

Susana Falca (Uruguay) *

El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de naturaleza penal juvenil **

1. Introducción

Este es un tema muy complejo, con muchos aspectos a considerar, algunos de ellos muy teóricos y que no aún no han salido —al menos en Uruguay— del ámbito de la discusión y/o elaboración teórica doctrinaria, y a los cuales no dedicaré más que algunas referencias previas. Por ejemplo, si es necesario o no que se cree la figura del *juez de la ejecución*, un juez que esté exclusivamente a cargo de la etapa de ejecución de la sentencia en materia de responsabilidad penal juvenil. No obstante, centraré mi exposición en qué está pasando hoy en la práctica con el control judicial de la sanción en un proceso de esta naturaleza y si existen o no textos legales nacionales e internacionales que establezcan que el control judicial debe estar en manos de los jueces letrados de menores en Montevideo y de los jueces letrados en lo penal y de menores en el resto del país.

Me referiré al control judicial en la privación de libertad. Esto no significa postular que dicho control no deba extenderse a las otras modalidades de sanción judicial distintas de la privación de libertad, pues en ellas también pueden ocurrir situaciones de vulneración de derechos. Sin embargo, tenemos que reconocer que la posibilidad de que esto suceda en un ámbito abierto es más reducida, dado que el adoles-

* Abogada. Integrante de la organización Infancia, Adolescencia Ciudadana (IACi), de defensa y promoción de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Asesora legal de la Fundación Centro de Educación Popular y del Programa de libertad asistida Opción. <sufalca@internet.com.uy>

** El presente artículo fue presentado bajo el título “El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de niñas, niños y adolescentes” en el seminario “Niñas, niños y adolescentes privados de libertad en el Uruguay”, realizado los días 18 y 19 de agosto de 2004, organizado por Serpaj y la Fundación Konrad Adenauer. El cambio se debe a la aprobación parlamentaria, el 26 de agosto, del Código de la Niñez y Adolescencia, por el cual se establece —como criterio de política criminal— el límite de los trece años de edad para exigir responsabilidad penal limitada, por lo que los niños y niñas quedan excluidos de cualquier proceso judicial de esta naturaleza.

cente está en libertad, está en su casa, en contacto con más gente que puede ejercer —y de hecho lo hace— otros tipos de control más directos y que tienen carácter de preventivos. Lo mismo ocurre con los jueces, quienes pueden ejercer el control sobre cómo se viene cumpliendo la sanción dispuesta por ellos de forma más fluida.

Una tercera precisión tiene que ver con el concepto de *privación de libertad*, que se define, de acuerdo con la regla 11, literal *b*, de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, como:

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

En este sentido, cuando hablo de control judicial también hago referencia al control que debe realizar el juez de menores sobre todos los establecimientos públicos y privados en los que se encuentren niños, niñas y adolescentes, sin importar las causas por las que están allí.

Por último, este tema del control judicial está íntimamente ligado con la finalidad de la sanción privativa de libertad; de él depende que la mentada finalidad educativa funcione en el encierro. Podemos tener diferentes visiones y/o posiciones ideológicas al respecto, pero la ley dice que ésa es la finalidad de “la medida”¹ aplicada a los adolescentes en nuestro país en un proceso judicial de esta naturaleza.

2. ¿Quién realiza este control?

El control de la ejecución de la sanción debe estar —y está— en la órbita jurisdiccional. Es el juez de menores y no otro quien debe controlar el cumplimiento de la sanción y las condiciones en que se cumple, con especial cuidado cuando se trate de la privación de libertad.

