

EL PROCESO PENAL JUVENIL EN EL URUGUAY A PARTIR DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

**ALICIA DEUS
BILMAN LAMAS
JAVIER M. PALUMMO**

Consideraciones previas

Por Ley N° 17.823 de 7 de septiembre de 2004, fue sancionado en el Uruguay el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) que deroga el Código del Niño de 1934, con el propósito explícito de adecuar la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

La CDN constituye un Tratado de Derechos Humanos que cambia radicalmente la condición jurídica de la infancia, a través de la consagración de principios que la atraviesan y la vertebran. Por el efecto vinculante de la CDN, estos principios, el interés superior del niño, la integralidad y efectividad de la protección de sus derechos, la no discriminación, etc., conforman un marco normativo en base al cual los países firmantes deben estructurar su legislación interna y, por supuesto, sus prácticas institucionales.

Como es sabido, la CDN fue rápidamente aprobada por la gran mayoría de los países de la comunidad internacional, por lo que podría deducirse que, en las sociedades existe un determinado consenso respecto de la condición jurídica de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, tanto en cuanto a la vigencia de sus derechos ciudadanos como a que, por su condición de personas que están creciendo, tienen derecho a un “plus” de derechos y por consiguiente, debe priorizarse siempre su interés por sobre otras consideraciones.

Sin embargo, el proceso de armonización ha estado plagado de avances y retrocesos, de marchas y contramarchas por la pugna que se ha dado entre dos concepciones de la infancia. Este enfrentamiento sigue produciéndose y se encuentra reflejado en el nuevo Código en el mantenimiento de disposiciones que habilitan la discrecionalidad en distintos ámbitos y operadores, propias de la doctrina de la situación irregular, en una inadmisibles coexistencia con los principios y normas propios de la CDN.

En lo que respecta a la materia penal juvenil en particular, la CDN en sus artículos 37 y 40, consagra un sistema de responsabilidad para los adolescentes que son sometidos a proceso por infracción a la ley penal esencialmente garantista, conce-

bido sobre la base de los principios del Derecho Penal Mínimo y con una finalidad educativa para el adolescente.

En consideración del interés superior del niño y por tratarse de personas que se encuentran en proceso de crecimiento, el proceso debe reunir características específicas (principio de especificidad) que pueden resumirse en los siguientes conceptos: minimizar, desjudicializar, despenalizar y desencerrar.¹

El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, en los capítulos IX y X estructura el proceso penal para los adolescentes y consagra una importante serie de garantías propias del debido proceso, que permiten vislumbrar la intención de postular un derecho penal mínimo para las personas de esa franja de edad. En forma concomitante, sin embargo, otras de sus disposiciones abren la puerta a la discrecionalidad y resultan radicalmente contradictorias con los principios y normas de la CDN.

El presente trabajo es una obra colectiva en el que se aborda la temática del proceso penal juvenil en el Uruguay a partir del CNA por los distintos autores, dentro de un marco conceptual común. La autoría de las distintas partes de este estudio se indica por nota en los lugares correspondientes.

¹ URIARTE, Carlos. Control Institucional de la Niñez, Adolescencia en Infracción. UNICEF. Montevideo. 1999.

LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL*

I. Introducción

No podemos introducirnos en el tema de la responsabilidad penal juvenil sin detenernos, brevemente, en el concepto de derecho penal mínimo, que se ha pretendido recoger al elaborar y sancionar el presente Código.

La doctrina de la protección integral, en relación con los jóvenes acusados de infringir las normas penales, debe traducirse en un régimen garantista que tome en cuenta las condiciones propias del niño /adolescente, por lo cual el proceso establezca reglas claras y legítimas, y esté sujeto a control a través del sistema de garantías.

Tal como lo expresaba en 1999 Carlos Uriarte², nuestro derecho penal mínimo pretende ser un límite al poder, intentando redistribuir desigualdades y robustecer la situación de los jóvenes ante el sistema penal juvenil y ante el mundo adulto.

Ante la marginación impuesta al individuo, por los grupos de poder y normativos, sin intervención de su voluntad ni atención a sus intereses; la violencia infantil o juvenil, es la reacción de los niños o jóvenes, ante un estado de cosas y/o a la resultante de un modelado o imitación social. El sistema social produce las condiciones de la inadaptación y personifica el conflicto, en el joven que infringe, que no se adapta, al sistema normativo³.

La búsqueda de un equilibrio entre seguridad colectiva y libertades individuales fue generando la necesidad de un Programa de Derecho Penal Mínimo que, como lo expresa Ferrajoli, debe tender a una drástica reducción de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica, en el cual el principio de ofensividad personal, tenga el valor de un criterio polivalente de minimización de prohibiciones.

El ideario no violento, se sustenta en una visión del poder político que pone el acento en las actitudes y comportamientos de los ciudadanos individualmente considerados, presentando a menudo como un objetivo la existencia de armonía social. Gerardo Caetano,⁴ hace hincapié en *los métodos* como parte sustantiva y realizadora de la

* Dra. Bilman Lamas. Abogada. Integrante de la Cooperativa de Abogadas INFANCIA, ADOLESCENCIA CIUDADANA (IACi)

² Carlos E. Uriarte, Control Institucional de la Adolescencia en Infracción. Un Programa mínimo de Contención y Límite Jurídicos al Sistema Penal Juvenil. Las Penas de los Jóvenes, UNICEF – Carlos Álvarez Ed., Montevideo, 1999.

³ Niño Luis Fernando, Niños y Jóvenes violentos: Panorama de fin de siglo. Los principios de la no-violencia en la superación de los conflictos. Mediación Víctima-Ofensor en la Justicia Juvenil, 1999.

⁴ Caetano, Enrique y Caetano, Gerardo, Los principios de la no-violencia en la superación de los conflictos. Mediación Víctima-Ofensor en la Justicia Juvenil, 1999.

idea de paz y expresa que desde la perspectiva no violenta, “*los medios son los que en última instancia cualifican el fin logrado*”.

Compartimos el pensamiento de Luigi Ferrajoli, cuando expresa que ningún bien justifica una protección penal, si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. Solo una reducción cuantitativa, cualitativa y de carácter estructural en la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario, puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal. El trasgresor pobre no trasgrede la ley porque esa es su ley.

El art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece el respeto a los derechos fundamentales, a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo y de disponer de asistencia en la preparación de la defensa, y dispone como apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar esos niños, sin recurrir a procedimientos judiciales. El límite debe funcionar en un esquema minimizador.⁵

II. De los adolescentes y la infracción a la ley penal

Desde los preceptos constitucionales se encuentra regulado el principio de especificidad en la materia. El art. 43 establece que la ley debe regular la “delincuencia juvenil” en *forma específica y diferenciada*. La Constitución de la República impone a la ley la creación de **un régimen especial** para los jóvenes que infringen la ley penal. Regula a su vez sobre el goce pleno de todos los derechos humanos fundamentales y la responsabilidad de Estado por la agresión de los derechos de las personas.

Consagra en la Sección II sobre Derechos Deberes y Garantías, los principios de igualdad, libertad, legalidad e inviolabilidad de la defensa, que han de regular las actuaciones judiciales.

