionable de la *voluntad general* de la que nos hablaba ROUSSEAU.

Ahora bien, la lógica clásica no establece criterios de corrección del contenido de las premisas, de esta forma el único requisito sería la mera existencia del “*interés superior*” (letra C de la fórmula lógica presentada *ut supra*) como parte de la ecuación. En la práctica forense esto significa que la referencia al “*interés superior*” es un requisito obligatorio en la argumentación del juez en su sentencia sin importar el contenido que se le pueda asignar al mismo, de esta forma se estaría cumpliendo el requisito impuesto en la dimensión formal para la validez de la resolución judicial.

Es fundamental tener esto en cuenta en tanto quienes rechacen que la validez del argumento dependa del contenido del mismo (cualquiera sea este) van a concluir forzosamente que el requisito de validez consiste meramente en mencionar de alguna forma (cuanto más explícitamente mejor) este “*interés superior*” como legitimación de su decisión sin importar el contenido del mismo ni las consecuencias que se deriven del fallo.

La lógica deductiva tiene límites, esta no puede establecer un criterio de corrección de las premisas por sí mismas sino por su relación de inferencia. Quienes rechacen la pertinencia del análisis del contenido para establecer la validez estarían forzados a concluir que la referencia al “interés superior del menor” no es otra cosa que un requisito formal y necesario de validez (requisito excluyente) que debe estar manifestado en el dictado de la sentencia de forma explícita o al menos implícitamente, siendo totalmente independiente lo que el magistrado de turno entienda por este.

Esto no es lo mismo que decir que se está frente a un “recurso retórico” ya que en este caso estaría el mismo condicionado y valorado según el éxito que produzca persuadiendo o convenciendo al auditorio, nociones ajenas a esta posición formalista.

Corresponde ahora ocuparse de la dimensión formal. Aquí no hablamos de argumentos propiamente dichos sino de “esquemas argumentativos”, siendo que recién en este momento se puede comenzar el análisis de la premisa en sí misma. La dimensión material no está orientada a la captura de inferencias lógicas sino al contenido y contexto en que las premisas tienen lugar y en especial por su contenido de verdad. La dimensión material podría considerarse como una teoría de las premisas en tanto se presupone que las normas no pueden en sí mismas ser razones justificativas para la acción, sino la moral la que en última instancia se constituirá en la verdadera razón justificativa para acción.

La dimensión material se concentrará en el análisis del contenido del argumento esgrimido para determinar la validez del mismo. Esto, por supuesto, está lejos de ser pacíficamente admitido y solo

aquellos que no se identifiquen con el Positivismo jurídico podrán estar dispuestos a aceptarlo.

El problema ahora descansa en la identificación del texto normativo con el cual se deberá armonizar el contenido elegido para dar identidad al "*interés superior*" en el caso concreto. Este proceso tendrá diferentes características dependiendo de la posición que el intérprete sostenga en cuanto a la relación entre el Derecho interno y el Derecho internacional, ya sea el Monismo o el Dualismo jurídico.

Es necesario señalar en lo siguiente las características principales de ambas teorías enfatizando especialmente las implicancias y consecuencias de afiliarse a una u otra en la práctica.

La Teoría Dualista sostiene que existen dos órdenes jurídicos totalmente independientes. La razón de esto es que el Derecho interno y el internacional tienen fuentes distintas y que a su vez regulan diferentes realidades. Afiliarse a esta concepción implica que para que una norma de Derecho internacional tenga eficacia en el ordenamiento jurídico interno este último debe permitir el ingreso de esta mediante una norma habilitante para esto. Es importante aclarar que el dualismo jurídico no entiende que un ordenamiento sea superior al otro sino que ambos son paralelos y no mantienen una relación de jerarquía entre sí.

La filosofía subyacente del dualismo es de cuño Iusnaturalista en tanto la estructura del razonamiento es tributaria de esta tradición del pensamiento jurídico. La razón es sencilla: así como se acepta la existencia de un Derecho que *es* se acepta también la existencia de Derecho que *debe ser*, idealizado desde la religión, la naturaleza o la razón según sea el caso. La estructura lógica que impera en esta concepción se subordinaría, o sea, el Derecho que *es* se subordina al Derecho que *debe ser*. El Dualismo jurídico no posee esta característica ya que ambos *Derechos* serían independientes y de igual jerarquía, pero igual mantiene la estructura de dos ordenamientos diferentes interactuando entre sí.

La Teoría Monista por su parte va a concebir al Derecho como un sistema único e integrado, habiendo una relación de jerarquía

entre ambos ordenamientos, dado que de todas formas distinguen (al igual que los dualistas) un ordenamiento jurídico interno y otro internacional.

Se pueden reconocer dos variantes esenciales del monismo jurídico: el monismo interno, constitucional o constitucionalista y el monismo internacional o internacionalista.

El monismo constitucionalista niega el Derecho internacional (al menos en los términos en que este se autodefine) ya que las normas emanadas de este ordenamiento recién serán válidas cuando por mecanismos establecidos en el Derecho interno son reconocidas. Existe por tanto un principio de subordinación actuando, con diferencias en relación a la forma en que opera en Dualismo jurídico.

El monismo internacionalista opera de forma inversa, situando la normativa internacional sobre la interna. En este caso funciona un poco diferente ya que la subordinación aparece en la no contradicción de las normas de Derecho interno con las de Derecho internacional.¹⁸

Sin perjuicio de reconocer la dificultad de sostener una teoría dualista en un mundo tan integrado y globalizado, donde las consecuencias de las acciones de un estado tanto en materia comercial como ambiental difícilmente (entre otras) no tengan consecuencias en el estado vecino o aún en aquellos mucho más distantes, se debe ser categórico de todas maneras, en que la adhesión al Monismo o Dualismo jurídico es algo que preexiste a la lectura del texto normativo propiamente dicho. Esta postura filosófica forma parte de los *prejuicios y presupuestos* que son parte del intérprete al momento de enfrentarse al objeto. En definitiva, son elementos del círculo hermenéutico que desarrolló HEIDEGGER y más tarde complementó GADAMER, y por esta

¹⁸ Es característico del Derecho internacional de los derechos humanos prescribir la no aplicación de normas que sean contrarias a lo dispuesto en sus tratados y convenciones así como que las sentencias dictadas por sus organismos jurisdiccionales se ejecuten sobre las de los estados donde la Suprema Corte de Justicia (o el tribunal de mayor jerarquía competente) ya tiene resolución firme en sentido contrario.

razón no se desprenden del objeto en sí sino *sobre* el mismo. Sin embargo, se ha intentado argumentar que se debe adherir a al Monismo internacionalista con base en, por ejemplo, al “Bloque de Constitucionalidad” (para aquellos más conservadores) o a lo dispuesto en los propios instrumentos internacionales que siempre se legitiman con disposiciones del tipo “*esta-norma-es-superior-a-cualquier-otra-que-vaya-a-conocer-hasta-nuevo-aviso*”. Sin perjuicio de esto, estas normas pueden establecer que en la práctica el intérprete que se adhiere al Monismo constitucionalista termine operando como si se afiliara al Monismo internacionalista, pero esto siempre será consecuencia de haber sido redirigido por otras de Derecho interno y aun así, esto no hará que el sujeto por esta razón haya dejado de comulgar con el Monismo constitucionalista.

Ahora bien, el Derecho internacional ha confeccionado varias soluciones a los conflictos que se presentan y son producidos como consecuencia de la adhesión a estas teorías. La solución ha consistido básicamente en disposiciones que prohíben a los Estados el incumplimiento de los tratados internacionales excusados en su Derecho interno, solución que presenta serios problemas teóricos.

Para quien sostiene la tesis dualista y se espera que esta solución cumpla con los efectos que busca, es inevitable que en la Constitución se le reconozca un valor por lo menos equivalente a la misma al Derecho internacional. Si no se da esta hipótesis no puede ser de recibo la solución planteada ya que sería una norma ajena al ordenamiento jurídico estatal la que lo estaría invalidando, lo que es inaceptable.

Similar situación se configura para aquellos que se afilian a la tesis monista con primacía del Derecho interno, aunque en este caso ya no se hablaría de una norma ajena al ordenamiento estatal sino una de rango inferior que por esta misma razón estaría inhabilitada a desplazar una de rango superior como lo es la Constitución. El incumplimiento de la normativa internacional estaría justificado para los monistas constitucionalistas cuando es contraria a la Constitución o existe una ley más nueva en el tiempo también contraria a lo dispuesto en la norma internacional.

Por último, únicamente quienes sostengan la tesis monista con primacía del Derecho internacional van a aceptar este como marco legal supremo y por ende será el criterio con el cual valorar la corrección de contenido que se le confiera al “*interés superior*” en este caso.

En definitiva, independientemente de cual sea la tesis a la que se afilie el juez, siempre existirá (para aquellos que entiendan pertinente la valoración del contenido de la premisa como criterio de validez de la misma) una formulación superior donde se exprese “el contenido correcto” con el cual asimilar el interés superior del menor formulado por el juez para el caso concreto. Como dice DE ZAN:

[...] en los discursos de justificación racional no solamente se hacen jugar los datos objetivos de la experiencia, las inferencias lógicas y las buenas razones, sino también estrategias retóricas para manipular los sentimientos y prejuicios [...].¹⁹

La dimensión pragmática de la argumentación está compuesta fundamentalmente por dos perspectivas: la retórica y la dialéctica. En esta concepción adquieren una especial relevancia los “actores” de la argumentación (el orador y el auditorio) así como los fines que estos persiguen. Ambas (retórica y dialéctica) conciben la argumentación como una actividad de tipo social. La diferencia entre ellas es que mientras la dialéctica se relaciona más con la filosofía y la búsqueda de la “verdad” a través de la formulación de la tríada dialéctica (tesis–antítesis–síntesis), la retórica se enfoca en la persuasión y se identifica más con la literatura, la psicología y la política. Mientras en la experiencia dialéctica tenemos dos participantes con un rol activo; en la retórica se cuenta únicamente con el orador y un discurso destinado a un auditorio de carácter predominantemente pasivo.

Es de orden afirmar que ninguna de las tradiciones jurídicas mencionadas hasta el momento no han prestado demasiada atención

¹⁹ DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*, 2004, p. 182.

a este campo por considerarlo en general ajeno al Derecho en sí mismo. Serán los realistas norteamericanos y sus descendientes, los *Critical Legal Studies*, quienes irán progresivamente dando importancia a lo que sucede en este ámbito y nadie con experiencia en el medio negará la vital importancia de esta dimensión argumentativa en la práctica profesional (en especial para los abogados que frente a los jueces tienen más necesidad de lograr la persuasión o el convencimiento).

Como ya se mencionó anteriormente, no es el objetivo de esta exposición la elaboración de una dogmática que pretenda ser compatible con un *ideal regulativo superior*, lo que se intenta aquí es poner en relieve el procedimiento por el cual se obtiene un juicio sobre la validez formal o material del argumento en cuestión. Simplemente basta con conocer con qué instrumentos legales se deberá contrastar la concepción particular que se tenga del “*interés superior*” a fin de determinar su validez material, siendo en el contenido de ambos irrelevante en esta oportunidad. En cuanto a la validez formal, sería suficiente conocer los principios aristotélicos para (al menos en un primer acercamiento) poder evaluar la validez formal del argumento en cuestión.

Se puede concluir, al menos en lo que respecta a la validez formal y material, que la misma está condicionada por una parte – la formal– a la obligada invocación que el juez deberá realizar en el dictado de la sentencia del enunciado “*interés superior del menor*”. La otra condición –material– será el resultado de la armonía con el contenido del texto normativo referente (Constitución o Convención).

Ya concluyendo, se pueden distinguir dos actitudes desde las que relacionarse al sujeto con el fenómeno: desde el lugar del observador o del participante. El observador por su parte puede adscribirse al Positivismo jurídico o al Iusnaturalismo²⁰, adoptando consecuentemente posiciones divergentes que serán derivadas

²⁰ Quien se afilie al Realismo jurídico no prestará especial atención a esta problemática en tanto su foco está en lo que ocurre en los hechos y no en lo que *debería* ocurrir.

del marco teórico de cada tradición. Dentro de los participantes (aquellos comprometidos moralmente con el ordenamiento jurídico y más concretamente los jueces) se contará con un grupo de individuos que aun no sabiendo a qué marco teórico se adscriben adoptarán una posición coherente con el escepticismo positivista, así como un grupo que aceptará que estos principios emanados de normas superiores den contenido (reformulado por los mismos para el caso concreto) a este *“interés superior”*.

Los positivistas por tanto, no van a aceptar que un criterio moral (cualquiera sea este) valide o invalide lo que llamamos Derecho y por tanto rechazarán la pertinencia de la valoración del contenido de la norma (siguiendo a KELSEN, la resolución judicial sería una norma también). La consecuencia directa de sostener esta posición será la inclusión de este *“interés superior”* como un requisito formal carente de contenido que una vez invocado legitimará (conjuntamente con otros requisitos) cualquier decisión de la autoridad. En definitiva, concebir a este *“interés superior”* como un elemento que termina oficiando de recurso retórico no fruto de una elección ya que no existiría intencionalidad en la utilización del mismo como tal, sino que sería una consecuencia inevitable del desechar la pertinencia de toda valoración moral-material como criterio de validez de la decisión judicial en sí misma.

Por su parte, quien entienda pertinente la valoración de la corrección de este *“interés superior”* con base en su contenido, deberá procurar una formulación válida a fin del dictamen de una resolución que por esta razón será considerada *justa*. Ahora bien, hipotéticamente podría acontecer de igual forma que este *“interés”* termine oficiando como un recurso retórico, lo que podría acontecer de forma tanto intencional como involuntaria.

Es intencional cuando se procediera de forma tal que por *“interés superior del menor”* se entendiera cualquier cosa que le fuera de utilidad al magistrado para justificar su fallo sin importar la búsqueda de coherencia entre el contenido de las premisas entre sí.²¹ El juez tendrá una elección preferencial y aprovecha

²¹ Se debe señalar que la correspondencia entre los *“considerandos”* y la decisión

la discrecionalidad inherente a la función judicial para lograr su objetivo.

La relación de correspondencia que se debe dar entre lo expuesto en los “considerandos” del fallo (lugar donde comúnmente residen las referencias al “interés superior del menor”) y la decisión judicial en concreto puede tener tres distintas manifestaciones que ocurrirían hipotética e independientemente de las posibilidades de verificación de las mismas. A los efectos de culminar este trabajo, se propone la siguiente clasificación con base en la compatibilidad o contradicción existente entre el “interés superior del menor” formulado para el caso en concreto y la decisión judicial propiamente dicha perteneciente a la misma sentencia. Teniendo en cuenta este criterio se estaría distinguiendo entre relaciones de *válida correspondencia*, *incorrecta correspondencia* e *inválida correspondencia*.²²

La relación de *válida correspondencia* sucede cuando la construcción del “interés superior” es armónica con lo dispuesto en los principios que emanan de normas de jerarquía superior y a su vez el fallo es coherente y consecuente con este. Hay relación de total correspondencia y por ende la sentencia es válida en estos términos.²³

Una relación de *incorrecta correspondencia* sucede cuando una de las premisas (“*interés superior*” y la decisión en concreto) es contradictoria en relación a la otra. Se pueden distinguir por lo tanto dos subclases que se podrán denominar de *incorrecta correspondencia fuerte* y de *incorrecta correspondencia débil*.

La relación de *incorrecta correspondencia fuerte* refiere al supuesto en que el contenido del “*interés superior*” sea correcto en función

judicial conforma también un criterio de valoración necesario.

²² Esta clasificación podría a su vez subdividirse en dos atendiendo al factor *intencionalidad*, aunque estudios de Psicología Jurídica estarían un poco alejados del objeto del presente trabajo.

²³ Se aclara que sin perjuicio de que la sentencia pueda tener una infinidad de vicios que la hagan extremadamente inválida por su lado, la calificación de validez empleada en esta evaluación se refiere estrictamente a los elementos que se vienen analizando.

de los criterios de valoración ya mencionados, pero la decisión propiamente dicha no guarde relación con el mismo. Cabe aclarar que este es el único supuesto donde se podría verificar un uso retórico del “interés superior del menor”.

Como es de esperar, la relación de *incorrecta correspondencia débil* está destinada para la hipótesis contraria: una sentencia que tutele al niño, niña o adolescente pero que contenga una pobre o defectuosa formulación explícita de este “*interés superior*”.

Por último, la relación de *inválida correspondencia* se concreta en forma inversamente contraria a la de *válida correspondencia*. En este supuesto se estaría frente a una concepción inaceptable de “interés superior del menor” que además se materializa en una sentencia acorde y por tanto no tutelar de los intereses del niño, niña o adolescente.

Sobre el “interés superior del niño” dice URIARTE que “*es imperioso ajustar jurídicamente el sentido de esta expresión, para evitar su utilización eufemística, en algunos casos, o bien para que no se transforme en una forma paradójica de vulnerar derechos [...]*”²⁴ siendo difícil estar en desacuerdo con esta posición.

Después de todo, el sueño tecnocrático tiene más limitaciones de las esperadas y sin importar la cantidad y calidad de la legislación, sigue y seguirá existiendo un margen de discrecionalidad donde “todo puede pasar” y más a menudo de lo que se quisiera, pasa.

²⁴ URIARTE, Carlos E. *Control Institucional de la Niñez Adolescencia en Infracción*, 1999, p. 165.

CAPÍTULO II

La Infancia y el Estatus Ciudadano

Contenido:

TÍTULO 1.º

INTRODUCCIÓN

La infancia y un nuevo estatuto jurídico y político ♦ Ciudadanía y autonomía personal ♦ La Convención y la libertad de los antiguos ♦ La Convención y la libertad de los modernos ♦ Una pugna de sentidos la libertad sustancial como horizonte ♦

SUSANA FALCA Y FABIÁN PIÑEYRO

TÍTULO 2.º

EL ESTATUTO DEL NIÑO EN LA FAMILIA

El instituto de la patria potestad ♦ Breve reseña de su genealogía ♦ Del Derecho Romano hasta la Convención sobre los Derechos del Niño ♦

SUSANA FALCA Y FABIÁN PIÑEYRO

TÍTULO 3.º

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Origen, noción y fundamento de las obligaciones del Estado ♦ Los Derechos Económicos, Sociales y culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño ♦ Derechos humanos como instrumento para el desarrollo y el crecimiento económico ♦ Derechos Económicos, Sociales y Culturales y participación ciudadana ♦ La exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ordenamiento jurídico uruguayo ♦ Mecanismos de contralor ♦

RENÉE MARIÑO

TÍTULO 4.º

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. GUÍA NORMATIVA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Introducción ♦ Instrumentos que consagran las características de los derechos humanos ♦ Tratados del sistema universal y regional de protección de los derechos humanos ♦ Derecho a la protección social de la familia ♦ Derecho a la vivienda ♦ Derecho a la salud ♦ Derecho a la educación ♦

OLGA DÍAZ PEDEMONTTE

TÍTULO 1.º

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

FABIÁN PIÑEYRO Y SUSANA FALCA

La infancia y un nuevo estatuto jurídico y político ♦
Ciudadanía y autonomía personal ♦ La Convención
y la libertad de los antiguos ♦ La Convención y la
libertad de los modernos ♦ Derecho de Infancia y
política pública ♦

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra en el orden del derecho positivo un nuevo estatuto jurídico político de la infancia, estructurado en el reconocimiento de la infancia y la adolescencia como modos particulares de lo humano.

Estatuto que se organiza y vertebra en la noción de individuo y ciudadano y tiene por presupuesto axiológico básico al precepto de que todo niño y adolescente deben ser tratados como un fin en sí mismo. Este reconocimiento de la condición de persona lleva implícito el deber de garantizarles tanto en el plano normativo como fáctico una esfera de autonomía que dibuje los contornos del ámbito competencial exclusivo de cada individuo.

Porque la singularidad de lo humano como modo de ser, como *ontos* particular estriba en la capacidad de ejercer el *autodominio*. Ello constituye esencialmente al sujeto, sin esto se deviene en objeto.

Toda negación de la autonomía importa una reificación, una cosificación, una reducción instrumentalizadora que es antitética de lo humano.

Es en este sentido que al haber consagrado normativamente el principio de la autonomía progresiva la Convención sobre los Derechos del Niño reafirma la condición de sujeto de derecho de todas las personas menores de edad. Sin autonomía no existe el sujeto humano en ninguna de las acepciones posibles. El respeto de esta esfera de autonomía resulta exigible frente a todo otro miembro de la comunidad y ante los integrantes de la propia familia. La facultad de requerir la protección normativa de la esfera de autonomía personal es la expresión en el plano jurídico de la condición de sujeto humano.

Este reconocimiento de la autonomía de las personas menores de edad debe traducirse en una reconfiguración profunda de las relaciones del niño y del adolescente con la familia, la comunidad y el Estado.

En el ámbito de las relaciones familiares ello se expresa en una alteración de la propia naturaleza ontológica de la relación entre padres e hijos.

En el orden político-comunitario esta condición de sujeto se manifiesta en el reconocimiento de la condición ciudadana de la infancia que se traduce en la consagración en el plano normativo del derecho a la libertad de los niños y de los adolescentes en sus dos dimensiones: libertad para participar en los procesos de toma de decisión en los espacios comunitarios de los que forman parte (libertad de los antiguos) y libertad de autodefinir su identidad, su particular manera de *estar y entender el mundo* (libertad de los modernos).

El ejercicio en el plano fáctico de la condición de persona requiere de un marco de condiciones materiales que hagan posible el pleno desarrollo de la subjetividad, si no se garantizan estas condiciones toda alusión a la autonomía y a la libertad de los niños y de los adolescentes se torna un mero ejercicio de carácter discursivo.

De ese marco fáctico depende que la persona pueda o no constituirse en artífice de su propio destino y en definitiva que su peripecia vital se acerque en lo máximo posible a la suma de sus decisiones.

Por ello el reconocimiento de la autonomía a las personas menores de edad le impone al Estado y a la familia múltiples y muy diversas obligaciones, tanto de carácter positivo como negativo, (deber de hacer y de no hacer), que definen el marco de legitimidad de la actuación de los padres y del Estado. Por ello el contenido del presente capítulo discurre sobre el impacto que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene en estos ámbitos.

Remodelación axiológica a la que por su propia ontología le es inherente una vocación prescriptiva, un ánimo de realización fáctica, por ello se ahonda en el análisis de los procesos de índole cultural, político, económico y social que habilitan u obstaculizan la realización de aquella vocación.

Fenomenologías sociológicas de las que la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte como hito de significación en el proceso de evolución político cultural de la humanidad.



TÍTULO 2.º

EL ESTATUTO DEL NIÑO EN LA FAMILIA

SUSANA FALCA Y FABIÁN PIÑEYRO

El instituto de la patria potestad ♦ Breve reseña de su genealogía ♦ Del Derecho Romano hasta la Convención sobre los Derechos del Niño ♦

El instituto de la patria potestad no es otra cosa que el marco regulatorio de las relaciones entre padres e hijos, de carácter personal y patrimonial. Ordena los deberes que asumen tanto el padre como la madre para la protección de los derechos de los hijos y de sus bienes.

Este conjunto de obligaciones y derechos está orientado a la protección de los hijos menores de edad y pensado en función del rol que la familia cumple en la sociedad, en tanto ámbito natural y prioritario de socialización y desarrollo de los niños.

La forma en que este instituto ha sido regulado ha variado a través de la historia. Los cambios en la estructura política, social y económica han impactado en las relaciones humanas, en la organización de la familia y en cómo se relacionan sus distintos miembros entre sí.

La patria potestad no siempre incluyó únicamente a los hijos; bajo el mismo estatuto fueron colocados en algún momento las mujeres y también los esclavos. Los cambios que se introducen a lo largo del tiempo en el instituto son consecuencia de la evolución de los procesos económicos y políticos, que han ido ubicando a hombres, mujeres y niños en distintas posiciones respecto del ordenamiento jurídico.

En este capítulo no se pretende hacer un análisis exhaustivo de la evolución histórica de la patria potestad porque excede el objetivo de la publicación, pero sí es interesante observar cómo un instituto que nació como instrumento indicativo del dominio, de la propiedad de un patrimonio por parte de un hombre, el *paterfamilias*, se transforma en el correr del tiempo en un estatuto que regula las relaciones entre los padres, madres e hijos, en igualdad de condiciones, en tanto ambos, adultos y niños, reúnen la condición jurídica de sujetos de derechos.

Breve reseña de su genealogía

Para el Derecho Romano el *paterfamilia* es el titular del patrimonio familiar, entendiéndose por *familia* a todos los que habitan en una misma casa, y que están sujetos a la autoridad de una persona, lo que le da unidad a ese conjunto de personas que viven en una misma casa y es a la que el derecho romano reconoce.

