

COMPETENCIA DE LAS FISCALÍAS LETRADAS DE MENORES RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE¹

Referencia N°: 00-

Material digitalizado con fines de docencia e investigación.
Distribución sin fines de lucro.

1. Ministerio Público. Doctrina de la Situación Irregular

La actuación del Ministerio Público cumple un función esencial en el Estado de Derecho, que se ha ido acentuando en el tiempo, ampliándose en nuevas áreas como los intereses difusos, en defensa del medio ambiente contra la contaminación ambiental, entre otros.

En materia de las personas de hasta 18 años de edad (art.1 de la Convención de los Derechos del Niño) el Ministerio Público ha sido puesto por la Doctrina de la Protección Integral en un lugar relevante y ha adquirido un nuevo contenido.

Tomando como referencia el Código del Niño de 1934, el artículo 113 otorgaba al Juez de Menores una competencia amplísima mientras que en las áreas que hoy quedan dentro de la esfera competencial de los Juzgados de Menores (art.67 de la Ley N° 15.750) el Ministerio Público directamente no tenía intervención o la misma era difusa o subsidiaria.

La experiencia del funcionamiento de los Juzgados de Menores en Montevideo y de los Juzgados Penales en el interior (a los que se asigna tal competencia) es que el Ministerio Público era notificado de algunas resoluciones, se le pedía que dictaminara en otros casos, pero no ocupaba el papel central que le corresponde.

El Código del Niño en sus artículos 119 y 120 establece que cuando se pongan menores de 18 años que cometan delitos o faltas o de 21 en casos de abandono material o moral a disposición del Juez de Menores éste deberá practicar una investigación sumaria y "dictará sentencia sometiénolo al régimen de vigilancia y protección de acuerdo a las disposiciones de esta ley".

Si hay imputación de delito se hará provisión de defensor, lo que no es necesario en los otros casos.

El artículo 120 que está referido a los casos de infracción a la ley penal, prevé la averiguación de hechos, la participación del fiscal y del defensor en las audiencias y reconoce a éstos la facultad de recurrir las providencias interlocutorias que se dicten.

¹ Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia, Montevideo, Uruguay.

Obsérvese que el Fiscal en consecuencia está facultado a concurrir a las audiencias y en su caso a recurrir.

Es que en la llamada Doctrina de la Situación Irregular, la figura del Juez era autosuficiente para actuar sobre los "menores en situación irregular", generalmente adoptando medidas conculcadoras de derechos de aquéllos sin otro límite que "ejecutar todos los demás actos que fuesen pertinentes para la protección de los menores, como lo haría un buen padre de familia" (art. 113 e).

¿Para qué entonces el sistema de controles propio del debido proceso legal?

En este régimen el Ministerio Público funciona como un "opinador", que sólo puede recurrir la decisión judicial dictada en un proceso de infracción a la ley penal.

La Doctrina de la Protección Integral asigna al Ministerio Público la función esencial que cumple en el Estado de Derecho, por fin referida a todos los habitantes de la República sin discriminaciones por razones de edad, a cuyo análisis está referido este trabajo.

2. Competencia en materia de menores. Lo correctivo y lo tutelar.

El artículo 67 de la Ley N° 15.750 determina que los Juzgados Letrados de Menores, las que se extiende a los Juzgados Penales en el interior (art. 71 id.):

"Los Juzgados Letrados de Menores entenderán en todos los procedimientos preventivos, educativos a que den lugar los hechos antisociales cometidos por menores y las situaciones de abandono"

Existen claramente distinguidas dos áreas en la competencia de los Juzgados Letrados de Menores: a) los procedimientos preventivos, educativos a que den lugar los hechos antisociales cometidos por menores, lo que he denominado como "correctivo" o sea los casos en que se imputa a una persona que no ha cumplido los 18 años de edad la infracción a la ley penal; b) las situaciones de abandono, que actúan en el área de la protección de derechos.

Del punto de vista del Ministerio Público: "La Ley de Presupuesto (N° 16.170), transforma dos Fiscalías de Aduana en Fiscalías Letradas de Menores de 1er. Y 2º Turno, con competencia en los procedimientos preventivos, educativos y correctivos a que den lugar los hechos antisociales cometidos por menores y las situaciones de abandono, en las que entiendan los Juzgados de Menores. "Ejercerán las funciones propias del Ministerio Público, en primera y segunda instancia y eventualmente en los procesos de casación, representando y defendiendo a la causa pública en los asuntos en que pueda estar comprometida y actuarán en todo lo relativo a los menores imputados de la comisión de hechos antisociales o en estado de abandono,

incumbiéndoles en este concepto los deberes que la ley le señale y, expresamente aquellos que derivan de la condición de protector especial de los menores que consagra" En consecuencia correspondería a la ley reglamentar la calidad en que dena actuar el Ministerio Público en los procedimientos mencionados..."²

Posteriormente fue creada una tercer Fiscalía de Menores en Montevideo, correspondiendo en el interior actuar a los Juzgados Letrados Departamentales respectivos.

3. Área tutelar

Cuando se actúa en materia tutelar, el presupuesto debe ser que una persona que no haya cumplido los 18 años de edad se encuentre vulnerada en sus derechos o gravemente amenazada respecto a la efectividad de los mismos, siendo competencia del Juez de Menores en la medida que no exista otra competencia excluyente, fundamentalmente de parte de los Juzgados de Familia.

