

JUSTICIA PENAL JUVENIL ALGUNAS RESPUESTAS DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

Sonia Torti

Docente de grado y Postgrado e Investigadora de la Universidad Nacional de San Juan. Secretaria Técnica de la Carrera de "Especialización en Criminología" en su modalidad presencial y virtual de la Facultad de Ciencias Sociales de esa Universidad.

En este trabajo nos proponemos contrastar dos perspectivas jurídicas: el positivismo kelseniano y el garantismo jurídico respecto del tratamiento que hacen estos enfoques de las nociones de *validez, existencia, legitimidad, vigencia y justicia* y las consecuencias que de ello se derivan en la interpretación y aplicación de dos normas determinadas (22.278/80 y 22.803/83). Se problematizan las nociones de validez formal y sustancial y su relación con la legitimidad de estos cuerpos normativos.¹ Asimismo, nos preguntamos cómo explican ambas corrientes la cultura jurídica, a fin de poder realizar una lectura de las prácticas jurídicas de nuestros magistrados judiciales, especialmente referidas a la materia de las normas 22.278/80 y 22.803/83. Finalmente, cuestionamos la aplicación de tales leyes intentando mostrar cómo desde los aportes formulados por el garantismo, los jueces evitarían caer en prácticas arraigadas que se separan de principios básicos del derecho, lesionando con ello derechos fundamentales de los ciudadanos, en este

¹ Si bien la idea de legitimidad está más vinculada con el mundo de la política, podríamos decir sin pretender agotar el tema aquí, que las nociones de legitimidad y legalidad se refieren a un orden político y tendrían su paralelo con los conceptos de validez y justicia referidas a la norma jurídica. Para nuestros fines, entenderemos a la justicia/legitimidad como una noción emparentada con la adecuación o no de una norma o cuerpo normativo con principios considerados como fundamentales en nuestro propio ordenamiento, tales como los Derechos Humanos, que proporcionan un marco de objetividad. Entenderemos que hablamos de justicia para hacer referencia al cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución Nacional, que a modo de garantías existen para velar por la aplicación, observancia y efectividad de los derechos por ella consagrados. Toda conducta, práctica, o acción que tenga una adecuación con normas, principios o garantías constitucionales, será entendida en un sentido de justicia. Toda manifestación de disposiciones administrativas, sentencias judiciales y demás prácticas de los diversos órganos del Estado (vinculados con la temática que nos ocupa) que impliquen un respeto y observancia de los Derechos Humanos serán definidos como valorativamente justos.

caso adolescentes en conflicto con la ley.

El propósito de este análisis está centrado en indagar críticamente el abordaje que hace la teoría positivista respecto a algunas nociones básicas (validez, justicia, legitimidad, etc.) y cómo la consideración dogmática de tales nociones hace sentir sus efectos luego en las prácticas jurídicas al aplicar normativa inadecuada. Intentaremos mostrar por otra parte, cómo un postulado propio del andamiaje kelseniano –la *Grundnorm*– serviría para justificar la no aplicación de tales normas. El abordaje de la perspectiva garantista y las nociones antes mencionadas, está presentado como un posible modelo superador que permitiría subsanar estos defectos del enfoque anterior y que brindaría a los jueces herramientas teórico-objetivas que les permitan ajustarse a derecho sin recurrir a elaboraciones o ficciones metajurídicas que desvirtúan los fines a los que aspiran normas de superior jerarquía.

De la unidad del sistema jurídico

La validez y la coherencia para el normativismo kelseniano

El valor justicia como un elemento extra jurídico

Para comenzar el análisis indagamos acerca de las consideraciones sobre la noción de justicia para el positivismo kelseniano. Este concepto no está considerado dentro del mundo estrictamente jurídico. Corresponde al ámbito de la Ética o de la Teoría Política (ambas según Kelsen, fuera de lo que una Teoría del Derecho debe considerar); con lo que se excluye cualquier discusión acerca de la justicia, de la arbitrariedad, de la oportunidad de las normas. Dice Kelsen: “*El principio de legitimidad es así restringido por el de eficacia. Un Estado sin un mínimo de eficacia no sería un Estado real, sino una fantasía política...*” (Kelsen, 1969). Desde el positivismo clásico no se reflexiona sobre las nociones de justicia pues se considera que pertenecen al mundo de la subjetividad y, carecen de cientificidad, por tanto no pueden integrar los ele-

mentos de una Teoría del Derecho (Kelsen, 2009). Por lo que, desde el positivismo kelseniano, no estaría permitida la ponderación por parte de los magistrados judiciales acerca de la adecuación de las normas discutidas respecto de normas superiores del propio ordenamiento jurídico a fin de poder realizar un juicio sobre la justicia o injusticia de su aplicación.