El *paterfamilias* es el único sujeto titular de derechos; las mujeres gozan del título de *mater* pero no ejercen la *potesta*, al contrario están bajo la patria potestad de sus padres si son solteras y pasan a la de su esposo cuando se casan.

El estatuto le concede al *pater* un poder cuasi absoluto sobre la vida de sus hijos, comprendiendo aquellos aspectos tan personales como las relaciones afectivas, su carrera profesional militar o de negocios. La *patria potesta* sobre los hijos es temporalmente

ilimitada, de carácter vitalicio, la permanencia bajo la *potesta* del padre se interrumpía con la muerte o con la emancipación²⁵.

Resulta esencial tener presente que el estatuto de la *patria potesta* en el Derecho Romano otorga al *paterfamilia*, ciudadano romano, casado, el poder sobre los hijos habidos dentro del matrimonio o sobre el *adoptado*. La adopción se produce cuando una persona extraña pasa a formar parte de otra familia ocupando la posición de hijo u otro grado descendiente²⁶.

La familia romana es la unidad jurídica de bienes y de personas; el *pater* es el único propietario de los bienes de la familia, sin embargo los hijos pueden actuar en representación del padre en los negocios de la familia, esta actuación de los hijos en la administración de los bienes de la familia es reconocida por el Derecho Romano a través del instituto del *peculio*, acciones que son fuentes de obligaciones para el *pater* frente a terceros.

Con la aparición del cristianismo comienza un proceso de flexibilización de las facultades cuasi absolutas del instituto de la *patria potesta*, que pasa fundamentalmente por limar aquellos aspectos referidos al poder de disposición del padre sobre la persona de sus hijos, reduciéndolo a un derecho de corrección. En cuanto a los bienes, no se produce variación alguna en tanto la propiedad de los bienes de la familia continúa bajo la égida del *paterfamilia*.

Esta forma de regular las relaciones entre padre e hijos en el Derecho Romano responde a una concepción política, filosófica

²⁵ La emancipación consistía en la venta del hijo hasta por tres veces, a la tercera adquiría el carácter de emancipado. Para que ello ocurriera los romanos crearon una ficción por la que el *pater* vendía al hijo a un conocido de su confianza quién a su vez se lo volvía a vender al *pater*, sucesivamente hasta que por la tercera venta el hijo se emancipaba. <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf>

²⁶ Existen en el Derecho Romano varias formas de adopción, pero por exceder el objetivo de este trabajo no se entrará al detalle de las mismas. Lo que interesa a los efectos de este capítulo es la idea de que la patria potestad se ejercía también sobre las personas adoptadas por el *pater* de una familia. <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf>

y religiosa y a una forma de organización de la producción y de la distribución de los bienes que está concentrada en manos de los *hijos de Roma*, es decir de sus ciudadanos, aquellos varones nacidos de hombres y mujeres romanos, propietarios de bienes y de personas, a los únicos que el derecho les reconoce capacidad de participación en la vida política del imperio. La patria potestad garantizaba la transmisión de la propiedad de los bienes de la familia. Una vez muerto el *pater* los hijos varones mayores, púberes, ocupan el lugar del padre.

El instituto de la patria potestad en el Derecho Romano se articula con un marco de conceptualizaciones que definen un modo de *ser*, una forma de entender la socialidad muy distinta a la de los tiempos actuales.

La noción de individuo cuyo amanecer está intrínsecamente vinculada a la génesis de la Modernidad, no existe como tal en la cultura clásica, griega o romana; y el derecho mismo no es concebido como una construcción racional producto del acuerdo intersubjetivo sino que es visualizado como un artefacto derivado de la capacidad del hombre para comprender el orden natural de las cosas y ceñirse a ello.

El carácter estamentario de la sociedad romana que divide a los ciudadanos en plebeyos y patricios, que integran además distintas tribus conformadas por *familias*, explica las complejas particularidades del instituto de la patria potestad en el Derecho Romano, lo que torna complejo y en algún sentido anacrónico cualquier análisis comparativo porque muchas de sus soluciones no tienen *traducción* en los marcos culturales vigentes en la actualidad.

La crisis del Imperio romano, históricamente acompasado con profundas transformaciones en el plano cultural, material y demográfico, signó el tránsito de una sociedad estructurada en el instituto de la esclavitud a otra vertebrada por las relaciones de servidumbre y vasallaje. Este proceso se desarrolla en la vorágine de varios siglos en los que las instituciones romanas se fueron haciendo cada vez más fluidas hasta disolverse en un nuevo entramado simbólico y político.

En la Edad Media las nociones de juridicidad y derecho fueron profundamente resignificadas, no obstante la pervivencia de algunos aspectos del Derecho Romano, que en las áreas cristianas de la Europa mediterránea se manifestó con mayor intensidad.

El orden feudal pulverizó la noción misma de lo público, el concepto romano de la *res pública* se evaneció. La reconocible frontera que separa las nociones de imperio y de dominio, de poder político y propiedad, se fueron haciendo cada vez más porosas hasta desaparecer ya bien entrada la Alta Edad Media, podría decirse que las relaciones políticas se convierten en relaciones patrimoniales, pero en verdad ello no es del todo correcto. En concreto lo que sucedió fue que las relaciones patrimoniales y las políticas se confundieron; el estado, el reino, el feudo, devino en patrimonio personal y heredable del soberano; que era rey, duque o conde y a su vez propietario del reino o del condado. En un sentido distinto tenía en el Derecho Romano y tiene en las sociedades actuales.

Todo este conjunto de cambios tuvo hondas repercusiones en la organización de la familia. El rol de la mujer se modifica, la relación de los padres con los hijos se transforma. En una sociedad fuertemente estratificada y de carácter estamentario estos cambios son vividos de forma muy diferente en el ámbito campesino, en el de la nobleza o en el de las ciudades. Pocos elementos en común se pueden encontrar entre la forma en la que el hijo de un campesino se relaciona con sus padres con el rol del *primer infante* de una familia noble o con el de un joven de una familia de la ciudad.

La noción de individuo es ajena a la cultura de esta época, el orden jurídico se concibe como el producto de la ordenación divina. La obediencia de los hijos a sus padres es reflejo de la obediencia a dios. Aunque se reconocen al menos discursivamente, límites y horizontes teleológicos que condicionan el ejercicio del poder paterno, este es omnipotente aunque está axiológicamente orientado. Este tiempo es la era de los poderes limitados, de las facultades condicionadas, no obstante los padres disponen en verdad de inmensas facultades. Pero todo ello en un marco cultural,

jurídico y político muy peculiar; esta es una sociedad en la que no existe una separación entre lo público y lo privado. El matrimonio de un noble es un hecho eminentemente *político* pero el gobierno es una derivación de una cierta posición patrimonial.

El tránsito del orden feudal a la era moderna viene acompañado de transformaciones económicas y culturales en extremo profundas. En la génesis de la Modernidad está la aparición del individuo, la resignificación de las relaciones de las personas particularmente consideradas con la comunidad. La mercantilización del trabajo, la separación entre el *imperius* y el *dominius*, el predominio en el plano económico de las relaciones de tipo contractual que como recién se expresara vienen a sustituir a las de fuerzas en el campo de la producción. El trabajo pasa a ser un bien de cambio, el gobierno una cosa muy distinta de la propiedad y el espacio de lo público y el ámbito de lo privado se transforman en dos territorios claramente diferenciados.

El derecho es resignificado como un límite que protege al individuo y su esfera de autonomía personal. Se producen cambios en las distintas esferas de la normatividad que permiten distinguir moralidad de *ethos*, lo que implica el reconocimiento del derecho de los individuos a cultivar su propia concepción del bien, a vivir de acuerdo a su peculiar forma de estar en el mundo. La moral se define como un área de consenso y su contenido está constituido por una colección de valores básicos que en última instancia vienen a garantizar el derecho de todas las personas a vivir de acuerdo a su *ethos* particular.²⁷ El orden jurídico condensa ese pacto moral, le confiere estabilidad y lo torna obligatorio.

El mundo de la producción, de la circulación y distribución de bienes y servicios es junto con las relaciones personales y patrimoniales derivadas de los vínculos de parentesco remitidas al ámbito de lo privado.

El Estado se abstiene de intervenir en este campo, define un conjunto de reglas abstractas que se aplican con generalidad y con

²⁷ DE ZAN, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*. Argenjus, Fores y Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2004.

total prescindencia de las circunstancias de vida concretas de los individuos. El mercado y la herencia son las instituciones básicas a través de las que se distribuyen los bienes, se definen periplos vitales y se condicionan las biografías.

Algunas clásicas nociones jurídicas que Occidente heredó de la cultura clásica romana como los conceptos latinos de propiedad, *dominiun*, son revitalizados por las prestaciones que ofrecen en el nuevo escenario societal, consolidándose el proceso de *redescubrimiento* del Derecho Romano que comenzara en el Renacimiento con el impulso que cobraran en aquel tiempo el comercio y la vida urbana.

Pero el proyecto emancipatorio de la Modernidad lleva ínsita una clara vocación universalista que impulsará el avance hacia el igualitarismo normativo. La configuración de un único estatuto jurídico para todas las personas. Con marchas y contramarchas, todo el siglo XIX estará signado por progresos en ese sentido, particularmente en los países europeos y en los estados de la periferia liberados del dominio colonial directo. Este proceso tiene sus momentos culminantes ya entrado el siglo XX con la universalización del sufragio masculino primero y femenino después.

Las nociones y categorías del Derecho Romano son incorporadas pero luego de haber sido profundamente resignificadas en tanto las mismas devienen de un orden jurídico que reflejaba una sociedad organizada en estamentos.

El derecho civil devenido de las revoluciones liberales persigue una clara orientación: proteger al individuo de las intervenciones arbitrarias del Estado, guardar su esfera de autonomía.

Desde estas premisas la patria potestad, en tanto estatuto que regula las relaciones de los padres con sus hijos, va a estar imbuida de la preocupación por asegurar el derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo a su *ethos* particular. Esto tiene en el campo de las creencias religiosas una zona de particular interés y sensibilidad, pero no se agota en ello.

La afirmación de este derecho deviene de concebirlo como el ejercicio de una libertad básica de los padres, faltando aún mucho tiempo para que se le reconozca al niño derecho para ir formando su propia concepción del mundo.

Esta forma de pensar la patria potestad permanece vigente hasta el mismo epílogo del siglo XX y en términos facticos se puede afirmar que al día de hoy posee fuertes signos de vitalidad.

Este derecho de los padres en forma progresiva deriva en un *poder-deber*. Las facultades y prerrogativas que se les atribuyen a los padres aparecen teleológicamente condicionadas.

Esas facultades y potestades son conferidas para el cumplimiento de una finalidad, esta es el cuidado, la protección y el desarrollo de sus hijos.

A los padres se les atribuye un poder omnímoto en todo lo que tenga que ver con el destino actual y el diseño del destino futuro de sus hijos. Administran sus bienes, eligen el centro educativo y hasta la clase de formación y capacitación que quieren para sus hijos. Las decisiones que los padres toman respecto de estos asuntos poseen el carácter de irrevocable y obligatorio para los hijos. El Estado asume la obligación de auxiliar a los padres para que sus decisiones sean debidamente observadas por los hijos.

Esto tiene implicancias de gran envergadura en la forma en la que la sociedad concibe el proceso de construcción de la subjetividad, a los padres se les atribuye la facultad de moldear la personalidad de sus hijos. Estos adquieren una identidad dada por sus padres, heredada del entorno familiar y comunitario.²⁸

Esta forma de entender las relaciones de los padres con los hijos no admite la posibilidad de que devenga alguna clase de conflicto entre padres e hijos como consecuencia de diferendos vinculados a los modos de pensar, a las definiciones identitarias, a la definición del propio destino personal, etcétera.

²⁸ *Ibídem*.

Esta armazón se sostiene en una representación y simbolización de los niños que fundamenta su incapacidad jurídica. El pensamiento *ilustrado* asocia libertad con educación y saber y en función de la premisa de que los niños todavía no han completado su proceso de adquisición de saberes y destrezas cognitivas no están en condiciones de tomar sus propias decisiones.

Ello va a determinar que uno de los logros fundamentales de la Modernidad, el reconocimiento del derecho de los individuos a profesar su particular concepción del mundo, no alcance a los niños frente a sus padres. Habrá que esperar a la Convención sobre los Derechos del Niño para que se les reconozca la titularidad de una autonomía creciente, lo que va a modificar sustancialmente las relaciones entre padres e hijos.

Hasta tanto no llegue ese momento, la patria potestad se caracteriza por la relación de subordinación de hijos a padres, con una finalidad protectora y rectora.

Los padres tienen la obligación, el deber, de cuidar de sus hijos y el derecho de inculcarles su particular visión de la vida. Los hijos hechos a imagen y semejanza de sus padres. Continuidad y preservación de una identidad adquirida por el origen y que define el sentido del *nosotros* al que adscribe la familia.

Es así como a los padres les corresponde la facultad de elegir desde el centro educativo, el oficio y hasta la religión que profesen sus hijos; su círculo de amistades, espacio de pertenencia social y hasta los aspectos más privados de la vida afectiva de sus hijos.

El progenitor varón primero y ambos padres después, son a todos los efectos los representantes naturales de los intereses de sus hijos y están investidos de amplísimas facultades para disponer sobre los derechos patrimoniales de los que aquellos sean titulares. Con variantes en las distintas legislaciones nacionales, a los padres, salvo algunas excepciones, se les atribuye el manejo de todos los bienes de sus hijos, el usufructo de los mismos, sin ni siquiera imponerles en el caso del derecho positivo uruguayo la obligación de rendir cuenta.

Todo este edificio jurídico descansa sobre el axioma del derecho de los padres de imbuir a sus hijos su peculiar manera de entender y de ver el mundo y tiene como presupuesto una representación en extremo ilusoria respecto de cómo se desarrolla el proceso de adquisición de aptitudes y capacidades.

La única capacidad que el derecho reconoce como factor atributivo del derecho a la autodeterminación es la capacidad plena; previamente apenas se establecen algunas excepciones relativas, como por ejemplo la posibilidad de contraer matrimonio, pero las mismas están en todos los casos condicionadas a la voluntad de los padres.

Esta forma de concebir la relación entre padres e hijos, estructurada en la noción de poder-deber, es el pilar de la construcción social de un modelo de familia, basada en la autoridad de los padres y en la obediencia de los hijos. Define reglas, normas y hasta conductas orientadas a la sustentación de dicho modelo. Resulta incuestionable la decisión paterna o materna sobre aquellos aspectos que definen de alguna manera el presente y el futuro de un hijo, como por ejemplo la educación, la trasmisión de valores y conceptos religiosos que determinan un *ethos* particular.

La decisión paterno-materna no puede ser revisada salvo que el padre o la madre incurran en conductas lesivas para la integridad física o emocional de sus hijos.

El derecho a la libertad de los padres de *trasmitir e imponer* su particular concepción del mundo a sus hijos está protegido por el Estado, y es a la vez una garantía de no intervención de este en la vida privada de la familia. El ámbito familiar es en esta concepción un territorio en que, salvo excepciones, la autoridad pública no tiene legitimidad para intervenir.

El Estado asume el deber de preservar la continuidad en el tiempo de las distintas singularidades sociales, lo que viene a rimar con una de las simbolizaciones posibles en torno a la reproducción biológica que responde a muy arraigadas formas de pensar los dilemas esenciales de la existencia. El hijo como un continuador

de la personalidad de los padres.²⁹ La transmisión de la herencia, la administración de los bienes de los hijos, la filiación, se organiza en función de esa premisa.

En el derecho internacional se recoge esta concepción en algunos instrumentos de protección de los derechos humanos como lo son los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁰ Ambos instrumentos establecen el deber de los Estados Partes de respetar la libertad de los padres o de los representantes legales en la elección moral o religiosa de la educación de sus hijos o representados.

La Convención sobre los Derechos del Niño y la Patria Potestad

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño³¹ apareja la positivización de una nueva racionalidad político-jurídica en torno a las relaciones de los padres con sus hijos, vertebrada en la noción de autonomía progresiva.

²⁹ DE UNAMUNO, Miguel, *La agonía del cristianismo*. Biblioteca clásica y contemporánea. Losada Buenos Aires, Argentina. 1969.

³⁰ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: Artículo 18. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 13.3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

³¹ La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprueba el texto el 6 de diciembre de 1989. Uruguay la ratificó en el mes de noviembre de 1990.

La profunda reconfiguración axiológica operada por la Convención sobre los Derechos del Niño se sustenta en una narrativa en torno a los procesos de construcción de la subjetividad centrada en la noción de libertad individual. Este conjunto de nuevas representaciones interpela desde la axiología liberal el reclamo de los padres a ser protegidos en su derecho a reproducir su singularidad en sus hijos.

La consagración normativa de la noción de autonomía progresiva³² implica una alteración de todo el edificio jurídico de la patria potestad. A partir de esa noción la relación de los padres con sus hijos se sustenta en el respeto a la singularidad de estos; los deberes de los progenitores ahora están orientados a la promoción de la personalidad de los hijos. Ello significa que los padres tienen la obligación de garantizar a sus hijos un grado creciente de autonomía para que estos libremente vayan elaborando su propia identidad de acuerdo a sus singulares elecciones en torno a la forma de entenderse a sí mismos y de entender al mundo.

Los padres ya no son titulares del derecho de reproducir en sus hijos su particular concepción del bien. Ni están facultados para

³² Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 18 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

moldear la subjetividad de sus hijos. Ahora pesa sobre aquellos el deber de orientarlos en este proceso.

Los padres tienen el derecho y el deber de guiar y asistir a sus hijos pero se les está vedado sustituir su voluntad. Conforme los hijos van adquiriendo capacidad para formular una manifestación de voluntad jurídicamente relevante el ámbito decisorio y competencial de los padres se va restringiendo. La adquisición creciente de autonomía por parte de los hijos tiene su correlato en una asunción creciente de responsabilidad por sus propias decisiones.

La noción de autonomía progresiva dibuja nuevos lindes competenciales. La decisión de los padres o del Estado es válida y jurídicamente eficaz solo cuando el niño o el adolescente no puedan formarse por sí mismo una voluntad jurídicamente relevante en función del grado de desarrollo de sus estructuras cognitivas y el nivel de complejidad del asunto en cuestión. Hipótesis cada vez menos probable cuando se van acercando a la mayoría de edad.³³

La concepción tradicional del instituto cuyas raíces se hunden en el Derecho Romano se ve trasmutada por la emergencia de un nuevo paradigma en el que se representa a los niños como personas con capacidad de formarse un juicio propio y actuar sus derechos por sí mismos conforme el estadio vital en que se encuentren.

No solo se reconfiguran los vínculos que estructuran la relación padres-hijos, también se modifica profundamente el universo de relaciones del Estado con la familia.

El hijo devenido en individuo está investido de la legitimidad necesaria para reclamar del Estado la debida protección en su esfera de autonomía personal frente a cualquier vulneración incluidas las que deriven del accionar de los padres.

³³ BRUNETTO, Gabriela, "Intervención discrecional versus autonomía en el ámbito del derecho civil. Legislación nacional en materia de infancia". *Intercambios Número 4*. Serie de documentos de trabajo, UNICEF Uruguay, 2012.

Las categorías propias del derecho civil se tornan en términos heurísticos inadecuadas para aprehender y conceptualizar los nuevos vínculos jurídicos a los que da lugar la Convención sobre los Derechos del Niño entre los miembros de la familia y esta con el Estado. Estas nuevas relaciones ya no se pueden explicar a partir de nociones inherentes a la tradición civilista del instituto de la patria potestad.

Las relaciones entre padres e hijos ahora se entienden en el marco de un nuevo entramado de normas de protección de los derechos humanos que garantizan la convivencia familiar en un ámbito democrático, en el que la autoridad de los padres es ejercida dentro de los límites que estos nuevos marcos normativos establecen y que se basan en el respeto a la dignidad de todas las personas que conforman la familia.

La transformación axiológica impone una modificación de orden epistémica. Las categorías a partir de las cuales pensar y simbolizar las relaciones familiares y las formas que sus integrantes se relacionan entre sí y con el Estado han de ser aquellas que derivan de la tradición filosófica jurídica cuya génesis se encuentra en la preocupación por la protección de los derechos fundamentales.

La familia como territorio simbólico y espacio político en la concepción tradicional es entendida como una universalidad que totaliza e integra a las personas que la conforman. Con el reconocimiento del derecho de los hijos a afirmar su singularidad la familia deja de ser la instancia de mediación obligatoria de todos los vínculos. La familia ya no es un espacio homogéneo, carente de recortes. En su territorio ahora se reconocen distintas esferas de autonomía personal. En su ámbito se admiten diversas singularidades, todas investidas de la potestad de reclamar al Estado una protección adecuada. La familia no abandona el terreno de lo privado pero ahora conviven en ella *diversas privacidades*.

Es así que se pone en entredicho la noción clásica de representación, concepto articulador que organizaba los vínculos entre padres e hijos. Ahora los padres no pueden hablar en nombre de sus hijos, solo lo harán cuando estos no puedan hacerlo.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño apareja un reordenamiento axiológico de la escena familiar que reconfigura radicalmente su *ontos* y su *telhos*. La familia pasa a ser el espacio en el que convergen e interactúan distintas personalidades donde cada una de ellas cumple un rol respecto del núcleo y de las diferentes individualidades que lo conforman.

La familia en tanto instancia de socialización ha devenido también en espacio de promoción de las distintas singularidades que la conforman; el vínculo entre padres e hijos tiene por *telhos* el garantizar las condiciones que hagan posible la formación de la personalidad de los hijos, en un marco de tolerancia y respeto por las ideas, visiones u opiniones de estos.

La familia como mecanismo generador y vehículo de solidaridades debe servir para robustecer las subjetividades de sus integrantes, haciendo de plataforma y contribuyendo a la inserción de los hijos en el escenario social.

Es a partir de este prisma axiológico y conceptual que deben formularse las respuestas estatales a los conflictos jurídicos que emerjan de la dinámica familiar. El Estado ha de garantizar el respeto de las manifestaciones de voluntad formuladas por las personas menores de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra normativamente una nueva forma de pensar y significar los vínculos familiares que redefine las obligaciones estatales y señala nuevos horizontes a las políticas públicas, lo que ha de remodelar las praxis concretas de intervención, en tanto se han redefinido sus objetivos. El Estado, el juez de familia, en este nuevo marco axiológico no son el aparato de coacción al que puede recurrir el *pater* o la *mater familia* para hacer cumplir su voluntad, por el contrario son los garantes del respeto de la libertad de todas las personas, incluidas las menores de edad.

La consagración normativa del principio de la autonomía progresiva viene a remodelar y reconfigurar múltiples aspectos del instituto de la patria potestad, dibujando un cuadro normativo

concebido para racionalizar y limitar una situación fáctica de poder establecido de hecho entre padres e hijos, con el objetivo de generar las condiciones para que desde los inicios del proceso de la formación de la personalidad los individuos se apropien de sí mismos y devengan en artífices de su destino personal.



TÍTULO 3.º

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

RENÉE MARIÑO

Origen, noción y fundamento de las obligaciones del Estado ♦ Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño ♦ Derechos humanos como instrumento para el desarrollo y el crecimiento económico ♦ Derechos Económicos, Sociales y Culturales y participación ciudadana ♦ La exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ordenamiento jurídico uruguayo. Mecanismos de contralor ♦

Deberes del Estado respecto de la infancia y de la adolescencia

Las normas en las que se establece el deber de protección de los derechos fundamentales de carácter internacional así como de las constituciones nacionales, imponen correlativamente a los Estados obligaciones de muy diversa naturaleza, algunas de las cuales refieren de manera directa al ámbito de la gestión de los bienes y servicios socialmente producidos.

Los Estados tienen la obligación de respetar y cumplir con aquellos deberes establecidos en los instrumentos internacionales de los que forman parte. Esta obligación surge de la llamada regla *pacta sunt servanda* y consiste en el deber de respetar y cumplir de buena fe el derecho convencional internacional; se trata de una garantía de cumplimiento de los compromisos asumidos.³⁴

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos imponen obligaciones que todos los Estados deben cumplir en su ámbito interno, por tanto, existe una continua y estrecha interacción que resulta esencial entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de cada Estado.

A este respecto, el Protocolo Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce la obligación de los Estados de “promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas” (Preámbulo, párrafo 4).