La reciente aprobación de la Ley de Violencia Doméstica N° 17.514 asigna competencia de urgencia en la materia que legisla a los Jueces de Familia, excluyendo en consecuencia esta competencia a la de los Juzgados de Menores cuando los actos de violencia o maltrato contra un niño o adolescente se generen en el ámbito de "una relación de noviazgo, de relación afectiva basada en cohabitación y originada por parentesco, por matrimonio o por unión de hecho"³.

Tiene incidencia en el aspecto procesal, la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7.307 del 8 de noviembre de 1996 "Sobre menores en situación de abandono material o moral" la acordada dispone una instrucción sumaria, en que el Juez precia designación de Defensor y de interrogatorio, adopta una medida de protección derivando el asunto al organismo especializado, generalmente INAME.

Pese a la exclusión expresa efectuada en el artículo 545 literal a) del Código General del Proceso⁴, las formas y alcances de las actuaciones del Ministerio Público en todo proceso están definidas en los artículos 28 y 29 del Código General del Proceso: parte, tercero o dictaminante técnico.

La cuestión debe ser resuelta a la luz de la competencia que tiene el Ministerio Público otorgada a los Fiscales en lo Civil por el artículo 9º Numeral 5) de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, N° 15.365:

"Actuar en todos los asuntos relativos a las personas e intereses de los menores, incapaces y ausentes, incumbiéndole en ese concepto los deberes que la ley le

² El Ministerio Público y Fiscal. Ana María Blanco, pag.234.

³ Artículos 2º y 3º.

⁴ Tramitado por los procedimientos subicortos por las leyes especiales pertinentes a) Los procesos preventivos, correctivos y educativos de competencia de los Tribunales de Menores (arts. 118 a 141 del Código del Niño).

señale, y expresamente, aquellos que derivan de la condición de protector oficial de los menores e incapaces que esta disposición consagra”.

El Ministerio Público tiene a nuestro entender intervención necesaria en materia tutelar, en que ejerciendo sus funciones de protector de las personas que no han cumplido 18 años de edad, actúa en carácter de tercero, por lo tanto con facultades plenas de ser oído preceptivamente, realizar cualquier actividad probatoria y deducir los recursos que corresponda (art. 29.2 Código General del Proceso).

No es parte loca vez que no existe una pretensión de protección de derechos a ser ejercida en el área tutelar, sino que actúa garantizando derechos y el respeto de las normas procesales y de fondo de las personas que no han cumplido aún los 18 años de edad.

Coincidentemente con esta posición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reciente Opinión Consultiva relativa a la aplicación del artículo 19 (Derechos del Niño, Medidas de protección) en relación a los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) ha señalado:

“Que los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes al juez natural - competente, independiente e imparcial -, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos ... Otros casos, como son los de abandono, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a lo que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentran los niños”.

También el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, determina un debido proceso en el área tutelar, como desarrollaremos más adelante a nuestro entender en la materia un requisito esencial del debido proceso es la intervención del Ministerio Público imparcial e independiente.

Más allá de discusiones que aparecen trasmochadas sobre el valor obligatorio de la Acordada de la Suprema Corte de Justicia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro país adquiere operatividad directa mediante normas de rango constitucional: artículos 72 y 332 de la Carta.

⁵ Opinión consultiva 1720/02, del 28 de agosto del corriente. Párrafos 10 y 12.

4. Lo correctivo

El presupuesto de la intervención judicial en materia correctiva o penal es la atribución a una persona que se encuentra por debajo de los 18 años de la comisión de un acto descrito como delito por la ley penal.

El procedimiento aplicable ha sido definido por el artículo 25 de la Ley N° 16.707 denominada de Seguridad Ciudadana, que reformuló el artículo 114 del Código del Niño, estableciendo un procedimiento diverso y particular para estos casos.

Su fuente de inspiración directa es la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7236 de “Ordenamiento de normas procesales en materia de menores infractores”, que constituyó un cambio radical en el esquema de intervención judicial en la materia, en aplicación directa de la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño, contenida en la Convención de los Derechos del Niño (concretamente artículos 37 y 40) y en otras normas internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas de las Naciones Unidas para los menores privados de libertad; directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) entre otras.

Punto de partida en el derecho interno lo constituye la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en cuanto:

“ Todo conduce a una muy clara conclusión: el “proceso especial” a que se refiere el constituyente (art. 43), lo es con relación al “proceso criminal” que se regula particularmente en la Carta Fundamental. De otra forma, incluso, sin que los detractores lo perciban, se pierden todas las garantías de la normativa de rango superior y se limitan, arbitrariamente, todos los textos que aquella consagra para “todos” o para “todas las personas”, disposiciones que quieren que “nadie” quede fuera de su protección (Constitución, arts. 7, 8, 12, 15, 16, 17, 19, 20, 21, etc.)”⁶

A. De las particularidades del procedimiento

Veremos ahora cómo se articula esta particularidad o especialidad.

El proceso de menores tiene por objetivo determinar si existe o no mérito para declarar a una persona menor de edad como autora de un acto descrito como delito por la ley penal y en su caso aplicar una medida o sanción de tipo educativo⁷.

⁶ Sentencia N° 400 del 8 de diciembre de 1987.