Afirma Bobbio (1998) que, a pesar de la complejidad de un ordenamiento (debido a que sus normas provienen de diversas fuentes) el mismo posee unidad. No todas las normas se encuentran en el mismo nivel, las inferiores se van justificando en las superiores y así hasta llegar a la norma fundamental. Esta norma es la última de la cual depende la unidad del ordenamiento jurídico. La *Grundnorm* tiene dos funciones determinantes: en primer lugar, atribuir al Poder Constituyente² la facultad de dictar normas jurídicas y por otra parte establecer la obligación de obediencia para toda las personas a quienes va dirigida.³ Como un destinatario de las normas, el juez dentro de todo un cúmulo (cada vez mayor) de normas deberá decidir cual considera válida a fin de aplicarla al caso concreto. Para ello, la Teoría del Derecho se vale una vez más de la norma fundamental y establece que la validez de una norma está dada por su pertenencia a un sistema jurídico. Es la norma fundamental en última instancia la que establece quién tiene el poder de dictar una norma y sobre qué materia deberá versar esta. Entonces, aclara Bobbio, “*diremos que la norma fundamental es el fundamento de validez de todas las normas del sistema*” (Op. Cit.) No solo sirve como postulado de unidad, sino como justificación de validez del sistema.

La norma fundamental, norma no positiva sino presupuesta, da vida a la primera constitución histórica. Pero cuando ocurre algún cambio de poder, especialmente si este es violento o revolucionario y tiene éxito, logra una sustitución del sistema jurídico anterior porque el hecho fundante ha variado. El poder originario ha mutado y la norma fundamental presupuesta de ese sistema jurídico, aquella que dotaba de unidad y validez a todas las normas de ese sistema, también es otra. Pues bien, con estos criterios y bajo los condiciones expresadas, si debiéramos justificar la norma en cuestión (22.278/80) tendríamos que afir-

2 Por Poder Constituyente, se entiende aquel poder último por encima del cual no existe otro, que tiene la capacidad de dictar las normas del ordenamiento. Bobbio, Op. Cit.

3 Al lado de un poder existe un deber. Es correlativo a este poder el deber de obediencia del legislador de no violar la Constitución, del Juez de ajustar sus sentencias a normas constitucionales, el deber de los particulares de acatar las decisiones de los legisladores y los jueces.

mar que es una norma extraña del sistema jurídico actual pues obtiene su validez (material y formal) de una norma fundamental ajena, la que ordenaba obedecer al gobierno de facto que sufriera nuestro país entre 1976 y 1983.

El Derecho no puede ejercerse sin poder y su ejercicio requiere de la aplicación de la fuerza para que aquél resulte eficaz.⁴ Debido a que estamos acostumbrados a percibir el orden jurídico como algo ya dado sin reflexionar mayormente en estas cuestiones, no advertimos que ese poder originario es aquel que en una lucha por alcanzar esa posición ha resultado vencedor y se ha auto-otorgado la capacidad de dictar normas. Ese monopolio en la producción de normas no implica que los detentadores del poder sean justos y menos aún que lo sean las normas emanadas de los órganos de poder. De hecho Bobbio afirma: “La norma fundamental autoriza a quienes detentan el poder para ejercer la fuerza, *pero no dice que el uso de la fuerza sea justo por el solo hecho de provenir del poder originario...El Derecho es así, la expresión de los más fuertes y no de los más justos...*”. (Op. Cit.) Podemos conceder, entonces, que en el momento de su sanción aquella norma era válida –aunque no estemos de acuerdo con ella–⁵ y hasta tanto se produjo un nuevo cambio en el sistema jurídico con la re-inauguración de la democracia, la norma en cuestión pertenecía al sistema. Pero continuando con el análisis y de acuerdo con las concepciones kelsenianas la *validez* de una norma está relacionada con la *existencia* de la misma sin importar su contenido y mientras haya sido creada de acuerdo con un procedimiento determinado según la norma fundamental (Kelsen, 1969 y Bobbio, Op. Cit.). Lo que nos lleva a afirmar que tal consideración meramente formal de la validez excluye de la discusión y de la crítica la problematización acerca de normas cuya naturaleza se puede cuestionar porque obtienen esta validez de una norma fundamental que ya no existe. Como es el caso de las normas que nos ocupan.