Como ha sostenido el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ de la consagración de un derecho fundamental surgen tres tipos de obligaciones: de “respetar, proteger y cumplir”.³⁶

La obligación de respeto significa que los Estados deben abstenerse de interferir o restringir de modo alguno el disfrute de estos derechos, prohibiéndose toda discriminación. Se trata de una obligación negativa, de abstención por parte de los Estados, de injerir en forma directa o indirecta en el disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).³⁷

En cambio, la obligación de proteger lleva ínsita la protección de los individuos y/o grupos frente a los abusos de derecho relativo a los derechos humanos. El Estado deberá en este caso realizar acciones

³⁴ Convención de Viena Derecho de los Tratados de 1969: “Observancia de los tratados. 26. ‘Pacta sunt servanda’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

³⁵ El Comité de Derechos Económicos y Sociales es el órgano encargado del contralor del cumplimiento del PIDESC.

³⁶ Observación General 12, párrafo 15, 46; Observación General 14, párrafo 33.

³⁷ Comité observación general N.º 14, párrafo 33 y observación general N.º 15, párrafo 21.

positivas, ya sea adoptar medidas legislativas, administrativas o aquellas que fueren necesarias a efectos de impedir que terceras personas particulares menoscaben de cualquier modo el disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁸

Y la obligación de cumplir implica para los Estados el deber de realizar acciones positivas con el fin de facilitar el pleno disfrute y ejercicio de los derechos humanos básicos. En definitiva, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, y todas aquellas que sean necesarias para satisfacer dichos derechos, de conformidad con la especial normativa interna que exista en la materia y con las particularidades propias de cada Estado.

Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.º 1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga [...] para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Esta norma dispone un tratamiento desigual de los deberes estatales frente a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de aquella prevista para los derechos civiles y políticos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el ámbito del sistema universal de protección.

Se establece el carácter progresivo de las obligaciones referidas a los derechos sociales, la necesidad de un desarrollo progresivo a fin de implementar estas medidas.

Ello no enerva la vincularidad, la perentoriedad y la obligatoriedad del contenido dispositivo de las normas que imponen a los Estados el deber de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

³⁸ Comité del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 15, párrafo 23.

Sobre el Estado pesa la carga de acreditar que sus acciones en materia de reasignación de los recursos comunitarios están teleológicamente orientadas a garantizar a todas las personas el ejercicio de sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Estado tiene además el deber de no tomar ninguna medida de carácter regresivo.

Ello plantea entonces la necesidad de la existencia de mecanismos de garantía de estos derechos que están reconocidos en los tratados de forma meramente enunciativa y sin preverse proceso alguno de garantía específica, en consecuencia, ¿cómo es posible hacerlos efectivos si el Estado no lo hace basado en que se trata de derechos progresivos?

Surgen así las siguientes interrogantes: ¿Un Estado podrá dejar de adoptar las medidas necesarias a fin de proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de sus ciudadanos y en especial de sus niños y adolescentes, basado en que no dispone de los recursos económicos o aquellos que fueren de otra índole necesarios para ello? Y ante esta situación, ¿podrá uno o varios Estados en su calidad de miembros de la comunidad internacional denunciar al Estado incumplidor ante los órganos supranacionales de derechos humanos por su presunta responsabilidad ante el no cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el Pacto?

Los Estados han asumido el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas y por su parte, la comunidad internacional en su conjunto, se ha comprometido a contribuir con los Estados menos favorecidos a los efectos de que estos puedan dar cumplimiento efectivo a sus deberes en esta materia. Lo único que puede exonerar a un Estado de no cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales es que no exista en la comunidad el monto de recursos necesarios para ello y siempre que se hayan agotado todos los esfuerzos en ese sentido, arbitrando todas las acciones redistributivas posibles, si ello fuera así emerge entonces el deber de la comunidad internacional y esta solo puede exonerarse probando que a escala global no existen los recursos para garantizarle a todas

las personas del orbe el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Por tanto, el Estado no debe dejar de cumplir las obligaciones contraídas en este ámbito aduciendo que no posee recursos económicos o de otra naturaleza imprescindibles para ello o que estos se han agotado.

Será necesario entonces utilizar el máximo de posibilidades en cuanto a las políticas y recursos financieros disponibles en el ámbito interno estatal. En su caso, el Estado deberá recurrir al auxilio que la comunidad internacional le debe prestar para dar cumplimiento a dichos deberes (artículo 23 PIDESC). De otro modo, ante el no cumplimiento de los compromisos asumidos, el Estado en su calidad de sujeto del derecho internacional, será pasible de responsabilidad frente al resto de la comunidad internacional, en igual falta incurrirá la comunidad internacional cuando esta no cumpla con su deber de cooperación.

La alusión que en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se efectúa al límite de recursos disponibles como umbral de exigibilidad e hipótesis de exoneración de responsabilidad es interpretada por el Comité, en su Comentario General N.º 3 del Pacto, en el sentido que incluye no solo los recursos con los que cuenta una determinada comunidad nacional sino que incluyen también aquellos recursos que existen en la comunidad internacional.

En caso de que el Estado no cuente con los recursos necesarios para la protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, deberá solicitar el auxilio del resto de la comunidad internacional a los efectos de poder dar efectivo cumplimiento a través de la cooperación a las obligaciones voluntariamente asumidas.³⁹

³⁹ Comentario General N.º 3 al Pacto de DESC-1990, 5.º Período de sesiones: “13. Un elemento final del párrafo 1 del artículo 2 sobre el que se ha de llamar la atención, es que la obligación contraída por todos los Estados Partes consiste en ‘adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y

En consecuencia, existe además un deber jurídico de colaboración que pesa sobre la comunidad internacional en su conjunto, así como obligaciones que se imponen a los Estados más poderosos en sus relaciones con los menos favorecidos; desde que igualmente denunciante será el comportamiento de un Estado poderoso que en su relación con otros aplique dinámicas de intercambio económico que tenga como resultado el empobrecimiento y la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de los habitantes de las naciones menos prósperas.

En la actualidad, la protección de los derechos humanos es una temática que atento a su especial relevancia pertenece ya no solo a la jurisdicción interna de los Estados, sino que es asimismo objeto del orden jurídico internacional y, por ende, los Estados tienen el deber impuesto por el derecho internacional de respetar y garantizar los mismos dotándolos de efectividad.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre de

técnicas'. El Comité observa que la frase 'hasta el máximo de los recursos de que disponga' tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales. Más aún, el papel esencial de esa cooperación en facilitar la plena efectividad de los derechos pertinentes se destaca además en las disposiciones específicas que figuran en los artículos 11, 15, 22 y 23. Con respecto al artículo 22, el Comité ya ha llamado la atención, en la Observación general N.º 2 (1990), sobre algunas de las oportunidades y responsabilidades que existen en relación con la cooperación internacional. El artículo 23 señala también específicamente que 'la prestación de asistencia técnica' y otras actividades se cuentan entre las medidas 'de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el Pacto'".

1989⁴⁰ es el instrumento internacional que le da forma a un corpus jurídico específico de protección a los derechos humanos de las personas menores de edad.

Es un tratado de carácter holístico que dibuja en el plano normativo un sistema de protección integral de los derechos humanos que, a partir del reconocimiento del carácter interdependiente de los mismos, se despliega tanto hacia el ámbito de las relaciones civiles como al de las garantías penales y de la seguridad social; articulando sus disposiciones todas teleológicamente orientadas de acuerdo al nuevo paradigma de la infancia ciudadana.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales y, en este sentido, impone obligaciones a los Estados de protección al niño y su familia, constituyendo esta última el ámbito natural y más adecuado de desarrollo para el niño.

Surge así un cambio de modelo, desde una concepción tutelar de la infancia y la adolescencia que perduró por más de un siglo, a un sistema de protección integral, garantista; sustituyendo un enfoque centrado en las necesidades por otro basado en los derechos.

Existe una interdependencia entre el goce de los derechos económicos, sociales y culturales y las condiciones fácticas que hacen posible el libre ejercicio de la autodeterminación personal. En este sentido, si el Estado no garantiza un nivel de vida digno a través de la adopción de medidas que impliquen una redistribución de la riqueza con el objetivo de la erradicación de la pobreza, si no asegura el acceso a un sistema de salud adecuado ni tampoco cuenta con un sistema educativo igualitario, no será posible que el niño pueda participar y ejercer su derecho de autodeterminación de forma libre, responsable y en condiciones de igualdad.

Por primera vez en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce expresamente a los niños como “ciudadanos en formación”, lo que significa que los mismos tienen el derecho de participar en la vida social y política de la comunidad de forma

⁴⁰ En vigor desde setiembre de 1990.

progresiva conforme van creciendo y al mismo tiempo que su esfera de autonomía personal, su espacio competencial exclusivo, se va expandiendo.

La Convención establece específicamente las obligaciones que tiene el Estado frente a la infancia, y a la familia, partiendo de la base del niño como sujeto, ciudadano, titular de derechos y obligaciones en su calidad de persona humana.

El art. 4.º de la Convención establece:

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 que dispongan y cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional.

En este sentido, los Estados se comprometen a implementar políticas sociales a fin de satisfacer las necesidades básicas, “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad” (preámbulo, arts. 2, 3, 4, 18 inc. 2, 19 inc. 2, art. 23 inc. 1.º, 24, 26, 27, 28, 31 y 32). Por tanto, no se trata solo de utilizar el máximo de los recursos disponibles, sino de asignarlos adecuadamente a través de planes y proyectos que tiendan específicamente a elevar el nivel de vida y en definitiva al desarrollo.

No obstante, respecto de la garantía de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en el plano fáctico aún persiste la diferenciación con los llamados derechos de primera generación, por lo que en este ámbito todavía resta mucho camino por recorrer a efectos de lograr la total equiparación de los mismos.

La transformación en la condición jurídica de la infancia operada con la sanción de la Convención obliga a los Estados a un cambio profundo de los modelos de intervención tanto en el plano social y económico como en el político y cultural, que torna indispensable la adecuación de la normativa interna. En la actualidad, casi todos los países latinoamericanos han dictado leyes en la materia a fin

de incorporar los principios generales previstos en la Convención y adecuar su legislación interna a los estándares internacionales.

Estos desarrollos normativos de derecho interno de los Estados, no obstante, resultan hoy en día insuficientes frente a los gravísimos problemas de pobreza, inequidad, subdesarrollo, violencia, que continúan afectando a la niñez en nuestra región, por lo que aún hay mucho para hacer a este respecto. El cambio normativo por sí solo no basta frente a una realidad incambiada pautada por condiciones sociales, económicas y políticas que son un obstáculo a veces insalvable al ejercicio por parte de las personas menores de edad de algunos de sus derechos más fundamentales.

Desde el año 2014 se encuentra vigente el tercer Protocolo de la Convención denominado de “Procedimiento de Comunicaciones entre los Estados”⁴¹ en el que se establece un novedoso procedimiento a través del cual se prevé el examen de las comunicaciones o denuncias “individuales” de particulares, por violación de los derechos contenidos en la Convención.⁴² Esto reviste especial interés ya que se trata de una ampliación en el reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional del individuo, persona física particular, para que actuando en forma directa, pueda plantear la denuncia correspondiente por violación de sus derechos ante un órgano internacional. El protocolo reconoce así expresamente la legitimación procesal activa del individuo a nivel internacional en el procedimiento de comunicaciones.⁴³

⁴¹ El Protocolo relativo al Procedimiento de Comunicaciones está en vigor desde el 14/4/14, Uruguay lo ratificó el 23/2/15.

⁴² Protocolo de Derechos del Niño relativo Procedimiento Comunicaciones, arts. 5 a 10.

⁴³ Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993, concepción del individuo con personalidad jurídica internacional a fin del respeto de sus derechos humanos.

Derechos humanos como instrumento para el desarrollo y el crecimiento económico

Actualmente se considera que el cumplimiento de los DESC es condición esencial para el logro del desarrollo, la erradicación de la pobreza y la democracia.⁴⁴

Al Estado le corresponde un rol esencial en el diseño y ejecución de las estrategias comunitarias orientadas al desarrollo humano.

En la medida en que los ciudadanos posean un nivel de vida digno, podrán ejercer libremente la ciudadanía en condiciones de igualdad, promoviendo un marco de efectivas condiciones que hagan posible la emergencia de una sociedad genuinamente democrática. Sin derechos humanos no hay democracia. Solo con derechos políticos no hay democracia. Los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes.

Del efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales depende que los individuos puedan desarrollar todas sus potencialidades, de la efectiva igualdad de oportunidades depende la eficacia y la eficiencia social, por ello el desarrollo de una sociedad está fuertemente entrelazado y en una relación de interdependencia con la garantía del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los deberes del Estado en materia de protección de los derechos de la infancia adquieren una dimensión particular muy especial porque se trata de individuos en pleno proceso de desarrollo, de adquisición de destrezas y habilidades y que no han de ingresar por tanto en el circuito de producción de bienes y servicios. Su lugar primordial está en la escuela, sobre todo en virtud de los efectos devastadores que la vulneración de estos derechos provoca en esta etapa de la vida y el carácter determinante que ello pueda tener durante todo el periplo vital del individuo restringiendo de manera irrevocable y definitiva su capacidad para elegir libremente su destino vital.

⁴⁴ Programa Naciones Unidas para el Desarrollo.

La acción del Estado debe estar orientada a potenciar las capacidades de la familia, así lo ordena la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9.⁴⁵ En tanto este es el ámbito más idóneo para el normal desarrollo psicofísico del niño. Espacio privilegiado de socialización y de construcción de su subjetividad social y política.

El Estado debe implementar políticas sociales eficaces para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, y si estas no existen o no son suficientemente idóneas, será responsable por ello.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales abarcan derechos básicos para la vida humana como la **alimentación**, la **salud**, la **vivienda**, la **educación** y el **agua**.

Estos derechos han sido incluidos en las Constituciones de los distintos países, por lo que generalmente existen recursos procesales mediante los cuales los mismos se pueden hacer efectivos. No obstante, pareciera que aún no se han equiparado en importancia a los derechos civiles y políticos, aunque ambos son interdependientes y poseen igual jerarquía. A vía de ejemplo, no es posible garantizar efectivamente el derecho a la vida sin la erradicación de la pobreza, ni el derecho al agua, ni tampoco el derecho a la libre expresión de pensamiento sin la garantía de un derecho a la educación en condiciones de igualdad y de respeto por la diversidad cultural.

En nuestro país, estos instrumentos internacionales que establecen derechos fundamentales de los individuos, así como los derechos civiles y políticos y también los derechos económicos, sociales, y culturales, tienen rango constitucional.

Los derechos humanos básicos están contemplados por el art. 7 de nuestra Constitución:

⁴⁵ Artículo 9 inciso 1: “Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

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

A esta enumeración de derechos debe agregarse aquella que surge del artículo 8 de la Constitución (igualdad) así como los artículos que enumeran los derechos económicos y sociales (derechos gremiales, derechos de la mujer, de la familia, derecho a vivienda, a la salud, educación, etcétera).

Este artículo parte de una concepción *iusnaturalista*, no consagra derechos sino que establece el deber del Estado de proteger a los individuos en el goce de sus derechos, que se los concibe como preexistentes a la organización política jurídica, e inmanentes de la condición humana. Artículo 72 de la Constitución de la República.⁴⁶

Por lo dispuesto en el ya citado artículo 72 de la Carta, disposición de interpretación e integración constitucional, el elenco de derechos cuyo ejercicio el Estado debe proteger no se agota con los que la Constitución enuncia de forma expresa sino que se integra además con todos aquellos que resulten inherentes a la protección de la dignidad humana o a la forma democrática republicana de gobierno, artículo 82 de la Carta.

Por tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) como los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los acuerdos suscritos en el ámbito interamericano (Declaración Americana Derechos y Deberes del Hombre) y la Convención sobre los Derechos del Niño poseen rango constitucional. El artículo 7, al igual que el recién citado artículo 72, está también inspirado en la doctrina *iusnaturalista*, por lo cual reconoce que los individuos poseen ciertos derechos inherentes a su calidad de personas; derechos que el orden jurídico no ha otorgado, que devienen del orden natural

⁴⁶ “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.”

de las cosas, derechos que el orden jurídico debe sí reconocer y proteger. Lo que define, más allá del sentido obvio y quizás contradictorio de la expresión “derecho natural”, un estándar de moralidad con el que enjuiciar el derecho positivo y lo vincula con la realización de un proyecto político.

El artículo 72 consagra de forma implícita el “principio pro *homine*” o pro persona, que supone que toda cuestión que refiera a los derechos humanos deberá ser siempre solucionada del modo más favorable a la persona humana.

Y de conformidad con lo dispuesto por el art. 332 de nuestra Carta, las garantías establecidas en las normas de derechos humanos se hacen exigibles internamente:

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

Este artículo dispone que los derechos sean directamente aplicables, impide que la norma deje de aplicarse bajo el pretexto de que carece de reglamentación, si el derecho está protegido por la Constitución se trata de derechos “autoejecutables”.

Esto tiene como corolario que ninguna ley interna del Estado podrá dictarse en forma contraria a las normas internacionales que poseen rango constitucional, de otro modo serán susceptibles del proceso de inconstitucionalidad de la ley.

Las normas de nuestra Constitución antes citadas integran el llamado “Bloque Constitucionalista”, que está conformado además por los tratados, convenciones y declaraciones de derechos humanos pertenecientes tanto al ámbito universal como regional.

A través de la interacción permanente de las normas pertenecientes al derecho interno del Estado y las normas provenientes del derecho internacional, ya sean estas del ámbito

universal o interamericano, se conforman los principios supralegales que hacen posible la garantía de los derechos humanos. En este sentido es importante la constante labor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana así como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales y participación ciudadana

La noción de ciudadanía posee en principio una significación esencialmente política y en nuestro país se adquiere con la mayoría de edad y habilita así al ciudadano al ejercicio de los derechos políticos, a través del voto y de la posibilidad de postularse a los efectos de ser elegido.

No obstante, el concepto de ciudadanía es más amplio aún que la mera noción de ciudadanía política, desde que la persona humana a partir de su nacimiento tiene derecho a una ciudadanía, es decir, tiene todos los derechos inalienables inherentes a su calidad de persona humana y en su calidad de tal, es libre de ejercer su condición ya a partir de la primera infancia, siendo el autor de su propio proyecto vital.

Es necesaria una resignificación de la noción de ciudadanía, con el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, capaces de construir su propio mundo a través de la construcción de su propia personalidad.

Las soluciones consagradas en las distintas leyes nacionales respecto al reconocimiento de la condición ciudadana de los niños y adolescentes resultan insatisfactorias. Ello se explica por la pervivencia de elementos estructurales y culturales que operan como un obstáculo al ejercicio de la ciudadanía por parte de los niños y adolescentes.

El sistema educativo posee efectos determinantes en el proceso de construcción de la subjetividad; un modelo educativo acorde

con la democracia debe edificarse a partir del reconocimiento de la condición ciudadana del niño y del adolescente. Así, el niño podrá aprehender ya desde los primeros años de su vida, a través de la interacción con sus pares y el diálogo con los adultos, a adquirir conciencia de su propia existencia y derechos, a percibir las diferencias entre pares, a tomar sus propias decisiones a pesar del disenso de los demás, y a reclamar por sus derechos, ya sea en el ámbito del hogar, como en el escolar, la salud, en lo cultural y social, y en muchos otros espacios en los que participe.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño lo prevé expresamente cuando dispone en su inciso 1.º que:

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

En este sentido, el Estado y la comunidad en su conjunto, deben asegurar al niño la posibilidad de formarse como ciudadano libre, tomando sus propias decisiones en función de sus capacidades. El ejercicio de la ciudadanía fijará las bases para el desarrollo tanto en la infancia como en la adolescencia, a partir del entendimiento de las diferencias, desarrollando así un espíritu crítico que redundará en una conciencia de la responsabilidad social ciudadana. Esto beneficia no solo a la democracia sino también a la cultura y a la sociedad toda.

La Convención permitió expandir por primera vez la ciudadanía a la infancia, reconociendo derechos a la niñez y a la adolescencia frente al Estado y a la comunidad, debiendo los Estados, de conformidad con el artículo 4.º de la misma, tomar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los mismos.

A efectos de lograr la efectiva participación ciudadana de los niños, es necesario que exista un marco jurídico adecuado, pero no suficiente, se requiere además un cambio de mentalidad

en el mundo adulto, transformaciones culturales que habiliten diversos espacios de participación ciudadana para los niños y los adolescentes, ello redundará como un elemento de fortalecimiento del sistema democrático.

Pero el efectivo ejercicio de la condición ciudadana depende de una colección de precondiciones de estricto orden material: la adecuada alimentación, el despliegue de la vida en un marco decoroso, que incluye el acceso a la vivienda digna, adecuados servicios de salud, el disfrute en condiciones de igualdad de todos los bienes de la cultura, la configuración en definitiva de un marco de decoro y equidad material que propicie las condiciones para formarse una opinión propia y que reduzca los desequilibrios de poder fáctico generados por la desigualdad material de los que depende la emergencia de genuinas instancias de deliberación entre los miembros de la comunidad. Por ello los derechos económicos, sociales y culturales son un elemento inescindible del orden democrático.

La exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ordenamiento jurídico uruguayo

En Uruguay, la Constitución de la República establece expresamente en su art. 10 el principio de libertad:

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. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

Este principio encuentra su límite en el orden público, o en el perjuicio de los terceros. En relación a la infancia y a la adolescencia

se plantea un límite, un deber de no injerencia del Estado a los efectos de la obligación de los padres de orientar y guiar a sus hijos en el ejercicio de sus derechos en forma progresiva.

Por otra parte, la Sección II de la Constitución contiene normas referidas a los derechos económicos, sociales y culturales. Así el art. 40 se refiere a la familia y la protección que el Estado debe a la misma, imponiendo a este último velar por su estabilidad moral y material en pos de la buena formación de los hijos dentro de la misma.

Asimismo, en relación a la norma antes mencionada, el art. 41 indica los deberes de los padres y del Estado para con los hijos, “a efectos de que los hijos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social”.

La enumeración de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra también en los arts. 42, 43, 44 de la Carta Magna referidos a la protección de la maternidad, la delincuencia infantil, el derecho a la salud; el art. 45 relativo al derecho a vivienda; el art. 46 referido a incapacidad e indigencia; el art. 47 relativo al medio ambiente; así como los arts. 53, protección al trabajo, 67, seguridad social y 68, relativo a la enseñanza.

Cabe recordar lo dispuesto en los arts. 7 y 72 de la Constitución en cuanto a que la enumeración efectuada por nuestra Constitución no es taxativa, por lo cual no excluyen aquellos derechos que “son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

En este contexto, el art. 332 establece la obligatoriedad de la aplicación de las normas constitucionales aun ante la falta de reglamentación. De este modo, se deberá acudir a los “fundamentos de las leyes análogas”, a los “principios generales del derecho”, o a las “doctrinas más recibidas”, a efectos de que dicha norma se aplique. De este modo, deberá interpretarse la norma a través de uno de estos tres caminos, a fin de dotar a la misma de exigibilidad.

Este deberá armonizarse con los arts. 7 y 72 de la Constitución, a fin de fundamentar la exigibilidad de los derechos económicos,

sociales y culturales, ya sea que se encuentren expresa o implícitamente reconocidos.

Los derechos económicos, sociales y culturales tutelados en la Constitución de la República, implícita y explícitamente, resultan al tenor del ya citado artículo 332 plenamente exigibles, siendo responsabilidad indelegable del Poder Judicial la tutela de los mismos cuando por omisión de los otros órganos del poder estático se hayan configurado incumplimientos en los deberes de protección que al Estado la Constitución le impone en esta materia. No cabe duda que de la simple lectura del referido artículo surge este poder-deber que es expresión de otro más general, el de contralor y corrección en la legitimidad de la política pública.

En ningún caso podrá justificarse la omisión judicial mediante la apelación al principio de separación de poderes. Del cuadro constitucional surge con claridad que la administración y gestión de los recursos públicos le corresponde al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo pero la misma debe encuadrar con el marco de obligaciones, deberes y competencias que la Constitución define. Tampoco caben dudas de que al Poder Judicial le corresponde proteger al ciudadano de cualquier agresión a sus derechos, por ello cuando la política pública no se adecue al cumplimiento de las obligaciones que sobre el Estado pesan en materia de protección de los derechos económicos, sociales y culturales de todos los habitantes de la República, el Poder Judicial tiene el deber de ordenar el cese de dichas vulneraciones y disponer, si corresponde, los correctivos necesarios en los planes y acciones emprendidos por los otros poderes del Estado.

Mecanismos de contralor del cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Evaluar el cumplimiento de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los Estados no resulta tarea fácil.