Esto parece obvio, pero no siempre lo obvio es visible y pacíficamente admitido. Cuando estábamos trabajando en el proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia (1998), éste fue un tema en el que se planteaban diferencias de criterios. Algunas autoridades reclamaban que el control de la ejecución de la sanción estuviera en manos del Instituto Nacional del Menor (INAME), pues sostenían que en definitiva es el encargado de la gestión o administración del encierro. Finalmente se consagró en el proyecto que es a los jueces letrados de adolescentes a quienes corresponde el control sobre la ejecución de la “medida educativa”, actividad en la que quedan comprendidos los actos destinados a promover el cumplimiento de las medidas y el trámite y la decisión de las cuestiones sobrevinientes.²

¹ El término *medida* aparece entrecomillado pues así figura en la ley. Prefiero hablar de *sanción*, para evitar confusiones entre aquellas medidas de protección que se deben tomar frente a la vulneración de derechos y la sanción que se aplica en un proceso por infracción a la ley penal.

² El 26 de agosto se aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia, que al escribir estas líneas no ha sido promulgado por el Poder Ejecutivo.

En el 2004 sigue siendo necesario insistir en el control judicial de esta etapa del proceso, pues en la práctica es una cuestión que ofrece dificultades. El control es escaso y en definitiva sigue planteando diferencias, de lo que se derivan perjuicios para quienes son los sujetos pasivos de una sanción, es decir, los adolescentes. Es necesario comenzar por ver cuál es el respaldo legal de los que sostenemos que es el juez quien tiene que ejercer este control, como parte fundamental su función jurisdiccional.

Actualmente, el marco legal está dado por una batería de normas jurídicas establecidas en distintos textos nacionales e internacionales vigentes en nuestro país.

En primer lugar, la Ley Orgánica de la Judicatura (ley 15.750), en su artículo 2º, dice que los jueces tienen la potestad de conocer en los asuntos que se les sometan y de hacer ejecutar lo juzgado en la forma que en cada caso corresponda. Esta potestad pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley. Por lo tanto, se trata de una función propia del juez, que tiene que hacer cumplir lo ordenado por él.

Es una función jurisdiccional que en Uruguay corresponde a los jueces letrados de menores (en Montevideo) y a los jueces letrados en lo penal y de menores en el resto del país. Cualquier omisión en el ejercicio de esta función que inflija un daño al adolescente privado de su libertad pone en juego la responsabilidad constitucional del juez, emergente del artículo 23 de la Constitución, que dice:

Todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca.

En segundo lugar porque el juez de menores tiene por disposición del Código del Niño todavía vigente una función de *vigilancia* que cumplir. En efecto, el artículo 113 en su numeral *b* establece:

Atender las quejas y denuncias que se le formulen con respecto a malos tratamientos, reclusiones indebidas, castigos exagerados aplicados a menores por los padres, tutores, encargados o institutos de enseñanza o beneficencia y adoptar todas las medidas necesarias para evitar la repetición o continuación de los hechos que se hayan producido en perjuicio de los menores.

Por su parte, el literal *d* del mismo artículo dice que le corresponde:

[...] inspeccionar los establecimientos destinados a albergue o educación de menores, adoptando las medidas que juzgue oportunas para evitar los abusos o defectos que notare.

Por último, el literal *e* señala que le compete:

Ejecutar todos los demás actos que fuesen pertinentes para la protección de los menores, como lo haría un buen padre de familia.

No importa si se lee este artículo desde una posición tutelar o en clave de derechos humanos. En cualquier caso, la obligación del juez está claramente establecida.

Al respecto el Código de la Niñez y Adolescencia, recientemente aprobado por el Parlamento,³ establece:

IV. Principios de la ejecución

Artículo 99 (Supuestos de la ejecución). La actividad procesal de ejecución de las medidas educativas, comprende los actos destinados a promover el cumplimiento de las medidas y el trámite y la decisión de las cuestiones sobrevinientes.

Artículo 100 (Control que ejercen los Jueces competentes). Son cometidos de los Jueces Letrados de Adolescentes:

- 1) Vigilar los casos en los que han recaído medidas educativas dispuestas por sentencia ejecutoriada, hasta el término de su cumplimiento.
- 2) Entender por audiencia y con intervención del defensor y Ministerio Público, las reclamaciones de los adolescentes durante el período de ejecución de las medidas, tanto en los establecimientos, como fuera de ellos.
- 3) Visitar, por lo menos cada tres meses los centros de internación, dejando constancia en el expediente respectivo del resultado.