Una vez que la Teoría del Derecho ha establecido la unidad del ordenamiento jurídico debemos revisar la supuesta coherencia del mismo, otro de los viejos dogmas del *iuspositivismo*. La coherencia, en un

4 Un ordenamiento será eficaz cuando sus normas sean generalmente obedecidas y aplicadas por sus órganos judiciales y cuando los súbditos las observen y acaten, y ante una negativa a hacerlo el Estado pueda recurrir al uso de la fuerza pública para hacerlas cumplir.

5 Y sobre todo podemos discutir la legitimidad de un régimen que se organizó para instaurar un modelo económico y para hacerlo se cobró la vida de miles de personas y cuyas secuelas sufrimos hoy.

sentido jurídico, está referida a la ausencia de contradicciones entre las distintas normas del ordenamiento. En este caso estamos ante la presencia de una antinomia por contener las norma aplicada por los tribunales, (22.278/80 y 22.803/83) disposiciones contrarias a la normativa constitucional y además ser jerárquicamente inferior a esta.

Cabe preguntarse si existe la obligación del juez o del legislador de eliminar las antinomias desde la perspectiva positivista. Siguiendo a Bobbio (Op. Cit.) podemos afirmar que en el caso de normas de diferente nivel, es decir si se presenta una contradicción entre una norma jerárquicamente superior y una inferior, si existe la obligación para el juez de aplicar la superior. Este es el caso que nos ocupa. Pues estaríamos frente a una norma que aunque posterior en el tiempo: Convención sobre los Derechos del Niño (CIDN) e instrumentos conexos, es superior jerárquicamente respecto de una norma de menor rango en el ordenamiento jurídico (22.278/80 y 22803/83).

En nuestro caso se presenta otro problema, que consiste en la ausencia de una nueva legislación en materia penal juvenil que adhiera a los principios de la norma jerárquicamente superior. Se nos presentaría un caso complejo pues ante la aplicación de la vieja ley (22.278/80 y 22803/83) se incurriría en una antinomia grave por contradicción con una norma jerárquicamente superior (CIDN), por lo que el juez debería dejarlas sin efecto al aplicarla a cada caso concreto. Aunque el legislador omite adecuar la legislación interna a los estándares internacionales, creemos que el juez posee otros elementos para subsanar ese vacío.⁶

Las prácticas judiciales (fundamentalmente en un sistema como el nuestro que sigue el modelo continental romanista y que además posee una estructura constitucional rígida) están orientadas por una de las teorías positivistas más fuertes, a saber la interpretación judicial como actividad lógica y meramente declarativa. Es decir, el juez al momento de dictar su sentencia se limita a aplicar la letra de ley tal cual aparece frente a sí, sin realizar ningún tipo de actividad creadora y limitándose a reproducir lo que el legislador tiene di-

cho en la letra de la ley.⁷ Sin olvidar además que, de acuerdo al modelo clásico de división de poderes, la actividad creadora de Derecho reposa en manos del legislador y la magistratura no está legitimada para crear Derecho sino solo para aplicarlo.

Los aportes proporcionados por Bourdieu (1991) acerca del fenómeno jurídico son interesantes porque aclaran nuestra perspectiva en relación a la función del Derecho y la de los operadores jurídicos.

El fenómeno jurídico no *nace* aislado de la sociedad en la que se gesta. Surge producto de luchas e intereses contrapuestos en las que el ganador se erige con la posibilidad de crear normas y para hacerlas cumplir puede aplicar la fuerza de manera legítima. Pero no es menos cierto que ese sistema normativo posee una lógica y una coherencia propia, lo que a su vez genera un determinado efecto sobre los operadores jurídicos, sociales y los individuos en general.