Dentro del esquema del Código del Niño de 1934, el adolescente en situación de abandono quedaba encerrado en un proceso con menores garantías, como resultado de la filosofía y prácticas tutelares imperantes. En consecuencia, el Juez “buen padre de familia” y con el cometido de proteger al “abandonado” aplicaba las medidas según su personal criterio muchas veces peligrosista y en defensa social.

Héctor Erosa concluye que concepto de abandono y peligrosidad sin delito son consecuencia del doble abordaje que el abandono tiene desde la concepción tutelar:

...El abandono merece un doble abordaje: a) desde la vertiente de la compasión y de la protección y b) desde la vertiente de la defensa social, del control...el

⁵ Carlos E. Uriarte, Control...

*abandono es una etapa de predelincuencia y como resultante de esta conceptualización, su tratamiento será indiferenciado con respecto al del infractor.*⁶

Esta facultad del Juez de declarar el abandono material o moral, constituyó para Emilio García Méndez, la columna vertebral de la situación irregular.⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño y su ratificación por nuestro país en 1990, señaló las líneas básicas a seguir respecto al proceso de adolescentes infractores, desplazando el binomio abandono / infracción como un concepto indiscriminado.

Este instrumento internacional, incorporado como normativa interna en nuestro país va a limitar el control del Sistema Penal sobre la niñez y la adolescencia. La CDN considera niño a toda persona menor de 18 años y establece la obligación de los Estados Partes de fijar una edad por debajo de la cual, no se les reclame ningún tipo de responsabilidad penal (art. 37).

El art. 40 impone los principios de especificidad y legalidad, la presunción de inocencia e igualdad ante la ley, el derecho a conocer los cargos que pesan contra el niño o adolescente que es acusado de infringir la ley penal, así como el derecho a la asistencia letrada y la actuación de un órgano competente independiente, imparcial y legal. No obstante, estos derechos consagrados en la Carta no se aplicaban en los asuntos que referían a niños/as y adolescentes porque, tanto los sistemas judiciales como administrativos, percibían a las personas menores de 18 años de edad como seres humanos con la capacidad disminuida y, por lo tanto, objetos de protección.

Asimismo, la Regla 2.3 (de Beijing) habla de normas mínimas: un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente, así como de los órganos e instituciones encargados de la administración de la justicia de menores y la Regla 11.1 se refiere a la remisión orientada a la supresión del procedimiento ante la justicia penal y con frecuencia reorientados a servicios apoyados por la comunidad.

En nuestro país, la Acordada 7236 de la Suprema Corte de Justicia⁸ del 29 de junio de 1994 constituyó el primer paso en la adecuación del derecho interno a las normas internacionales, con la finalidad principal de jerarquizar el ejercicio de la materia y articular toda la normativa internacional en materia de infracción a la ley penal, constituyéndola como elemento garantizador de derechos (Pérez Manrique, 1995).⁹ Sin embargo, las situaciones de abandono siguieron siendo tratadas por la justicia de menores sin ninguna garantía, hasta que se dictó la Acordada 7305 del 8 de noviembre

⁶ Erosa Héctor, La Construcción punitiva del abandono, Revista de Ciencias Sociales.

⁷ García Méndez, Emilio y Carranza, Elías, El derecho de menores como derecho Mayor, en: Del Revés al Derecho, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.

⁸ Norma reglamentaria de carácter general, dictada por la Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de las funciones de superintendencia prevista en el art. 239.2 de la Constitución de la República.

⁹ Pérez Manrique, Ricardo, Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay y docente de la Escuela Judicial del mismo país.

de 1996, que regulaba la situación de niños y adolescentes en situación de abandono moral y/o material, estableciendo la obligación de proveer asistencia letrada.

Por un decreto dictado durante el gobierno de facto del año 1970, el Juez de Menores perdió todas las facultades de control sobre los centros de reclusión de niños y adolescentes, que eran realizados por las autoridades administrativas.

La Ley de Seguridad Ciudadana del 31 de julio de 1995, incorporó la normativa que consagraba la acordada 7236 con base en los instrumentos internacionales, Convención de los Derechos del Niño, Reglas Mínimas para la Justicia de Menores, Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y la Convención contra la Tortura.

Por último el Código de Niñez y la Adolescencia promulgado el 7 de septiembre de 2004, en los capítulos IX y X, regula el Derecho Penal Juvenil, construido sobre la capacidad y la autonomía progresiva.

El Código de la Niñez y la Adolescencia pretendió regular un derecho penal mínimo en el ámbito sustancial, en el procesal y también en el de ejecución, en el cual, el adolescente infractor tiene su estatuto jurídico propio y consagra en el mismo, el principio de respuesta penal específica, para disminuir o evitar a través de la especificidad un criterio punitivo

En palabras de Carlos Uriarte, responsabilidad penal juvenil como respuesta del nuevo paradigma construido sobre la capacidad y la autonomía progresiva; el cual produjo la ruptura de la confusión existente en el viejo derecho de los menores –entre el abandono y la infracción– que, partiendo de la incapacidad del adolescente, *instalaba* el magma tutelar y de la defensa social. Esa conceptualización cayó paradigmáticamente.

Se termina con la confusión entre la capacidad para celebrar y contraer obligaciones de carácter jurídico y la *capacidad de goce de los derechos*. No obstante la resistencia del mundo adulto hace de estos tiempos, un lento periodo de transición de paradigmas.

El CNA impone métodos legales diferentes, que garantizan la legalidad sustantiva y procesal; reconoce, tal como establecen todos los instrumentos internacionales, la especificidad, la diferencia con los adultos y la pertinencia de adoptar medidas especiales y la diversidad en las soluciones jurídicas.

1. La edad

Pérez Manrique refiere al tema de las edades como algo relativo por lo cual, la opción que hagamos, depende de la posición política que adoptemos frente al caso concreto.

Los márgenes de edad definidos en la mayoría de las legislaciones de América Latina, son coincidentes y definen un régimen especial de Responsabilidad Penal

para Adolescentes entre 12 y 18 años de edad, considerando inimputable a las personas menores de 18 años.

La edad en función de la cual se deslinda quienes quedan sujetos a la jurisdicción penal, está establecida en nuestro Código Penal en los 18 años cuando *declara no imputable al que ejecute el hecho lesivo antes de cumplir esa edad*. Tal límite surge en la Constitución Nacional desde 1830.

Es a partir de los 18 años cumplidos, en que la persona será imputable. Se trata de una ficción, por la cual se le considera con capacidad de entender la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento. Esta distribución implicó la necesidad de crear *jurisdicciones diferentes*, órdenes jurídicos propios e instituciones diferentes para cada uno.

Constituyó un progreso en su momento retirar a las personas menores de 18 años del espacio de la justicia para adultos delincuentes, considerando que el niño no delinque, y por lo tanto no tiene que ser tratado como delincuente. Pasó a ser considerado como “infractor”, abriendo paso a la creación de Juzgados de Menores Infractores. Pero a través de la creación de una jurisdicción que aplicaba una justicia especializada para menores, se pretendió cubrir las deficiencias de las políticas estatales en el área de políticas sociales hacia la infancia, aplicando una justicia especializada que desconocía los principios elementales del debido proceso, legalidad y proporcionalidad.

El sistema de justicia juvenil y las sanciones en nuestro país sólo serán aplicables a los adolescentes mayores de 13 años y menores de 18 que cometan infracciones a la ley penal.