⁷ Al respecto se ha afirmado en solución que no compartimos totalmente: “El proceso de menores resulta conformado según una estructura contradictoria, con la especialidad principal, de que – la totalidad de los sujetos intervinientes, deben tomar en cuenta el interés superior del menor- y en tal sentido, el objetivo de aquí se dirige no a imponer sanciones, sino a procurar la recuperación del menor a la vida social, propendiendo al desarrollo de un tratamiento terapéutico con intención de obtener, en definitiva, una solución de profilaxis a las faltas o delitos que pudiere cometer”. TAP 2, Sentencia 87/88, RUTP-400, c.1140, pág. 739.

Tal proceso no puede ser otro que el debido proceso legal establecido por la Constitución, como así lo ha declarado la Suprema Corte de Justicia⁸

Este proceso está determinado por las características especiales del sujeto a que está referido y por ello requiere de especialización.

Desde el punto de vista jurídico se requieren conocimientos específicos, que lamentablemente no se reciben en Facultad, requiere una especial ductilidad para el trato y para poder entenderse con los jóvenes, aparece con incidencia el núcleo familiar inclusive presente en el proceso en forma permanente, etc.

Hemos señalado las siguientes características de este proceso de menores:

- 1) es un procedimiento que deriva en la limitación de derechos constitucionales, por ello debe partir de un carácter efectivamente garantista.
- 2) tiene como objetivos esenciales asegurar el interés superior del niño en cuanto sujeto de derecho y su bienestar. A este sujeto vulnerable, que eventualmente ha incurrido en una conducta infractora, es a quien debemos atender en forma preferente, por eso hemos afirmado que es la más humana de todas las ramas del Derecho, en cuanto el sujeto determina permanentemente los contenidos jurídicos.
- 3) debe ser rápido y ágil, porque los tiempos psicológicos y vitales de una persona menor de 18 años son mucho más estrechos y acuciantes que los de una persona mayor. En otros términos el proceso no debe ser largo en el tiempo, porque la personalidad del sujeto a que se refiere varía rápidamente con el transcurso del mismo
- 4) siempre se estará ante una responsabilidad por acto y por reprochabilidad de conductas, pero todo el andamiaje procesal está destinado a la atención de su sujeto vulnerable y en desarrollo para asegurar su educación e inserción social.

- 5) debe guiarse por un principio de mínima aflicción, arbitrándose institutos como la remisión, la suspensión del proceso y el principio de oportunidad que habiliten una ágil desjudicialización del conflicto una vez logrados los fines educativos.

Estos principios condicionan a todos aquellos quienes participan en el proceso: las partes, los equipos técnicos y el soporte administrativo tanto dentro de la propia sede judicial como, como en las áreas policiales y de aplicación de medidas⁹.

B. La función del Ministerio Público

Señalamos al respecto la naturaleza fundacional del trabajo del Dr. Jorge Marabotto El proceso de menores. Roles del juez, del Fiscal y Defensor. Visión constitucional y legal¹⁰

La constitución de la República establece en su artículo 22: "Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público..."

El Ministerio Público como institución esencial de la República aparece en el art. 167 Numeral 13 de la Constitución, en cuanto facultad del Presidente de la República con acuerdo del Senado de designar al titular del mismo el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación y al resto de los fiscales.

A su vez la Ley orgánica ya citada conforma un Estatuto de independencia técnica de los fiscales en el ejercicio de sus atribuciones.

Afirma el Dr. Miguel Langón que:

" 35.- Alguien tiene que averiguar los hechos ocurridos, y esa tarea compete al Estado que tiene el deber de indagar los delitos, el monopolio del poder y el derecho de castigar. Éste es el rol fundamental del Ministerio Público, órgano especializado en la materia, cuya independencia no se consagra sólo en la letra de las disposiciones sino, y fundamentalmente, en el régimen de designaciones, ascensos, traslados y sanciones, y más aún, en los usos, costumbres y tradiciones del cuerpo en un país determinado...36.- Es, desde siempre, entre nosotros lo que dio en llamarse una "parte" imparcial, pues como titular de la acción penal tiene por misión promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de las personas y del interés público, correspondiéndole en definitiva, la fundamental tarea de establecer los supuestos de hecho de un delito y de individualizar a los sospechosos de haberlo cometido, a efectos de poderlos someter a juicio legal, en el cual se establecerá, a través del debate y la controversia con la Defensa, el grado de culpabilidad y la pena que eventualmente corresponda, todo lo cual es tarea primordial del Juez".¹¹

Afirma el Dr. Marabotto en el trabajo citado refiriéndose al Ministerio Público:

" Es el "protector oficial" de los menores, pero ello no supone ni determina que no ocupe, como tal protector, la situación natural de parte actora; parte en sentido formal más que material, en tanto no es titular - efectivo - de los intereses debatidos o hechos valer en el proceso. De ahí, se haya dicho con acierto: "El ministerio público, ciertamente, es una parte, en comparación con el juez; pero es una parte sui generis; si se dijese impropia, éste quizás sería el adjetivo más adecuado. La impropiedad está en esto: en que la parte sufre la providencia del juez, quien dispone en torno a su interés; pero el ministerio público no es en absoluto un interesado", para culminar afirmando: "... el ministerio público es una parte artificial, no una parte natural" (Francisco Carnelutti, Principios del Proceso Penal, pág. 39). En concreto parte imparcial, si es que pueden reunirse ambas categorías".

