



FHCE (www.fhuce.edu.uy) Montevideo, Uruguay, noviembre de 2010

ISSN 1688-7476

MARTÍN FLEITAS
RICARDO VERGARA

¿ES LEGÍTIMO
IMPUTAR AL EXCLUIDO?
LA AUTONOMÍA Y
LA DEBIDA TENSION
COMO CLAVES



Universidad de la República
Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación
Departamento de Publicaciones - publikfhce@gmail.com
versión electrónica disponible en el sitio <http://www.fhuce.edu.uy>



¿Es legítimo imputar al excluido?

La autonomía y la debida tensión como claves

© Licenciado Martín Fleitas y Procurador Ricardo Vergara

elkanteano@hotmail.com

© Departamento de Publicaciones FHCE

publikfhce@gmail.com

Impresión: Delia Correa y Oscar Río

Corrección de estilo: Betina Rosas

Diseño de portada

e interiores: Wilson Javier Cardozo



ISSN 1688-7476
Depósito Legal 354039





Se pretende divulgar los avances de una investigación que está finalizándose por mí y mi amigo y compañero el procurador Ricardo Vergara. Fue financiada por CSIC (2008/2010) a través de su llamado para estudiantes Proyecto GAIE. Nuestro trabajo abordará la problemática de la disminución de la edad de imputabilidad penal: tema actualmente presente en la política y en los ciudadanos por ser determinante en la inseguridad social.

La problemática será considerada de manera ética y jurídica. La hipótesis defiende que disminuir la edad punitiva penal implicaría graves consecuencias éticas y haría inválida jurídicamente las normas del Derecho uruguayo.

Este supone, en el mundo de la vida, a un sujeto potentemente imputable a quien «la ignorancia de la norma no le es excusa». ¿Pero acaso no extraviamos al sujeto en el camino de su desarrollo, no como un ciudadano formalmente igual a los demás, sino vitalmente (psicológica y socialmente)?

Para abordar esta pregunta abierta e imprecisa nuestro marco teórico posee una premisa: el desarrollo de la personalidad, en todas sus dimensiones, es codificado en términos intersubjetivos de reconocimiento recíproco. Esta proposición nos permite adentrarnos en el desarrollo normativo del sujeto para ilustrar el impacto y pertinencia que la medida de reducir la edad punitiva implicaría.



Reconstrucción de la categoría de análisis: «otro generalizado»

Citamos las investigaciones de Psicología social de George Herbert Mead acerca del desarrollo normativo del sujeto.¹ Para este autor, el individuo atraviesa durante su desarrollo cognitivo y normativo dos etapas principales en las cuales comienza a desarrollar su facultad de juzgar normativamente. Dichos estadios son explicados mediante dos fases del juego infantil y adolescente.

El primer período es denominado *play*. El infante tiende urgentemente a juzgar sus acciones como buenas o malas, de acuerdo al uso de las palabras manifestadas por sus padres. Comienza a interiorizar el mí normativo (las esperas normativas) que representa a sus padres. Desarrolla su capacidad de adquirir la perspectiva del álter ego, por lo tanto, de una segunda persona que le permite poseer un mínimo grado de descentración egocéntrica. Este grado, aunque mínimo, alcanza para que pueda colocarse en la perspectiva de esa segunda persona y juzgar sus acciones reaccionando ante ellas. No obstante, la interiorización de este mí paterno es inconsciente dado que no opera en la reflexión del niño (con capacidades cognitivas inmaduras), sino en la reacción.

Revela que el niño puede, mediante el juego, proyectar en objetos (juguetes) un imaginario compañero de interacción y depositar en este el mí normativo de acuerdo al cual imitará un acontecimiento de la vida cotidiana. Regulará así su conducta. Esto sería posible si antes el niño hubiera interiorizado algún mí: alguna perspectiva de una segunda persona. La primera en interiorizar es la de los padres. Es pertinente señalar que este estadio infantil permite interiorizar más de otro ocasional, individual y concreto.