La pretensión de una justificación acerca de la unidad y de la coherencia del sistema jurídico basada en la norma fundamental es dañina no solo porque pretende constituirse en el mecanismo fundante y dador de sentido a esas ficciones de la plenitud y la coherencia.⁸ Es dañosa porque la Teoría del Derecho clásica recurre a la norma fundamental (ficción en última instancia) como una entidad del deber ser, trascendente, puramente objetiva y produce así una falacia que provoca, al decir de Bourdieu, una violencia simbólica: *“que consiste en hacer aparecer como fundamentadas en una autoridad trascendente situada más allá de los intereses, de las preocupaciones, etc. de quien las formula, unas proposiciones, unas normas que dependen en parte de la posición ocupada en un campo jurídico por quienes las enuncian”* (1991). Incurrir en estas falacias en el campo jurídico es más común de lo que parece. Tomemos el caso

6 Ante la ausencia de normativa adecuada a la materia, resulta al menos necesario en los jueces la observancia de herramientas conexas a la CIDN, tales como las Reglas de Beijing, Directrices de Riad, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Reglas de Tokyo, que ofrecen pautas orientadoras para la acción de la justicia. Además el Comité de seguimiento de los Derechos de los Niños tiene dicho que estos instrumentos complementan las disposiciones de la CIDN.

7 Cabe aclarar que no acordamos con tal principio. El juez no se limita a reproducir mecánicamente la ley, realmente ejerce actividad creadora al momento de resolver casos. Incluso pensamos que aplica sus propios principios morales al momento de dictar sentencia. Lo que ocurre es que según el principio de la división de poderes establecido por el sistema republicano de gobierno, los jueces no están autorizados para crear Derecho. Por ello creemos que se sostiene el dogma de la interpretación mecanicista: para ocultar, una actividad para la que el jurista no está realmente legitimado. Se realiza nuevamente una deformación cuyo efecto de autolegitimación constituye un precio que deben pagar luego los propios juristas como afirma Bourdieu: “si contribuyen a la influencia del derecho es porque ellos mismos han caído en la trampa”: así no pueden fundar en Derecho las razones por las cuales continúan aplicando normas infraconstitucionales en franca oposición a la normativa internacional y nacional vigente en esta materia.

8 El dogma positivista de la interpretación mecanicista de la ley y la creencia en un sistema pleno y suficiente condicionaron la vida de los juristas y signaron un destino autista del Derecho.

de la interpretación judicial de la ley, que nos interesa por tratarse de la lectura que hacen los magistrados al momento de enfrentarse con los distintos cuerpos normativos referidos a la niñez (CIDN/ ley 22.278). ¿Es que acaso los jueces se limitan a echar mano de cualquier norma que se les presenta sin ningún tipo de actividad crítica? ¿Es su actividad meramente mecanicista y lógica, como pretende un dogma del Derecho? ¿O es que se opta por este criterio interpretativo para investir al Derecho de la cientificidad que creen le adscribe una determinada escuela interpretativa? Pareciera que los juristas persisten en este *habitus* debido a que el hecho de apoyarse en la ciencia ha constituido un elemento que confiere prestigio, sobre todo para una disciplina como es el Derecho, cuyo fundamento científico ha sido discutido desde otras ciencias. Pero en el campo jurídico se juegan otras luchas y la recepción del principio positivista de la interpretación, que debería funcionar para aplicar la normativa correcta (como en este caso la de mayor jerarquía constitucional de la CIDN), es dejada de lado. Adquieren primacía las prácticas arraigadas sustentadas en la ideología tutelar, como son: la omnipotencia con la que se ha tratado y abordado desde sus orígenes la cuestión de la infancia; la disposición absoluta de los niños y adolescentes (*los menores*) por parte de los magistrados; la exclusión de los niños de los Derechos y Garantías del proceso penal. Estos dispositivos del Derecho provocan *violencia simbólica* que se manifiesta sobre los destinatarios de las normas. Se produce una transformación paradójica: el efecto de *decir* la pureza del derecho, de presentarlo como un conjunto de axiomas concatenados lógicamente y justificados por una autoridad trascendente, recae sobre los que expresan tales afirmaciones. Ello va generando unas determinadas prácticas jurídicas, caracterizadas por una pátina de superioridad que se imprime en las conductas de los que manejan derecho: jueces, abogados, etc. Perciben la realidad que los rodea desde la posición que ocupan: el derecho investido de universalidad y cientificidad les presta su investidura y así *“El Derecho no es lo que dice ser, lo que cree ser: algo puro, completamente autónomo. Pero el hecho de que se crea tal y que logre hacerlo creer, contribuye a producir unos efectos sociales completamente reales y a producirlos ante todo, en quienes ejercen el Derecho”* (Bourdieu, Op. Cit).