⁸ Sentencia 40097

⁹ Reiteraciones... págs. 47/48.

¹⁰ J.U. Revista Jurídica, Tomo CXI, págs. 193/2263.

¹¹ Revista de Ciencias Penales, N° 1-1985. "El rol del Ministerio Público en el proceso penal acusatorio", pág. 63.

Opinamos que el Ministerio Público es parte actora en el proceso de adolescentes infractores, toda vez que es quien ejerce la pretensión socio-educativa del Estado.¹²

Formulada la cuestión sobre el contenido de la pretensión del Estado entre el ius puniendi propio del Derecho penal de Adultos y un ius educandi propio de esta materia concluimos que: "...el Derecho de la Infancia y Adolescencia en materia de infracciones a la ley penal toma del Derecho Penal las figuras delictivas y las garantías, adopta sanciones que se denominan medidas y que solamente se justifican y adquieren legitimidad jurídica a partir de su contenido específico que es socio educativo".¹³

Esta pretensión actúa dentro de un Derecho Penal acotado, con la especial característica que la privación de libertad es siempre el último recurso, debiendo evitarse todas las veces que ello sea posible (art. 40 N° 4 de la Convención de los Derechos del Niño, Regla N° 17.1 a) de Beijing) y que se debe actuar teniendo en cuenta el interés superior del niño, que los adolescentes siempre deben ser colocados en una situación de protección de sus derechos, con un plus respecto del mundo adulto.

Concluyendo el Ministerio Público es parte en sentido formal, reviste el carácter de imparcial, aspectos sobre los que está de acuerdo toda la doctrina, no habiendo acuerdo acerca de si es parte en sentido material o no.

El Ministerio Público es el actor en el proceso de personas que no han cumplido los 18 años de edad por infracción a la ley penal, constituyendo su pretensión un primer límite objetivo a la discrecionalidad jurisdiccional.

En base a estos postulados, analizaremos las distintas etapas del proceso previstas en el art. 114 del Código del Niño en la redacción dada por el artículo 25 de la Ley N° 16.606.

C. Actuación procesal.

Establece el artículo 68 del Código del Proceso Penal:

"Al Ministerio Público corresponde promover las acciones fundadas en los delitos y faltas.

De acuerdo con estado de la causa, el Ministerio Público deducirá acusación, o en los casos del artículo 236, solicitará el sobreseimiento".

A su vez, en referencia a la función del Ministerio Público en materia penal, la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal determina que corresponde a los Fiscales Letradas en lo Penal:

"1) Ejercer la titularidad exclusiva de la acción penal pública que deriva de delito,

e intervenir como parte, en la instrucción y sustanciación de las causas de ese orden, luego del enjuiciamiento y hasta su conclusión.

2) Continuar los procedimientos penales por delitos perseguibles denuncia de parte, luego de su iniciación por quien tuviera legitimación procesal para ello..."

A falta de determinación específica entendemos que estas normas son de aplicación en cuanto a la competencia del Ministerio Público en materia correctiva, conclusión a la que lleva reamente la lectura del artículo 114 del Código del Niño en la redacción dada por la Ley 16.707.

Entendemos que nos encontramos ante un modelo de procedimiento acusatoria atenuado (la investigación la hace el Juez), toda vez que el Ministerio Público cumple el rol de actor, en consecuencia sin su solicitud expresa no hay posibilidad de iniciación o prosecución de los procedimientos.

A esta conclusión llevan las consideraciones efectuadas ut supra, siendo en consecuencia de aplicación las normas citadas del Código del Proceso Penal.

Como elemento ilustrativo, también veremos en dichas etapas de qué manera el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia aprobado por la Cámara de Diputados, establece el ámbito competencial y los alcances de la actuación en el proceso del Ministerio Público.

El Ministerio Público en la indagatoria

Debe señalarse que no obstante que en la práctica por exceso de trabajo se actúa de otra manera, el legislador diseñó una audiencia indagatoria en presencia del menor, de las partes (Ministerio Público y Defensa concretamente) y de los testigos en su caso, así como los representantes legales.

Como elemento radicalmente diferenciado del proceso penal de adultos se establece que: "En esta audiencia el Ministerio Público y el Defensor podrán solicitar la ampliación de aquellas diligencias, tendientes al esclarecimiento de los hechos y a la protección de los derechos, rigiendo en esta materia lo establecido en el artículo 16 de la Constitución de la República" (Art.114.1 inc.2° Código del Niño).

Esto quiere decir que, obviamente con el único límite de los plazos establecidos por la Constitución, es posible ofrecer prueba en oportunidad de la indagatoria, a la que entiendo que el Juez debe hacer lugar de acuerdo a las normas generales, siempre que su diligenciamiento no implique violación de los plazos.

Cuando la ley refiere a prueba de protección de los derechos, atiende a las especiales características de este proceso, en el que datos de la personalidad del indagado, cobran un rol protagónico a la hora de determinar si se aplicarán o no medidas y en su caso a

¹² En el Derecho Brasileño sostiene esta posición Paulo Afonso Garrido De Paula en "El Ministerio Público y los derechos del niño y del adolescente en Brasil", *El Derecho y los chicos*, Buenos Aires 1995, págs. 85 y siguientes.