En el ámbito internacional existen básicamente dos mecanismos: la presentación de denuncias y el monitoreo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce una función jurisdiccional a través de casos contenciosos referidos a violaciones de derechos humanos. Se pronuncia emitiendo sentencias que obligan a los Estados determinadas conductas y, en su caso, reparaciones.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) prevé la presentación de informes ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁷

En este segundo grupo también se incluye la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que recibe denuncias particulares pero sus decisiones no son obligatorias en principio.

⁴⁷ Protocolo de San Salvador, artículo 19 inciso 1: “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen en a presentar, de conformidad con lo dispuesto en este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo” [...]. “Inciso 6: En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

En definitiva, en este contexto se trata solo de un monitoreo, por tanto, al no prever un procedimiento de denuncia individual determinado la protección de los derechos económicos, sociales y culturales contenida en este protocolo es muy limitada.

La Convención sobre los Derechos del Niño prevé la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales del niño, al disponer en su art. 4 que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Asimismo, establece un Comité de los derechos del niño como órgano de contralor y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones estatales respecto de la infancia y la adolescencia. Este Comité recibe informes periódicos de parte de los Estados acerca del reconocimiento y efectividad del cumplimiento de estos derechos. El Comité se pronuncia a través de recomendaciones y directivas.

En el ámbito interno, existe el llamado “Control de Convencionalidad”, que es aquel ejercido a través de la justicia. Se trata de un análisis de la compatibilidad de los actos y normas nacionales y la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que brinda una mayor legitimidad al sistema regional de protección de derechos y tiende así a mejorar el nivel de vida de la población.

Rol de los estándares internacionales de derechos humanos

En materia de derechos humanos, los estándares internacionales están conformados no solo por los instrumentos internacionales básicos vigentes tanto a nivel universal como regional, sino que también nacen de la labor de la jurisprudencia y por las recomendaciones, observaciones, resoluciones, declaraciones e informes de los órganos encargados del control del cumplimiento de los derechos humanos.

El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus opiniones consultivas y de sus sentencias es básico para la conformación de una jurisprudencia internacional en constante desarrollo.

Por su parte, las resoluciones adoptadas por los órganos internacionales relativos a los derechos humanos conforman el llamado *softlaw* o “derecho blando”; se trata de declaraciones o principios doctrinarios con valor jurídico trascendente, no obstante carecer de obligatoriedad jurídica. Se trata de principios de derecho internacional o expresiones del derecho consuetudinario vigente, que aun sin poseer carácter vinculante, tienen efectos jurídicos importantes.

Se traducen en una “invitación” a los Estados a comportarse de determinada manera, ya sea una acción o una abstención, pero que no implica la obligatoriedad de su cumplimiento, si bien en determinados casos puede producir efectos en el ámbito jurídico.

Los estándares internacionales así conformados brindan principios fundamentales a los efectos de la interpretación de la normativa relativa a los derechos humanos. Por tanto, resulta particularmente valiosa su sistematización a efectos del enfoque que las políticas públicas den a los derechos sociales teniendo como fin la reducción de la pobreza, el crecimiento económico y el desarrollo.

A través de la estrecha interrelación entre el sistema de derecho internacional, tanto universal como regional, y el sistema de derecho interno de cada Estado, se establecen reglas mínimas de protección que cumplen la función de garantía los derechos económicos, sociales y culturales.

Actualmente el desafío que se plantea es la efectividad de las normas así aprobadas, y el eficaz cumplimiento de las mismas por parte del Estado y la comunidad internacional.

Los mecanismos de control de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel interno han resultado insuficientes, trasluciendo falta de voluntad política o la falta de

asignación de los recursos necesarios al máximo a este fin. Ello se explica por lo que la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales importa en materia de redistribución de los recursos socialmente producidos.

El ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales depende de la configuración fáctica de una escena societal genuinamente democrática. Y al Poder Judicial le corresponde un rol de primer orden como instancia de contralor de las decisiones que en materia económica y social toman los otros poderes del Estado. No como sustituto de este, no como sujeto principal del diseño sino como mecanismo de supervisión, control y corrección.



TÍTULO 4.º

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

GUÍA NORMATIVA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

OLGA DÍAZ PEDEMONTTE

Introducción ♦ Instrumentos que consagran las características de los derechos humanos ♦ Tratados del sistema universal y regional de protección de los derechos humanos ♦ Derecho a la protección social de la familia ♦ Derecho a la vivienda ♦ Derecho a la salud ♦ Derecho a la educación ♦

El proceso de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales ha seguido un derrotero diferente al de los derechos llamados de primera generación, que consagraron las libertades civiles y los derechos políticos denominados también Derechos de Libertad.

La consagración de los derechos sociales, económicos y culturales, conocidos como derechos de segunda generación o Derechos de Igualdad aún debe de sortear una serie de factores de orden ideológico que obstaculiza su debido ejercicio por parte de las personas. El acto nada neutral de poner el acento en la diferente naturaleza de ambos tipos de derechos es uno de los que ha conspirado durante mucho tiempo para impedir que la mayoría de los hombres, mujeres y niños de los Estados más pobres del orbe puedan acceder a un nivel de vida digno y exigir la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales y la consiguiente justiciabilidad de los mismos.⁴⁸

La distinta naturaleza de las obligaciones que asumen los Estados en materia de derechos civiles y políticos, respecto de las que asumen en relación a los derechos económicos, sociales y culturales es esgrimida también como fundamento para obstaculizar el ejercicio de estos últimos, ya que depende la implementación de unos y de otros de los recursos materiales de los Estados. En el caso de los derechos civiles y políticos, se argumenta que el Estado cumple su obligación al mantener una conducta negativa, de no hacer aquellas acciones que impidan el ejercicio a las personas del derecho a la privacidad de la correspondencia, de no restringir su libertad de expresión, de no someterlas a un juicio sin las garantías del debido proceso, entre otros.

En cambio, en el segundo caso, cuando la obligación del Estado se transforma en un accionar positivo, en un hacer, que exige al poder público una inversión económica sustantiva en servicios que aseguren a la población el acceso a los bienes de la cultura, de la salud, de la educación, de la vivienda, en suma, de prestaciones que igualen a las personas en las oportunidades de vida, su exigibilidad es relativizada y subordinada no solo a la disponibilidad de los recursos económicos de los Estados sino también a la concepción

⁴⁸ A pesar de la ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC por parte del Estado uruguayo que prevé la actuación del Comité (órgano cuasi jurisdiccional) en el sistema universal de protección de los derechos humanos y de la Corte Interamericana en el ámbito de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador (art. 19) respecto de los arts. 8 y 13.

imperante de que no pueden ser reclamados ante la justicia porque no se les reconoce a los órganos jurisdiccionales la potestad de contralor de las políticas públicas en tales materias. De esta manera se trasmuta la naturaleza vinculante de los derechos económicos, sociales y culturales a programática.

Por ello resulta de interés presentar una breve reseña de los hitos normativos fundacionales de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el agua y el medio ambiente, de los que derivan las consiguientes obligaciones para los Estados y la comunidad internacional en su conjunto.

Antecedentes históricos

En el ámbito universal de protección de los derechos humanos, corresponde señalar la creación en el año 1919 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que condujo a la adopción de las primeras medidas encaminadas a proteger algunos de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional, mediante el reconocimiento de los derechos humanos de los trabajadores en los convenios de dicha organización.

Luego de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) se produjo el reconocimiento general de los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En este primer documento de protección de los derechos humanos que se da la comunidad internacional, todos los derechos humanos son colocados en la misma posición de importancia, subrayando así la idea de que están entrelazados y de que cada uno de ellos es necesario para la plena realización del resto de los derechos (principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos).

En 1966, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó importantes instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a partir de ahí se generó la idea equivocada y absolutamente negativa al interés de la promoción y protección de los derechos humanos, la de que cada categoría de derechos tenía una naturaleza jurídica distinta y, peor aún, que mientras los derechos civiles y políticos sí eran derechos humanos vinculantes y de realización inmediata por parte de los Estados, los derechos económicos, sociales y culturales eran derechos programáticos cuya realización no podía exigirse directamente a los Estados y se encontraba condicionada a factores tales como la disposición de recursos económicos y el elenco de prioridades establecidos por las políticas públicas al momento de definir la asignación de recursos comunitarios. Hoy esta distinción ha sido superada.

Una correcta interpretación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos indica que ambos pactos consagran derechos subjetivos que los Estados deben respetar, proteger y garantizar con la misma intensidad. El objetivo de la comunidad internacional es el de lograr el pleno desarrollo de todas las personas, y este es el sentido que debe guiar cualquier ejercicio hermenéutico para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en cualquier instancia frente a las autoridades de los Estados, administrativas y jurisdiccionales.

Muchas veces se ha sostenido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes en materia de distribución de los recursos socialmente disponibles. La adopción de una caracterización de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles

e interdependientes. De adoptarse una interpretación en este sentido se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

El carácter de indivisibles, universales e interdependientes de los derechos humanos se encuentra reconocido en los siguientes instrumentos, declaraciones y tratados:

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Preámbulo

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Declaración de Teherán de la Organización de los Países No Alineados

13. Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.

Declaración y Programa de Acción de Viena

8. La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero.

Principales instrumentos internacionales que incluyen disposiciones que consagran derechos económicos, sociales y culturales

◆ Declaración Universal de Derechos Humanos.

Tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos

- ◆ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).
- ◆ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- ◆ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
- ◆ Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- ◆ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).
- ◆ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Tratados regionales

- ◆ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y Protocolo. Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988).

Observaciones Generales

OBSERVACIÓN GENERAL N.º 9 del Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece respecto a la *justiciabilidad* de los mismos que:

Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad.

OBSERVACIÓN GENERAL N.º 3 *sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC*, en la cual se reconoce que las disposiciones sobre el máximo de recursos disponibles y progresividad, presuponen la necesidad de que los Estados dispongan de mecanismos flexibles que sean reflejo de las realidades que se viven en los diferentes países, pero que de *ninguna manera debe interpretarse como justificación para despojar a dichas obligaciones de todo contenido concreto, o para interpretar que las disposiciones del PIDESC no tienen un efecto inmediato. Asimismo, nada justifica la falta de acción expedita, constante y eficaz del Estado.*⁴⁹

⁴⁹ A diferencia del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que solo establece el deber de los Estados de adoptar todas las medidas a su alcance para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados Partes se obligan a “adoptar medidas [...] especialmente técnicas y económicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados.” El Comité DESC sostiene que “aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización,

En situaciones de crisis económica, de recesión o de falta de disposición de recursos por motivo de políticas de ajuste estructural, dice el Comité, se deberá dar prioridad a la satisfacción de los DESC de los miembros que se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad de la sociedad mediante programas de bajo costo.

Obligaciones mínimas que no pueden dejar de cumplir los Estados:

- ◆ Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y que garantice que nadie padezca hambre.
- ◆ Garantizar el acceso a un hogar, a una vivienda y a unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua potable.
- ◆ Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS).
- ◆ Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, de manera que ello les permita llevar una existencia digna.
- ◆ Garantizar el acceso a un sistema de seguridad social con un nivel mínimo de prestaciones que abarquen por lo menos la atención básica de la salud, las necesidades básicas de alojamiento y vivienda, el agua y el saneamiento, los alimentos y las formas más básicas de enseñanza.

o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”.

Principales disposiciones en las que se positiviza el deber de protección de derechos humanos específicos para la infancia

DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA

◆ Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 16

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

◆ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

1. Toda persona tiene derecho a constituir familia; elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

◆ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

◆ **Convención sobre los Derechos del Niño**

Artículo 3.2

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 9⁵⁰

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

◆ **Convención sobre el Estatuto de Refugiado**

Artículo 12

1. El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia. 2. Los derechos anteriormente adquiridos por cada refugiado y dependientes del estatuto personal, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados por todo Estado Contratante, siempre que el derecho de que se trate sea de los que habrían sido reconocidos por la legislación del respectivo Estado, si el interesado no hubiera sido refugiado.⁵¹

⁵⁰ Elípticamente excluye entre las causales de separación la vulnerabilidad económica de la familia. La legislación nacional elevó el estándar de protección al establecer expresamente la prohibición de la separación del niño de su familia por razones económicas, artículo 12 del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

⁵¹ La Convención de la ONU relacionada con la situación de las personas refugiadas, instituye las bases y principios establecidos y auspiciados por el

◆ **Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer**

Artículo 11.2

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Artículo 13

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho a prestaciones familiares.

b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.

c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

◆ **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**

Artículo 44

1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); señala las normas relativas a los derechos de los refugiados y sus familias.

2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

◆ **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Artículo 17

Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

◆ **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales**

Artículo 15

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

EL DERECHO A LA VIVIENDA

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948):

XXV: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

◆ Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales

Artículo 11-1

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

◆ Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 27(3)

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda...

◆ **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

Artículo 5(e) (iii)

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes [...]
 e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular [...]
 iii) El derecho a la vivienda.

◆ **Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales**

Artículo 9 (2)

Deben tomarse medidas especiales a fin de garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos, dondequiera que ello sea necesario, evitando dar a esas medidas un carácter que pudiera parecer discriminatorio en el plano racial. A este respecto, se deberá prestar una atención particular a los grupos raciales o étnicos social o económicamente desfavorecidos, a fin de garantizarles, en un plano de total igualdad y sin discriminaciones ni restricciones, la protección de las leyes y los reglamentos, así como los beneficios de las medidas sociales en vigor, en particular en lo que respecta al alojamiento, al empleo y a la salud, de respetar la autenticidad de su cultura y de sus valores, y de facilitar, especialmente por medio de la educación, su promoción social y profesional.

◆ **Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**

Artículo 14

(2) (h) Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación

de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

[...] h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones

◆ **Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes**

Artículo 43

[...] Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate; b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación; c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento; d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres.

◆ **Convención del Estatuto del Refugiado**

Artículo 21

En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.⁵²

⁵² Observación General N.º 3 El Comité se establece un estándar mínimo; el párrafo 1 del art. 2 del Pacto obliga a cada Estado a tomar medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos que disponga” para que cada Estado no pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo el esfuerzo para utilizar

DERECHO A LA SALUD

◆ Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Artículo 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

todos los recursos que estén a su disposición en un esfuerzo por satisfacer con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Así, dice el Comité, por ejemplo un Estado Parte en el que un número importante de individuos están privados de alimentos esenciales, de la atención primaria de la salud, de abrigo y vivienda. *prima facie* no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto.

Observación General N.º 4. El Comité expresa: “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en sentido estricto”. El derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos. El concepto vivienda adecuada significa “disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuada, una infraestructura adecuada [...] todo ello a un costo razonable [...]”, todos estos elementos o factores se tomarán en cuenta para determinar si estamos frente a una vivienda adecuada.

El derecho a la vivienda adecuada se aplica a todos, la referencia “para sí y su familia” no debe entenderse hoy como limitante, el concepto de familia debe entenderse en sentido “lato: todas las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social etc.”.

Otro factor esencial que opera como garantía del derecho a la vivienda es la seguridad jurídica de la tenencia en todas sus formas: alquiler, en cooperativa, el arriendo la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia, los asentamientos informales incluida la ocupación de la tierra. Cualquiera sea la modalidad de tenencia todas las personas deben tener garantizados por parte del Estado su protección contra desalojos forzados, expropiación y desplazamientos arbitrarios. También se observa que se viola esta garantía en el caso de los pueblos indígenas, por acción u omisión o por razones de explotación económica de los recursos naturales. La seguridad de la tenencia es fundamental como garantía de este derecho pues sin ella la amenaza al derecho a la vivienda resulta siempre inminente, la seguridad de la tenencia debe ser asegurada por el Estado a todos sus habitantes sin discriminación alguna.

◆ **Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño**

Artículo 24.1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

◆ **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos**

Servicios médicos

22. 1) Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. 2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, estos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional. 3) Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado.

24. El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; [...].

◆ **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948**

Artículo XI

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

◆ **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, “Protocolo de San Salvador”**

Artículo 10.1

Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

◆ **Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes**

Artículo 25

Derecho a la salud. 1. Los Estados Parte reconocen el derecho de los jóvenes a una salud integral, de calidad. Este derecho incluye la atención primaria gratuita, la educación preventiva, la nutrición, la atención y cuidado especializado de la salud juvenil, la promoción de la salud sexual y reproductiva, la investigación de los problemas de salud que se presentan en la edad juvenil, la información y prevención contra el alcoholismo, el tabaquismo y el uso indebido de drogas.

DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

◆ **Declaración Universal de Derechos Humanos**

Artículo 25

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial

la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

◆ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Artículo 11.2

Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

◆ **Convención sobre los Derechos del Niño**

Artículo 24

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.

◆ **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos**

Alimentación

20. 1) Todo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas. 2) Todo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite.

◆ **Protocolo adicional a la convención americana en materia a de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Artículo 12

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados Partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

◆ **Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

◆ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Artículo 13

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

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

◆ **Convención sobre los Derechos del Niño**

Artículo 28

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

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad.

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas.

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

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 291

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

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

◆ **Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad**

38. Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial.

◆ **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”**

Artículo 13

Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.



CAPÍTULO III

Infancia, Punición y el Derecho

Contenido:

TÍTULO 1.º

LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Ontología de la pena ♦ Contenido ♦ Qué es la pena ♦ Noción de sanción, castigo ♦ La ruptura del contrato social ♦ La pena como retribución ♦ La cuestión de la libertad del individuo ♦ Kant y la autonomía del individuo ♦ Las teorías preventivas positivas y negativas ♦ El sentido de la pena ♦ La cuestión educativa ♦ Los presupuestos de legitimidad del reproche penal ♦

SUSANA FALCA

TÍTULO 2.º

EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El principio de la excepcionalidad de la privación de libertad ♦ La especificidad o especialización de la intervención penal ♦ Conceptos ♦ Las inadecuadas soluciones legislativas ♦ Una razonable hermenéutica acorde a los demás principios consagrados en la Convención ♦ Cuándo debe proceder la privación de libertad ♦ La conducta como parámetro definitorio ♦ Las sanciones no privativas como regla ♦

SUSANA FALCA

TÍTULO 3.º

LA PULSIÓN EDUCATIVA. LA OPERATIVA PENAL JUVENIL Y LAS EXPECTATIVAS SOCIALES

El *ethos* posmoderno ♦ La apelación al derecho ♦ Las demandas sociales y las respuestas políticas ♦ Entre la frustración y la revisión permanente ♦ La deformación de la intervención penal ♦

FABIÁN PIÑEYRO

TÍTULO 4.º

EL DISCURSO DE LA EFICACIA Y EL DISCURSO DE LA JUSTICIA EN EL DEBATE PENAL

La ontología de lo penal ♦ El pensar fenomenológico ♦ El pensar deontológico ♦ Lo penal y los sentidos de la dignidad humana ♦

FABIÁN PIÑEYRO

TÍTULO 5.º

EL DERECHO PENAL JUVENIL, LOS CONTEXTOS SOCIOPOLÍTICOS Y CULTURALES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

Subjetividades fragilizadas ♦ Los miedos sentidos, los miedos percibidos, los miedos pensados ♦ El rol de las élites en la definición de la agenda pública ♦ Alianzas sociales ♦ Hegemonía política ♦ Producción normativa ♦ Nuevos aparatos de control ♦

FABIÁN PIÑEYRO

TÍTULO 1.º

LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

SUSANA FALCA

Ontología de la pena ♦ Contenido ♦ Qué es la pena ♦ Noción de sanción, castigo ♦ La ruptura del contrato social ♦ La pena como retribución ♦ La cuestión de la libertad del individuo ♦ Kant y la autonomía del individuo ♦ Las teorías preventivas positivas y negativas ♦ El sentido de la pena ♦ La cuestión educativa ♦ Los presupuestos de legitimidad del reproche penal ♦

Concepto ontológico de pena

La pena es una medida que restringe el ejercicio de algunos de los derechos de los que es titular un individuo. Esta medida es en esencia una aflicción, ontológicamente la pena es sufrimiento.

En su sentido político-jurídico la pena es la consecuencia de la ejecución de una decisión del Estado consistente en provocar un cierto padecimiento a un sujeto en particular o a un grupo de individuos.

Esta noción prenatal de la pena es la que permite apreciar cuando se está o no frente a una medida que reviste el carácter de pena más allá de la nomenclatura o la semántica con la que se alude a la misma en las normas jurídicas, lo que nos pone de nuevo ante la evidencia de que ninguna labor analítica es posible en el campo del derecho si antes no se le ha dado forma a un cuerpo de nociones teórico-dogmáticas que orienten dicha práctica. De lo contrario el estudio del derecho se reduce a la mera descripción de lo dado, tornándose inviable cualquier ejercicio orientado a la comprensión crítica y a la interpelación axiológica.

Solo partiendo de una noción ontológica de la pena fue posible advertir la ilegitimidad de la intervención tutelar, modelo en el que se aplicaban *medidas* a las personas menores de edad que en esencia eran penas sin que se hubieran configurado los extremos que legitimaran la aplicación de las mismas; no había delito ni se seguía un debido proceso a través del cual se declarara la comisión con conciencia y voluntad por parte de un sujeto de una conducta cuya ejecución hubiera estado prohibida por la ley.

Bajo el régimen tutelar los menores de edad eran sometidos a *medidas educativas*, que a pesar de su denominación eran verdaderas penas, consistentes en claras restricciones de sus derechos. El nombre que se le asigne a la pena en la norma jurídica puede ser variado, pero su esencia, la aflicción, el sufrimiento que produce en el individuo es lo que la define.

Las dimensiones deontológicas de la pena

En el plano político-jurídico la pena remite a la noción de sanción y se fundamenta en un juicio de reproche que merece hacerse a un individuo por una determinada conducta. Este reproche solamente es válido, legítimo, cuando se realiza en un marco de supuestos normativos predeterminados y aceptados por el conjunto de la sociedad. La pena es entonces castigo, es la respuesta a un obrar apartado de los criterios de justicia definidos

por la comunidad y es en este contexto de lo sancionatorio que la pena encuentra su sentido y fundamento más primario.

Las modernas configuraciones político-institucionales a las que habitualmente nos referimos como Estado de Derecho encuentran su principal fundamento de legitimidad en el consentimiento prestado por quienes están obligados a cumplirlo. La intervención sancionatoria es legítima cuando se configura la hipótesis de una ruptura del pacto social.⁵³ Cuando el sujeto consciente y voluntariamente actúa en la trasgresión de alguna de las normas del pacto, recibe un castigo. Cuando ha podido optar por la conducta normativamente exigida y no lo hizo.

El sentido de la pena

La pena debe ser entendida como **retribución**, porque es el sentido que más se ajusta a los principios de justicia, en tanto coloca en el centro de la intervención el acto lesivo del pacto y respeta el libre albedrío con el que actuó la persona, *pagando* de esta forma el daño que ocasionó a la comunidad.

La exigencia de conciencia y voluntad impide que se castigue a aquel individuo que no haya actuado libremente. No resulta legítimo castigar a una persona que actúe total o parcialmente compelido por causas ajenas a su voluntad o que no haya tenido oportunidad de actuar la norma.

⁵³ BECCARÍA, Cesare, “La primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra adicional, por consiguiente ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.”, *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III Madrid, 2015. http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1

El grado de autonomía con el que actúa la persona es determinante de su culpabilidad o inocencia. Hay condiciones sociales e individuales que afectan el libre accionar de los individuos y que deben ser tomadas en cuenta para atemperar el reproche, nunca para aumentarlo. Cuando esto último ocurre el castigo deviene injusto, porque se castiga más al sujeto por sus condiciones personales desfavorables que por su conducta, las que a su vez han orbitado negativamente en el desarrollo de sus potencialidades intelectuales, culturales y afectivas y que de alguna manera han incidido en la incursión delictiva.

El castigo, al decir de Kant⁵⁴, no resulta ofensivo para el sujeto porque este actúa libremente, elige delinquir, por lo tanto la pena es un castigo justo que retribuye el daño causado. Esta es una afirmación que excluye del análisis, de la ponderación del castigo, cualquier consideración de las circunstancias que efectivamente acotan los márgenes de libertad de las personas. Hay circunstancias vitales que las colocan en situaciones en donde la decisión de optar por uno u otro camino están ya determinados por factores ajenos a la voluntad de aquellas, inhibiendo de esta forma el libre albedrío.

En contraposición, **el principio de la reforma** entiende que la pena debe ser, más que un castigo, una oportunidad para modificar, transformar la conducta de la persona para que esta no vuelva a delinquir. Este principio colide con el sentido de justicia⁵⁵ en tanto pretende legitimar la intervención punitiva sobre aquellas personas que por encontrarse en situaciones más desventajosas desde el punto de vista social, cultural, económico, familiar o emocional, reciben un castigo más severo porque se necesita reformar, modificar o alterar su conducta.