El requerimiento de la CDN de establecer la edad mínima para responder por infracciones penales es recogido en el CNA por una norma de corte procesal. Ningún niño menor de 13 años puede ser sometido a procedimiento por responsabilidad penal y sólo los adolescentes, cuyas acciones puedan constituir infracciones a la ley penal, y cuyas edades estén comprendidas entre los 13 y 18 años (no cumplidos); podrán ser sometidos a medidas de carácter socio-educativo, reservando la privación de libertad para los casos extremos:

Solo puede ser sometido a proceso especial regulado por este Código, el adolescente mayor de 13 y menor de 18 años de edad imputado de infracción a la ley penal.¹⁰

El Proyecto de ley anterior consideraba “niño a todo ser humano hasta los 14 años” de edad. El fundamento del límite de 14 años se basó, en parte, en que las infracciones cometidas por los menores de esa edad son en general irrelevan-

¹⁰ Principio de responsabilidad. Art. 74 B del Código de la Niñez y Adolescencia.

tes, y en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma, son suficientes para darle una respuesta igualmente adecuada, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Después de haberse resuelto que dicha edad tendría como límite los 14 años de edad, se bajó el límite de edad. Como consecuencia, los niños de 13 años pasan a la competencia de los Juzgados Letrados de Adolescentes y son juzgados de acuerdo al elenco de infracciones tipificadas por este Código.

Del examen efectuado en los Juzgados de Menores por el equipo de investigación de IACi en el año 2003, sobre las sentencias recaídas en el año 2002, se obtuvo como resultado, que el porcentaje de niños acusados de infringir la ley penal y que se encuentran entre los 13 y 14 años de edad, no resulta cuantitativamente relevante. El 93% de las infracciones correspondían a los jóvenes entre 15 y 17 años y sólo el 7% a los adolescentes entre 13 y 14 años, correspondiendo el 1% a los adolescentes de 13 años. Estos datos desmienten las campañas de prensa y la creencia colectiva de que ha disminuido la edad de la criminalidad adolescente.¹¹

El Código de la Niñez y la Adolescencia considera niño a *todo ser humano hasta los 13 años de edad*. Los niños menores de 13 años no entran al sistema penal juvenil, pero serán objeto de las medidas de protección dispuestas en el Capítulo XI Sección I.

El art. 117 del CNA prevé para los niños que vulneren derechos de terceros, su declaración en presencia del *defensor* que se le proveerá en el acto y de sus padres o responsables si los tuviere, estableciendo además que el *Ministerio Público* deberá ser oído preceptivamente y que el *Juez* deberá tomar las más urgentes e imprescindibles medidas, en una audiencia de procedimiento incidental, en los términos del Art. 321 del Código General del Proceso. En el art. 118 y siguientes se establecen las medidas que el Juez podrá imponer en protección de los derechos de los niños.

El CNA legisla para la franja etárea entre 0 y 18 años de edad incumplidos y prevé dos tipos de reacciones estatales diferentes y dos materias distintas en la Judicatura (*Comentarios: Pérez Manrique*)¹². En ambos casos hay debido proceso, participación de un defensor del Ministerio Público y lo único que cambia es la respuesta estatal. En los mayores de 13 años la respuesta estatal tiene un contenido de *reproche* porque se entiende que ha incurrido en responsabilidad del adolescente.

2. Jurisdicción especializada

El capítulo IX Sección 1 del CNA, trata sobre órganos de competencia en materia de

¹¹ Infancia, Adolescencia Ciudadana (IACi), Juicios y Silencios. Los Derechos humanos de niños y adolescentes en el proceso por infracción a la ley penal en Uruguay, IACi - Konrad Adenauer.

¹² Ricardo Pérez Manrique, versión taquigráfica de la reunión realizada el 8 de agosto de 2000. en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes.

niños y adolescentes y remite a la Ley 15.750 (de organización de los tribunales) y establece las siguientes modificaciones:

a) Juzgados Letrados de Adolescentes: entenderán en primera instancia en todos los procedimientos que den lugar *las infracciones de adolescentes a la ley penal*.

El Juez, en todos los casos, debe fundar su intervención en los mismos principios que lo que hace cualquier Juez común.

Estos Juzgados, con competencia exclusiva en materia de responsabilidad penal juvenil, sólo funcionan para la ciudad de Montevideo. En el resto del país son competentes los Juzgados Letrados de Primera Instancia donde, la especificidad de la materia y la especialización de los operadores, encuentran fronteras borrosas y las garantías mínimas se diluyen.

Pero en segunda instancia, pasan a Tribunales de Familia no especializados, igual que en el sistema anterior.

b) Juzgados Letrados de Familia Especializados, con competencia de urgencia:

Entienden en materia de familia, competencia de urgencia, con excepción de las infracciones de adolescentes a la ley penal, para atender en forma permanente todos los asuntos que requieran intervención inmediata, o en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 122 de este Código. Ello, sin perjuicio cuando fuere necesario, del uso de las facultades que otorga a los Jueces de Paz del Interior el artículo 379 de la Ley N° 16.320, de 1° de noviembre de 1992. Se entenderá por asuntos que requieran intervención inmediata, todos aquellos en que exista riesgo de lesión o frustración de un derecho del niño o adolescente.

Los Juzgados Letrados de Adolescentes y de Familia Especializados cuentan con un equipo técnico, integrado por Asistente Social, Psicólogo y Psiquiatra. Asimismo, el CNA previó la organización de un régimen de turnos, tanto para defensores de oficio como para fiscales, de modo de asegurar la asistencia letrada y la presencia del Ministerio Público y Fiscal.

El art. 57 consagra como criterio básico la promoción de las familias, en especial de las más vulnerables.

3. Responsabilidad

El sistema de responsabilidad por infracción se construye a partir del concepto de capacidad de los adolescentes y se enlaza con el principio de autonomía progresiva.

El referir a los jóvenes como inimputables no debe relacionarse con la incapacidad. Por el contrario, a los jóvenes entre los 14 y 18 años, se les imputan delitos y

sanciones por las acciones u omisiones contrarias a la norma—infracciones a la ley penal—pero, teniendo en cuenta *la especificidad*, se le imputan medidas diferentes a las sanciones previstas en el Código Penal para adultos.

Esta terminología técnico jurídica confunde a la sociedad en su conjunto y utilizada en reiteración por los medios de prensa dificulta, aún hoy, la comprensión de que estos jóvenes sometidos a proceso, a los que se les atribuya la comisión de un hecho constitutivo de infracción, serán realmente pasibles de *una pena*, que el CNA denomina medidas socio-educativas, pero que no pierden su *carácter de pena*. La inimputabilidad de los jóvenes, solo refiere, a que evaden el campo sancionatorio adulto. Como sujetos de derechos y personas capaces son responsables y culpables cuando pudieron conocer la antijuricidad y optar por lo que hicieron.

Opera una intervención distinta de la prevista en el Código Penal de Adultos. En el caso de los jóvenes, la responsabilidad, en palabras de Carlos Uriarte, debe guardar relación con *la responsabilización progresiva*, en función de la edad y del principio de especificidad. Supone un espacio para optar y *el reproche* por no haber elegido la opción no delictiva.