¹³ "Importancia del hecho y de la participación en la determinación de las medidas y sanciones", *Revista Interdisciplinaria sobre temas de justicia juvenil*, N° 1, Montevideo, 2000.

los efectos de seleccionar la medida en cuestión. Aspecto que merece especial atención al Ministerio Público que tiene la función de proponer al Juez la iniciación del procedimiento en su caso y que le permitirán seleccionar alguna medida en consecuencia.

Por otra parte esta audiencia supone el contacto y la aplicación plena de la inmediación por las partes del proceso, con la finalidad de esclarecer los hechos y de protección de los derechos como afirma la ley.

Si estamos en una audiencia, culminada la indagatoria, los autos deben pasar al Ministerio Público para que solicite lo que entienda conveniente: archivo, continuación de actuaciones o iniciación de procedimiento, pero es imprescindible en salvaguarda de los principios generales, que la Defensa pueda ser oída sobre las alegaciones del Ministerio Público.

Esto se hace en algunas sedes y en otras no, pero sería conveniente que se utilizara la vía recursiva pertinente cuando se alterara de tal forma el derecho de igualdad entre las partes.

En resumen, durante la indagatoria el Ministerio Público: puede interrogar, ofrecer prueba, exigir su diligenciamiento y debe dictaminar previo al dictado del auto de disposición.

El Ministerio Público y el Auto de Disposición; art. 114 inc. 4° del Código del Niño

Es la sentencia interlocutoria por la cual el Juez decide enjuiciar a una persona menor de 18 años, como presunto autor de conductas previstas en la ley penal como delito o falta¹⁴

Arias señala que el artículo 22 de la Constitución se refiere al inicio del sumario, con abundante argumentación que compartimos, por oposición la comisión encargada de la propuesta entendió que la referencia era a la iniciación del plenario, con lo cual se admitió el procesamiento de oficio por el Juez, lo que el autor estima inconstitucional¹⁵.

La normativa especial de la materia, que prevé la presencia del Ministerio Público en la audiencia indagatoria, será preceptivo su pedido al final de la misma.

En aplicación de los principios generales el pedido de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones será preceptivo para el Juez.

Su dictamen afirmativo a su vez deberá comprender los siguientes aspectos según surge de la propia ley: 1) constancia de la existencia de una infracción (acto descrito como delito por la ley penal); 2) la existencia de elementos de convicción suficiente para entender que el menor indagado tuvo participación en la misma, en los distintos grados de intervención previstos por el derecho de fondo (autoría, coautoría, complicidad); 3) la necesidad de iniciación del procedimiento; 4) la adopción de una medida socioeducativa, en su caso.

Sobre este punto último ampliaremos más adelante, lo que si entendemos que el Juez no puede disponer una medida más gravosa que la solicitada por el Ministerio Público, graduándose las medidas en función de la cantidad y entidad de los derechos de los adolescentes que se afectan con la propuesta.

Repetimos, debe darse a la Defensa oportunidad de controvertir el dictamen del Ministerio Público, para lo cual se conferirá vista.

El Ministerio Público durante el manifiesto y la ampliación; art. 114.4 del Código del Niño

El Ministerio Público al igual que el Defensor debe estar presente en todas las actuaciones procesales y a su vez debe ofrecer prueba, que será generalmente de informes sobre la situación personal del o la joven sometida a proceso, actividad que en materia de menores es bastante escasa a juzgar por los datos estadísticos.

No obstante, es menester señalar que en esta etapa no existe limitación probatoria alguna, pudiéndose proponer nuevos medios de prueba, careos, reconstrucciones, etc.

Demanda del Ministerio Público: art. 114.5 del Código del Niño

"Una vez diligenciada la prueba o en caso de no haberse ofrecido ninguna, se dará traslado al Ministerio Público para que dictamine.

Del dictamen fiscal se conferirá traslado a la Defensa por el mismo término".

Estamos ante el acto principal del proceso, mediante el cual el Ministerio Público actor formula su pretensión o desiste mediante el pedido de archivo de las actuaciones.

Como es de conocimiento, la Ley 16.707 en este aspecto tiene su fuente directa de inspiración en la Acordada N° 7.236 de la Suprema Corte de Justicia, de Ordenamiento de Normas Procesales en materia de menores infractores" que al respecto decía: "Diligenciada la prueba, o en caso de no haberse ofrecido prueba alguna, se dará traslado al Ministerio Público por el término de seis días - art. 99 del C.G.P. - para que dictamine solicitando la aplicación de medidas o el archivo del expediente".

Comentando la norma afirmábamos: "No se aprecia en el estudio de la discusión parlamentaria la razón por la cual se quitó la referencia al contenido del dictamen fiscal. No obstante nos parece que adquiere así trascendencia en la interpretación, la exposición de motivos de la Acordada 7.236 cuando afirma terminantemente la vigencia del principio acusatorio en la materia, sin perjuicio de una primera parte indagatoria inquisitiva. El contenido de la demanda fiscal no puede ser otro que un proyecto de sentencia que deberá contener en lo pertinente las referencias del artículo 245 del Código del Proceso

¹⁴ Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, Cabrini-Pérez Monique, pag. 43.

¹⁵ Curso de Derecho Procesal Penal, FCU, 2ª Ed. revisada y puesta al día por el Dr. Enrique Tangio, págs. 149/151.