Mead explica el siguiente estadio denominado *game*. El adolescente regula su conducta de acuerdo a las expectativas normativas de un número mayor de individuos (otros ocasionales variables e in-

¹ Reconstruida por Axel Honneth, en *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona: Crítica, 1997, a partir de G. H. Mead, *Espíritu, Identidad y Sociedad* (Madrid: Taurus, 1997).



determinables). Esta etapa puede ser ejemplificada con cualquier deporte de competición que practique el adolescente (fútbol, básquetbol, atletismo en equipo, etc.), ya que a diferencia del estadio anterior, comparte un objetivo con individuos reales: lograrlo implica competir con un grupo. Creo que el ejemplo más claro es el del fútbol americano, practicado principalmente en Estados Unidos, porque centra su juego en las estrategias y deja escasas oportunidades para el florecimiento de las habilidades individuales que puedan marcar la diferencia. La clave es el juego en equipo. El adolescente sintetiza los más que componen a cada uno de sus compañeros para regular su conducta de acuerdo a lo que el grupo espera de él. Realiza un proceso de abstracción de cada individuo que le permite construir un mí general. Al interiorizarlo, opera en la reacción hacia sí mismo y evita centrarse en cada uno de sus compañeros (el entrenador, el juez, la familia que fue a verlo, etc.). Justamente, al decir *es lo que el equipo espera de él*, requiere de una ontologización del conjunto denominada por Mead *otro generalizado*. Este es interiorizado una vez que está introducido en un deporte de competición. El logro de la meta implica un juego compartido.

El adolescente con este otro generalizado representa simultáneamente las expectativas normativas de sus compañeros e identifica cuál es su función según los objetivos de una comunidad.

Con ese concepto Mead da cuenta del desarrollo óptimo de la personalidad normativa a través de la progresiva agregación de otros ocasionales (por así decirlo), hasta que este construya una representación de las normas sociales (como aglutinación de las expectativas de la comunidad). Así, el sujeto puede interiorizar la voluntad común o de la comunidad encarnada en esas normas.

Nuestra observación consiste en identificar que *Mead no hace, en ningún momento, una distinción de los distintos estadios o etapas de este otro generalizado en su proceso abstractivo de inclusión progresiva de otros ocasionales*. Es decir, desde el intuitivo otro generalizado que el adolescente construye cuando juega al fútbol (u otro deporte competitivo en equipo) hasta ese otro generalizado que



un ciudadano puede elaborar al interiorizar la voluntad de la comunidad existe un continuo que Mead explica mediante la progresiva inclusión de expectativas de otros concretos. Este continuo es aporético para el autor. Suponemos que si bien la diferencia entre estos otros generalizados es cuantitativa (ya que uno comprende más expectativas que el otro), forzosamente, es también cualitativa ya que uno de ellos posee más abstracción (gracias, parece, a la carga cuantitativa).

La diferencia cualitativa y cuantitativa entre estos dos tipos consiste en que mientras aquella representación de las expectativas de un grupo posee escaso grado de abstracción por comprender relativamente pocos individuos, el segundo tipo de representación (el de las expectativas de la comunidad) posee mayor grado al advertir las esperas normativas de los integrantes de la comunidad. Es necesario distinguir los dos tipos de otro generalizado en el concepto unívoco que reconoce y describe Mead.

Deducimos que el primer tipo de otro generalizado opera en lo cotidiano de la socialización y que el elevado grado de abstracción y comprensión normativa del segundo tipo exige enclaves socializantes que fuercen una interacción entre el sujeto en desarrollo y las normas sociales.²

Nuestra hipótesis consiste en preguntarnos qué sucedería si, en situación de exclusión, un individuo en pleno desarrollo de su personalidad no tiene la oportunidad de participar en estos enclaves socializantes. *Es antiintuitivo afirmar que un sujeto, que ha padecido experiencias de marginación, pueda desarrollar un sentido de responsabilidad frente a la comunidad que le ha excluido. No se sentirá parte de esta.*

Estamos, dado el contexto, frente a un individuo quien ha frustrado su desarrollo normativo por no tener la oportunidad de representar las expectativas de la comunidad (otro generalizado del segundo tipo). Su proceso estará situado en el primer tipo, el que refuerza su personalidad en los grupos (o tribus). Este déficit normativo que

² Émile Durkheim: *Educación y Sociología*, Barcelona: Península, 1996.



sufre, por su experiencia de exclusión social, recae en la frustración de la representación de las expectativas de la comunidad y se hunde en la racionalidad práctica del sujeto.