En lo que tiene que ver con la Teoría del Delito, ésta aparece para limitar el poder punitivo, para determinar en qué casos se puede intervenir punitivamente y en qué casos no.

El abordaje del injusto típico requiere:

- *Una conducta*, hecho humano que tiene efectos en el mundo, como un elemento indispensable;
- *Antijuricidad*, como la relación de contradicción entre la conducta y la ley penal. Cuando la conducta es contraria a derecho sin que exista una justificación;
- *Tipicidad*, como adecuación a la conducta de una figura legal, que supone en encuadre de la conducta en una respectiva previsión de la ley penal;
- *Culpabilidad*, como elemento que señala el límite de lo que puede imputarse al sujeto.

En el art. 73 el CNA remite a la parte general del Código Penal y a la Ley 16.707 de Seguridad Ciudadana del 12 de julio de 1995.

En el art. 71 exige una relación causal, que refiere a un aspecto objetivo. Este, enlaza la descripción de la conducta delictiva con un aspecto subjetivo que da pie a las estructuras típicas dolosa y culposa. La existencia de la infracción debe ser la consecuencia de su acción u omisión. No hay en el CNA una regulación expresa de la culpabilidad; falta un listado de principios mínimos de garantías penales sustanciales.

En el Derecho Penal Juvenil la culpabilidad debe funcionar como límite al ejercicio

del poder punitivo y adulto. Esto supone la capacidad del joven y su posibilidad de conocer la antijuricidad, es decir la capacidad comprendida como *la autonomía progresiva del adolescente*.

La CDN en el art. 40 1.2 a y 2 b consagra el principio de culpabilidad y en el art. 40.3.b presume que los niños que están por debajo de la edad mínima no tienen capacidad, lo que permite concluir que los niños por encima de esa edad tienen *capacidad progresiva*.

III. Tipos de responsabilidad

El Capítulo IX, en consonancia con el principio de legalidad, contiene los tipos penales que serán tomados en consideración a la hora de juzgar la responsabilidad penal juvenil.

Las normas de contenido penal de fondo son escasas y aparecen contempladas en artículos de contenido procesal. *Se perdió la oportunidad de consagrar con claridad de definición y alcances principios como el de legalidad/tipicidad específica, derecho penal de acto, lesividad, culpabilidad que fortalezcan una dogmática garantista.*¹³

El art. 69 define como infracciones a la ley penal a las acciones y omisiones dolosas y culposas, refiriendo así a los tipos activos y omisivos. En cuanto al calificativo de dolosas o culposas está referido a la acción u omisión tipificada en el C.P y leyes especiales.

Eduardo Pesce señala que los tipos omisivos a los que refiere el Código son los propios (equivalente de los delitos de mera actividad), cuya imputación es de difícil aplicación a los jóvenes. En efecto, los tipos omisivos simples requieren de los jóvenes, una madurez y responsabilidad exigible en el ámbito adulto, pero aún en construcción en el ámbito juvenil. *Los tipos omisivos impropios no están tipificados en el CNA* porque estos surgen en el Código Penal para los mayores de 18 años como una apertura a los tipos comisivos que se equipara *al no hacer lo que se debe hacer*. La cláusula de equivalencia equipara un hacer con un no hacer.¹⁴

1. Infracciones graves y gravísimas

El Código enumera las infracciones gravísimas en el Art. 72: *homicidio, lesiones graves, violación, raptio, privación de libertad agravada, secuestro, extorsión, tráfico de estupefaciente* y en el numeral 9 del mismo artículo establece en forma residual que las no incluidas en la enumeración son infracciones graves.

Sin embargo, existe una realidad fáctica de que los adolescentes puedan incurrir en

¹³ Palumbo, Javier; Pedernera, Luis; Silva, Diego; Salsamendi, Javier; y Uriarte, Carlos (Coord.), Aproximación crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental del Uruguay, F.C.U. – UNESCO, Montevideo, 2004

¹⁴ Pesce Lavaggi Eduardo. *Contribución al estudio del injusto típico en el Código de la Niñez y la Adolescencia*, en: Revista de Derecho Penal, Tomo XV.

un sinnúmero de tipos penales, cuyos autores sólo pueden ser adultos, como en el caso de libramiento de cheques sin fondos.¹⁵

Requiere la necesaria verificación de una antijuricidad formal y material en cuanto conducta en contradicción con el orden jurídico y que afecte derechos. Pero el art. 69.2 al establecer la tipicidad culposa *...cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficiente, fundados exclusivamente en el desarrollo psicosocial del infractor*, desconoce el principio de autonomía progresiva o de progresiva adquisición de habilidades y vuelve sobre el viejo criterio del discernimiento.

Si bien las infracciones graves son todas las que no están detalladas a texto expreso en el art. 72 como gravísimas hay algunos delitos previstos en el Código Penal que sus autores sólo pueden ser adultos. El Proyecto de Código de 1999 excluía las infracciones leves, decriminalizaba por debajo de los delitos graves y gravísimos, por lo que excluía de la ley penal juvenil un importante número de infracciones.

El CNA de un plumazo borra una gran conquista del proyecto y rompe la regla de la gravedad mínima del delito para incriminar jóvenes¹⁶.

El art. 73 prevé las causas de justificación de las circunstancias que eximen de la aplicación de medidas o que aminoren el grado de las infracciones, y la condición de adolescentes. Son aplicables también todas las causas de justificación previstas en el Código Penal.

2. Tentativa y Complicidad

La única relevancia entre infracciones graves y gravísimas, radica en que se castiga la *tentativa de las infracciones gravísimas a la ley penal* y lo mismo ocurre con la *complicidad*.

Los plazos de prescripción varían también según el tipo de infracciones fijando el plazo de 2 años para la prescripción de las infracciones gravísimas y de un año para las graves.

Se criminaliza *la tentativa* en las infracciones gravísimas. El art. 79. n. 10 establece a texto expreso que la tentativa de homicidio, privación de libertad agravada y secuestro, *constituye una infracción gravísima*. De esta forma iguala la tentativa al delito consumado y equipara el peligro de lesión a la lesión de bienes jurídicos.

La diferencia del sistema penal de adultos del sistema diseñado para los adolescentes es el grado de la sanción. Sin embargo, esta inclusión de la tentativa como infracción

¹⁵ Pesce Lavaggi Eduardo, *Op. Cit.*

¹⁶ Palumbo, Javier; Pedernera, Luis; Silva, Diego; Salsamendi, Javier; y Uriarte, Carlos (Coord.), *Op. Cit.*

gravísima, así como la complicidad, tiene como resultado un tratamiento punitivo mayor que el de los adultos, echando por tierra el principio general de minimización de la intervención punitiva.

A su vez, en la inclusión de la privación de libertad agravada como infracción gravísima, el CNA tiene presente las circunstancias agravantes, pero no tiene un sistema de determinación de la pena. Con esta regulación se corre el riesgo que se tomen en cuenta los antecedentes y circunstancias del adolescente para incluir en este aspecto el manejo peligrosista.

El sistema penal apunta selectivamente hacia ciertos hurtos, cometidos sobre ciertos actores. Se comprende que el poder punitivo comporta el poder de definir delitos.¹⁷

La tentativa y la complicidad no están previstas en las infracciones graves, en consonancia con los principios del derecho penal mínimo.