Sin perjuicio de lo que antecede, podrá realizar inspecciones cada vez que lo considere oportuno.

En ambos casos, tomar las medidas que más convengan al interés superior del adolescente.

- 4) Dar cuenta a la Suprema Corte de Justicia en los casos que se constaten irregularidades graves.

En tercer lugar, y muy indirectamente, la ley 16.707, en su artículo 25 numeral 8, establece la competencia del juez del lugar de la internación del menor —así lo expresa el texto— para entender en el cese, la sustitución o modificación de la medida. La ley le está otorgando al juez de menores el control de la sanción, en este caso de la privación de libertad.

En este mismo sentido, la reciente acordada de la Suprema Corte de Justicia (n° 7517) también hace referencia al control judicial en la etapa de ejecución, cuando en su artículo 10 establece la realización de audiencias evaluatorias cada seis meses cuando se imponga la sanción de privación de libertad superior a un año.

Esta misma acordada pone fin a la confusión generada en la práctica acerca de la competencia en materia de cese, sustitución o modificación de la medida, y establece claramente que ello compete al juez del lugar de la ejecución de la sanción.

3. ¿Por qué es tan importante este control?

El control de la ejecución de la sanción es fundamental, en primer lugar, porque estamos hablando de personas menores de edad, que de acuerdo con la CDN⁴ son sujetos de derechos y, por ende, titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución de la República y demás instrumentos internacionales de derechos hu-

³ Aún sin promulgación.

⁴ CDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por Uruguay mediante la ley 16.137 (1990).

manos. Estos derechos no deben verse afectados porque se someta al adolescente a un procedimiento judicial por infracción a la ley penal.

La segunda razón, en palabras de Juan Bustos Ramírez,⁵ es que “la ejecución de las sanciones ha de estar siempre presidida por el deber de protección del Estado respecto al desarrollo de la personalidad de los menores de edad”.

La tercera es que las condiciones en que se cumple la sanción de privación de libertad pueden vulnerar derechos; de hecho, por mejores que sean las condiciones, en el encierro siempre se vulneran derechos. Al afectarse seriamente el derecho a la libertad ambulatoria, se están afectando otros derechos fundamentales del adolescente, como, por ejemplo, *el derecho a vivir con su familia*. En el Preámbulo de la Convención se dice que la familia es el elemento básico de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, y se reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad éstos deben crecer en el seno de la familia. Por otra parte, ya en el articulado de la Convención (artículo 9º) se expresa que únicamente por motivos de maltrato o descuido el niño podrá ser separado de su familia, por resolución judicial fundada y de conformidad con la ley. Asimismo, la protección de la familia y de sus miembros se encuentra consagrada en nuestra Constitución, artículo 40.⁶ De modo que, al privar de libertad a un adolescente, ya se le está vulnerando un derecho básico que es la convivencia con la familia o núcleo referente.

Debido a ello y para contrarrestar las posibles vulneraciones de derechos que la privación de libertad conlleva implícitamente y los efectos negativos que esto produce en el adolescente —sobre los cuales existe abundante literatura—, existe una batería de instrumentos internacionales de derechos humanos, vigentes en Uruguay, que establecen garantías, entendidas como las define Luigi Ferrajoli: “vínculos normativos idóneos para satisfacer y asegurar la vigencia de derechos subjetivos”.⁷

Esto de los *vínculos normativos idóneos* significa sencillamente que el juez está sometido a la *norma jurídica*, y la norma establece derechos para las personas; por consiguiente, el juez debe hacer respetar esos derechos. Ése es el mandato vinculante de la norma hacia el juez.

En este sentido, debe interpretarse el artículo 37, literal *b*, de la CDN: el recurso de la privación de libertad debe ser el último a utilizar y por el menor tiempo posible. Este artículo no es una expresión de deseo ni una directiva de orientación a

⁵ Juan Bustos Ramírez: “Un derecho penal del menor”, en *Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal del menor*, Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992, p. 9.