Fisonomía de la racionalidad práctica

La racionalidad práctica, abordada por Jürgen Habermas³ y Gustavo Pereira,⁴ está dividida de acuerdo a su uso pragmático (acción racional en términos de medios y fines), ético (autocomprensión de su personalidad en lo tocante a la vida que considera buena) y moral (compatibilización de sus máximas intersubjetivamente y consideración del otro en disposición de respeto). La distinción hecha de los dos tipos de otro generalizado nos permite trazar cómo se codificará la conducta, es decir, el tipo de racionalidad práctica.

El déficit normativo de un sujeto, quien padeció experiencias de marginación, frustra la oportunidad de representarse las expectativas de la comunidad y parece mantener su conducta relegada a la gramática del primer tipo. Obtiene beneficios al disminuir su grado de vulnerabilidad, pero es razonable pensar que reforzará su situación de exclusión, pues no superará su concepción del bien, compartida y fortificada en el grupo. La racionalidad ética no permite superar el egocentrismo para buscar en la alteridad, la diferencia, y acordar con esta las normas y códigos regulativos.

Observamos que este nexo entre el primer tipo y la racionalidad práctica ética son deducciones hechas a partir del nexo entre el segundo tipo y la racionalidad práctica moral. Un ciudadano competente moralmente posee la facultad de buscar acuerdos normativos con la *alteridad*, en disposición de mutuo respeto. La competencia judicial que supone el ciudadano exige la anterior consumación de la representación de las expectativas de la comunidad y su racionalidad

³ Jürgen Habermas: «Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica», en *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid: Trotta, 2000, pp. 111-115.

⁴ Gustavo Pereira: *¿Condenados a la desigualdad extrema?*, México: Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales, 2007, p. 45.



práctica moral desarrollada: solo así superará su egocentrismo y accederá a la *alteridad*.

Si esto es así, podrá entenderse mejor el nexo entre el primer tipo de otro generalizado y la racionalidad práctica ética. El primer tipo es la inmediata proyección de la racionalidad práctica ética para buscar sus refuerzos y afirmaciones con iguales, como ocurre en un grupo (o más potente aún en las tribus urbanas). La imposibilidad del sujeto de trascender su concepción del bien, reforzada en el conjunto, le impide representarse las expectativas de la comunidad, pues no se siente parte de esta (dada una previa e hipotética experiencia de exclusión). Así refuerza y afirma una personalidad cuya identidad es la de excluido.

Trazados los nexos entre el primer tipo y la racionalidad práctica ética, y el segundo tipo y la racionalidad práctica moral, señalamos en dónde aparece el déficit normativo de un sujeto quien ha padecido experiencias de exclusión social: en su tipo de racionalidad práctica que no le permite ejercer plenamente su autonomía.

Autonomía plena y autonomía potencial

Como ya hemos afirmado, nuestra premisa afirma que la personalidad se desarrolla con el intercambio recíproco de reconocimientos. En esta proposición subyace una concepción de sujeto en continuo desarrollo. La autonomía, como una competencia o facultad del sujeto para autolegislarse, de igual forma puede concebirse como una capacidad subjetiva en desarrollo. Una vez pensada así, podemos establecer dos estadios de desarrollo como lo hace Gustavo Pereira: autonomía potencial y autonomía plena. Un sujeto en situación de exclusión está desfavorecido para representarse las expectativas de la comunidad: estaría en un estadio de la autonomía potencial. Aquel que elabora el otro generalizado del segundo tipo y cuya conducta opera en la racionalidad práctica moral está en un estadio de autonomía plena. Pereira utiliza esta distinción para articular sus principios de justicia,



pero en nuestro caso, el bien en cuestión no es redistributivo, pues la competencia moral puede favorecerse o no.