Entendemos que es imprescindible, no retroceder en los avances que las disposiciones del CNA, contiene respecto a la descriminalización de la tentativa y la complicidad en las infracciones graves.

¹⁷ Uriarte, Carlos, en: Revista del Derecho Penal, Tomo XIV.

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN A LA LEY PENAL*

El CNA establece un procedimiento especial para los adolescentes a quienes se les imputen actos que comportan infracción a la ley penal. El art. 74, inciso b) delimita su ámbito de aplicación a las personas mayores de 13 y menores de 18 años en consonancia con la diferenciación entre niños (de 0 a 12 años) y adolescentes (de 13 a 18 años) que efectúa el art. 1º del Código.

El inciso b) del citado artículo agrega que, si se encuentran involucrados niños menores de 13 años de edad, se procederá de acuerdo con lo preceptuado en el Capítulo XI, artículos 117 y siguientes. De esta manera las previsiones del CNA estarían incorporando la exigencia de la CDN en cuanto a que los países deberán establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (art. 40.3.a. de la CDN).

El límite que separa la infancia de la adolescencia y, por tanto, el mínimo de edad necesario para ser sometido a proceso por infracción a la ley penal, varía entre los 12 y los 14 años en la legislación post Convención de los diversos países latinoamericanos. El CNA adoptó la edad de 13 años como una solución transaccional entre las diferentes posturas de los parlamentarios al momento de su sanción.

En consecuencia, por debajo de esa edad ningún niño puede ser juzgado o sancionado como un adolescente, presumiéndose la inexistencia de responsabilidad.

En el art. 74 se consagran en general las garantías del debido proceso para este procedimiento y en forma expresa se especifican los siguientes principios:

I. Principios de judicialidad y legalidad

El adolescente imputado de haber cometido una infracción a la ley penal, será juzgado por los Jueces competentes en conformidad a los procedimientos especiales establecidos por este Código. Se asegurará además, la vigencia de las normas constitucionales, legales e instrumentos internacionales, especialmente la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño.

El principio de legalidad, verdadero pilar del Estado de Derecho se concreta en los

* Dra. Alicia Deus. Abogada. Integrante de la Cooperativa de Abogadas INFANCIA, ADOLESCENCIA CIUDADANA (IACI.)

siguientes aforismos del Derecho Romano: “*nullum crimen sine praevia lege penale*,” es decir, el delito debe estar previsto con anterioridad en la ley, la conducta que se juzga debe adecuarse exactamente al tipo delictivo, “*nulla pena sine lege et sine iudicio*”, es decir, no puede imponerse una sanción, una pena a una persona si ésta no se encuentra prevista en la ley y si no es a través de un procedimiento legal.

En lo que respecta a los tipos delictivos el CNA se remite al Código Penal salvo en cuanto a las penas y a las graduaciones y rangos allí previstos. En este sentido, el juez de adolescentes tiene una mayor discrecionalidad a la hora de disponer una sanción al adolescente imputado de infringir la ley penal. Sin embargo, en varias de sus normas, aparecen importantes e imprescindibles limitaciones a la discrecionalidad del Juzgador a la hora de imponer la sanción.

En primer lugar, el art. 76.12) establece que, en caso de disponerse medidas socio-educativas, la finalidad será preservar el interés del adolescente; la privación de libertad deberá disponerse sólo como último recurso y fundamentarse en la sentencia por qué no es posible aplicar otra medida distinta a la privación de libertad. A su vez, la posibilidad de imposición de medidas por parte del Juez se encuentra limitada a la solicitud previa del Ministerio Público y las mismas no podrán ser más gravosas que las solicitadas por este último.

Por su parte, el art. 91 en su primer inciso, limita la duración de la medida de privación de libertad a un mínimo de 5 años.

No obstante, este artículo finaliza con una disposición que contradice en forma flagrante los principios que se enuncian en el art. 74 y que habilita intervenciones judiciales arbitrarias. El párrafo final establece que “*en situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor*”.

El análisis de la peligrosidad del sujeto implica dejar de lado la perspectiva de derechos y sancionar al adolescente por lo que es, o, peor todavía, por lo que puede llegar a ser. Esta disposición, resabio de la doctrina de la situación irregular, apunta a la penalización del autor y no del acto. Habilita a que las intervenciones judiciales, envueltas en el ropaje de la nueva terminología garantista que utiliza el Código, mantengan, sin embargo, una forma de abordar la adolescencia en infracción desde la discrecionalidad. Para juzgar el grado de peligrosidad, debe necesariamente recurrirse a formulaciones de orden psicológico o médico, típicas del positivismo, que se sustentan en el determinismo de las conductas y en estereotipos, que al homogeneizar a las personas resultan profundamente estigmatizantes y ajenas totalmente a una concepción garantista del proceso jurisdiccional como lo prescribe la CDN. El concepto de *peligrosidad manifiesta*, contradice en forma inequívoca todos los principios del derecho penal juvenil mínimo que aparecen en el Código de la Niñez en una coexisten-

cia insostenible. Se vulneran, entre otros, el principio del interés superior del niño, el principio de legalidad, el de no discriminación y, por supuesto, el de proporcionalidad, que supone que la sanción debe ser equilibrada y proporcional al acto.

Para neutralizar este giro a lo tutelar, resulta de fundamental importancia que las prácticas de los operadores se asienten en una lectura integradora de todas las normas y principios del CNA y de la CDN para que, del posible elenco de lecturas, prevalezcan aquellas que garanticen plenamente los derechos de niños/as y adolescentes. Así, el cumplimiento estricto de los enunciados del art. 74 resulta de fundamental trascendencia para obturar la consideración de la peligrosidad del sujeto.

II. Principio que condiciona la detención

Sólo puede ser detenido en casos de infracciones flagrantes o existiendo elementos de convicción suficientes sobre la comisión de una infracción. En este último caso, mediante orden escrita de Juez competente comunicada por medios fehacientes La detención será una medida excepcional.

Este principio es expresión de lo dispuesto por el art. 37. b) de la CDN cuando prescribe que los Estados Parte velará porque *“ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*.

Por su parte, el art. 15 de la Constitución de la República establece que: *“Nadie puede ser preso sino in fraganti delicto o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”*.

El inciso c) del art. 74 del CNA condiciona la detención de los adolescentes a estos mismos supuestos.

En puridad, al tratarse de personas, las condiciones para la detención de los adolescentes deben ser idénticas a las de los adultos. Por consiguiente, vigente la norma constitucional sin distinción de edades, la disposición del CNA será superabundante y reiterativa. Lo mismo cabe decir de la estipulación de que la detención será una medida excepcional. Va de suyo que en un Estado de Derecho la libertad de las personas constituye la regla y su detención, la excepción.

Sin embargo, sorprendentemente, esta disposición ha servido como argumento principal de quienes sostienen que el Código de la Niñez y Adolescencia consagra la impunidad de “los menores” y que a partir de la vigencia del mismo, la Policía no puede hacer nada frente al *“adolescente infractor”*, según denominación adoptada por el propio CNA, que es el equivalente de la otrora *“menor infractor”*.