Si se considera que hay que someter a una persona a un *tratamiento* para que modifique ciertos aspectos de su subjetividad

⁵⁴ KANT, Immanuel. “[...] Nadie sufre un castigo porque lo haya querido sino porque ha querido una acción punible; en efecto cuando a alguien le sucede lo que quiere, no hay castigo alguno [...]”, página 170, *La metafísica de las costumbres*.

⁵⁵ HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*. Traducción: Jorge Vigil. Ed. Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1994.

que lo llevan a infringir la ley penal, es porque se entiende que se está frente a un individuo con ciertas características psicológicas, emocionales o sociales que lo predisponen de alguna manera a cometer estas inconductas; en esas hipótesis corresponde que se morigere el castigo, porque esas características de su personalidad son inhibitoras del grado de responsabilidad que le cupo en el acto. Si el sujeto está determinado de una u otra manera a ejecutar un acto de ruptura con la ley no le cabe reproche a alguno.

Otro aspecto que resulta cuestionable de la aplicación del principio de reforma es que dentro de un orden social que tiene como pilar axiológico la libertad de las personas, el Estado interviene coactivamente sobre la personalidad del individuo con el objetivo de reformar su subjetividad. No está en cuestión la legitimidad del Estado, de la comunidad para intervenir coactivamente e imponer un castigo en los casos que se infringe la ley, pero sí resulta esencial reconocer que existe un límite en las acciones de transformación del individuo sujeto a una sanción penal.

La intervención a que da lugar una sanción penal no debe responder a una representación cosificadora del individuo. El límite a esta intervención debe encontrarse en la dignidad de la persona, en tanto esta tiene el derecho a que el Estado no se entrometa en las zonas de su subjetividad profunda, aquellas que tienen que ver con su forma de sentir y concebir la vida, en definitiva con la esencia de su ser. La aplicación del principio de la reforma, que da origen a las teorías llamadas “re” (re-habilitación, re-educación, re-socialización) persigue en esencia castigar al sujeto por lo que es y no por la conducta que ha cometido.

Otro aspecto que aleja aún más esta concepción de la pena del sentido de justicia es que nadie está en condiciones de conocer cuánto tiempo de castigo se necesita para reformar a una persona, la pena es impuesta de acuerdo a parámetros subjetivos derivados de las condiciones personales y no de aquellas circunstancias objetivas de la conducta y del daño o lesividad causado; lo que se da de bruces con los principios de proporcionalidad de igualdad y justicia en cuanto dos individuos colocados en una misma situación

delictual pueden llegar a ser castigados de manera distinta según las características personales de cada uno.

Además de este principio de la reforma que se acaba de reseñar, otras teorías también tratan de darle a la pena un sentido, que van más en la dirección de dar cuenta de la función que la misma cumple, estas son las llamadas *teorías preventivas*, que consideran que el castigo lleva implícito un mensaje dirigido a la sociedad en su conjunto (prevención general). La pena así entendida viene a cumplir la función de prevenir el acometimiento de conductas delictivas ya sea por temor a la sanción⁵⁶ o por el efecto positivo que produce en la comunidad el hecho de saber que el sistema funciona cuando es trasgredida alguna de sus normas.⁵⁷

Pero la función primordial de la pena en estas teorías de la *prevención* está dirigida a quien comete el delito, en este caso el castigo opera como una contención a la reiteración de la conducta delictiva, presentándose el mismo como una oportunidad para la reforma.

Como se puede observar, el principio de reforma está presente en la teoría de la *prevención especial positiva* que le da a la pena una función re-educativa; el castigo deja de ser el método por el cual se sanciona a un sujeto que ha cometido un delito, que actuó con conciencia y voluntad, dentro de parámetros racionales de libre albedrío, para transformarse en una instancia coactiva de intervención para reformar al sujeto para que no vuelva a delinquir. Tal como se expresara *ut supra*, en este caso, la intervención del Estado deviene en injusta, porque quien se encuentre en mejores condiciones sociales, culturales, emocionales, recibirá un castigo más benigno que aquel que está rodeado de circunstancias adversas y su condición de vulnerabilidad social le impide actuar como lo indica la norma.

La prevención especial presenta al castigo como una oportunidad que el Estado, la sociedad, tiene para realizar una intervención

⁵⁶ Teoría de la prevención general negativa.

⁵⁷ Teoría de la prevención general positiva.

coactiva reformadora del sujeto, humanizando la pena, mostrando el lado *bueno* del castigo, y pierde de vista que cuando una persona actúa a impulso de circunstancias vitales en las que está colocada no puede ser merecedora de un reproche, por el contrario atendiendo a esas circunstancias fácticas en las que el sujeto desenvuelve su vida ya sean materiales, psicológicas, familiares o emocionales, que afectan su libre albedrío, que lo llevan a actuar de manera contraria a lo que se espera de él o a lo que dicta la norma, es que debe atemperarse o excluirse la intervención punitiva.

Cuando una persona está colocada en una situación tal que le impide gozar de igual grado de libertad para tomar decisiones que otro individuo, la intensidad del reproche no debe ser la misma. El reproche penal debe ser proporcional al margen de libertad que tuvo para actuar la persona, no puede sometérsela a un castigo más severo recurriendo al *velo de bondad* de un *iluminismo penal* que lo reclama a fin de reformar al individuo.

Aquellos *benefactores* de la humanidad, que se horrorizan con la palabra pena, castigo o sanción y postulan intervenciones punitivas con *la finalidad de hacer un bien*, de transformar *al malo en bueno*, socavan las bases mismas de la justicia, en tanto someten a los más desvalidos a largas condenas en las que solo reciben los mendrugos de la caridad social. Estos discursos de forma más o menos intencionada tienen por efecto fundamental el propiciar y legitimar un conjunto de praxis de intervención que resulta una verdadera perversión del sistema penal que desplaza su teleología de la resolución de algunos acontecimientos sociales al control de determinados segmentos poblacionales.

En el ámbito del derecho penal juvenil, el sentido de la pena que ha tenido una aceptación cuasi hegemónica a nivel de lo discursivo, de las soluciones legislativas y de las praxis institucionales de intervención, es el de la teoría de la reforma y de la prevención especial positiva.

En este marco, la legitimidad de la intervención punitiva está dada por la necesidad de *reformar* al adolescente, de *re-educarlo*;

circunstancia que torna difícil, casi imposible fijar los límites de la intervención, en tanto esta se realiza por el *bien* del adolescente.

Al *bien* no se le pone límites, ¿cómo restringir la labor del Estado cuando está orientada a ayudar al joven? ¿A darle armas para que se defienda en la vida? El discurso educativo no se condice con la noción de límite a la intervención porque la intensidad de la intervención dependerá de *las necesidades del chico*.

Cuando solo a partir del reconocimiento –por más loable que sea el fin que se persiga– de que toda intervención del Estado sobre la vida de una persona que tenga por objeto someterla a una restricción en el ejercicio de sus derechos posee una eminente naturaleza aflictiva cobra sentido la existencia de límites de la intervención. La ayuda no tiene otra causa de justificación que la necesidad del asistido, pero si la acción estatal es en su naturaleza portadora de aflicción entonces habrá que apelar a algún presupuesto de legitimación, y este viene dado por el reproche.

El edificio jurídico que estructura la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁸ está formulado a partir del reconocimiento de que toda restricción de derecho es una aflicción, es esta conceptualización, esta valoración, la que justifica uno de los componentes esenciales del proyecto político que aquella persigue: la construcción al interior de los Estados Partes de un sistema penal vertebrado por los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y especialidad que le ponga límites a la intervención arbitraria del Estado en la vida de las personas menores de edad y concomitantemente racionalice el despliegue del poder punitivo.

Es por ello que se puede sostener que el discurso educativo no es congruente con la Convención; esta solo alude a la cuestión educativa para señalar la teleología que ha de perseguir el Estado cuando este debe ejecutar una sanción. De ello la única consecuencia que se desprende es que pesa sobre los estados el deber de desarrollar

⁵⁸ Aprobada en la Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 44/25 en noviembre de 1989. Ratificada por la República Oriental del Uruguay el 28 de setiembre de 1990.

en ocasión de la sanción una intervención orientada a potenciar la subjetividad del adolescente.

En la privación de libertad, el Estado tiene el deber de proteger el ejercicio de los demás derechos que no han sido conculcados en la sentencia⁵⁹ de todas las personas sometidas a su guarda. La obligación principal del custodio es la de proteger la integridad física y emocional de los adolescentes, preservar su privacidad, garantizar el fluido contacto con la familia y la comunidad, y realizar las acciones conducentes para que la intervención coactiva no se transforme en un mero ejercicio de poder abusivo.

La cuestión educativa adquiere sentido en este contexto cuando la misma está orientada a promover en el joven una actitud de respeto hacia sus propios derechos y los de los terceros. Solamente se podrá lograr que el adolescente comprenda el desvalor de su conducta si la intervención se hace partiendo de la base del respeto a la dignidad del individuo sometido a dicha intervención. Únicamente con acciones que estén impregnadas de tolerancia al ser distinto, de respeto a la autonomía del sujeto, de reconocimiento de la subjetividad del otro, se podrá intentar el proceso de carácter de educativo.

Los presupuestos de legitimidad del reproche penal

La Convención obliga a los Estados Partes a la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Esto significa que los estados tienen la obligación de garantizarles las condiciones fácticas para que los niños se desarrollen física, intelectual y emocionalmente de forma tal que puedan ejercer sus derechos y responsabilidades de acuerdo a la edad que van transitando.

A medida que van creciendo deben ir adquiriendo las competencias y destrezas intelectuales, culturales y sociales que

⁵⁹ Dimensión cualitativa del principio de legalidad.

les permitan asumir el ejercicio progresivo de sus derechos. Es deber del Estado garantizarles a los niños y a sus familias un piso de bienestar que sirva de plataforma fáctica para la exigibilidad de sus responsabilidades.

Un buen sistema de protección social que garantice los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y de sus familias a través del acceso igualitario a los bienes y servicios que le aseguren su pleno desarrollo personal, es condición de legitimidad para el despliegue del poder punitivo.

Cuando el Estado ha cumplido con su obligación de satisfacer los derechos de los niños a crecer en su familia biológica, a morar en una vivienda digna, a acceder servicios de salud y de educación de calidad, a alimentarse adecuadamente, entonces puede reprochar penalmente la conducta en la que incurran aquellos adolescentes que estén en condiciones de autodeterminarse.

La intervención punitiva debe ser mínima y acotada en el tiempo y la legitimidad radica en la conducta desplegada por el joven y no en sus características personales o carencias afectivas, educativas o sociales. Estas últimas son consecuencias de los déficits en el cumplimiento de las obligaciones que el Estado tiene de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales del niño y de la familia que en todo caso deben servir para disminuir el reproche y nunca para incrementar el castigo o para justificar la intervención. A contrario *sensu* de lo que se deduce del discurso educativo la intervención penal no es el medio para solucionar los problemas de la infancia. El único cometido del sistema penal es el de administrar el castigo, racionalizar y limitar el despliegue del poder punitivo.

TÍTULO 2.º

EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

SUSANA FALCA

El principio de la excepcionalidad de la privación de libertad ♦ La especificidad o especialización de la intervención penal ♦ Conceptos ♦ Las inadecuadas soluciones legislativas ♦ Una razonable hermenéutica acorde a los demás principios consagrados en la Convención ♦ Cuándo debe proceder la privación de libertad ♦ La conducta como parámetro definitorio ♦ Las sanciones no privativas como regla ♦

El principio de excepcionalidad de la privación de libertad ♦ Especificidad ♦ Conceptos ♦

La Convención sobre los Derechos del Niño prevé dentro del elenco de sanciones aplicables a las personas menores de edad la

privación de libertad. Preceptúa que esta sanción debe aplicarse como último recurso y por el menor tiempo posible, artículo 37⁶⁰.

Esta disposición es uno de los pilares que estructuran el derecho penal juvenil. Hay consenso en la doctrina latinoamericana –al menos– de que la privación de libertad debe ser utilizada de forma excepcional.

Las legislaciones vigentes en la región, en la generalidad de los casos, han optado por la mera enunciación del principio y por otorgar a los magistrados amplios márgenes de discrecionalidad para determinar la naturaleza y el *quantum* de la respuesta sancionatoria. Solución legislativa que habilita la implementación de una política criminal por parte de los órganos jurisdiccionales caracterizada por un uso excesivo de la privación de libertad. Praxis inadecuada al estándar establecido en el tratado en cuanto la privación de libertad se torna una sanción comúnmente aplicada a cualquier tipo de conducta penalmente tipificada, trasgrediendo la racionalidad de la intervención punitiva del Estado consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La especificidad o especialidad en materia penal adolescente debe reflejarse expresamente en todas las instancias de la intervención y la solución legislativa de la consagración del principio de excepcionalidad de la privación de libertad debe estar en consonancia con dicha racionalidad.

Este principio de excepcionalidad está consagrado en relación a los delitos y no a la persona del adolescente, de lo contrario se estaría afirmando que el derecho penal juvenil es un derecho penal de autor. Cualquier otra forma de interpretar el principio de excepcionalidad resulta en extremo poco razonable en tanto se trata de una exégesis que contraviene otros principios que deben estructurar el sistema penal juvenil: legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, así como el de igualdad y justicia.

⁶⁰ Los Estados Partes velarán por que: b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

La determinación de cuáles son los delitos que ameritan la privación de libertad no puede hacerse sin tomar en cuenta que el derecho penal juvenil tiene como ámbito de aplicación subjetivo a las personas menores de edad y que estas se encuentran en pleno proceso de construcción de su subjetividad, inmersas en un contexto familiar y social que influye en ese proceso de desarrollo personal. Su capacidad cognitiva, emocional e intelectual, es menor y que, por tanto, está disminuido su grado de comprensión de las situaciones en las que se coloca, y de ponderación de las consecuencias que su conducta produce o puede llegar a tener para sí o para terceros. Por estas mismas circunstancias el reproche debe ser morigerado tomando como parámetro de medición el reproche penal que se le realiza a una persona adulta.

El régimen sancionatorio que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño está compuesto por una batería de sanciones que privilegian la permanencia del adolescente en su medio familiar y comunitario. La sanción tal como se la define en el anterior capítulo es una medida que restringe derechos, y en el caso de las sanciones no privativas de libertad se afecta también la libertad de la persona en tanto esta tiene la carga de realizar una conducta impuesta por el magistrado como consecuencia de su accionar ilegítimo. La circunstancia de que la sanción se cumpla en un medio abierto no hace que pierda su carácter aflictivo.

En este contexto adquiere sentido el principio de la excepcionalidad de la sanción privativa de libertad para los adolescentes.

Operativización del principio de excepcionalidad

La manera correcta de operativizar este principio es a través de la definición legal de las conductas típicas antijurídicas pasibles

de ser castigadas con la privación de libertad y simultáneamente la consagración expresa de la no aplicación –bajo ningún concepto– de sanciones privativas de libertad frente al resto de las conductas definidas como antijurídicas.

El incumplimiento de las sanciones no privativas de libertad no debe ser utilizado como causa legitimadora de la posterior privación de libertad. La praxis al respecto es lo opuesto a lo que acá se plantea y esto trae como consecuencia la violación del principio de excepcionalidad y empíricamente se está erigiendo el incumplimiento en una nueva figura penal, contrariando a su vez el principio de lesividad.⁶¹ Cuando un adolescente incumple una sanción de esta naturaleza la única explicación razonable no es la falta de voluntad del adolescente, la desafiliación puede encontrarse también entre otras causas derivadas de los déficits que pueda presentar la intervención punitiva diseñada para la ejecución de la pena.

La selección de las conductas pasibles de recibir una sanción de privación de libertad debe hacerse teniendo en cuenta el bien jurídico afectado y la lesividad de la misma.

¿Cuál es el bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico que cuando se lo agrede, merece como castigo una sanción tan grave como la privación de libertad?

Si bien se trata de una cuestión compleja de precisar, es posible definir en el plano dogmático una categoría de delito calificado como gravísimo que ameritaría la aplicación de una sanción privativa de libertad.

Parece poco discutible que dicha categoría comprenda a las conductas que comprometan el derecho a la vida y que afecten la integridad física, que vulneran significativamente la libertad sexual

⁶¹ Código de la Niñez y de la Adolescencia. Artículo 86. (Aplicación).- Las medidas privativas de libertad solo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas. También podrán aplicarse a los adolescentes que, habiendo sido declarados por sentencia ejecutoriada responsables de una infracción, incumplen las medidas adoptadas por el Juez.

o que importen una restricción grave y continuada en el tiempo de la libertad personal.

Todos los demás delitos deben estar excluidos expresamente del elenco de conductas antijurídicas sancionadas con penas que impliquen la reclusión. Entre ellos, la figura que en nuestro Código Penal define como rapiña.

Como todo principio, el de la excepcionalidad de la privación de libertad requiere antes de ser operativizado ser dotado de un contenido dispositivo concreto. La privación de libertad debe ser excepcional, habrá que definir entonces cuáles son las excepciones. De ello depende la definición de las hipótesis en las que proceda la aplicación legítima de una sanción privativa de libertad.

La definición del elenco de excepciones es una labor impuesta al dogmático por el propio tenor del texto del tratado. Esta tarea de construcción desplegada en el orden de lo hermenéutico y dotada de vocación dogmática debe desarrollarse teniendo presente toda la sistemática de garantías que la Convención sobre los Derechos del Niño establece y los principios generales que la estructuran: proporcionalidad, legalidad, igualdad. Por tanto no cabe duda razonable de que las excepciones han de remitirse al plano de lo objetivo, al ámbito de las conductas.

Sin embargo, esta interpretación del principio de la que se hace apología en el plano retórico, no se ve reflejada en las soluciones legislativas, en tanto toda conducta tipificada en el Código Penal es actualmente aplicable a los adolescentes y es pasible de ser castigada con la reclusión y cualquier incumplimiento de una sanción no privativa de libertad es sancionada con la privación de libertad, así como la personalidad del adolescente se transforma en un elemento a ser tenido en cuenta a la hora de determinar la aplicación de dicha sanción.⁶²

⁶² Por expreso mandato del legislador, artículo 91 inciso 3.º: “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”.

La legislación penal en esta materia apoyada en proposiciones devenidas de la teoría de la prevención especial positiva, han optado por estas soluciones en las que predomina la valoración de la personalidad del adolescente inculcado a la que se subordina el juicio en torno a la conducta desplegada por él. Esto trae aparejado que los establecimientos de privación de libertad estén colmados de adolescentes que han padecido situaciones familiares, sociales y culturales muy complejas y que en muchos casos han cometido delitos que no ameritarían la sanción del encierro.

El debate en el proceso acerca de la conducta desplegada por el adolescente que debe girar en torno a su participación efectiva en el acto antijurídico que se le imputa es sustituido por una deliberación acerca de las condiciones sociofamiliares en las que desarrolla su vida. Lo que da lugar al despliegue de una praxis punitiva discriminatoria que castiga con mayor intensidad a los adolescentes pobres y trata con más benignidad a aquellos que han tenido mayores oportunidades.

Las condiciones materiales, sociales y familiares del joven deben ser valoradas en todo caso de acuerdo a la teoría de la culpabilidad, es decir analizar las posibilidades que tuvo de motivarse en la norma, si le fue posible al adolescente actuar de manera distinta a la que actuó. Si del análisis de la situación fáctica surgen elementos que hacen posible concluir que esas circunstancias orbitaron en el sentido de disminuir el margen de autonomía del joven para actuar de acuerdo a las exigencias de la norma, el reproche entonces debe morigerarse.

Bajo el fundamento de la *necesidad* educativa se define normativamente y se despliega en el plano fáctico un modelo de intervención estatal a través del cual se pretende atemperar algunos efectos generados por los déficits de las políticas sociales mediante la aplicación de acciones *de contención, disciplinamiento y educación* desarrolladas por la institucionalidad penal. Se reproducen de esta manera las lógicas propias del modelo tutelar, que reviste una intervención de carácter punitivo con un ropaje discursivo tuitivo, que termina por legitimar un mayor castigo sobre aquellos adolescentes que han tenido menos oportunidades.

Por ello resulta razonable y acorde a la sistemática de la Convención sobre los Derechos del Niño remitir la excepcionalidad al ámbito de las conductas. Las situaciones excepcionales que de acuerdo al tratado ameritan la aplicación de la privación de libertad son aquellas en las que aparecen comprometidos el derecho a la vida y la integridad física o que agreden de forma significativa y continuada en el tiempo el derecho a la libertad personal.

Una exégesis que remita la noción de excepcionalidad a la personalidad del adolescente y a sus circunstancias vitales habilita el despliegue de praxis de intervención punitiva que derivan contrarios a los principios fundamentales que estructuran la Convención sobre los Derechos del Niño y todo el sistema universal de protección de los derechos humanos.

Resulta imperiosa la sanción de un marco legislativo que operativice el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, en función del criterio hermenéutico que se propone en tanto es el único que está acorde con los principios de igualdad y de justicia. Mientras esta circunstancia no se dé, los tribunales han de interpretar estos principios de forma acorde, coherente con la racionalidad que propone la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera que la privación de libertad se aplique solo en aquellos casos que se haya cometido un delito que comprometa los bienes jurídicos fundamentales de las personas,⁶³ que el mismo haya sido producto de la decisión autónoma del adolescente y que las circunstancias vitales del mismo hayan servido para evaluar el verdadero alcance del grado de autonomía con el que actuó.

La construcción de un verdadero derecho penal juvenil comienza con una política legislativa que defina un elenco de conductas típicas, antijurídicas, pasibles de ser realizadas por las personas menores de edad, que contemple las características de la población a la que está dirigida en cuanto a su capacidad disminuida de comprender

⁶³ Es decir, aquellas conductas que *ut supra* se calificaron como gravísimas: que afectan el derecho a la vida, la integridad física, que vulneran significativamente la libertad sexual o que importen una restricción grave y continuada en el tiempo de la libertad personal.

la antijuridicidad del acto y al grado de autonomía efectiva con el que actuó, y fundamentalmente que defina en cada una de las conductas la sanción que merece, teniendo presente que todas las conductas que no atenten contra los derechos fundamentales de las personas, tal como aquí se han definido, no podrán ser castigadas con penas privativas de libertad.

La acción legislativa hasta ahora ha seguido un camino errático salpicado de equívocos y de graves contradicciones con el texto convencional, no obstante una praxis de intervención jurisdiccional estructurada en función de una dogmática razonable, el principio de excepcionalidad de la privación de libertad podría contribuir en mucho a racionalizar la intervención punitiva sobre las personas menores de edad.



TÍTULO 3.º

LA PULSIÓN EDUCATIVA Y LA HUIDA HACIA LO JURÍDICO

FABIÁN PIÑEYRO

El *ethos* posmoderno ♦ La apelación al derecho ♦ Las demandas sociales y las respuestas políticas ♦ Entre la frustración y la revisión permanente ♦

En un contexto de creciente pesimismo histórico y antropológico el sentido mismo de la moralidad ha entrado en crisis. El hombre parece no hallar los marcos referenciales a partir de los cuales dotar de sentido las praxis de producción de normatividades sociales ni basamento en el que legitimar su validez y obligatoriedad.

La crisis del deber ha dado lugar a la emergencia de una eticidad de cariz hedonista e individualista que no logra suplir el *vacío normativo* provocado por el resquebrajamiento de la moral, porque en esencia la eticidad opera en las instancias de definición y producción de las subjetividades pero no en el orden de la construcción de entramados normativos que regulen la convivencia. Producto del desvaneciendo de la noción de *semejante* la moral se disuelve en una explosión de diversas eticidades.

El anhelo por liberar al individuo alcanzó al terreno de la moral; cuando la noción misma de proyecto colectivo comenzó a

desvanecerse el hombre quedó solo, desde ese enclave *solipsista* la moral fue *pensada* como un obstáculo a la libertad del individuo. Se configura así un cuadro de amoralidad que produce en las personas anomia y ansiedad normativa, la que se pretende calmar con el suministro de altas dosis de juridicidad.

Se produce entonces una huida hacia el derecho,⁶⁴ expresión de una fe ciega en las capacidades que la institucionalidad política tiene para operar como instancia ordenadora de la convivencia social. El derecho es imaginado como un mecanismo omnipotente y eso ocurre paradójicamente cuando la fuente que le sirve de sustento último, el consenso moral, se desmorona.

Tiene lugar un desplazamiento de escena que reconfigura los límites entre el espacio público y el privado. Toda una nueva colección de asuntos ingresa a la escena del debate público, la sociedad espera que desde el Estado se de respuesta satisfactoria a un conjunto de problemáticas que afectan el convivir social como consecuencia del resquebrajamiento del sentido del deber.