Establecido el momento del déficit normativo que padece un sujeto en situación de marginación, debemos señalar en qué consiste tal carencia, es decir: ¿qué posee un sujeto que ejerce su autonomía plenamente a diferencia de quien no corre la misma suerte?

La clave para abordar la pregunta está en el estadio de la autonomía plena. Esta etapa presume que el sujeto es consciente del significado que sus acciones significan para los demás, ya que conoce de antemano la reacción del álter de asumir el horizonte hermenéutico que lo envuelve y sitúa. *Este sujeto puede acceder a la información que su acción implica, pues solo así será un individuo autónomo.* El ciudadano es consciente de que si roba padecerá un castigo coercitivo establecido jurídicamente y de que tal acto instituye una falta moral de un valor constitutivo de la cultura: la propiedad privada. En el Derecho uruguayo, esta conciencia de la falta moral es denominada *disvalor de la conducta infractora*. La ausencia de esta conciencia en el menor de edad es el actual criterio de imputabilidad que le exonera de la encarcelación, pero no le exime de medidas. Si estamos frente a un sujeto con un estado de la autonomía potencial, carecerá de la información que implica su conducta, pues no será mínimamente consciente del significado que su acción tiene para los demás. No se siente parte de la comunidad que lo excluye, por tanto: no interioriza sus esperas y no es consciente del significado que sus acciones portan. En conclusión: tal sujeto cuyo estadio de la autonomía es potencial no es consciente del disvalor de su conducta infractora.

La debida tensión

Para irrumpir en el mundo burocrático y jurídico, es preciso establecer nexos entre estos órdenes y el del mundo de la vida. Para realizar esta tarea, mostrando ostensiblemente el impacto de nuestros argumentos, debemos recurrir a una clave que elaboró Hans Kelsen hace ya mucho tiempo: su concepto *debida tensión*.



Este autor, fuente de inspiración de nuestro sistema jurídico durante parte de su desarrollo histórico, es tradicionalmente interpretado como un positivista en su sentido lato, quien coloca al orden jurídico fuera del mundo y cuya objetividad y pureza se apoyan en los fundamentos de su elaboración, esto es, en el procedimiento formal de la producción de las normas. Sin embargo, no separa al orden jurídico del mundo, sino que los atraviesa con el concepto de la debida tensión.

Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*, sostiene que la validez de una norma recae en el cotejo de sus dos elementos constitutivos: la institución procedimental y su eficacia. La norma debe respetar todos los pasos normados en un procedimiento formal de su elaboración y ser efectivamente acatada (o acatable) y cumplida (o susceptible de cumplimiento) en el mundo real. Siguiendo las implicaciones que supone el concepto de eficacia, que Kelsen explicita, nos encontramos con que tal propiedad de una norma descansa, en última instancia, en una debida tensión entre el mundo del *deber ser* (normativo o prescriptivo) y el mundo del *ser* (descriptivo). La intuición de esta idea atraviesa el fundamento de la validez de una norma. Para que una norma sea eficaz, el mundo del *deber ser* que ella establece (en la instancia procedimental en la cual se instituye la norma) supone condiciones del mundo del *ser* que brindan la posibilidad de su acatamiento y aplicación (juntas dan lugar al cumplimiento) o de su violación (incumplimiento).

No podría ser válida la norma: «Todo ser humano vivo debe respirar», pues no supone el mundo del *ser* ya que no habilita a su incumplimiento. Kelsen distingue las normas naturales de las jurídicas: las primeras no dan lugar a su incumplimiento y las segundas sí. Por otro lado: «Todo sujeto debe ser un excelente atleta» tampoco sería válida dado que no supone en su prescripción las condiciones que en el mundo del *ser* dan lugar o habilitan a su cumplimiento. El factor que en estos ejemplos afecta a la validez de la norma recae en el de la eficacia, pues la institución procedimental podría respetarse perfectamente.