Penal conforme el propio artículo 114.6 primer inciso y culminará obviamente con la solicitud de aplicación de una medida determinada o en el archivo del expediente en caso de absolución o de que se entienda que la medida se da por "compurgada".¹⁶

A la misma solución se llega mediante un razonamiento abstracto a partir de los dichos de la propia ley.

Afirma Couture que dictamen es: "opinión, consejo o esclarecimiento que un juriconsultor o funcionario técnico emite acerca de una cuestión de hecho o de derecho sometida a su parecer".¹⁷

Terminada la etapa probatoria, el Ministerio Público debe dictaminar sobre qué o cómo pretende que avance el proceso: con una declaración de responsabilidad por el régimen especial o con la absolución o sobreseimiento.

En un caso reciente, en que la Defensa se agravió por entender que la actuación del Ministerio Público no se había ceñido a los contenidos necesarios de una "acusación" en términos del proceso penal, en Sentencia 202/02 el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno entendió que la mención a los delitos cometidos, más el pedido de compurgación de la medida con la ya cumplida, además de la falta de impugnación tempestiva, enervaban los agravios.¹⁸

En definitiva, la ley identifica con la palabra dictamen del Ministerio Público al acto procesal por el cual, a la luz de las resultancias de autos, articula su pretensión de manera definitiva. Formula su proyecto de sentencia, que debe contemplar todos los aspectos que el Juez está obligado a contemplar en su sentencia conforme el artículo 245 del Código del Proceso Penal.

A diferencia del régimen penal de adultos, la articulación se formula con la etapa probatoria agotada, lo que refuerza por vía oblicua la argumentación de que es preceptiva la presencia del Ministerio Público en audiencia indagatoria y la formulación allí de la petición de inicio de procedimientos.

Entiendo que prácticamente por aplicación de los principios generales, en cuanto a la descripción de hechos, imputación objetiva y subjetiva, calificación delictual, etc, no existen particularidades en la materia.

¹⁶ Referencias... págs. 47/48

¹⁷ Vocabulario Jurídico. Dogmatiz, 1991, pág. 229

¹⁸ "Si bien en el caso que cabe resolver el principio acusatorio en el proceso de menores, se estima que el mismo no ha sido mencionado en las actuaciones de autos. El art. 114 del Código de Niños, modificado según texto del art. 25 de la ley 16.707, no determina en su numeral 3 que el Ministerio Público devenga acusador. Solo que en sus dos incisos dispone que aquel debe probar el "ictamen". Por otra parte, luego del pronunciamiento del Sr. Juez, se advierte que la providencia judicial n.º 37 que reza "Da la susculite traslado". Y si el demandado que en relación al acusado no se halla verificado, debe impugnar aquella providencia". Si estimada que se respeta el principio acusatorio, y no oportuno a que realice la sentencia de primera instancia, para recibir el caso que no había estado acusado local.

Por otra parte y si bien formalmente aquel dictamen del Ministerio Público no cumple con todos los requisitos que permiten calificarlo como "acusación", se observa que su texto se refiere "...a las imputaciones cometidas" por el menor de autos, y como consecuencia de las mismas manifestó que el Magistrado actuante "debe tener por corroboradas las medidas dispuestas..." (subrayado y cursivas en el original).

Si el principio de mínima intervención lleva a actuar en forma flexible de manera de comprender dentro del control de la Justicia de Menores, casos graves e importantes de infracción a la ley penal, dejando de lado el delito de bagatela y aquellas situaciones que no justifican la intervención penal.

Selección de la medida

El Ministerio Público deberá seleccionar la medida a aplicar, en caso de formular demanda de responsabilización, teniendo en cuenta la personalidad de la persona involucrada, en aplicación de los principios de proporcionalidad y de idoneidad de la misma.

La medida debe ser proporcional a la gravedad de los hechos y tener en cuenta la personalidad del individuo e icónea para cumplir los fines socio educativos a que hemos hecho múltiples referencias.

La medida impetrada debe seguir la regla de una doble determinación: en cuanto al tipo de medida seleccionada y en cuanto a la duración que se propone.

Siempre será sin mínimo, pero sí con máximo el que jamás podrá sobrepasarse pretextando fines educativos.

Creo que el Ministerio Público al solicitar la determinación de la medida, cumple un rol fundamental en cuanto a lo que ha dado en llamarse la dosimetría de la respuesta penal, sin perjuicio de ser ésta una materia en la cual no es posible señalar casos idénticos, a veces ni siquiera parecidos.

Hemos sostenido los siguientes criterios generales en la selección de la medida a aplicar, entendiendo que se debe atender en materia de conductas típicas llevadas a cabo por adolescentes a:

- la gravedad del injusto, que deberá estar definida por la ley, efectuándose la selección de tipos penales propia de un Derecho Penal Mínimo
- la participación criminal deberá ser reglada de manera que sólo los partícipes directos y necesarios sean alcanzados por la intervención punitiva
- se deben aventar criterios peligrosistas y que tengan que ver con la personalidad del sujeto so pena de caer en un derecho penal de autor
- se deberá tener en cuenta la finalidad socio-educativa de la medida, de lo contrario se estaría en una responsabilidad por el puro acto propia del Derecho Penal de Adultos.
- no habrá mínimos en las sanciones, que son de por sí revocables en función del cumplimiento de la finalidad socio-educativa
- se podrá no sancionar cuando las circunstancias así lo indiquen, no existiendo medidas preceptivas.