⁶ Artículo 40 de la Constitución: “La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los dentro de la sociedad”.

⁷ Luigi Ferrajoli, citado por Laura Martínez Mora-Mora Charlebois: *La privación de libertad de adolescentes en el derecho Internacional y en las legislaciones de Costa Rica, España y Chile*, UNICEF, 2003.

los jueces; es una *norma jurídica que describe derechos* cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.

También el literal *c* del mismo artículo establece:

Todo niño privado de su libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.

El *tener en cuenta las necesidades de las personas menores de edad*, además de ser una de las expresiones de la autonomía progresiva de los niños, es uno de los principios estructurantes de la CDN, según el Prof. Miguel Cillero; “por tanto, es una limitación, una obligación y una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades y los padres”,⁸ que los jueces deben tomar en cuenta cuando ejercen el control judicial.

Las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad desarrollan este punto especialmente en lo que tiene que ver con las necesidades de los adolescentes en el encierro: el derecho a la privacidad; el derecho a no tener injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar; el derecho a satisfacer las necesidades físicas, espirituales, recreativas, culturales; la atención médica, el contacto con la comunidad, los procedimientos disciplinarios y la formación en derechos humanos del personal a cargo de los adolescentes, de manera que la intervención sea garantista.

Si las condiciones del encierro no garantizan el efectivo ejercicio de estos derechos de los adolescentes, evidentemente estamos frente a una violación de derechos. Y frente a una violación de derechos ¿a quién recurrimos para su restitución? ¿Quién es la autoridad competente en un Estado de derecho para preservar un derecho amenazado o restituir un derecho vulnerado, si no lo es el juez de menores?

Cuando el juez de menores decide privar de libertad —sea como medida preventiva o como consecuencia de una sentencia definitiva—, *tiene la responsabilidad* de ejercer un fuerte control de las condiciones en las que el adolescente vivirá en el encierro por él ordenado. De lo contrario está delegando en la autoridad administrativa una función propiamente jurisdiccional y, lo que es peor, renunciando a su función de garantía de los derechos humanos.

El control no debe quedar sólo en los informes que solicita a la autoridad que administra el encierro. Debe constatar personalmente que las condiciones físicas del lugar sean acordes a la dignidad humana: espacio suficiente, luz, actividades que el adolescente efectivamente realiza, si son ciertamente voluntarias o de lo contrario se lo excluye del sistema de convivencia, si tiene espacios de recreación o pasa 23 horas diarias encerrado en su celda, si tiene contacto real con su familia, etc.

El juez debe entender en las quejas o denuncias que reciba del adolescente y tomar medidas de protección ante probables violaciones de sus derechos en el encierro.

⁸ Miguel Cillero Bruñol: “Garantías, dogmática jurídica y minoría de edad penal. Actualidad del pensamiento penal ilustrado”, *Justicia y Derechos del Niño*, n° 5, UNICEF, 2003.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Informe General sobre la Justicia de Menores, sugiere a los Estados partes la instrumentación de mecanismos sencillos e independientes para garantizar visitas periódicas a las instituciones y una vigilancia efectiva sobre ellas como forma de prevenir los malos tratos.

Por su parte, el Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la observación general de 21 de abril de 1992, sostuvo que “el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”. Por lo tanto, el confinamiento solitario o el aislamiento de un niño constituye, en relación con el artículo 37 de la CDN, un problema que rebasa las cuestiones relativas a la restricción de la libertad. Recordemos que el artículo 7 del PIDCP establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En la observación, el Comité define que esta prohibición se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral.