Y aunque resulta manifiesta desde esta corriente que la norma no debería aplicarse, por ser lesiva a

los Derechos de las personas sobre las que recae, no es menos cierto que corresponde a los legisladores subsanar esta falta de legislación adecuada de manera urgente, según Mary Beloff estamos frente a una *“escandalosa inacción legislativa”* (2005). Su omisión negligente contribuye en gran manera a la tan criticada actividad discrecional y omnipotente de los jueces, más acentuado en materia de niñez, dado el poder absolutamente discrecional del Juez de Menores, que durante casi nueve décadas estuvo impregnado de la *doctrina tutelar* de la derogada Ley de Patronato. Por ello hoy constituye todo un desafío para nuestros magistrados modificar sus prácticas y pensar en la constitucionalidad de una norma como *prima ratio*.

Validez y legitimidad

Abordaje garantista del fenómeno normativo

Nos parecen más satisfactorias, al momento de plantear posibles soluciones, las explicaciones sobre lo que ocurre en el fenómeno jurídico, vertidas por el Modelo Garantista. Para Ferrajoli (2009) la democracia formal se ha convertido en una noción vacía de contenido, pues solo hace hincapié en que las decisiones políticas se adopten por el principio de la mayoría. La noción de democracia sustancial en cambio, nos señala aquella parte de la Constitución Nacional que se sustrae del ámbito de la política. Es decir está conformada por aquellos Derechos, garantías, principios, valores de la Constitución Nacional sobre los que el poder político no puede decidir, no puede avanzar avasallando, ya sea modificando o incumpliendo.

Este autor considera que gracias a los progresos operados por el constitucionalismo respecto del viejo estado liberal, el derecho se configura como un *“sistema de garantías constitucionales pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales”* (Ferrajoli, 2009). Esto es así porque en los modelos con constitución rígida, la positivización no sólo se refiere a los derechos mismos (lo que es propio del positivismo) sino porque la misma producción jurídica se encuentra sujeta a Derecho. Es decir existen ciertas condiciones para la producción jurídica que no solo se refieren a requisitos de forma sino que hacen más bien referencia a su contenido –y aquí radica una diferencia importante con el positivismo, para quien el contenido está fuera de toda consideración (Kelsen, 2009)– y funcionan como vínculos y límites a la pro-

ducción jurídica. Son aquellos principios y garantías que además de no poder ser materia de una reforma constitucional, deben informar toda la legislación inferior.

El cambio propuesto es contundente haría referencia al concepto de Derecho.⁹ Una vez que están determinados esos contenidos que hacen a la validez, se podrá producir luego la actividad crítica de los juristas respecto de normas inferiores. Y entonces el garantismo se planta frente a la concepción positivista, sosteniendo que debe observarse con estrictez el “principio de legalidad”. Y así, en el caso que nos ocupa, los jueces podrían argumentar válidamente las razones por las que las normas discutidas carecen de validez.

Desde el garantismo puede explicarse con mayor facilidad el concepto de validez: por un lado aparece la existencia de una norma vinculada a la forma o requisitos formales para su creación. Por otro lado el concepto de validez tiene que ver con que su significado o contenido esté de acuerdo y sea coherente con las normas sustanciales sobre su producción. *“El paradigma del Estado Constitucional de Derecho no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, la legitimación formal y la sustancial”* (Ferrajoli, Op. Cit.).

La definición de legitimidad viene proporcionada no desde el afuera del sistema jurídico como ocurría en el positivismo, sino que proviene del propio sistema: la legitimidad formal dependerá de la adecuación de la nueva norma a las normas formales sobre la producción de normas y la legitimidad sustancial dependerá de la coherencia de la nueva norma con las normas sustanciales sobre la producción de normas (todas las normas referidas a los Derechos Humanos). Surge nítidamente la carencia de adecuación sustancial de las normas discutidas por contrariar derechos reconocidos por la Constitución Nacional y tratados internacionales.

Incompatibilidades normativas en el garantismo Modos de resolución

El garantismo ofrece un determinado modelo de Derecho. Como hemos dicho anteriormente, este mo-

delo es presentado como un “sistema de garantías y límites”. En él, el Estado ha antepuesto los Derechos de sus habitantes –positivizados en las normas– a cualquier avasallamiento que pudiera darse, colocando al respeto por su efectivización y las garantías de su cumplimiento como “obligatoriedad vinculante” para el Estado y sus distintas agencias. Y así la validez se asocia a la legitimidad sustancial, a una normatividad garantizadora. La existencia se asocia a la formalidad, a lo que antes llamábamos validez formal.