Según surge de la investigación realizada por la ONG IACi¹⁸ en el año 2003 respecto del procedimiento a los adolescentes por infracción a la ley penal en el Uruguay con anterioridad a la sanción del CNA, en el 97% de los casos analizados, el adolescente fue detenido por la Policía. Es decir, que la detención no era la excepción sino que constituía la regla. De ese porcentaje, sólo en el 20% de los casos existió *in fraganti* delito, y en el restante 80% solamente hubo orden judicial para proceder a la detención en el 4%. Estas cifras, cuya elocuencia exime de mayores comentarios, dan cuenta de que la norma constitucional vigente para todas las personas que habitan el territorio de la república no se cumplía respecto de las personas menores de edad. La inclusión de esta limitación resulta acertada como forma de reafirmación de la norma constitucional.

III. Principio de humanidad

En consonancia con lo previsto por el art. 37 de la CDN, este principio se refiere al tratamiento digno que debe darse al adolescente privado de libertad, la prohibición de someterlo a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes o a experimentos médicos o científicos.

Asimismo, consagra su derecho específico a mantener contacto con su familia o responsables, en aplicación de lo previsto por el inciso c) del referido artículo 37 de la CDN. Este derecho se complementa con lo dispuesto a continuación en el mismo artículo, inciso g) que prevé la libertad de comunicación. El adolescente tiene derecho durante la privación de libertad, de comunicarse libremente y en privado con su defensa, con sus padres, responsables, familiares y asistentes espirituales.

Esta estipulación tiene también la clara intención de revertir las viejas prácticas en las que la incomunicación del adolescente mientras permanecía detenido en la sede policial era la norma, aún sin orden judicial expresa.

IV. Principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia constituye otro de los pilares fundamentales del Derecho Penal y de las garantías del debido proceso. La norma también establece que el adolescente imputado no será *obligado a declarar contra sí mismo o a declararse culpable*.

Históricamente el proceso a los adolescentes por infracción a la ley penal, con base en la doctrina tutelar, se caracterizó por carencias importantísimas en la etapa de instrucción del proceso y de la prueba y, por consiguiente, la confesión siempre fue “la reina de las pruebas”. Una confesión que muchas veces era obtenida en la sede policial sin ningún tipo de garantías, sin la presencia del defensor y, en muchas

¹⁸ Infancia, Adolescencia Ciudadana (IACi), Op. Cit.

ocasiones, consecuencia de situaciones de maltrato.

A los efectos de la atribución del hecho y de la severidad de las sanciones a imponerse, se priorizaban más los aspectos de la vida privada del adolescente que las circunstancias del acto cometido y la prueba de su responsabilidad. Resulta por demás ilustrativa de dicha concepción el siguiente párrafo de la exposición de motivos del viejo Código del Niño de 1934, hoy derogado por el CNA: “ *El delito cometido por un niño o por un adolescente es muy a menudo un episodio, un simple accidente de su vida de libertad, de vagancia o de abandono; otras veces es el fruto inevitable del ambiente que se respira en un hogar vicioso o desorganizado; otras, es la consecuencia de estigmas congénitos o adquiridos; en ningún caso importa conocer detalladamente las circunstancias constitutivas del hecho cometido para determinar la gravedad objetiva del delito*”.

La presunción de inocencia, prevista en la Constitución de la República en el art. 16 y en art. 40 de la CDN tiene importantísimas repercusiones procesales. Entre otras, impone al Juzgador que se efectúe una rigurosa consideración de las pruebas para inculpar al adolescente imputado y que los procedimientos de instrucción y obtención de las mismas se efectúen respetando las garantías del debido proceso, esto es, el derecho al contradictorio, al juez natural, etc.

V. Principio de inviolabilidad de la defensa

Se consagra el derecho del adolescente de contar desde la detención, durante el proceso y hasta la ejecución completa de las medidas, con asistencia letrada gratuita y especializada.

Esta disposición, y el derecho a mantener contacto con su familia también desde el momento de la detención, (inciso d), constituyen dos logros a destacar del Código de la Niñez en cuanto significan aplicaciones concretas del principio de *especificidad y del interés superior del niño*.

VI. Principio de prohibición del juicio en rebeldía

En consonancia con lo dispuesto por el art. 21 de la Constitución se establece la nulidad para los juicios en ausencia.

VII. Principios de impugnación, de duración razonable y de asistencia de intérpretes

Todos estos principios referidos al procedimiento, constituyen garantías que el legislador quiso reafirmar como imprescindibles para el proceso a adolescentes por infracción a la ley penal y que tienen expresa consagración en el art. 40 de la CDN.

VIII. Principio de oportunidad reglada

Finalmente, el inciso l) establece que el adolescente tiene derecho a que se prescinda del procedimiento cuando, por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido, no se justifica la prosecución de la acción. El interés superior del niño debería en este sentido, servir de base al Juzgador para definir qué bienes jurídicos tutelar.

Como bien expresa Uriarte¹⁹, la pregunta previa a toda intervención de naturaleza punitiva debería ser: ¿Qué bienes jurídicos tradicionalmente considerados dignos de tutela penal deberían ceder ante el interés superior del niño?

Este principio debería conducir necesariamente a desjudicializar los conflictos sociales y a la no penalización de las faltas juveniles, los actos preparatorios, las tentativas y los delitos culposos cometidos por adolescentes.

En consonancia con estos principios, como vimos supra, el Código define las infracciones a la ley penal por las que los adolescentes pueden ser sometidos a proceso y limita la penalización de la tentativa y la complicidad a las infracciones gravísimas.

IX. Actuaciones previas al proceso

El art. 76 del CNA, en numeral 1) inciso a) establece los cometidos de la autoridad policial cuando proceda a la detención de un adolescente.

En primer lugar, al tratarse de una limitación al derecho constitucional a la libertad ambulatoria, al igual que el régimen general previsto en la constitución para todas las personas, se limita la posibilidad de detención de un adolescente a dos situaciones: los casos de infracciones flagrantes o, cuando existan *elementos de convicción suficientes* sobre la comisión de una infracción, en cuyo caso debe efectuarse mediante orden escrita de Juez competente comunicada por *medios fehacientes*. Esta última exigencia responde a que muchas veces se proceda a la detención de un adolescente alegando una orden “verbal” o telefónica, imposible de corroborar, cuando, en realidad se trataba de verdaderas detenciones ilegales.

Además, la autoridad “aprehensora” como la denomina el CNA deberá “*bajo su más severa responsabilidad*”:

- a) *Realizar la actuación de modo que menos perjudique a la persona y reputación del adolescente.*

¹⁹ Uriarte, Carlos. Control Institucional de la Niñez, Adolescencia en Infracción. UNICEF. Montevideo, 1999.

- b) *Poner el hecho de inmediato en conocimiento del Juez, o en un plazo mínimo de dos horas después de practicada la detención.*
- c) *Hacer conocer al adolescente los motivos de su detención y los derechos que le asisten, especialmente, el derecho de designar defensor.*
- d) *Informar a sus padres o responsables, como forma de asegurar sus garantías y derechos.*
- e) *Si fuere necesario, antes de conducirlo a la presencia del Juez, hará constar lo indispensable para la información de los hechos.*
- f) *Si no fuere posible llevarlo de inmediato a presencia del Juez, previa autorización de éste, deberá conducírsele a la dependencia especializada del Instituto Nacional del Menor que corresponda o del Instituto Policial, no pudiendo permanecer en este último lugar por más de doce horas.*
- g) *Los traslados interinstitucionales y a la sede judicial deben estar precedidos del correspondiente examen médico.*

Esta minuciosa serie de limitaciones a la actuación de la autoridad policial tiene la finalidad de impedir las detenciones arbitrarias y de evitar los maltratos a los niños y adolescentes en esta etapa –podríamos decir *preprocesal*– en la que, si bien el Juez estará informado, es preponderante la actuación de la Policía. Por ello se impone la obligación de informar al Juez en forma inmediata y de conducirlo a su presencia de inmediato, *si fuere posible*. Esta última obligación surge a *contrario sensu* de lo dispuesto en el inciso f).