El individualismo inherente a la eticidad hegemónica disgrega a los viejos vehículos de solidaridad, la comunidad, la familia, el barrio y redefine los sentidos del vínculo, desdibujando el cuadro de responsabilidad. La relación, el encuentro con el otro, se piensa y se define en función de una lógica instrumental, ahora los vínculos también tienen que *rendir*. Por eso los territorios en que se anudan y se tejen relaciones por fuera de los marcos del derecho se acotan.

El sentido del deber para con los otros está puesto en entredicho, se busca constantemente el reaseguro de la coacción, la norma jurídica aparece entonces como la única capaz de asegurar que el otro va a cumplir con sus obligaciones.

Este desplazamiento hacia el ámbito del derecho se sustenta en la sobrerrepresentación de las capacidades de gestión de los asuntos sociales que posee el gobierno. Por ello se activan procesos de producción de demanda y oferta de política pública que se

⁶⁴ HELER Mario. "La ley y la trampa". *Revista Relaciones*, número 171. Montevideo, agosto 1998.

desarrollan ajenos a toda preocupación por la posible *sobrecarga* de los circuitos de gestión estatal. Se espera que el Estado asuma la resolución de toda una nueva gama de problemática social, subrogando en sus funciones a la familia, a la comunidad y al barrio. Las políticas públicas pasan a ser las responsables de que todo un amplio conjunto de procesos colectivos e individuales tenga un feliz desenlace.

Esta sobrerrepresentación de las capacidades que el Estado tiene para operar como instrumento regulador de la convivencia social, aunque resulte contradictorio, es contemporáneo con el estatuto de privilegio que se le ha conferido al mercado como instancia reguladora de la distribución de bienes y servicios.

El Estado tiene que tener respuesta, tiene que calmar las ansiedades normativas, asegurar que las personas cumplan con sus deberes, subrogar en sus actividades a varias instancias de socialización pero lo debe hacer sin alterar las pautas distributivas con las que opera el mercado, ¿qué herramienta le queda entonces al Estado?, la coacción, la que aparece como el único remedio eficaz a todos los males sociales.

La hegemonía de ese imaginario colectivo explica los altos niveles de sobreexpectativa social que existe en torno al funcionamiento de diversas instituciones estatales. De estas se espera la solución de un conjunto de problemáticas a las que por su propia ontología el Estado no puede dar adecuada respuesta. Lo que genera un ánimo de insatisfacción en el público y de frustración en los operadores institucionales que termina por manifestarse en propuestas de revisión que vuelven a alimentar las expectativas sociales y las consiguientes frustraciones.

El debate, las instancias de discusión abiertas como consecuencia de las formulaciones de las propuestas de revisión, se desarrolla vertebrado siempre por la ya anunciada consigna, propender a toda costa a la solución del problema mediante una intervención estatal que valiéndose del monopolio que este goza en materia de coacción se desenvuelva sin alterar significativamente las pautas redistributivas del mercado.

Es así como la respuesta se busca siempre a través de la activación de nuevos mecanismos de control y disciplinamiento social. En este cuadro, la apelación al expediente penal se vuelve muy tentadora. De manera que se produce una inflación cuantitativa y cualitativa del aparato de control penal que es proporcional a las expectativas que la sociedad se genera en torno a los efectos *benéficos* que la operativa penal pueda producir.

La generación de estas *sobreexpectativas* sociales termina impactando en el sistema penal, tanto en el plano orgánico-institucional como en el de su operativa.

Siempre sensible a las inquietudes sociales los decisores terminan por atribuirle al sistema penal una amplia gama de funciones que este finalmente las asume condicionado por las demandas *de arriba* y las expectativas de *abajo*.

Esta sobrecarga de responsabilidades y de expectativas se manifiesta no solo respecto del aparato penal sino que también alcanza a todas las agencias estatales que por la naturaleza de sus funciones pueden arbitrar el despliegue de instrumentos de disciplinamiento y de control, como el sistema de protección social y la escuela.

La sobrerrepresentación de las capacidades del sistema penal se manifiesta de manera aún más intensa en el campo de la intervención punitiva adolescente. Ello es consecuencia de la forma en que la sociedad percibe al sujeto adolescente y al adolescente *delincuente*. Su subjetividad es concebida como más maleable que la del adulto, por lo tanto se inclina a generarse más "*esperanzas*" en las capacidades del sistema de arbitrar mecanismos mediante los que remodelar la subjetividad del joven.

En función de una relativa correlación estadística entre la debilidad del entramado vincular familiar y el delito adolescente se tiende a establecer sin ningún otro fundamento de orden epistémico una imbricación etiológica entre ambos fenómenos desconociendo la amplitud y diversidad de los factores intervinientes.

Esta operación pretendidamente heurística sirve para camuflar otra, que más que relacionada con la aprehensión cognitiva de un segmento de la realidad, está vinculada con la necesidad de construir un discurso de justificación a todo un conjunto de praxis de intervención, con el que se pretende responder a las expectativas presentes en la sociedad en torno a la capacidad del sistema penal para enderezar los entuertos que produce el predominio de una eticidad hedonista e individualista en los sectores más vulnerables en términos económicos, sociales y culturales, imponiéndole a estos grupos un *código de moralidad familiar* al que los sectores con colocaciones más privilegiadas en la estructura social han renunciado.

La sociedad desconfía de la capacidad ordenadora de la moral, por eso *piensa* que el proceso de introyección de las normas de la convivencia social debe operarse “*desde afuera*” y de forma coactiva. Cuando las posibilidades de obtener gratificaciones resultan en extremo acotadas, el dominio sobre la subjetividad operado mediante la reconducción de los estímulos se torna poco eficaz, por eso en estos casos el proceso ha de desarrollarse de forma abiertamente *compulsiva* mediante el control físico de la persona.

Este es el fundamento muchas veces no dicho que se esconde tras la atribución al sistema penal y a todo otro conjunto de instituciones de competencias y funciones de orden pedagógico-moralizante.

Ello explica la estructuración de una malla institucional de control y disciplinamiento que se canaliza a través de acciones de corte represivo asistencial. Mecanismos que se adecuan a la consigna antes aludida de que el Estado debe suplir las carencias devenidas de la crisis de diversas instancias de socialización a través del despliegue de acciones que no importen una alteración significativa en las pautas distributivas impuestas por el mercado. Esto redundará en una grave distorsión de la operativa del sistema penal y de toda otra gama de instituciones. La imposibilidad fáctica de que las mismas puedan atender las problemáticas cuya solución le es exigida por la sociedad determina que proliferen

proyectos cuyos contenidos refieren siempre a la transformación de algún aspecto de estas instituciones. Un ansia de revisión cuasi permanente que se manifiesta ajena al carácter limitado de las capacidades de gestión estatal y de la imposibilidad objetiva de atender determinadas problemáticas si no es alterando las pautas distributivas del mercado.

En el sistema penal juvenil esta ansia de cambios devenida del sentimiento de constante frustración por los *déficits* del sistema se ha manifestado con peculiar virulencia en nuestro país y en el conjunto de América Latina. En los últimos quince años se ha planteado gran número de proyectos de cambio tanto de carácter normativo como institucional, muchos de los cuales han sido puestos en práctica sin que por ello se haya desvanecido el sentimiento de frustración que la operativa del sistema produce en el público y en los propios actores institucionales y ello porque con estos proyectos se pretendió alcanzar objetivos que son ajenos al sistema penal.

El único efecto tangible de todo esto ha sido la distorsión de la operativa penal que ha ambientado praxis de control punitivo arbitrarias e ilegítimas y provocado la sustitución de la narrativa deontológica por otra colección de discursos de corte fenomenológico que han pasado a ordenar los modos de pensar y de actuar del sistema penal subordinando el anhelo de justicia a los imperativos de la eficiencia social. Las principales consecuencias de ello han sido el *engrosamiento* del aparato penal, la intensificación de las respuestas punitivas y una mayor segmentación y selectividad de la operativa penal.

TÍTULO 4.º

EL DISCURSO DE LA EFICACIA Y EL DISCURSO DE LA JUSTICIA EN EL DEBATE PENAL

FABIÁN PIÑEYRO

La ontología de lo penal ♦ El pensar fenomenológico ♦
El pensar deontológico ♦ Lo penal y los sentidos de la
dignidad humana ♦

Dos maneras distintas de *pensar* el hecho penal se tensionan en los discursos expertos, en los relatos normativos, y en la propia textura del cuadro de preceptos que estructura la institucionalidad penal y su operativa.

Estas dos maneras de *pensar* se expresan y a su vez remiten a dos formas distintas del discurso, a la del relato fenomenológico y a la de la narrativa prescriptiva de cuño deontológico o axiológico.

Esta tensión se manifiesta en todos los niveles, en el campo normativo, tanto en las disposiciones de raigambres nacionales como internacionales, en el ámbito de las praxis concretas de intervención, así como en el territorio de las opiniones, del discurso político y en la voz de los expertos.

La cuestión penal es en su esencia y por su propia genealogía un asunto que se inscribe, se imbrica, en el orden de lo axiológico o de lo deontológico.

En su acepción más primaria el hecho penal refiere a la retribución, al castigo del que eventualmente una persona es merecedora como consecuencia de un obrar reprochable. En este contexto lógico-epistémico el relato penal y las praxis de intervención se construyen desde la centralidad de la conducta antijurídica. El reproche, la punición se legitima en la decisión del individuo de trasgredir una norma básica del pacto de convivencia social.

En el contexto lógico-epistémico de raigambre fenomenológica el delito es visualizado desde la perspectiva de la preocupación por sus efectos sobre el conjunto de la sociedad y sus dinámicas. La conducta pierde centralidad. La misma es *pensada como síntoma*. La punición es concebida mayormente como una instancia del orden de lo profiláctico. El castigo ha de curar, se trata de sanar al individuo y con ello a la totalidad *del cuerpo social*.

La opción por una u otra de estas formas de pensar lo penal no resulta neutral en términos ideológico-políticos. La inscripción de la cuestión penal en el universo de lo valorativo responde a una antropología y a una simbolización en torno al vínculo de cada persona con la comunidad edificada a partir del reconocimiento de que cada individuo *es un fin en sí mismo*.

La intervención penal pensada desde el orden de lo fenomenológico deriva siempre en instancias de reificación. El individuo deja de ser tratado como un fin en sí mismo, su conducta no es valorada en sí misma, sino en relación a sus efectos disfuncionales en la vida de la comunidad. Es esta la que aparece elevada a la condición de fin último como consecuencia de una operación que le confiere *al colectivo social* un estatuto ontológico que le otorga una *realidad* que trasciende su único registro de orden empírico, que es la simple sumatoria de vínculos individuales.⁶⁵

⁶⁵ Lo que no implica una negación de los procesos de producción de objetos

Hasta cierto punto se puede afirmar que en los albores de la Modernidad el hecho penal fue pensado como una cuestión esencialmente vinculada al problema de la justicia, a una particular forma de justicia, la de tipo retributiva. Y que en el algún momento, lo penal fue capturado por los saberes fenomenológicos, procesándose un desplazamiento de la cuestión penal del ámbito de la justicia al territorio de la *tecnología social*. Este desplazamiento, esta captura se explica por la crisis de la antropología liberal, devenida de la necesidad de justificar las profundas desigualdades sociales producidas en la primera era industrial en supuestas diferencias constitutivas entre los individuos.

En un tiempo cuando la religión estaba perdiendo su capacidad para ordenar los modos de pensar y servir de justificación a la eticidad hegemónica, la sociobiología se convirtió en un expediente útil con el que justificar el dominio colonial y las desigualdades al interior de las sociedades. El delincuente adquirió el carácter de enfermo; debía ser *curado, tratado o aislado*, el delito pasó ser el síntoma de una enfermedad.

El desplazamiento del hecho penal hacia el territorio del saber fenomenológico se expresa en la contemporaneidad traducido en un lenguaje que guarda poca reminiscencia con las vetustas colecciones de metáforas biológicas mediante las que se expresaban ciertas formas del saber sociológico de cuño positivista, pero en esencia existe una clara relación de identidad y una continuidad ideológica que habilita a pensar que las expresiones contemporáneas y aquellas decimonónicas pertenecen a una misma tradición intelectual. Hoy no se habla de sanar, lo que se debe hacer es educar la mente y educar el cuerpo; promover una cultura del trabajo, suplir los déficits que la familia padeció al momento de señalar límites, en definitiva remodelar al sujeto, recomponer la célula enferma y devolverla "*curada al tejido social*".

materiales y simbólicos que constituyen *estructuras* pero sí la denuncia contra toda pretensión de *personalizar* a la comunidad, operación en la que el individuo es relegado a la condición de mera célula del cuerpo social.

En tanto síntoma, la reflexión sobre el delito gira en torno a sus elementos etiológicos, la decisión del sujeto se derrumba simbólicamente a partir del señalamiento de los elementos tendenciales vinculados a la conducta criminal.

La rapidez con la que se produjo el desplazamiento de la reflexión y del debate penal hacia el campo fenomenológico y el lugar marginal que en esos debates hoy tiene la cuestión de la justicia solo se puede explicar en alusión a la génesis social y cultural de todo un conjunto de artefactos intelectuales que le dieron forma a una *tecnología de lo social* con los que se pretendió abordar los nuevos problemas que la urbanización y la industrialización aparejan y que remiten a la ruptura de la noción de individuo como universalidad.

La reificación es tolerable porque no la padece toda la sociedad, los que van a dejar de ser tratados como un fin en sí mismo son una cierta colección de sujetos puestos en una situación de extrema fragilidad material y simbólica pero capaces de ejecutar acciones percibidas como socialmente perturbadoras por las élites.

La captura fenomenológica de lo penal se manifiesta en el campo del derecho penal juvenil con una particular intensidad, ello se expresa en las formas del discurso normativo, en las resonancias del decir de la ley, en sus mismos énfasis, en las formas en que se concibe el delito juvenil y en la trama narrativa con la que se pretende legitimar el castigo penal.

Estas texturas del relato jurídico determinan el diseño de las praxis y moldea las formas de pensar predominantes en los operadores del sistema. Los términos, las opciones semánticas producen efectos concretos en el orden de las prácticas, verbigracia: la opción de referir a la pena como medida socioeducativa produce consecuencias en la forma en que se termina estableciendo en el juzgado la intensidad concreta del castigo para una determinada conducta cometida por un *tipo* de adolescente.

El pensar el hecho penal desde los marcos teóricos epistémicos de orden fenomenológico produce efectos que se traducen en el

orden deontológico y axiológico en trasgresiones al más elemental sentido de justicia.⁶⁶

Esta impregnación de lo fenomenológico tiene consecuencias en extremo significativas en la fase de ejecución de la sanción, determina la edificación de un modelo de intervención estructurado en la reificación del sujeto. Si bien esta etapa se encuentra *sobredeterminada* por las decisiones tomadas por los actores que controlan los segmentos de la intervención penal que la anteceden. Pero hay un condicionamiento que va más allá del impacto que tienen las decisiones que toman los otros actores institucionales, el que discurre del territorio de los discursos institucionales y de los relatos normativos. El conjunto de las decisiones, que en materia criminal se toman, define una lógica que le envía particulares señales al sistema de ejecución de medidas.

Esa lógica es el resultado de la forma en que se entrelaza el discurso de la justicia y la narrativa de la eficiencia del sistema. La intervención penal ahora capturada por la *tecnología social* adquiere un significado y una dimensión centralmente instrumental, deja de responder al anhelo de justicia y pasa a erigirse como un medio para el abordaje de los males sociales. El resultado de esta operación es una intervención penal injusta que contraría el axioma básico sobre el que se estructura la moderna doctrina de los derechos humanos, que todo individuo es un fin en sí mismo y así debe tratarse.

⁶⁶ Ejemplo: adolescentes de distintos contextos sociales son castigados en forma diferentes.

TÍTULO 5.º

EL DERECHO PENAL JUVENIL, LOS CONTEXTOS SOCIOPOLÍTICOS Y CULTURALES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

FABIÁN PIÑEYRO

Subjetividades fragilizadas ♦ Los miedos sentidos, los miedos percibidos, los miedos pensados ♦ El rol de las élites en la definición de la agenda pública ♦ Alianzas sociales ♦ Hegemonía política ♦ Producción normativa ♦ Nuevos aparatos de control ♦

Subjetividades fragilizadas

Ahora el hombre es libre, solo cree en lo que ve y se regocija de haber roto todas las ataduras y debilitado todas las ligazones, las de la religión, la familia, la política y está feliz de hacer lo que le gusta hacer.

Aparentemente despojado de toda atadura material y simbólica el hombre al menos en Occidente está por fin degustando las mieles trágicas de la más absoluta soledad, ya nada parece acompañarlo y nada parece tener sentido.

La vida se presenta ahora como un viaje absurdo signado por un destino fatalmente irremediable que le abre la puerta al absoluto, ese misterio insondable, ancestralmente temido ubicado más allá de toda comprensión humana. El milenarismo consuelo, el habitual compañero de estos viajes ya no está porque ha sido asesinado.

El hombre está interiormente desgarrado, despojado de toda capacidad para construir sentido, privado del diálogo, del encuentro con los otros que ahora parece siempre agobiante.

Por todo ello el hombre se siente solo, este sentimiento de extrema soledad provoca pavor, estado de indefensión que se ve acentuado por el resquebrajamiento de ancestrales vehículos de solidaridades, el parentesco, la religión y otros más contemporáneos como el sindicato o el partido.

Las dinámicas de la interacción social se han remodelado significativamente, configurándose un cuadro de pinceladas cuasi *solipsista* que restringe y limita las instancias del pensar y del pensarse, operaciones necesariamente dialógicas.

El hombre libre de todas las ataduras por estas dificultades en *el pensarse* tiene paradójicamente más restringidas que nunca sus potestades de autodomínio, de ello emerge una conciencia de extrañeza de sí mismo y una sensación de extrema fragilidad.

Esta era de subjetividades fragilizadas ha parido una sociedad del miedo, que es acentuado por una antropología que centra la reafirmación de la subjetividad y su misma completitud en la posesión de objetos no siempre alcanzables cuya tenencia legítima puede en cualquier momento tornarse imposible por cualquiera de los azares o vaivenes del mercado.

Antropología que es causa y reflejo de algo quizás más profundo, la forma en la que los hombres piensan las relaciones con los otros, que está fuertemente matizada por lógicas devenidas del mercado erigido como espacio de socialidad por excelencia, ámbito principal de realización personal y manifestación de portentos individuales y colectivos; esta deificación entraña la subordinación de los otros espacios de interacción humana.

La lógica de la competencia desborda el cauce del mercado e inunda todo el campo social, perfila subjetividades y modos de pensar que desencadenan la predominancia de una actitud de permanente desconfianza hacia el otro concebido primordialmente como un competidor.

El hombre contemporáneo tiene miedo, consciente de su fragilidad, está además privado del sentido de la trascendencia, tiene un acentuado temor a *lo que le pueda pasar*, no cuenta con el auxilio de la religión ni de la ideología al momento de tener que resolver sus dilemas desde los más profundos hasta los más cotidianos y siente una desconfianza casi atroz del otro. La crisis de los marcos colectivos que servían de referencia para la construcción de sentido normativo convierten al otro en un cuasi potencial enemigo.

Seguramente primero fue Dios y luego los anhelos emancipatorios concebidos al fragor de las luchas políticas decimonónicas y ahora sin fe y descreído, el hombre está sumido en un estado de grave anomia y permanente temor.

Miedo a un espectral castigo, un temor parecido pero distinto al percibido luego de aquel lejano crimen original,⁶⁷ porque en última instancia él es el responsable de haber matado *las ideologías*, “*es su naturaleza*” lo que tornó en una mera ilusión entre utópica y quimérica las esperanzas emancipatorias.

En este cuadro simbólico a la vez que histórico en cuyas formas es posible reconocer el sentimiento de desazón y de arraigado pesimismo por las promesas incumplidas que dejaron los grandes proyectos de la Modernidad tiene su génesis la incapacidad de construir una colección de *nuevas deidades* en las que sustentar la legitimidad de la moralidad.

La segunda mitad del siglo XX estuvo signada entre otras cosas por la crisis y la interpelación de algunos de los sentidos de moralidad vigente en Occidente desde el Imperio romano tardío. A impulso de una nueva forma de entender al hombre, de pensar su naturaleza y de reconfigurar sus sentidos de sí, en abierta ruptura

⁶⁷ FREUD, Sigmund. *Tótem y tabú* y otras obras.

con el binomio a la vez platónico, órfico y cristiano de cuerpo y alma, una amplia colección de preceptos morales han venido *perdiendo su fuerza vinculante*.

Quizás el cuadro de la normatividad más que por cualquier otra cosa se caracteriza hoy por la *vigencia* relativa de una colección de preceptos exteriormente más o menos aceptados, más o menos cumplidos, pero que ya no son en la interioridad la expresión profunda de las nociones del bien y del mal que anidan en las *mentes* de los hombres. La moral parece que ya no tiene asiento al interior de la psiquis.

Esto ha desencadenado una actitud cínica frente al mandamiento moral que se cumple por *coacción* externa. Del autoexamen moral se desprende la sensación de que el otro solo va a comportarse como se espera que se comporte si los mecanismos de la coacción están bien aceitados. Qué mejor entonces que recurrir al Derecho, que a diferencia de la moralidad cuenta con mecanismos institucionalizados de coacción.

Todo ello porque el hombre no parece atisbar las fuentes de una nueva moralidad quizás porque demasiados productos simbólicos capaces de dar sentido han sido puestos en entredicho. Este cuadro de fragilidad subjetiva, de extrema desconfianza del otro y ansiedad normativa resulta propicio para la ejecución de operaciones políticas y simbólicas tendientes a legitimar la instauración de densos mecanismos de control social que se justifican en las demandas de protección que expresa el indefenso hombre contemporáneo.

El rol de las élites en la definición de la agenda pública

El tono, la centralidad, la virulencia que han adquirido los debates en torno a la política criminal en buena parte de las sociedades, y en Uruguay en particular, no puede ser explicado si no es en el marco del ya aludido cuadro simbólico. Pero su comprensión acabada no puede alcanzarse sin analizar las estrategias ensayadas

por distintos grupos sociales y cómo estas se despliegan en estos nuevos marcos culturales.

El hombre contemporáneo se siente angustiado, siente temor, se percibe frágil pero parece incapaz de determinar la génesis de su estado. Este pavor se proyecta dándole forma a toda una colección de nuevas y fantasmales criaturas peligrosas.

Esta proyección es un natural recurso de la psiquis que posibilita atemperar las ansiedades, extrayendo de sí las fuentes del temor y colocándolas sobre objetos concretos. Esta operación es producto de las estrategias que de forma más o menos consciente los sujetos elaboran como forma de *manejar* esa sensación de pavor.

Las nuevas y las no tan nuevas criaturas del mal sobre las que se proyecta una gran porción de los miedos y de las ansiedades del hombre contemporáneo son las figuras estelares de un drama entre concreto y simbólico cuyo argumento principal es el despojo, la apropiación ilegítima de un bien ajeno, acontecimiento sobrecargado de resonancias en un tiempo en el que el *tener* define al *ser*.

Este drama tiene entre sus protagonistas principales a los jóvenes pobres, sobreestimulados por el discurso publicitario a pugnar por una gratificación, que por todas las vías les resulta siempre esquiva. Es sobre ellos que las ansiedades y temores son mayormente proyectados.

El miedo es conducido hacia allí de forma deliberada, los públicos son inducidos a imprimir a sus ejercicios proyectivos esa dirección. Esta reconducción de las ansiedades es activada de forma deliberada por algunos actores sociales, en tanto ello garantiza la aceptación social al arbitraje de toda una nueva batería de instrumentos de control policial y desencadena procesos en el orden político y social que contribuyen a la preservación del *statu quo* vigente.

Son las dinámicas y la propia naturaleza de las configuraciones políticas contemporáneas las que tornan posible esta operación. Es la existencia de una colección de actores en los que la sociedad

ha delegado entre otras cosas la función de determinar el cuadro mismo de los problemas, así como la naturaleza de las soluciones. Estos son los sujetos que *median* entre los públicos y el gobierno: los medios masivos de comunicación, los partidos políticos, los órganos de dirección de los agregados corporativos de representación de intereses.

El discurso mediático y el relato político carecen de la potencia necesaria para provocar esta extendida sensación de temor; uno y otro se despliegan sobre zonas relativamente superficiales de la cultura, esa sensación de temor es producto de un miedo socialmente producido e individualmente sentido. Lo que está a la mano del discurso político y del mediático es la reconducción de ese miedo.

Resulta a todas luces conveniente a los intereses de los distintos grupos de élites de la sociedad tanto a los detentadores del poder económico como a los miembros del estamento político profesional que esta extendida sensación de temor se proyecte sobre toda una colección de agresivas y endebles criaturas; de esta forma es posible activar circuitos de solidaridad social, entre grupos muy diversos y dispares, desactivar o al menos limar las aristas de los conflictos redistributivos latentes que son inherentes a una sociedad en la que el ingreso y las oportunidades se distribuyen de manera desigual.