Coincidimos con Mary Beloff en que "las circunstancias personales y de mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor solo pueden operar como un correctivo que disminuya el reproche por el hecho... los fines de reintegración o integración social del joven declarado penalmente responsable no pueden anteponerse al reproche del hecho"¹⁹.

La medida jamás podrá implicar un trato más severo de aquél que se impondría a un adulto en la misma situación y tiene límites de legalidad en cuanto por ejemplo no se puede privar de libertad cuando el delito está penado con multa.

Igualmente deberá tenerse en cuenta que pretextando la comisión de una infracción a la ley penal no es posible extender el control social, al punto de utilizarlo para subsanar las deficiencias de otras agencias del Estado.²⁰

Relación demanda fiscal y poderes del Juez

Afirma Arias "... que el principio acusatorio contenido en el artículo 22 de la Constitución trata aparejada como consecuencia la limitación de los poderes del juez

Para imponer pena, pues no podía imponer una pena mayor o distinta que la solicitada por el Ministerio Público".²¹

Más adelante el autor citado señala que el artículo 246 del Código del Proceso Penal ha consagrado esa solución y analiza la hipótesis del error manifiesto en los casos que por tal razón deriva una pena ilegal en cuanto al monto o a su naturalza, señalando más adelante el riesgo del manejo erróneo o arbitrario del error manifiesto.²²

19 Indica y Democracia en América Latina, Bogotá-Siglo Veintiuno Editores, 1988, págs. 108.

20 "Toda otra consideración debe ser ajena, especialmente la que atienda a la preventiva como un verdadero adelanto de pena, que repose sobre criterios retribucionistas ajenos a esta materia en que la privación de libertad es la última ratio, art. 46 Constitución Derechos del Niño y Regla 17 de Beloff.

En el caso de autos, en que el menor es privado de su libertad el día 30.VI.01 - memorandum de fs. 2 -, al solicitar la incoación de procedimiento, el Ministerio Público solicita la interacción por treinta días para atender su problemática sobre atención - fs. 11/12 -. No obstante, al evacuar el traslado del recurso, el 27.VI.01 parece haber mutado de posición, pronunciándose por el mantenimiento de la recusa.

De los informes técnicos allegados en autos surgen diagnósticos que demuestran un perfil de vulnerabilidad de DM, que hacen aconsejables algunas medidas de atención de bienestar psicosocial y de apoyo psicosocial, y, informe de la Psicóloga Dra. C. - Por otra parte se consignaron sanciones administrativas de carácter disciplinario en el lugar de internación - v. Informe INTERU del 8.VII.01 -.

Lo cierto es que al día de la fecha el menor de autos lleva 85 días de privación de libertad, que en autos solamente se han agregado diagnósticos y no proyectos terapéuticos, todo lo que conduce a revocar la privación de libertad.

No existen elementos pues, que sustenten la privación de libertad a esta altura de los procedimientos. El proceso de medidas alternativas no puede ser utilizado como mecanismo de políticas sociales, educativas o de salud, debiendo cumplir estrictamente el rol constructivo que es la actuación de la privación socio educativa del Estado en cuanto a las personas menores de 18 años de edad que han cometido acciones descritas como delitos por la ley penal - art. 114.1 del Código del Niño en la redacción dada por la Ley N° 16.707 - (Sentencia N° 15301, 19/2° Turno).

21 Otra cita págs. 152.

22 Otra cita págs. 153-154.

El artículo 246 del Código del Proceso Penal establece que:

"La Sentencia no podrá superar el límite de la pena requerida por el Ministerio Público. No obstante si por error manifiesto, la pena requerida es ilegal, el Juez la individualizará de acuerdo con la ley, con circunstancias de exposición de los fundamentos penitenciales".

El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia aprobada por la Cámara de Diputados establece en su artículo 76 Num.12 referido al contenido de la sentencia que:

"El Juez no puede imponer medidas educativas sin previo pedido del Ministerio Público, ni hacerlo de manera más gravosa de la solicitada por éste". Creemos que el error manifiesto no es de aplicación en materia de infracciones a la ley penal por quienes tienen menos de 18 años de edad, pudiendo el Juez variar la tipificación, pero no aplicar medidas más severas, debiendo dejar sin efecto medidas ilegales (repetimos privar de libertad por delito de daño por ejemplo).

En un caso en un caso en que el Ministerio Público solicitó la purgación por cumplimiento de la medida, no obstante lo cual se aplicó una medida de seguimiento, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno revocó por los fundamentos y en aplicación de los criterios reseñados.²³

El Ministerio Público y los medios impugnativos

En cuanto parte puede recurrir en apelación la sentencia, y posteriormente interponer recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia hipótesis en la cuales el Fiscal por aplicarse el Código General del Proceso (art.114.7) no existe la facultad del Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación de " desistir del recurso si el mismo hubiera sido entablado por el Ministerio Público y se estimaren erróneos los fundamentos aducidos".