El plazo mínimo en que puede el adolescente permanecer detenido antes de ser llevado al Juez es de 24 horas, (art. 76,2) y deberá hacerlo en dependencias especializadas del INAU (Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay) o, en sede policial especializada, pero en este último caso por un mínimo de 12 horas. El examen médico previsto en el inciso g) tiene por finalidad también, impedir los maltratos en esta etapa.

Tanto el plazo máximo de 12 horas en el que el adolescente puede permanecer en dependencias policiales, como el examen médico mencionado, han dado lugar a variadas críticas al CNA por considerar que el INAU no cuenta con servicios que puedan atender a estos adolescentes en ese momento y, se ha señalado también, que tampoco existen en el país dependencias en la esfera de la salud que permitan efectuar este control médico con diligencia y celeridad. La Policía ha referido insistentemente que estas disposiciones no le permiten actuar con eficacia frente a la delincuencia juvenil y constituyen una pérdida de tiempo para sus funcionarios.

El argumento de las carencias de recursos o de servicios no puede ser, de ninguna forma, un impedimento válido para el debido cumplimiento de estas exigencias

cuya finalidad es impedir la vulneración de derechos de los adolescentes que se daba habitualmente en esta instancia , al punto de que se encontraba naturalizada en las prácticas²⁰.

La CDN y también el CNA ponen de cargo del Estado la protección y efectividad de los derechos de los niños y adolescentes. En consecuencia, es con esas prioridades que deben determinarse las políticas públicas, los servicios estatales y la asignación de recursos tanto económicos como de personal.

Otra vez, resulta fundamental que la lectura de las diversas normas se efectúe desde una perspectiva de derechos, priorizando el interés superior del niño y la protección integral de sus derechos, dejando de lado, la mirada tutelar y represiva dominante.

La disposición tiene su antecedente en el art. 37.b de la CDN, que establece que *“...la detención de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso...”*

En el mismo sentido, la regla N° 10 de Beijing expresa: *“Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o a su tutor, y cuando no sea posible...en el más breve plazo posible...”*. Asimismo, conforme a esa misma regla, el Juez *“examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”*

Esta última disposición no ha sido recogida en forma expresa por el CNA , pero el Juez especializado deberá considerar esta posibilidad en virtud del principio de libertad como regla y privación de libertad como excepción y del interés superior del niño.

El reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho adquiere particular importancia al momento de proceder a la detención de un adolescente. Como se destaca en la Opinión Consultiva N° 1772002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“...no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa ,inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general y de la educación en derechos humanos en particular debidamente reconocida en la presente opinión consultiva”*

Lo dispuesto por el inciso c) resulta de particular trascendencia en cuanto a la finalidad pedagógica del proceso que promueve el art. 40 de la CDN. El objetivo de la intervención es el desarrollo de la responsabilidad y el fortalecimiento del sujeto para que pueda ejercer adecuadamente sus derechos y cumplir con las obligaciones emanadas de los derechos de las demás personas.²¹ Esta finalidad deberá conducir todas las actuaciones, desde la primera intervención policial hasta la ejecución de la sanción.

Si bien estas estipulaciones limitan la arbitrariedad en las actuaciones policiales,

²⁰ Infancia, Adolescencia Ciudadana (IACi), *Op. Cit.*, págs. 54 y ss.

²¹ Cillero, Miguel, *Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la CDN*, en: Justicia y Derechos del Niño, N° 2, UNICEF, 2000.

de todas formas, tanto Uriarte²² como UNICEF han hecho diversas observaciones críticas a esta norma. Señalan que el inciso e) habilita de cierta forma el interrogatorio policial y que será preferible que éste se prohibiera en forma terminante. Aún cuando pueda contar con la presencia de su Defensor en esa instancia, una prueba como la confesi?, que puede resultar incriminatoria, deberá ser efectuada con las mínimas garant?s, en la Sede judicial y en presencia del Juez y no de la Policía.

Asimismo, destacan que el plazo mínimo de detención de 24 horas igual que para los adultos, no se compadece con la normativa de las Naciones Unidas, que en sus diferentes previsiones, supone un plazo mucho más breve para las personas menores de edad.

Tampoco surge de las estipulaciones en forma clara que la detención –que supone, por supuesto, la privación de libertad– debe, necesariamente, ser una medida excepcional restringida a situaciones graves, como podría ser la imputación de una infracción gravísima.

La excepcionalidad de la detención, la comunicación a la familia, la especialización del personal que participa en esta instancia, los lugares de detención así como el tratamiento diferenciado, todas exigencias previstas en las normas internacionales de derechos humanos, no son caprichosas, responden a necesidades y características específicas de las personas menores de edad y su desconocimiento vulnera la debida protección de sus derechos a que el Estado se encuentra obligado.

²² Palummo, Javier; Pedernera, Luis; Silva, Diego; Salsamendi, Javier; y Uriarte, Carlos (Coord.), *Op. Cit.*, pp. 74 y 75.

EL SEGMENTO JUDICIAL DEL SISTEMA PENAL JUVENIL*

I. La audiencia preliminar

La audiencia preliminar prevista en el CNA inicia la actuación del segmento o agencia judicial y sustituye a la audiencia indagatoria prevista en el artículo 114.1, inciso 1º, del Código del Niño, en la redacción dada por el artículo 25 de la Ley Nº 16.707.

La Constitución Nacional en su artículo 16 establece que el Juez debe tomar la declaración del imputado detenido dentro de las 24 horas a partir de la detención y, a más tardar, dentro de las 48 horas debe decidir sobre el inicio del procedimiento a su respecto. El CNA instaura un procedimiento oral por audiencias similar al consagrado en el CGP. La regulación de esta audiencia está comprendida básicamente en los artículos 76.2 y 108 del CNA.

El artículo 76.2 del CNA regula específicamente la audiencia preliminar, expresando que en los casos de infracciones de adolescentes que *lo justifiquen*, el Juez dispondrá, en un plazo que no exceda las veinticuatro horas, la realización de una audiencia preliminar donde deberán estar presentes, bajo pena de nulidad, el adolescente, su defensor y el Ministerio Público. La mención a las infracciones que *lo justifiquen* es una clara referencia al principio de oportunidad reglada, previsto en el artículo 74 literal L del mismo Código.

En cuanto al plazo para la realización de la audiencia preliminar, entiendo que en ningún caso se puede exceder las 24 horas constitucionales en los casos en los que se produce una detención. En los casos en los que no hay detención, de acuerdo a la redacción de este artículo, puede interpretarse que debe disponerse en el mismo plazo la realización de esta audiencia.