Esta operación de reconducción tiene su asiento material y simbólico en los procesos de interacción política que se desarrollan entre *los públicos* y el gobierno, es en el momento en que las inquietudes y ansiedades extendidas en el cuerpo social han de traducirse en una demanda de política pública que la referida operación tiene lugar.

Los individuos tienen inquietudes, intereses, percepciones, aspiraciones, pero mucho más raramente una demanda de política pública. Son los sujetos de la mediación quienes traducen estas aspiraciones, estas sensaciones, en una demanda de política pública. Son de ellos los discursos que recibe el público respecto de los problemas que aquejan al país y de ellos también devienen las propuestas de soluciones.

La agenda pública es producto de un proceso de construcción en el que tienen una posición privilegiada los referidos sujetos de la mediación política. Sus facultades para determinar la agenda de problemas y el menú de soluciones no son omnímodas pero sí muy amplias.

La colección de mutaciones en el orden de lo social y de lo cultural antes señalada ha incrementado las potestades de las que gozan estos mediadores; la degradación del espacio público, la reclusión de los individuos en una privacidad que se yuxtapone casi por completo a la intimidad, en la que el hombre habita buena parte de sus horas teniendo muchas veces como única compañía al artefacto comunicacional, frente al que sigue ejerciendo primordialmente un rol de pasivo receptor, ha empoderado en grado sumo al relato mediático, recibido hoy por individuos que tienen pocas instancias para filtrar en diálogo con otros la razonabilidad del mismo.

De esta forma se construye una amplia coalición social en la que casi todos quieren formar parte, es la que reúne las potenciales víctimas en las que se anudan solidaridades entre grupos con intereses divergentes y hasta a veces antagónicos; frente a la cuestión de la inseguridad el “diezmilpesista”, el empresario exitoso, el político profesional, están reunidos todos en un solo clamor.

Es indudable que erigir a la cuestión de la seguridad en un lugar central de la agenda pública brinda a los distintos grupos de élites diversas e interesantes prestaciones.

Tiene un efecto de estabilización del orden social, teje solidaridades entre grupos en los que el conflicto está siempre latente; contribuye a redefinir en cierto grado los campos del conflicto social; hilvana vínculos que unen a sujetos separados por hondos abismos sociales y a su vez desarticula un armado peligroso y desestabilizante, abre un abismo simbólico donde no hay un abismo material, resquebraja la unidad del sujeto social popular, el trabajador incluido se separa de los núcleos más pauperizados de su clase.

Grandes conglomerados de individuos portadores de aquellas características, revestidos con aquellos atuendos que el imaginario

social asocia a los sujetos peligrosos, grupos escasamente incluidos en el entramado institucional van a resultar excluidos también del juego político y social. Su aliado natural marca distancia con ellos, en un proceso de diferenciación que reafirme su pertenencia al bloque de los que se sienten amenazados por el peligro delincencial.

Los grupos más acomodados y las élites en su conjunto van a *reclamar* el apoyo de todas las gentes de *bien*, en una convocatoria que incluye a segmentos de la clase trabajadora transitoriamente incluidos dentro de la escena institucional y que por tanto tienen una natural comunión de intereses objetivos con el conglomerado de los excluidos con el que comparten gustos, maneras de ser. Reclamados ahora por segmentos más privilegiados de la sociedad, convocados a ser parte de la noble cruzada contra el delito su estatus simbólico es elevado; se los estimula a reafirmar su diferenciación con sus semejantes más cercanos; proceso que entraña por cierto altas dosis de violencia simbólica, la semejanza es compensada con una intensificación del desprecio por el excluido.

Fruto de estas operaciones del orden de lo simbólico se dibuja un cuadro de representaciones en torno al fenómeno del delito articulado en la noción de delincuente y no en la de conducta antijurídica. Es el personaje no ya la obra la figura espectral que organiza toda tematización, todo debate en torno a los modos de intervención que ha de desplegarse para que se pueda vivir más tranquilo. De categoría objetiva la noción de delincuente pasa a categoría subjetiva, delincuente ya no es quien infringe la ley penal, delincuente es una figura fantasmal de contornos difusos pero claramente reconocible en el imaginario social dominante. Sujetos en todos los sentidos periféricos cuya ferocidad aparente es en muchos superada por su fragilidad, individuos marginalizados del juego político e institucional, cuyas incursiones por el territorio de lo delincencial se manifiestan de forma tangible a diferencia de la naturaleza abstracta de los efectos pluriofensivos y socialmente devastadores que desencadenan las incursiones por el delito realizadas por sujetos con colocaciones más privilegiadas en la estructura social.

Este personaje trágico siempre en los bordes paradójicamente es constituido en el centro mismo del debate penal, que se organiza en torno a lo que la sociedad debe hacer para preservarse de este sujeto. Es así como se entablan portentosas contiendas entre los propugnadores de un disciplinamiento remodelador y aquellos que alientan la simple neutralización mediante la aplicación de sanciones que importen el sometimiento a períodos prolongados de encierro.

Producción normativa

Es este el cuadro fenomenológico en el que se desarrollan las instancias de producción normativa. Este contexto es el que explica la naturaleza de las soluciones que se han venido consagrando en muchos lugares y en particular en el Uruguay. Este cuadro es el que permite explicar la naturaleza de los procesos tendenciales observables en el ámbito de la política criminal.

Más allá de vaivenes coyunturales la tendencia viene siendo el recrudecimiento de la respuesta penal en particular respecto de algunas conductas, aquellas que remiten a ese drama principal que sirve como instancia ordenadora del campo político y social y que resuena con particular intensidad sobre unas subjetividades definidas a partir del tener.

La forma en que se piensa el drama penal, se debaten soluciones y se perfilan instrumentos concretos de intervención, viene determinada por este conjunto de simbolizaciones y representaciones que es producto de fenómenos que se desarrollan en las zonas profundas de la cultura pero también de las operaciones y estrategias desplegada por los distintos grupos de élites.

La inflación penal resulta en extremo funcional a las ansias de seguridad inmanente a una sociedad poblada de subjetividades fragilizadas transidas de un fuerte sentimiento de desconfianza al otro, sobrecargada de pesimismo antropológico y portadora de una

mirada cínica respecto de la capacidad de la moral como instancia reguladora de la vida social.

Esta apelación al instrumento penal es congruente con los intereses de las élites, por una parte habilita el arbitraje de instrumentos formales e informales de control de determinados grupos poblacionales y opera como mecanismo de canalización simbólica de la extendida sensación de frustración que en muchos sectores sociales producen las dinámicas propias de la sociedad de consumo. Parte de la violencia socialmente producida es reconducida, es trasmutada en un ansia de punición contra determinados grupos de la sociedad.

En el marco conceptual liberal el debate penal se presenta como expresión de una tensión entre la necesidad de establecer un mecanismo de retribución frente a las conductas antijurídicas y la pulsión por refrendar la operativa, las potestades de *iure* y de *facto* de las que son titulares el Estado y la comunidad.

Esa tensión tiene sentido en un marco societal en el que todos los miembros de la sociedad se perciben formando parte dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las normas penales.

Las formas vigentes en las que se piensa y se tematiza el conflicto penal han clausurado el clásico dilema liberal porque hoy el derecho penal no es percibido como un derecho para todos, los individuos no visualizan que un recrudecimiento de la respuesta punitiva, una disminución de las garantías los vaya a afectar, porque *ellos no son delincuentes*. El derecho penal es reconceptualizado como una batería de instrumentos destinada a proteger a la *gente de bien*.

Se configura así un escenario que presenta algunas reminiscencias con los marcos sociales en los que emergiera la denominada criminología positiva, cuya preocupación principal era cómo proteger a la sociedad de los sujetos peligrosos, conceptualización de lo penal contemporánea del intenso proceso de urbanización que tuviera lugar a fines del siglo XIX, el que aparejó la concentración en las ciudades de decenas de miles de personas que no encontraban una plena inserción en el circuito económico,

grupo social y políticamente marginado, que conformaban los estratos más pauperizados de la clase trabajadora.

En la contemporaneidad esa forma de concebir el hecho penal encuentra por analogía la explicación en los intensos procesos de fragmentación del tejido social que han dado lugar a la emergencia del sujeto *marginal*.

El debate en materia de política criminal se estructura en lo conceptual en dos líneas argumentales de naturaleza y génesis diversa, que paradójicamente encuentra zonas de convergencia significativa en el orden de las propuestas.

Un retocado positivismo criminológico que sin demasiados ambages propugna una disminución significativa de las garantías concebidas como un obstáculo que limita la necesaria intervención estatal, que ha de operar con los objetivos convergentes de proteger a la sociedad de los seres peligrosos y arbitrar mecanismos para cuando ello sea posible propugnar la profilaxis de estos seres, remodelando su subjetividad y amoldando sus formas de ser a estándares socialmente funcionales.

Un falso liberalismo cínico erigido en la sobrerrepresentación en los grados de autonomía fáctica de los sujetos, que representa al delito como una opción racional, que debe ser desestimulada mediante un sistema de robusta punición.

Así entre la disminución de las garantías y el incremento de las penas se desarrollan en la contemporaneidad los procesos de producción normativa, partiendo de la premisa de que el derecho penal es para los delincuentes. Ello tiene particulares expresiones en el ámbito del régimen penal juvenil. No obstante en él es posible reconocer una marcada tendencia hacia el incremento de los montos sancionatorios, ello tiende a fundarse en la necesidad de darle más tiempo, más espacio a lo que se concibe como horizonte teleológico primario de la intervención penal adolescente, la remodelación de la subjetividad.

El carácter de sujetos en desarrollo cuya personalidad está en proceso de conformación y por tanto estructurada sobre marcos más

flexibles que los adultos, determina que la sociedad se represente al adolescente como más permeable a la labor reeducativa, su incursión al delito es vista mayormente como un producto, una consecuencia de la incapacidad de la familia de formar a un hombre de provecho.

Entonces las soluciones que se discuten en el ámbito del régimen penal juvenil no son pensadas por el grueso de la sociedad como normas aplicables a sus propios hijos sino como una batería de instrumentos que han de suplir las incapacidades de algunas familias.

Esta forma de concebir la intervención penal adolescente explica tanto la naturaleza concreta de soluciones de política legislativa como la propia semántica del discurso normativo; es la que explica la fuerte impregnación de una peculiar vocación educativa que en sustancia tiene por único horizonte disciplinar algunos grupos de adolescentes díscolos cuya conducta resulta perturbadora de la vida social y que son erigidos en la encarnadura de los problemas sociales. El síntoma, la consecuencia, se eleva a la condición de problema; se despliega así un manto que obstruye la visualización de los déficits que la sociedad presenta en el campo de la distribución social de las oportunidades de vida.

Representado así el conflicto penal adolescente es *desjuridizado*, su estatus conceptual y político es el del *problema social*, con ello se clausura intencionadamente el debate sobre el verdadero problema social que está vinculado a la cuestión de las oportunidades de vida y se legitima una intervención punitiva descaradamente selectiva.

Esta *desjuridización* opera sobre aquel aspecto del derecho que remite a su imbricación íntima con el sentido de justicia que es desplazado por una lógica de la eficacia social sustentada en una reificación de los sujetos de la intervención penal pero retiene lo que el derecho tiene como elemento principal de diferenciación con la moralidad: la coacción institucionalizada.

Nuevos aparatos de control

El ya aludido marco simbólico ha ambientado la implementación de toda una nueva batería de instrumentos de control; toda una nueva tecnología física y simbólica destinada a hacer la vida social más segura.

Estos nuevos instrumentos de control no son percibidos como amenazas a la libertad individual, sino recibidos con regocijo por unos públicos híper sensibilizados por la cuestión del delito que los receta de buena gana.

Estos aparatos de control incluyen por supuesto a todo un arsenal de instrumentos de orden material: cámaras, chips, etcétera, pero incluyen también a una nueva tecnología simbólica del control sustentada en toda una colección de saberes que reactualizados son puestos al servicio del control de determinados grupos de la población que reciben la visita de batallones de técnicos que ingresan a sus casas con el ánimo de encausar sus vidas, pero afectando irremediablemente la privacidad y la autonomía personal de los individuos que conforman determinados agregados familiares o comunitarios; definidos como problemáticos por los nuevos y viejos saberes sociológicos del control.

Epílogo

Solo la recomposición del sentido universal de la condición ciudadana y una adecuada intelección de los elementos etiológicos de la extendida sensación de inseguridad del hombre contemporáneo pueden llegar a modificar los marcos sociopolíticos de producción normativa. En la era del descalabro de los aparatos simbólicos y de los marcos axiológicos que han servido para la construcción de sentido y de la definición de la normatividad social, el derecho internacional de los derechos humanos se presenta como el único fruto de la Modernidad que se luce vital y capaz de servir como una plataforma efectiva de interpelación de una facticidad que parece

distanciarse cada vez más de los anhelos emancipatorios ilustrados pero que no deja de producir, a pesar de todo, un estado de malestar social e individual.

Por ello en el plano más general pero también en uno más concreto ese consenso axiológico universal ha de ser el pilar sobre el que asentar unas nuevas normatividades que garanticen a todos los individuos el pleno desarrollo de su personalidad, calmen el estado de zozobra colectiva y atemperen con ello la pulsión punitiva.



CAPÍTULO IV

Infancias y adolescencias

Un acercamiento analítico a las praxis de intervención institucional

Contenido:

TÍTULO 1.º

PRÁCTICAS DE DISCIPLINAMIENTO Y CONTROL

Los relatos normativos y las praxis de control ♦ El discurso reeducativo en la intervención penal ♦ Selectividad social, entre la organización de la convivencia social y la construcción autoritaria de subjetividades ♦ Tolerancia y adaptabilidad bajo el emblema de la inclusión ♦

NATALIA MUÑOZ, INÉS RODRÍGUEZ, FABIÁN PIÑEYRO,
GABRIELA ZIBIL, SUSANA FALCA, VIRGINIA ESTEVES PEREYRA

TÍTULO 2.º

LA JUSTICIA ESPECIALIZADA, EL DEBER DE PROMOCIÓN DE LA FAMILIA Y LAS PRAXIS DE INTERVENCIÓN. ALGUNAS BREVES REFLEXIONES

Vulnerabilidad social, políticas públicas ♦ El rol institucional del Poder Judicial ♦

SABRINA BOHM, FABIÁN PIÑEYRO

TÍTULO 1.º

DE LAS PRÁCTICAS DE DISCIPLINAMIENTO Y LOS DISCURSOS NORMATIVOS

NATALIA MUÑOZ, INÉS RODRÍGUEZ,
FABIÁN PIÑEYRO, GABRIELA ZIBIL,
SUSANA FALCA, VIRGINIA ESTEVES PEREYRA

Los relatos normativos y las praxis de control ♦
El discurso reeducativo en la intervención penal
♦ Selectividad social, entre la organización de la
convivencia social y la construcción autoritaria de
subjetividades ♦ Tolerancia y adaptabilidad bajo el
emblema de la inclusión ♦

Las intervenciones que el Estado realiza respecto de los núcleos poblacionales más vulnerables poseen tal grado de fragmentación que tienen por efecto profundizar la fractura que los separa del resto de los miembros de la comunidad.

Esto activa densos circuitos de interacción e intercambio de naturaleza política y social y de carácter material y simbólico, que se pueden sintetizar en la fragmentación del tejido social, el reforzamiento de ciertas identidades y la producción de nuevos

sujetos políticos y sociales; lo que tiene efectos significativos en el desarrollo de los procesos de circulación de demandas y ofertas de política pública; fragmenta, divide a los sujetos de la demanda y compartimenta distintos núcleos de receptores de la acción estatal.

Con ello la noción universal de sujeto de derecho y ciudadano se desdibuja adquiriendo connotaciones plurales, se perfilan distintas ciudadanías, no como expresión de la existencia de diversos proyectos vitales sino como manifestación de una articulación jerarquizada que estructura de forma piramidal a los distintos grupos, constituyendo ciudadanías plenas y ciudadanías subordinadas.

Las características señaladas de las intervenciones estatales se observan en las acciones desarrolladas en el ámbito de la intervención penal y en aquellas referidas al difuso territorio de *la protección social*.

En la generalidad de los casos las intervenciones no logran cambios sustantivos en la vida de los individuos dado que las acciones que se desarrollan mantienen a la persona intervenida en el mismo lugar en el que se encontraba antes; posee efectos en extremo marginales en sus posibles biografías. Colocan al sujeto en un lugar subordinado respecto del resto de los ciudadanos bajo el eslogan de la *inclusión*, lo controlan con la excusa de evitar que se exponga a situaciones de riesgo pero, casi en ningún caso, estas intervenciones redistribuyen oportunidades.

La lógica con la que se organizan y piensan las políticas públicas, conformando instituciones que buscan dar *respuesta* a un recorte arbitrario de la realidad, tiene por efecto compartimentar la acción estatal. Se constituye un entramado institucional concebido para dar respuesta a estos recortes a lo que se definen como *problema*. Las instituciones no se piensan como instrumentos de respuestas holísticas a las personas.

De esta forma se edifica un tejido organizacional elaborado a partir de criterios que derivan de una matriz epistemológica transida por el discurso experto; es así como se estructura y a la

vez se legitima un modelo de intervención que no solo consolida la fragmentación social sino que además fractura a los individuos y a sus entornos simbólicos más inmediatos que son el medio que estos tienen para la construcción de sentido, la cimentación de solidaridades y hasta para el desarrollo de los procesos de definición de *verdad*.

Este diseño no es inocente, no responde a escépticas consideraciones de eficiencia del gasto público ni se inspira en la maximización de resultados. El modelo de intervenciones imperantes solo se explica en función de sus objetivos implícitos, de unos fundamentos no dichos, que disimulados en una aureola benevolente estructuran todas las intervenciones y que derivan de la teleología disciplinadora que la inspira y que responden a las demandas subyacentes que buena parte del resto de los grupos sociales le plantea al Estado, generando lógicas que parece que se articulan cómodamente con los intereses de la corporación de los expertos.

En forma análoga, en el ámbito de la intervención de carácter punitivo se observan prácticas y discursos que tienden a reforzar la fragmentación del tejido social y alientan en muchos casos la reproducción de fenómenos de orden cultural que ahondan los abismos y las asimetrías sociales.

El sistema penal ya en su diseño posee un sesgo orientado a reprochar con mayor severidad las conductas dañosas que suelen ensayar los sectores sociales más vulnerados. Lo que se ve acentuado por las prácticas y los discursos que estructuran el mecanismo de la intervención penal en todas sus etapas.

El discurso reeducativo en la intervención penal

La noción ontológica de la pena como elemento conceptual y fácticamente articulador del andamiaje discursivo e institucional del sistema penal.

Cuando la pena es concebida como una herramienta de profilaxis individual o social, la conducta del sujeto y la capacidad que tuvo para motivarse en la norma pierden centralidad frente al análisis de algunos rasgos del sujeto que se presentan como síntomas de su enfermedad.

La conducta pierde su estatuto privilegiado que pasa a estar ocupado por nociones tales como necesidad reeducativa, peligrosidad, necesidad de reintegrar al sujeto, resocializarlo, paliar la fragilidad de sus entornos familiares y comunitarios. La pena entonces pasa a estar determinada en su *quantum* por dichas cuestiones; se pena al sujeto en función de su supuesta peligrosidad y su grado de vulnerabilidad económica, social y familiar. La pena se incrementa en función de dichas circunstancias a contrario *sensu* del principio de culpabilidad, se pena a un sujeto más gravosamente cuando tuvo menos oportunidades de motivarse en la norma, con el argumento de que estas personas deben –por su bien y el de la sociedad– ser sometidas a un proceso más intenso y prolongado de intervención reeducativa.

Esta lógica va a condicionar también la naturaleza de la intervención que se desarrolle en la etapa de ejecución de la pena, poniendo el dispositivo penitenciario al servicio de la profilaxis, de la sanación del sujeto.

De esta forma de concebir la pena dimanan efectos en dos planos distintos. Por una parte, desencadena un incremento de las expectativas que la sociedad se genera respecto de los objetivos que se pueden propugnar a través del sistema penal y, por otra,

apareja una grave distorsión como consecuencia de las cargas y responsabilidades que el sistema asume para tratar de atender esas expectativas sociales.

Vertebrar el sistema penal en lo educativo tiene por efecto práctico justificar una intervención punitiva que soslaya la gravedad del ilícito y las posibilidades reales de actuar libremente por parte del sujeto. Mecanismo discursivo por el cual se legitiman unas praxis de intervención penal que desplaza el objetivo de administrar algunos conflictos sociales para pasar a oficiar de mecanismo de control de determinados grupos de la población, garantizando una mayor benevolencia de la intervención a las personas que no necesitan reeducarse.

Esta pretensión de resolver mediante el sistema penal un cúmulo de problemáticas sociales apareja un incremento de la población penitenciaria, una distorsión en el funcionamiento del sistema penal y una amplificación de la violencia social ínsita al conflicto penal, promoviendo un trato punitivo injusto, que pena más gravemente a aquel sujeto con el que menos exigente se debe ser, el que menos posibilidades de motivarse en la norma ha tenido.

Es por ello que la definición de la naturaleza de la pena no resulta una cuestión neutral en términos del sistema penal que se quiere.

Un sistema construido a partir de un sentido retributivo de la pena, que le confiera estatuto dominante al hecho antijurídico y a las posibilidades reales del sujeto de obrar libremente, es un sistema más justo, más acorde con los principios de justicia, igualdad y culpabilidad, que tenderá a operar más como un mecanismo de arbitraje de algunos conflictos sociales, que como mecanismo de control social. Por ello, la cuestión de la definición del contenido de la pena es un elemento simbólico y cultural de primer orden.

Del resultado de la pugna simbólica que se entabla respecto de la ontología de la pena depende que el sistema penal se adecue más o menos a elementales principios de justicia.

A la forma en que concebimos la pena, le subyace la trampa optimista de pensar que se puede, a través del sistema penal,

alcanzar la utopía de la sociedad sin delito, horizonte que motoriza demandas y reclamos sociales que, paradójicamente, tienen como efecto incrementar el despliegue del poder punitivo y la intensificación de la violencia social.

Toda reflexión orientada a reconfigurar en su estructura y en sus dinámicas el sistema penal desde una perspectiva acorde a los horizontes axiológicos de la moderna doctrina de los derechos humanos, debe partir del reconocimiento que el mismo es el método por excelencia de control de aquellas conductas que rompen con el pacto social.

Si bien es percibido como la solución a una infinidad de problemáticas sociales, la utilización del sistema penal como mecanismo de salvataje a los conflictos sociales distorsiona el funcionamiento del mismo y promueve otros conflictos nuevos que van desde la superpoblación carcelaria hasta el aumento de la violencia social e institucional.

El sistema penal no ataca la génesis de los conflictos sociales, solo castiga la conducta social y moralmente reprochable tipificada como delito en la ley penal. El castigo es *post facto*, por lo que resulta que algunas conductas reprobables continuarán ocurriendo en tanto no se aborde una respuesta por alguna vía ajena al sistema penal y de carácter preventivo.

Las políticas de prevención del delito guardan estrecha relación con la protección social, por lo que algunos fenómenos de violencia social podrían disminuir o desaparecer si se implementaran acciones de intervención social que prevengan la aparición del fenómeno. La etiología de estos sucesos se encuentra en múltiples factores culturales, sociales y económicos.

La marginación social, la desinstitucionalización, las bajas remuneraciones del empleo, la exigüidad del capital educativo, son factores etiológicamente vinculados con la genealogía de la violencia social y el delito, si no se ponen en práctica dispositivos de política pública que aborden dichos fenómenos difícilmente disminuya el grado de violencia social.

Asimismo en la contemporaneidad y como consecuencia del cruce de procesos de índole económico-estructural con otros propios del orden de lo simbólico, se han desencadenado nuevos fenómenos generadores de violencia, que están vinculados al estado de cuasi permanente frustración en el que nos sume la sociedad de consumo, que conforman una antropología integrada por sujetos en permanente estado de insatisfacción

La intervención del sistema penal es, como ya se expresara, *post facto* y el castigo del individuo no surte efectos en la evitación de nuevos fenómenos de violencia, por lo que se torna en una herramienta ineficaz para la erradicación de la misma.

No obstante desde algunas trincheras –sin la menor candidez– se insiste en la reproducción de discursos que presentan a la intervención penal como la herramienta más idónea o como el más fácil atajo para la resolución de complejos problemas sociales.