Si atendemos a los casos propuestos (y en general a los mencionados por los juristas para el tratamiento de este tópico), vemos que en



la eficacia está el acatamiento y la aplicación. Conjugados, dan lugar a la emergencia del cumplimiento efectivo de la norma (a su eficacia). Aquí es en donde deseamos hacer presión de la debida tensión emergente y presente en las esferas: acatamiento y aplicación. La primera esfera comprende el desarrollo subjetivo de las condiciones que habilitan al sujeto a orientar su conducta según su representación de la norma. La segunda comprende las cuestiones institucionales de la coerción (medio o fuerza por la cual adquiere obligatoriedad la norma).⁵ Estas esferas hunden sus raíces en el *mundo del ser*, denominado por nuestro marco teórico *mundo de la vida*. Nos dan campo fértil para apoyar nuestro dispositivo teórico elaborado y para argumentar nuestra última conjetura: *para que una norma sea válida, debe ser eficaz. Para esto debe suponer en el mundo de la vida a un sujeto que ejerza plenamente su autonomía (en la esfera del acatamiento)*. Aquí aparecen nuestros argumentos éticos desarrollados y relacionados con los fundamentos del Derecho. Se está arguyendo lo antiético de descender la edad punitiva y la inconveniencia jurídica por sus fundamentos de validez. *Nuestra investigación concluye, por el momento, que al disminuir la edad punitiva y teniendo en cuenta las lamentablemente altas posibilidades de que los adolescentes más propensos a padecer experiencia de marginación hayan frustrado su oportunidad de gozar de una autonomía plena (en términos de mínimos), la norma jurídica rompería el principio de la debida tensión por suponer en el orden del deber ser a un sujeto normativamente competente que no existe en el mundo del ser.*⁶

La única forma de contextualizar nuestros argumentos éticos y los nexos filosóficos y jurídicos trazados es encontrando un *ancla* sustancial hacia el interior del Orden Jurídico del Derecho uruguayo.

⁵ Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1979, pp. 110-111.

⁶ Dada la brevedad del presente artículo, mencionaremos un ejemplo evidente: aquel sujeto mayor de edad que frustró la posibilidad de ejercer su autonomía plenamente. Es de suponerse en él un desarrollo cognitivo suficiente como para poder representarse las expectativas de la comunidad, a pesar de no sentirse parte de ella. Aun así, este ejemplo presenta elementos que denuncian una imputabilidad problemática.



Enfoque jurídico de la imputabilidad

La norma que fija la imputabilidad penal en los 18 años de edad es la ley sancionada con el número 9 155 el 4 de diciembre de 1933 que entró en vigencia por la ley 9 414 del 29 de junio de 1934, conocida como *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*.

El *Código Penal* sienta el principio de culpabilidad en su artículo 18 cuyo título es «Régimen de la culpabilidad». Dice:

Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional cuando el resultado se ajusta a la intención; ultraintencional, cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado *haya podido ser previsto*; culpable, cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que *podiendo ser previsto* no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos.⁷ (Agregamos la cursiva.)

Nuestra ley exige para la comisión del hecho delictivo doloso, ultraintencional o culposo la posibilidad del agente de comprender el disvalor de esa conducta y de prevenir la consecuencia.

Partimos del supuesto de un sujeto dotado de conciencia y voluntad que realiza una acción u omite hacerla. Como secuela de esa acción u omisión acaece un efecto reprobado por nuestro ordenamiento jurídico ya que *le era exigible* otra conducta, acorde con Derecho. Le era o le es exigible tal conducta porque se supone en el sujeto la capacidad de discernir el disvalor de su conducta y predecir o poder prever ese resultado.

La culpabilidad, que es un elemento del delito, resulta determinante para resolver la cuestión de la inimputabilidad de los menores de edad.

El *Código* ubica a la imputabilidad en un título separado del que refiere a la culpabilidad. Determina cuáles son las causas de inimputa-

⁷ *Código Penal y leyes penales especiales*, Montevideo: Del Foro, 2006, p. 36.



bilidad, lo que ha llevado a autores a decir que se trata de una causa de extinción de la pena. La ubica en el capítulo de extinción de la pena y no del delito, como sería el caso de la inculpabilidad. La imputabilidad integra el concepto de culpabilidad y puede definirse como *la capacidad de ser culpable*. No se agota en ella, sino que el concepto de culpabilidad es más amplio ya que comprende dos elementos más: la exigencia de una conducta alternativa y la conciencia de la antijuridicidad.