Entonces se elimina la paradoja en la que cae el positivismo y así se produce la diferenciación entre una norma que existe, porque se ha elaborado de acuerdo con los requisitos constitucionales formales, pero es inválida por estar viciada en su sustancialidad. Así aparece con claridad la contradicción de las normas contenidas en la ley 22.278 con los principios mínimos del Derecho Penal consagrados en la C.N. y CIDN. Por lo tanto debería declararse en cada caso sometido a decisión judicial la inconstitucionalidad de las normas contenidas en la vieja ley. Incluso se produce una modificación paradójica en los conceptos de coherencia y plenitud: es normal la aparición de antinomias y lagunas por la incorporación al sistema jurídico de vínculos y límites sustanciales como condición de validez de las normas, pero corresponde a los jueces subsanarlas

Para el garantismo, el juicio sobre la validez de una norma es distinto al juicio sobre la justicia: la justicia será el resultado de un juicio extra jurídico o moral. La validez y la existencia son juicios internos del Derecho. Es por ello que el juicio de validez nunca podrá ser atacado de sobrenatural o metafísico. Puede estar parcialmente cargado de concepciones de quien lo formule, pero tendrá un anclaje más objetivo, determinado por normas constitucionales.

En esa distinción entre validez y vigencia que presenta el garantismo se encuentra la solución más razonable a nuestra problemática. Al escindir esos dos conceptos que en el positivismo aparecían como uno solo, se logra establecer cómo no todo Derecho es legítimo en el sentido que le diéramos a este concepto al inicio de nuestro trabajo. Es decir echa por tierra la presunción positivista de legitimidad de la que goza el Derecho: esta debe ser comprobada y ello es una tarea que indudablemente les cabe a nuestros magistrados judiciales.

Revisemos ahora el rol del juez en este paradigma:

⁹ Este nuevo sentido de validez que surge de la noción de democracia sustancial impacta en el aspecto ontológico del Derecho. Al contestar qué es derecho, la respuesta será sustancialmente distinta que desde el positivismo.

la concepción garantista explica satisfactoriamente la relación del juez con la norma: ya no existe el deber de apego a la misma cualquiera sea su contenido, sino que su tarea es contrastar la norma con los contenidos sustanciales constitucionales y los Derechos fundamentales por ella consagrados que se imponen a la norma, y en caso de no verificarse esta correspondencia declarar su inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva pueden sortearse las críticas formuladas por Bourdieu a los juristas y que desarrolláramos más arriba. El magistrado, para el modelo garantista, no estaría enfocado en la búsqueda de ficciones casi metafísicas para justificar su proceder al subsumir los hechos a la normativa adecuada pues tendría un límite claramente establecido y un rol determinado: su sujeción a la Constitución y el de garante de los Derechos fundamentales, respectivamente.

Esta sujeción del juez a la Constitución es su papel de garante de los Derechos fundamentales es el fundamento de su legitimación y de su independencia. Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política ni con la de la teoría de división de poderes, su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales". (Ferrajoli, Op. Cit.).

En este modelo, la justificación sobre la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico no descansa en una norma supuesta no positiva, lo que al decir de Bourdieu constituye una ficción en la búsqueda de justificaciones para el fenómeno jurídico. Aquí, la legitimación de cada norma del sistema viene dada por su respeto a los Derechos fundamentales contenidos en la Constitución, fácilmente contrastables por el juez. Y la legitimación de este, a su vez, no viene dada por una autoridad trascendente, sino por esos mismos derechos fundamentales que constituyéndose en pilares de la democracia sustancial garantizan su independencia. Se disiparía desde esta mirada la virtual disputa que existiría en el campo jurídico respecto de quien está legitimado para decir/definir/interpretar Derecho pues el magistrado debe hacer una interpretación conforme a la Constitución.

Así como existe aquel espacio sobre el que *no se puede decidir*, existe también un espacio sobre el que el legislador tiene la obligación de decidir. Como no existe un régimen penal además del que es atacado como inválido, a fin de completar aquellas lagunas del ordenamiento que provocan violación de derechos por incumplimiento de normas establecidas en

la Constitución Nacional, creemos que corresponde al juez subsanar este problema, ante la inacción del legislador.¹⁰

En definitiva, la actividad del juez no podrá ser más, pero tampoco menos que aquello que la Constitución le ordena. Esto es: está limitado por los principios y valores constitucionales y por otra parte está obligado a que estos no se violen.