Se alienta, de esta forma, un modelo de intervención en que el eje de la contienda penal se desplaza del acto a las características sociales, económicas y culturales del sujeto, basado en el concepto de peligrosidad y en la discrecionalidad cuasi absoluta para la determinación del castigo, ambos pilares de la racionalidad de este tipo de intervención.

El único instrumento eficaz para reordenar institucionalmente la dinámica de la intervención es la sanción de un código penal juvenil que vuelva a colocar la conducta del sujeto como eje de la misma y único presupuesto de legitimidad del castigo.

Instrumento normativo apto para recepcionar los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño que estructuran la intervención penal en materia de personas menores de edad: excepcionalidad de la privación de libertad y mínima duración de la sanción.

Para ello es necesario definir criterios objetivos para la determinación de las conductas que ameriten sanciones privativas de libertad, así como la expresa consignación de las sanciones no privativas de libertad con las que se debe castigar a la inmensa

mayoría de las conductas reprochables a los adolescentes. De esta forma se disminuirán los amplios márgenes de discrecionalidad que siempre operan en beneficio de aquellas personas que se encuentran en situaciones vitales más ventajosas y perjudican a los adolescentes más vulnerables y que menos oportunidad han tenido de motivarse en la norma.

Pero la edificación de este modelo pensado a partir de los estándares convencionales, orientado a humanizar y racionalizar la intervención penal encuentra su mayor obstáculo en la hegemonía que detenta en el ámbito simbólico cultural, la ya aludida colección de discursos en los que se propone a la intervención punitiva como el remedio más eficaz para *la cura o sanación de diversas enfermedades individuales y sociales*.

Sistema Penal y Sistema de Protección

Crónica de una relación promiscua

Las dos vías de intervención deben operar de forma independiente, caminar por carriles diferentes.

Las vulnerabilidades socioeconómicas que presente el sujeto han de ser atendidas por el sistema de protección social por fuera del sistema penal. De manera de no confundir ni a los sujetos pasivos de la intervención, ni a la sociedad con un mensaje contradictorio como lo es el de tratar de satisfacer las necesidades materiales o culturales de un sujeto como respuesta a la comisión de un delito.

Mensaje que además de ser confuso es falaz, porque al sujeto que delinque el sistema de protección lo aborda parcialmente y desde una perspectiva estigmatizante. En efecto, todos los proyectos de ayuda social vigentes son pensados desde las instituciones

de *ayuda* a los más carenciados, llámese INAU⁶⁸ o MIDES⁶⁹ cuya operativa, como ya reseñáramos, está fuertemente signada por una disimulada pero evidente vocación disciplinadora. De esta forma se construye una maya institucional que encapsula y envuelve a un segmento de la población que en algunos casos es introducida de una u otra forma en un proceso de permanente circulación por las distintas instancias de ese entramado institucional que incluye al sistema penal.

Esta forma de articulación institucional opera negativamente en dos sentidos, distorsiona significativamente la operativa del sistema penal y tiende a la constitución de un modelo de prácticas de intervención social desarrollado en función de un eje centrado en el control de los sujetos y la sobrerrepresentación de su autonomía fáctica y su culpabilización.

De la efectiva comprensión de la naturaleza de la sanción como pena, castigo y la finalidad que se persigue con la intervención del Estado en ocasión de la ejecución de la pena por parte de las instituciones responsables depende que la operativa del sistema penal juvenil se adecue a elementales criterios de justicia y razonabilidad práctica e instrumental.



⁶⁸ Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay.

⁶⁹ Ministerio de Desarrollo Social.

TÍTULO 2.º

LA JUSTICIA ESPECIALIZADA, EL DEBER DE PROMOCIÓN DE LA FAMILIA Y LAS PRAXIS DE INTERVENCIÓN

ALGUNAS BREVES REFLEXIONES

SABRINA BOHM
FABIÁN PIÑEYRO

Vulnerabilidad social, políticas públicas ♦ El rol
institucional del Poder Judicial♦

Introducción

Aquí se presentan algunas reflexiones en torno a la tensión entre el ser y el deber ser en el ámbito específico de las intervenciones que despliega el Poder Judicial de la República en las hipótesis de vulnerabilidad económica y social padecidas por las personas menores de edad.

El derecho a la familia y la política pública

El artículo 40 de la Constitución de la República le impone al Estado el deber de velar por la estabilidad moral y social de la familia, y por consiguiente la obligación de diseñar e implementar líneas de políticas públicas, a efectos de garantizar a todo niño crecer y desarrollarse junto a sus figuras parentales.

El artículo 41 de la Carta Magna, preceptúa expresamente la obligación a los padres de cuidar y educar a sus hijos, a efectos de garantizarles a estos un pleno desarrollo “de su capacidad corporal, intelectual y social”; y dispone expresamente para quienes tienen “numerosa prole”, tendrán derecho a “auxilios compensatorios”. La exégesis de dichas disposiciones es una operación del orden de lo hermenéutico que debe practicarse teniendo presente la teleología constitucional y sus presupuestos axiológicos morales: la protección de la dignidad humana, el principio de igualdad y el axioma liberal de que la trayectoria vital de una persona debe asemejarse en la mayor medida posible a la suma de sus opciones personales.

Orientaciones normativamente consagradas en los artículos 7, 72 y 82 de la norma suprema de la República e ideológicamente congruentes con las normas que derivan de los amplios consensos axiológicos sobre los que se fundamenta el sistema universal de protección de los derechos humanos.

El objetivo que ha de perseguir el Estado en materia de infancia es el de la efectiva democratización de oportunidades de vida a través de los distintos mecanismos de actuación estatal que se desarrollan en distintos planos de la política pública. Esta ha de actuar en el sentido de operar la redistribución de bienes materiales y simbólicos socialmente producidos para garantizar a todas las personas menores de edad las mismas oportunidades de vida.

Infancia, familia y política pública

El derecho del niño a desarrollarse en el seno de su familia de origen impone al Estado el deber correlativo de garantizar un

marco de condiciones en el plano material y simbólico que hagan posible el efectivo cumplimiento por parte de los progenitores de sus roles parentales.

La consagración del derecho a vivir en familia estatuido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño marca un mojón de gran significación en la evolución jurídico-política, impone una redefinición de la propia noción de política de infancia, si la familia es el ámbito natural donde el niño debe desarrollarse, el concepto de política de infancia se pulveriza a la vez que se expande hasta abarcar toda actuación que el Estado despliegue como instancia secundaria de redistribución de bienes y servicios. Ello importa una modificación sustantiva en el cuadro de legitimidad de política pública, las opciones que se tomen en materia fiscal, en el ámbito de las relaciones laborales, del gasto público por su incidencia en la situación de las familias se constituyen en asuntos que impactan sobre las posibilidades efectivas del derecho consagrado en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención impone un deber que deriva de una opción y esa preferencia descansa sobre un presupuesto heurístico de carácter fáctico. Es la familia efectivamente el ámbito más adecuado para el desarrollo del niño, lo que confiere a toda intervención que importe la separación del niño de la familia un carácter subsidiario y de última ratio.

La intervención jurisdiccional

En un orden constitucional democrático de Derecho, de las características del vigente en el Uruguay, al Poder Judicial le corresponde el cumplimiento de un rol institucional de gran importancia: el contralor de la legitimidad de la política pública y la corrección de esta cuando la acción de los otros poderes del Estado se aparta de los horizontes que marcan la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de los derechos

humanos, los que poseen rango constitucional en la República, artículo 72.

A los órganos del Poder Judicial competentes para intervenir en las hipótesis contempladas en el Código de la Niñez y de la Adolescencia, artículos 117 y siguientes, les corresponde velar por que el Estado cumpla efectivamente con el deber constitucionalmente impuesto de velar por la estabilidad material y moral de la familia, y ordenar cuando ello no suceda que se arbitren los mecanismos eficaces en ese sentido, lo que incluye la reasignación de bienes y servicios cuyo disfrute es condición necesaria para el cumplimiento de los roles parentales y el adecuado desarrollo del niño en el seno familiar.

Asimismo, el Poder Judicial debe controlar que las acciones que el Estado desarrolla en materia de “protección social” no se constituyan en una instancia a través de la cual se pretenda enmascarar o solapar un despliegue abusivo de dispositivos de control que afecte la autonomía personal de los niños u otros integrantes de la familia, en tanto la finalidad última de la intervención tuitiva debe ser el fortalecimiento de las subjetividades, la reconstitución de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de la libertad y de la ciudadanía.

Los niños tienen el derecho de acceder a los tribunales para exigir el cumplimiento de sus derechos, en cuyo caso el sistema judicial debe responder en forma rápida y efectiva a las demandas entabladas por aquellos. De ello en gran medida depende que el Poder Judicial cumpla efectivamente con su rol institucional. De ahí la importancia que tiene para los niños en particular, pero para todos los miembros de la sociedad, el acceso a un adecuado servicio de asistencia jurídica, de cuyo buen funcionamiento depende la eficaz activación del sistema de justicia como mecanismo de contralor de la legitimidad de la política pública y con ello el funcionamiento mismo del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO 1

TÍTULO 1.º

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean Claude. *El oficio del sociólogo*. Siglo 21 Editores. Buenos Aires, Argentina, 2002.

ESPINOZA, Baruch de. *Ética demostrada según el orden geométrico*. Traducción y notas de Manuel Machado. Editorial Quadratta. Buenos Aires. Argentina, 2005.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts*. Ediciones Tecno (Grupo Anaya S.A.). Madrid, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducción de J. Rovira Armengol. La Página, S.A./Editorial Lozada. Buenos Aires, Argentina, 2003.

RAWLS, John. *Sobre las libertades*. Introducción de Victoria Camps. Paidós/ICE-UAB, Barcelona, España, 1996

SARTRE, Jean Paul. *El ser y la nada*. Alianza Editorial Madrid, España, 1989.

TÍTULO 2.º

ABAD, Américo; VALLEJO, Guillermo. "Propuestas del método tópico. Sobre la obra de Theodor Viehweg 'Tópica y jurisprudencia'. Análisis de algunos capítulos de la obra". En: *Hermenéutica y racionalidad*. FCU, 1994.

ALCHOURRÓN, Carlos.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, 1975.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación*. Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- CASTRO RIVERA, Alicia; MELIANTE GARCÉ, Luis. “Una visión dialéctica del Derecho: Michel Villey”. En: *Hermenéutica y racionalidad*. FCU, 1994.
- DE WAELHENS, Alfonse. *La filosofía de Martin Heidegger*. Madrid, CSIC, 1952.
- FERRARIS, Maurizio. *Historia de la hermenéutica*. Akal, 2000.
- GUIBOURG, Ricardo. “El código argumental”. En: *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Segunda Serie, N.º 19, 1993.
- HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, 1963.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, (2.ª ed.). UNAM, 1979.
- MALHERBE, Hugo G. *Introducción a la Ciencia Jurídica*, tomo II. FCU, 1987.
- MALHERBE, Hugo G. *Curso de Filosofía del Derecho. Origen y Metas de la Hermenéutica*, Nueva Jurídica. 1998.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las Leyes*. Altaya Boreal, 1993.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho* (2.ª ed.). Astrea, 1980.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT-THYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Gredos, 1989.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Ateneo, 1959.
- SARLO, Óscar Luis. “La teoría de la argumentación o nueva retórica de Perelman”. En: *Hermenéutica y racionalidad*. FCU, 1994.
- VATTIMO, Gianni. *Introducción a Heidegger*. Barcelona, Gedisa, 1986.
- VERNENGO, Roberto J. *Curso de teoría general del Derecho* (2.ª ed.). Depalma, 1986.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Taurus, 1964.

CAPÍTULO 2

TÍTULO 2.º

- ADAME GODDAR, Jorge. *Curso de Derecho Romano Clásico (introducción e historia, acciones, bienes y familia)* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009. Publicación electrónica en http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/
- BARRÁN, José Pedro; CAETANO, Gerardo y PORZECANSKI, Teresa. *Historias de la vida privada en el Uruguay. Capítulo 1. Entre la honra y el desorden 1780-1870*. Ediciones Santillana S.A. Montevideo, 2002
- BARRÁN, José Pedro. *Historia de la sensibilidad en el Uruguay. Tomo 1. La Cultura "Bárbara" (1800-1860)*. Banda Oriental-Facultad de Humanidades y Ciencias. 1992.
- BRUNETTO, Gabriela. *Intervención discrecional versus autonomía en el ámbito del derecho civil. Legislación nacional en materia de infancia*. Serie Intercambios Número 4. UNICEF Uruguay, 2012.
- CROUZET, Maurice. (dirección de) *La época contemporánea. Historia General de las civilizaciones*. Destino libro, volumen 167, primera edición España, 1982.
- DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. ARGENJUS, FORES y Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2004.
- FALCA, Susana; PIÑEYRO, Fabián. "La tutela judicial de los derechos de los adolescentes estatuidos en el art. 32 de la Convención Iberoamericana de los Jóvenes en el Uruguay". Pp. 175-189. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Número 45. Marzo/Abril 2010. Abeledo Perrot S. A. Buenos Aires.
- HOBBSAWM, Eric. *Historia del siglo XX*. Crítica, Grijalbo Mondadori, tercera reimpresión mayo Buenos Aires, Argentina, 1999.
- HOBBSAWM, Eric. *La era de la revolución*. Crítica. Buenos Aires, 2003.

- LAINO PEREYRA, Silvia E. “Autonomía Progresiva de la voluntad”. En: *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*. UNICEF, Dirección Nacional Defensoría Pública, Asociación de Defensores Públicos del Uruguay. Montevideo, 2012.
- MINNICELLI, Mercedes. *Infancias en estado de excepción. Derechos del niño y psicoanálisis*. NOVEDUC, Buenos Aires, 2010.

TÍTULO 3.º

- BARATTA, Alejandro. “La niñez como arqueología del futuro”, en: *Justicia y Derechos del niño* N.º 9, UNICEF, Argentina.
- BARATTA, Alejandro. “Democracia y Derechos del Niño” en: *Justicia y Derechos del niño* N.º 9, UNICEF, Argentina.
- BELLOF, Mary. “Fortalezas y Debilidades del Litigio estratégico para el Fortalecimiento de los Estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina”, en: *Justicia y Derechos del Niño* N.º 11, UNICEF, Chile, octubre 2009, pp. 55-80
- BELLOF, Mary. “Derechos económicos, sociales y culturales de los niños: las paradojas de la ciudadanía”. *Revista Jurídica Facultad de Derecho*, UBA, 2008, pp. 69-88.
- CILLERO Bruñol, Miguel. “Infancia, autonomía y derechos”, en: *Derecho a tener Derecho*, tomo 4, UNICEF-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Instituto Interamericano del Niño, Instituto Ayrton Senna, Montevideo.
- DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás. *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica*. OXFAM, Chile, 2009.
- IIDH. *Protección Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José de Costa Rica, 2008.

- JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Eduardo. *Normas vigentes en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. La Convención Interamericana como derecho interno*. FCU, Montevideo, 1988.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo. “Participación Judicial de niños, niñas y adolescentes”, en: *Revista Justicia y Derechos del Niño*, número 9, UNICEF, Chile, 2007.
- PIÑEYRO, Fabián. *Sistematización Normativa acerca de la adecuación de la legislación nacional a la CDN y principales tratados Internacionales*. UNICEF, Serie Intercambios N.º 2, noviembre 2010.
- PIÑEYRO, Fabián y otros. *Manual para la Defensa Jurídica de los derechos humanos de la infancia*. UNICEF, Montevideo, 2012.
- POLÍTICAS PÚBLICAS y Derechos humanos del niño. Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño. INN-OEA, Montevideo, 2007.

TÍTULO 4.º

- FALCA, SUSANA. *Marco normativo en relación al VIH/SIDA en Uruguay*. UNFPA, MSP, Programa Prioritario ITS/SIDA, Montevideo, 2010.
- FALCA, SUSANA. *Guía de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el área de Salud*. MSP, UDELAR, INAU, SUP y UNICEF, Montevideo, 2012.
- Página del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) <http://www.ohchr.org>
- Página de la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PIDHDD) <http://www.pidhdd.org>
- Página de la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red DESC) <http://www.escr-net.org>

CAPÍTULO 3

TÍTULO 1.º

BECCARÍA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III Madrid, 2015. http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1

HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*. Traducción: Jorge Vigil. Ed. Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1994.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts*. Ediciones Tecno (Grupo Anaya S. A.), Madrid, 2008.

METALLO, Mercedes y ORIHUELA, Beatriz. *Código del Niño 1934 de la República Oriental del Uruguay*. Preámbulo. Fundación de Cultura Universitaria. 3.ª Edición actualizada. 1991.

TRÉPANIER, Jean. *Una mirada histórica sobre los derechos de los menores traducidos en sentido de justicia*. Derechos del Niño. Serie estudios. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. EUDEBA, Buenos Aires, 2010.

TÍTULO 2.º

FALCA, Susana y PIÑEYRO, Fabián. “Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia”. *Revista Justicia y Derechos del Niño*. Número 11. UNICEF. 1.ª Edición Santiago de Chile. 2.ª Edición, Montevideo.

FALCA, Susana. “Privación de libertad de adolescentes en Uruguay. Breve comentario del orden jurídico uruguayo”. *Revista Justicia y Derechos del Niño*. Número 7. UNICEF. Asunción del Paraguay, 2005.

PAYSSÉ CUÑARRO, Guillermo. *Principio de legalidad. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*. UNICEF, Dirección Nacional de Defensores Públicos y Asociación de Defensores Públicos. Montevideo, 2012.

MIRABAL BENTOS, Gustavo. *Código de la Niñez y de la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay*. 2.^a Edición. AMF (Amalio M. Fernández) Montevideo, 2014.

TÍTULO 3.º

FOUCAULT, Michel. *La vida de los hombres infames*. Colección Caronte ensayos. Editorial Altamira. Buenos Aires, 1996.

FREUD, Sigmund. *Obras completas. Más allá del principio del placer. Psicología de las masas y análisis del yo y otras obras*. (1920-1922). TOMO XVIII. Amorrortu editores. Buenos Aires, 2008.

FREUD, Sigmund. *Obras completas. El porvenir de una ilusión. El malestar en la cultura y otras obras*. (1927-1931). TOMO XXI. Amorrortu editores. Buenos Aires, 2008.

FREUD, Sigmund. *Obras completas. Tótem y tabú y otras obras* (1913-1914). TOMO XIII. Amorrortu editores. Buenos Aires, 2008.

HELER, Mario. "La ley y la trampa". *Revista Relaciones*, número 171. Montevideo, agosto, 1998.

GIANNI, Vattimo. *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Gedisa. Barcelona, 1986.

JAY GOULD, Stephen. *La falsa medida del hombre*. Ediciones Crítica, Barcelona, 2009.

REICH, Wilhelm. *La revolución sexual*. Planeta Agostini. Buenos Aires, 1993.

TÍTULO 4.º

HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*. Traducción: Jorge Vigil. Ed. Planeta-Agostini Buenos Aires, 1994.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts*. Ediciones Tecno (Grupo Anaya S. A.) Madrid, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Editorial Sopena, Buenos Aires, 1961.

RAWLS, John. *El liberalismo político*. Crítica. Barcelona, 1995.

TÍTULO 5.º

- BRAUD, Philippe. *El jardín de las delicias democráticas*. Fondo de Cultura Económica de Argentina S. A. Buenos Aires, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *La vida de los hombres infames*. Colección Caronte ensayos. Editorial Altamira. Buenos Aires, 1996.
- FREUD, Sigmund. *Obras completas. Tótem y tabú y otras obras* (1913-1914). TOMO XIII. Amorrortu editores. Buenos Aires, 2008.
- FREUD, Sigmund. *Obras completas. Moisés y la religión monoteísta*. TOMO 9. 3.ª edición Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- FREUD, Sigmund. *Obras completas. El instinto y sus destinos*. TOMO 6. 3.ª edición Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- GRAMSCI, Antonio. *La política y el estado moderno*. Pensamiento crítico. Buenos Aires, 2012.
- GIANNI, Vattimo. *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Gedisa. Barcelona, 1986.
- JAY GOULD, Stephen. *La falsa medida del hombre*. Ediciones Crítica. Barcelona, 2009.

CAPÍTULO 4

TÍTULO 1.º

- FALCA, Susana; PIÑEYRO Fabián. “Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia”. *Revista Justicia y Derechos del Niño*. Número 11. UNICEF. 1.ª Edición Santiago de Chile. 2.ª Edición Montevideo.
- MINNICELLI, Mercedes. *Infancias en estado de excepción. Derechos del niño y psicoanálisis*. NOVEDUC, Buenos Aires, 2010.
- PALUMMO, Javier. *La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*. UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Panamá, 2013.

PIÑEYRO, Fabián. *Seguridad pública y construcción de hegemonía. Adolescencia seguridad y derechos humanos. El debate en torno a la imputabilidad*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

TÍTULO 2.º

MINNICELLI, Mercedes. *Infancias en estado de excepción. Derechos del niño y psicoanálisis*. NOVEDUC, Buenos Aires, 2010.

PALUMMO, Javier. *La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*. UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Panamá, 2013.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	8
CAPÍTULO I - Especialidad, Derecho, Convención sobre los Derechos del Niño y los sentidos hermenéuticos	11
TÍTULO 1- EL DERECHO DE INFANCIA COMO CONSTRUCCIÓN DISCIPLINARIA.....	12
La ontología epistémica y teórica de la noción.....	12
El Derecho de Infancia y su principio organizador.....	20
TÍTULO 2 - LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL <i>JUSTA</i>.....	25
La argumentación como fundamento de la validez formal y material.....	29
El <i>interés superior del menor/niño/niña/adolescente</i> como recurso retórico.....	31
CAPÍTULO II - La Infancia y el Estatus Ciudadano.....	47
TÍTULO 1.º - INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO.....	49
TÍTULO 2.º - EL ESTATUTO DEL NIÑO EN LA FAMILIA.....	52
Breve reseña de su genealogía.....	53
La Convención sobre los Derechos del Niño y la Patria Potestad.....	62
TÍTULO 3.º - LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	68
Deberes del Estado respecto de la infancia y de la adolescencia.....	68
Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño.....	73
Derechos humanos como instrumento para el desarrollo y el crecimiento económico.....	77
Derechos Económicos, Sociales y Culturales y participación ciudadana....	81
La exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ordenamiento jurídico uruguayo.....	83
Mecanismos de contralor del cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	86
Rol de los estándares internacionales de derechos humanos.....	87
TÍTULO 4.º - DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES - GUÍA NORMATIVA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	90
Antecedentes históricos.....	92
Principales instrumentos internacionales que incluyen disposiciones que consagran derechos económicos, sociales y culturales.....	95
Principales disposiciones en las que se positiviza el deber de protección de derechos humanos específicos para la infancia.....	98

CAPÍTULO III - Infancia, Punición y el Derecho.....	114
TÍTULO 1.º - LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL.....	116
Concepto ontológico de pena.....	116
Las dimensiones deontológicas de la pena.....	117
El sentido de la pena.....	118
Los presupuestos de legitimidad del reproche penal.....	124
TÍTULO 2.º - EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD.....	126
El principio de excepcionalidad de la privación de libertad ♦	
Especificidad ♦ Conceptos.....	126
Operativización del principio de excepcionalidad.....	128
TÍTULO 3.º - LA PULSIÓN EDUCATIVA Y LA HUIDA HACIA LO JURÍDICO.....	134
TÍTULO 4.º - EL DISCURSO DE LA EFICACIA Y EL DISCURSO DE LA JUSTICIA EN EL DEBATE PENAL.....	140
TÍTULO 5.º - EL DERECHO PENAL JUVENIL, LOS CONTEXTOS SOCIOPOLÍTICOS Y CULTURALES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA.....	145
Subjetividades fragilizadas.....	145
El rol de las élites en la definición de la agenda pública.....	148
Producción normativa.....	153
Nuevos aparatos de control.....	157
Epílogo.....	157
CAPÍTULO IV - Infancias y adolescencias.	
Un acercamiento analítico a las praxis de intervención institucional.....	159
TÍTULO 1.º - DE LAS PRÁCTICAS DE DISCIPLINAMIENTO Y LOS DISCURSOS NORMATIVOS.....	160
El discurso reeducativo en la intervención penal.....	163
Sistema Penal y Sistema de Protección.....	167
TÍTULO 2.º - LA JUSTICIA ESPECIALIZADA, EL DEBER DE PROMOCIÓN DE LA FAMILIA Y LAS PRAXIS DE INTERVENCIÓN ALGUNAS BREVES REFLEXIONES.....	169
Introducción.....	169
El derecho a la familia y la política pública.....	170
Infancia, familia y política pública.....	170
La intervención jurisdiccional.....	171
BIBLIOGRAFÍA.....	173