En síntesis: para que un sujeto pueda ser responsable penalmente por una conducta, tiene que haber sido capaz de ser culpable (imputable), haber tenido la posibilidad de obrar conforme con Derecho y por tanto puede exigírsele que así lo haya hecho; finalmente, haber tenido conciencia de que lo que estaba haciendo era contrario a Derecho.

La doctrina nacional ha dicho que el concepto de imputabilidad está definido en el artículo 30 de nuestro *Código Penal*, el cual rotulado con el *nomen iuris* de Locura, reza:

No es imputable aquel que en el momento que ejecuta el acto por enfermedad física o psíquica, constitucional o adquirida, o por intoxicación, se hallare en tal estado de perturbación moral; quien no fuere capaz o sólo lo fuere parcialmente *de apreciar el carácter ilícito del mismo o de determinarse según su verdadera apreciación*. Esta disposición es aplicable al que se hallare en el estado de espíritu en ella previsto, por el influjo del sueño natural o del hipnótico.⁸ (Agregamos la cursiva.)

Este fragmento tiene un paralelismo con el artículo 18 del cuerpo normativo ut supra referido. Vimos que sentaba el principio de la culpabilidad ya que *apreciar el carácter ilícito de un acto* supone que fue cometido con *conciencia*. El hecho de que un sujeto pueda *determinarse según su verdadera apreciación* nos muestra el concepto de *voluntad*.

⁸ *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, 6.ª ed., Montevideo: FCU, 2001, p.56.



El concepto de culpabilidad se vincula con el principio del *libre determinismo* de las personas dado que no puede exigírsele a un sujeto que actúe de una manera determinada si su accionar está condicionado. Este principio tiene raigambre constitucional y se encuentra postulado en el inciso segundo del artículo 10 de nuestra Carta Magna: «*Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe*». El concepto de la responsabilidad, desde su inicio, supone la existencia de la libertad. Son las dos caras de una misma moneda. Un sujeto es libre y, como contrapartida de ello, es responsable de sus actos.

Así lo expresa el Dr. Miguel Langón Cuñarro:

Los avances de las ciencias experimentales y culturales [...] han cuestionado y limitado, al punto de hacer desaparecer en muchas ocasiones, el concepto de libertad de determinación. El hombre aparecería condicionado por una multitud inextricable de causas, de forma y modo que el actuar concreto y específico de que se trata, en definitiva, resulta ser la consecuencia de innumerables causas, de modo que las cosas en realidad no pudieron ocurrir de una forma diferente a la que pasó.⁹

En el mismo sentido expresa el Dr. Milton Hugo Cairolí:

En efecto, existen factores psíquicos y socioculturales que son muy importantes para considerar la capacidad de culpabilidad. Hay todo un proceso de interacción social que hace que el sujeto desarrolle una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia y dirigir sus actos acorde a ellas. No es una simple motivación general, sino individual, es la capacidad para que el sujeto pueda motivarse por los mandatos emanados de las normas, lo que en definitiva es la razón de ser de ese elemento de la culpabilidad. En tanto esa capacidad no haya podido desarrollarse por falta de madurez o por defectos de la psiquis [sic], no se podrá hablar de culpabilidad.¹⁰

⁹ Miguel Langón Cuñarro: *Manual de Derecho Penal Uruguayo*, Montevideo: Del Foro, 2006, pp. 309-310.

¹⁰ Milton Hugo Cairolí Martínez: *El Derecho Penal uruguayo*, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 282.



La culpabilidad, tal como es entendida hoy y luego de un amplio y largo desarrollo doctrinario que llevó años de depuración, significa *reprochabilidad*. ¿Reprochabilidad de qué? Del injusto, por la acción (u omisión) típica (que encuadre como anillo en el dedo dentro de un tipo penal) y antijurídica (contraria a nuestro ordenamiento jurídico).