El control judicial debe ejercerse hasta en cómo se aplica un reglamento de carácter disciplinario en el encierro. Actualmente, ¿qué control ejerce el juez sobre el reglamento vigente? Cuando el juez toma conocimiento de que se le ha aplicado una sanción a un adolescente privado de libertad, lo hace tarde, porque la autoridad administrativa informa de ella una vez realizado el procedimiento administrativo previsto para estos casos. No hay pues, ningún control judicial previo a la imposición de la sanción; ésta es de resorte administrativo exclusivamente. El juez no sabe quién la dispuso, qué oportunidad tuvo el adolescente de hacer sus descargos debidamente asesorado por su defensor/a ni quién graduó la sanción con respecto a la falta que se le imputó al adolescente, todas éstas cuestiones que hacen a la legalidad del debido proceso. Tampoco tiene incidencia de control sobre cuáles son las condiciones en que cumple la sanción impuesta por su falta al reglamento de disciplina interna; si como consecuencia el adolescente es trasladado a otro establecimiento, se enterará de cuál y por cuánto tiempo después que el traslado se efectivizó. Evidentemente, en estos casos el control del juez en la ejecución de la sanción por él dispuesta —es decir, la privación de libertad— no existe.

Las medidas de protección que debe tomar el juez en su función de control pueden ser de carácter *general y preventivo*, como supervisar que existan mecanismos e instrumentos facilitadores del ejercicio de los derechos de los adolescentes en el encierro: si hay un mecanismo que permita el efectivo contacto del adolescente con su familia, con sus amigos, con la comunidad, con su defensor/a; con qué mecanismos de participación efectiva cuenta para llevar a cabo sus actividades tanto educativas como recreativas y qué participación tiene en ámbitos de decisión.

Otras medidas de protección, en cambio, son *específicas* cuando se trata de restablecer derechos vulnerados: medidas que garanticen la recuperación y rehabilitación física y psicológica de quienes han sido víctimas de maltrato, o aquellas que tiendan a evitar la continuidad en esa situación, como un cambio de establecimiento o decretar la libertad del adolescente.

4. La función de garantía

La función jurisdiccional, además de cumplir con la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, conforme a la ley, en cuanto a su procedimiento y contenido, implica *cumplir con una función de garantía*, por cuanto —como dice el Prof. Perfecto Andrés Ibáñez— “el juez debe ser el garante de los derechos humanos”.⁹

Esta función de garantía es un nuevo componente de la actividad jurisdiccional de los jueces que se desarrolla a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, a mitad del siglo XX y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

Estas nuevas corrientes de la dogmática jurídica provocan cambios en todas las áreas del derecho, especialmente en el derecho penal, donde emergen las garantías como verdadero límite al poder punitivo del Estado.¹⁰

El ideal garantista que queremos se plasme en las nuevas legislaciones sobre los derechos de los niños y que la Convención de los Derechos del Niño ha recogido tiene que ver con esta concepción jurídica de la nueva función de garantía de la actividad de los jueces.

Ello no significa que actualmente los jueces carezcan de textos normativos que funden su actividad jurisdiccional de control durante la ejecución de las sanciones aplicadas a los adolescentes. Como vimos, abundan los textos legales nacionales e internacionales: Constitución de la República, CDN, leyes, códigos y acordadas, así como también las Reglas de las Naciones Unidas, que recogen e interpretan los principios consagrados en convenciones y tratados de derechos humanos tanto del sistema de protección universal como del sistema interamericano, cuyos textos fueron ratificados por Uruguay.

Sostener lo contrario respecto al valor de estos instrumentos, reglas y directrices sería desconocer los derechos consagrados en la CDN, en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales los niños, niñas y adolescentes de Uruguay son titulares por su condición jurídica de sujetos de derechos.

En definitiva, también sería desconocer las obligaciones del Estado uruguayo como miembro de la ONU en cumplir con la promoción de los derechos humanos tal como lo establecen la Carta de este organismo y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo valor como norma jurídica vinculante ha quedado establecido después de la Proclamación de Teherán en 1968 y de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993.

⁹ Perfecto Andrés Ibáñez: *Claves de Razón Práctica*, n° 90, “Garantía judicial de los derechos humanos”.

¹⁰ Cillero Bruñol: o. cit.