También en su caso podrá deducir recurso de revisión (arts. 281 a 292 del C.G.P.),

El Ministerio Público en la etapa de ejecución

Debe recordarse que las normas sobre ejecución no están contenidas en el artículo

23 "El Juez del Tribunal es de procedo constituido - art. 22 de la Corte- la aplicación del principio acusatorio, debiéndose reconocer en el Ministerio Público el carácter de titular de la acción en materia acusatoria en el proceso de medidas alternativas. No se advierte cual otro titular podría tener tal acción, toda vez que en nuestro Derecho Plenario sólo en el caso de art. 33 de la Ley 16.989 se admite la acusación por parte de terceros.

Tu como lo sostiene entre otros el Prof. Dr. JORGE MARABOTTO en "El Proceso de menores, roles del Juez, del Fiscal y Defensor", publicado en LJI, Revista Jurídica, T. CVI págs. 197/202 cuando afirma: "Claro, en otro sentido, no podría negarse cierta vinculación entre el principio dispositivo, en cuanto limitación a las propias facultades del litigante y el principio acusatorio, en el que también vemos que la petición fiscal, limita las potestades de quien debe iniciar la ejecución bajo su conocimiento. En ambos casos vemos como lo pretendido se constituye en una barrera insuperable para el Juez".

También se ha afirmado respecto del proceso de menores: " Es un caso proceso de partes, donde cada una de ellas cumple un rol procesal claramente definido: el Juez como un tercero imparcial que decide un conflicto jurídico; el Ministerio Público en representación de la sociedad cumpliendo sus funciones de acusador público y el menor y la Defensora, en un papel netamente jurídico, siendo su objetivo esencial controlar a las otras partes en el proceso, para la plena aplicación de los derechos y garantías de su defendido" (Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, CAIROU-PÉREZ MARRIQUÉ, págs. 39).

El artículo 246 del Código del Proceso Penal, de reciente abrogación, al proceso de menores indicaba por ser la norma específica de aplicación del proceso acusatorio el término que "La sentencia no podrá superar el límite de la pena requerida por el Ministerio Público".

Actualmente este Sala ha ratificado su criterio con distintas integraciones, lo que se refleja con la actual (Sentencias 21494; 115 y 12908; 22696; 3, 20, 41, 45, 46, 47, 160, 23097, 22988 entre otras).

En consecuencia la sentencia ha ultrapasado los límites de la demanda fiscal, con lo cual ha habido ultraje (art. 138 del Código General del Proceso) lo que determina su revocación (Sentencia 73871).

114 nuevo del Código del Niño con la excepción que se dirá, sino en la Acordada N° 7.308 del 8 de noviembre de 1996, comunicada por Circular de la Suprema Corte de Justicia N° 85/96.

Es importante tener en cuenta el principio contenido en el artículo 4°) literal A) de dicha Acordada: *"Se deberá decretar el cese de la medida toda vez que resulte acreditado en autos que ésta ha cumplido su finalidad socioeducativa"*.

Rectamente interpretado este principio general al Derecho en la materia establece que la medida se sustenta y justifica en la finalidad socioeducativa, pues de lo contrario sería un puro retribucionismo, de dudosa aplicabilidad aún en materia de Derecho Penal de adultos y absolutamente exiliado en materia de menores.

En consecuencia cuando resulte acreditado el cumplimiento de la finalidad de la medida, el Ministerio Público deberá pedir el cese de la misma.

El Ministerio Público y los incidentes de sustitución, modificación, cese de las medidas o clausura de las actuaciones: art.114.8 in fine

En su calidad de actor el Ministerio Público interviene en estos incidentes cuando los mismos hayan sido promovidos por la Defensa, toda vez que entiendo que si en su calidad de actor pide una medida más benigna por vía de sustitución o el cese o directamente la clausura de las actuaciones, el juez por imperio del principio acusatorio debe hacer lugar a lo impetrado.

El Ministerio Público
y las solicitudes de Licencias

En los casos de privación de libertad, antes de lograr el cese de la medida, se conceden licencias, equivalentes a las salidas transitorias en materia penal, con la finalidad de que el joven o la joven estrechen lazos familiares y avancen en el proceso de reinserción social, que es el único fin que justifica la medida como vimos.

Muchas veces las licencias frente a la ansiedad de estos jóvenes ingresan mediante notas del propio establecimiento y son tramitadas con una vista fiscal, solicitándose a vez audiencias al respecto.

El Ministerio Público debe dar su opinión sobre las licencias, que significan formas de modificación del régimen de privación de libertad, significando un proceso de afianzamiento de vínculos familiares con vistas al egreso.

IV. Reflexión final

El rápido recorrido por las competencias del Ministerio Público en materia de personas que no han cumplido 18 años de edad, ha permitido apreciar cuán profunda ha sido la revisión y el reposicionamiento del Ministerio Público en virtud de la Doctrina de la Protección Integral.

El Ministerio como defensor de la causa pública asume un papel fundamental, como una garantía esencial al Estado de Derecho.

El fiel cumplimiento de cada uno de los sujetos procesales del papel que les corresponde, permiten un proceso justo y respetuoso de los derechos y garantías de quienes se ven involucrados, en el caso sujetos como los niños, niñas y adolescentes que deben ser protegidos integralmente para poder a su vez ejercer responsablemente sus derechos.

No se trata de adoptar soluciones paternalistas sino de actuar el binomio severidad con justicia, de manera que las decisiones judiciales sean esencialmente justas en cuanto elementos de formación de ciudadanía de los adolescentes.