Sin embargo, doctrinas más modernas han trabajado con el tema llegando al concepto de culpabilidad social. Toma en cuenta la conducta del individuo considerada aisladamente en el momento de la comisión del delito y pondera factores, externos al sujeto, que son fundamentales para su determinación. Repercute directamente en un elemento de la culpabilidad: «exigencia de una conducta alternativa». Las opiniones citadas de los doctores Langón Cuñarro y Cairolí pueden ser «agua para este molino».

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (ilustre jurista argentino, profesor en la Universidad de Buenos Aires y actual juez de la Corte Suprema de Justicia de Argentina) indica:

Todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación también dado. En su personalidad misma hay una contribución a ese ámbito de autodeterminación puesto que la sociedad –por mejor organizada que fuere– nunca tiene la posibilidad de brindar a todos los hombres las mismas oportunidades. En consecuencia, hay sujetos que tienen un menor ámbito de autodeterminación condicionado de esta forma por causas sociales. No será posible poner en la cuenta del sujeto estas causas sociales y cargarle con ellas a la hora del reproche de culpabilidad. Suele decirse que aquí hay una «co-culpabilidad» con la que debe cargar la sociedad misma.¹¹

Como vemos, en su opinión queda claro el concepto de culpabilidad social o coculpabilidad.

El artículo 24 del *Código Penal* indica: «El error de derecho se presume voluntario sin admitirse prueba en contrario, salvo tratándo-

¹¹ Raúl Eugenio Zaffaroni: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires: Editor SA, 1986, p. 520.



se de las faltas en que, según su naturaleza, dicha prueba puede tener acogimiento». ¹²

Está presuponiendo un sujeto que conoce las normas y que es capaz de determinarse conforme con ellas, sin admitirse prueba en contrario salvo en la relación con las faltas. ¹³

Error de derecho es aquel en el que incurre un individuo quien desconoce que una determinada conducta está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, es pertinente la pregunta que ya se ha formulado, pero que ahora tiene un sustento jurídico: ¿los menores de dieciocho años de edad tienen conciencia y voluntad como para comprender el disvalor de su conducta y se les puede reprochar penalmente un comportamiento contrario a Derecho?

En teoría, debemos recordar la categórica posición de nuestra ex ministra de Educación y Cultura, profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y comentarista oficial de nuestro actual *Código Penal*, Dra. Adela Reta, quien siempre estuvo en contra de descender la edad de imputabilidad a menos de dieciocho años y amenazó con renunciar a su cargo si esto pasaba.

Razones de política criminal nos indican que debe combatirse el delito, enfrentándolo por sus causas y no por sus efectos. La edad de quien delinque, las circunstancias en las que por su edad y la incidencia de diversos factores no es causa, sino una consecuencia de la infracción. Esta es una de las deficiencias del sistema penal actual, por más que con la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia y sus medidas de seguridad se ha intentado mitigar este punto. En este sentido expresa el Dr. Eduardo Pesce, refiriéndose a los menores en situación de abandono: «... no es posible, a través de políticas represivas que se manifiesten en la sanción de leyes de contenidos sancionatorios, disminuir las carencias de niños marginados, esa si-

¹² *Ibíd.*, p. 37.

¹³ Este es el sentido de la determinación de la voluntad que hemos rescatado en nuestra argumentación, conforme con las normas jurídicas que defendió Hans Kelsen.



tuación de violencia solo es posible solucionarla mediante la instrumentación de políticas sociales [...]».¹⁴

Es esa carencia material y moral, de educación en general, la que lleva a delinquir a la mayoría de los sujetos.

Agréguese que algunos autores, refiriéndose a la culpabilidad, nos dicen que el reproche del injusto debe ser considerado a través de la mayor o menor posibilidad de acceso al bien jurídico que tuvo el sujeto.