Podemos afirmar, luego de reflexionar acerca de las contribuciones de ambas doctrinas en cuestión (positivismo y garantismo), que nuestros juristas en sus prácticas desoyen los aportes teóricos suministrados por ellas. A pesar de que la ficción ideada por el positivismo, que es la norma hipotética fundamental, obliga a aplicar determinadas normas y a obedecerlas, se produce un abandono injustificado de los postulados del positivismo por el cual los jueces en sus prácticas omiten la aplicación de principios tales como el de la unidad del ordenamiento jurídico, que engloba el de la jerarquía normativa y dejan de aplicar normas constitucionales de mayor rango jerárquico para continuar aplicando normas nacionales ya fenecidas.

Aparecen nociones no vinculadas estrictamente con la Teoría del Derecho, como por ejemplo el concepto de control social como una de las funciones del Derecho. Esto es así porque desde el nacimiento de una norma¹¹ el Derecho aparece en su aspecto normativo claramente como un instrumento de control. Por otra parte la cultura jurídica se ha encargado de elaborar fundamentaciones y legitimaciones referidos a dogmas y axiomas que justifican esa mirada del derecho. Pero aún más: las prácticas jurídicas lo confirman: cuando debiendo aplicar postulados que la propia teoría a la que adscriben ha elaborado y que serían favorables a los sujetos a control, se separan de los mismos sin una justificación teórica, tomando decisiones fuertemente lesivas a los justiciables. Nuestros jueces en el mejor de los casos advierten la falta de congruencia de algunas normas con la constitución, pero son pocos los que se atreven a declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Las denominadas *medidas tutelares* se aplican indiscriminadamente y en forma selectiva sobre adolescentes

¹⁰ Pudiendo utilizar los instrumentos conexos a que hemos referido.

¹¹ Como hemos afirmado anteriormente el Derecho es la expresión de los más fuertes y el monopolio de la producción normativa que se le atribuye al Estado no solo se refiere a la posibilidad de crear normas sino a que esas normas sean la expresión de los intereses de unos pocos que decidirán, hablando ya en lo penal estrictamente, qué conductas serán punibles, la dureza de las penas a aplicar y sobre quiénes recaerá el peso del Sistema Penal.

de sectores excluidos no tanto en función de hechos cometidos, sino en virtud de características de presunta *peligrosidad* del adolescente infractor. Bajo el supuesto justificatorio de su *protección*, se le vulneran Derechos y garantías del debido proceso penal y a menudo se les priva de libertad o se ordena la aplicación de medidas sin haberse encontrado responsable del hecho ilícito (violentando los principios de materialidad, lesividad y culpabilidad).

Esto deja al descubierto cómo las costumbres jurídicas arraigadas anulan las posibilidades de acción de nuestros jueces que abandonan su marco teórico y adoptan prácticas que están aprehendidas e internalizadas por pertenecer a ese campo/agencia. Nuestros magistrados de Niñez han internalizado determinados valores y concepciones respecto de lo que debe poseer un *juez de menores* y obran en consecuencia: la omnipotencia de sentirse responsable de abordar situaciones sociales o de pobreza del chico, que son obligaciones de la Política Social.

Creemos junto con Ferrajoli que la tarea de los juristas hoy no es limitarse a una mera crítica sino que se debe realizar un análisis profundo de la crisis por la que atraviesa el Derecho y que la comunidad de juristas: jueces, teóricos del Derecho, abogados, deben centrarse en no ignorar ambos niveles normativos, el formal y el sustancial, y propiciar una adecuación de sus prácticas con los límites y vínculos sustanciales de la Constitución, para lograr en definitiva la anulación del derecho inválido. *“Este es el único camino para responder a la complejidad social para salvar, con el futuro del Derecho, también el futuro de la democracia”* (Ferrajoli, Op. Cit.).

BIBLIOGRAFÍA

Beloff, M., *Constitución y derechos del niño: Separata de Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al profesor Julio B. J. Maier, David Baigún y otros*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, España, Debate, 1998.

Bourdieu, P., “Los Juristas, guardianes de la hipocresía colectiva”, en

Chazel, F. y Commaille, J. (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale* París, L.G.D.J., 1991.

Ferrajoli L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2009.

Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

----- *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, [1960].