Reflexiones finales

Si nuestros razonamientos y argumentos son concluyentes, podemos señalar las siguientes cuestiones con alcances significativos:

a) exigir la carga de la prueba a aquella posición que esté a favor de disminuir la edad de imputabilidad, frente a la posibilidad de que el sujeto se vea deficitario en su desarrollo normativo por experiencias de exclusión social a temprana o mediana edad (se viola así el principio de la debida tensión, pues el mundo del *deber ser* supondría un sujeto normativamente competente en el mundo del *ser*; que no existe);

b) distinguir dos estadios de autonomía (plena y potencial) que permite discriminar al sujeto susceptible o no de imputación, por lo que su papel como criterio de justicia (originalmente manejado por Pereira) puede tener un desdoble y un rol jurídico, abierto a una posterior profundización; y

c) mostrar que el sujeto que es menor de edad, desde la óptica jurídica, posee un estadio cognitivo problemático frente a las exigencias de Derecho. Es probable que todavía no esté en condiciones de entender los resultados de su conducta, en el grado de comprensión que exige nuestra ley penal. Su personalidad todavía no está formada ni desarrollada como para entender, por ejemplo, que si le sustrae a

¹⁴ Eduardo Pesce Lavaggi: *Derecho Penal Juvenil. Lineamientos para su formulación dogmática*, Montevideo: Carlos Álvarez, 2005, p. 21.



otra persona un objeto determinado sin su consentimiento y con la finalidad de aprovecharse de esa cosa está cometiendo un hurto: delito tipificado como tal por el *Código Penal*. Lesiona el derecho de propiedad de otra persona (bien jurídico tutelado por el artículo 7 de nuestra Constitución): su acción es típica, antijurídica (injusta) y reprobada por nuestro ordenamiento jurídico.¹⁵

¹⁵ La violación de este derecho, de acuerdo al desarrollo teórico de las secciones anteriores, no constituye solamente una falta jurídica, sino también una *falta ante el derecho de la propiedad privada como un valor constitutivo de la comunidad uruguaya (Ethos)*.



Bibliografía y fuentes

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo: *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático morales*, 2.^a ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

Código Penal y leyes penales especiales, Montevideo: Del Foro, 2006.

Código Penal de la República Oriental del Uruguay, 6.^a ed., Montevideo: FCU, 2001.

Constitución de la República Oriental del Uruguay, Montevideo: Océano.

DURKHEIM, Émile: *Educación y Sociología*, Barcelona: Península, 1996.

HABERMAS, Jürgen: *Aclaraciones a la Ética del discurso*, Madrid: Trotta, 2000.

HONNETH, Axel: *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona: Crítica, 1997.

— y Nancy FRASER: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid: Morata, 2006.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1979.

LANGÓN CUÑARRO, Miguel: *Manual de Derecho Penal Uruguayo*, Montevideo: Del Foro, 2006.

MEAD, G. H.: *Espíritu, identidad y sociedad*, Madrid: Taurus, 1995.

PEREIRA, Gustavo: *¿Condenados a la desigualdad extrema?*, México: Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales Vicente Lombardo Toledano, 2007.

PESCE LAVAGGI, Eduardo: *Derecho Penal Juvenil. Lineamientos para su formulación dogmática*, Montevideo: Carlos Álvarez, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires: Editor SA, 1986.



El objetivo de la colección *Avances de Investigación* es fortalecer la difusión del rico y valioso trabajo de investigación realizado en la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (FHCE). Asimismo, estimular la discusión y el intercambio a partir de estos *pre-prints*, preservando la posibilidad de su publicación posterior, en revistas especializadas o en otros formatos y soportes.

La colección incluirá no sólo versiones finales e informes completos sino –como lo sugiere su propia denominación– avances parciales de procesos de investigación, incipientes o no.

Las versiones de *Avances de Investigación* estarán disponibles simultáneamente en soportes impreso y digital, pudiendo accederse a las versiones digitales de cada uno de los trabajos en el sitio web de FHCE.

La colección, continuadora de las ediciones de *Papeles de trabajo* y *Colección de estudiantes*, consiste en una serie de pre-publicaciones que integra (ahora en una única serie) trabajos seleccionados a partir de llamados específicos abiertos a estudiantes, egresados y docentes de la FHCE.

Departamento de Publicaciones
Facultad de Humanidades y
Ciencias de la Educación