1. Sujetos presentes en la audiencia

En cuanto a la comparecencia, se establece la presencia preceptiva de los adolescentes, la Defensa, el Ministerio Público y el Juez que la debe presidir. De acuerdo con

*Javier M. Palummo Lantes., Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Abogado. Director del Observatorio del Sistema Judicial (Movimiento Nacional Gustavo Volpe - UNICEF). El presente trabajo constituye una reformulación de algunas consideraciones vertidas por el autor en: Discurso y realidad. Informe de aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en los procesos por infracción a la ley penal en Maldonado, Montevideo y Salto, Observatorio del Sistema Judicial, Movimiento Nacional Gustavo Volpe - UNICEF, 2006.

el artículo 16 de la Constitución Nacional, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará declaración al arrestado en presencia del Defensor y el Ministerio Público.

Con referencia a la presencia del adolescente, el artículo 76.2 del CNA establece que el Juez, al interrogar al adolescente, debe hacerle conocer en términos accesibles los motivos de la detención y los derechos que le asisten. En relación a la presencia de los padres o responsables en la audiencia preliminar el CNA ha previsto una solución diferente a la de la legislación anterior. El artículo 114 inciso 1º del Código del Niño en la redacción dada por la Ley N° 16.707 del 12 de julio de 1995 de Seguridad Ciudadana en su artículo 25 expresaba que se debía interrogar a los representantes legales.

El CNA expresa únicamente que se procurará la presencia de los padres o responsables de los adolescentes. Por su parte la regla 15.2 de Beijing en relación a este punto estableció que:

Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.

La presencia preceptiva de los responsables de los adolescentes en esta primera etapa del trámite judicial representaba una importante garantía para el adolescente, además de constituir un momento en el cual los actores del sistema debían asesorar e informar también a la familia del adolescente de los alcances de las resoluciones que allí se adoptan.

Con relación a la presencia de víctimas y testigos en la audiencia preliminar el CNA expresa que pueden comparecer en el caso de que estos lo acepten y siempre que no exista peligro para su seguridad. La presencia de las víctimas en esta etapa del procedimiento constituye un elemento que podría visualizarse como altamente positivo, en la medida en que permitiría un primer acercamiento víctima-ofensor, con vistas al desarrollo una estrategia de mediación como solución alternativa al conflicto.

2. Actividad probatoria e informes técnicos

Durante la audiencia preliminar, el Ministerio Público y la Defensa pueden solicitar las medidas probatorias que estimen convenientes. En los casos en que esto suceda, la información debe recabarse en un plazo que no exceda de los veinte días continuos y perentorios, contados a partir de la decisión judicial que ordena su diligenciamiento. Las pruebas que por su naturaleza deban diligenciarse en audiencia deben ser recabadas en el mismo plazo y con las garantías del debido proceso.

Finalizadas las declaraciones en la audiencia preliminar interviene el Ministerio Público, el que podrá solicitar el inicio del procedimiento o no, la adopción de medidas cautelares y el diligenciamiento de pruebas. En aplicación del principio

de igualdad de las partes en el proceso, la defensa del adolescente también tiene iniciativa probatoria en esta instancia.

El literal A) del artículo 76.4 del CNA expresa que al culminar la audiencia preliminar el Juez debe disponer las medidas probatorias solicitadas por el Ministerio Público y la Defensa.

Es llamativo que esta disposición no refiera a la posibilidad del Juez de rechazar prueba o de disponer prueba distinta a la solicitada por los actores procesales referidos, sin perjuicio de la aplicación, en cuanto corresponda, de las normas generales en referencia a las facultades del Tribunal.

Este tipo de sistemas han sido generalmente criticados por la importante cuota de poder que el Juez concentra en el proceso, en la medida en que se ve obligado a realizar dos tareas que son esencialmente incompatibles entre sí: debe ser el investigador y además debe velar por las garantías procesales y constitucionales del indagado.²³

En el caso en que se resuelva la internación, el equipo técnico del establecimiento de privación de libertad debe producir un informe médico, psicológico y social del adolescente, que refiera específicamente a las posibilidades de convivencia en régimen de libertad. Este informe debe realizarse dentro del plazo de 20 días establecido para el diligenciamiento de prueba conforme lo dispone el artículo 76.6 del CNA. En el numeral siguiente del mismo artículo se establece que los técnicos del centro de internación, cuando el Juez lo disponga, deben informar en forma verbal o por escrito. Esta disposición, al igual que la anterior, refiere al contenido de estos informes, mientras que los primeros debían informar acerca de las posibilidades de convivencia en régimen de libertad, estos deben dar cuenta de la tarea de supervisión de la medida. La inclusión tan temprana y dispersa de estas intervenciones técnicas, permuta la discusión jurídico penal por una discusión técnica, que opera como una suerte de proceso penal subterráneo de autor, que es a la postre, el que decide el destino del involucrado.²⁴

II. Las medidas cautelares

1. Requisitos para su aplicación

Según lo dispone el artículo 76.5 del CNA, a pedido del Ministerio Público y tras escuchar a la defensa, el Juez puede disponer las medidas cautelares necesarias, que perjudiquen en menor medida al adolescente.

²³ Cf. Binder, Alberto M., *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*, Campomanes Libros, Buenos Aires, 2000, p. 42.

²⁴ Cf. Uriarte, Carlos E., *Responsabilidad penal juvenil*, en: Palumbo, Javier; Pedernera, Luis; Silva, Diego; Salsamendi, Javier; y Uriarte, Carlos (Coord.), *Op. Cit.*, p. 76.

Las medidas cautelares previstas en esta disposición son las siguientes:

- a) la prohibición de salir del país;
- b) la prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas, de concurrir a determinados lugares o de tomar contacto con personas determinadas;
- c) la obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine;
- d) el arresto domiciliario; y
- e) la internación provisoria.

Esta disposición establece 60 días como plazo máximo para las medidas cautelares privativas de libertad, es decir, arresto domiciliario e internación provisoria. En el caso de que haya transcurrido ese plazo sin que se hubiera dictado sentencia de primera instancia, se establece que se debe dejar en libertad al adolescente.

Existen otros condicionantes legales para la imposición de estas medidas cautelares privativas de la libertad como ser:

- a) la circunstancia de que la infracción imputada al adolescente pueda ser objeto en definitiva de una medida privativa de la libertad; y
- b) el caso de que la medida cautelar sea indispensable para asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales, la seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.

La internación provisoria y el arresto domiciliario son medidas cautelares privativas de libertad, que normativamente no poseen un carácter punitivo ni socioeducativo y de carácter excepcional. Estas características responden a la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. El único objetivo legítimo de la internación provisoria es asegurar que el adolescente al cual se le ha iniciado el procedimiento no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. Se trata de una medida excepcional que debe aplicarse solamente en los casos en que exista una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir prueba.

La CDN establece que los Estados deben garantizar que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se lo presuma inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

En el mismo sentido la Regla 17 para la protección de los menores privados de libertad²⁵ señala que:

Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

La imposición de medidas cautelares únicamente puede fundamentarse en base a razones procesales: para asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales, la seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos. En caso de ser invocadas, estas circunstancias deben constar en la resolución judicial. De otra manera se trataría de una *pena anticipada*, sin proceso, enmarcada en un proceso de defensa social en el cual primero se castiga y después se desarrolla el proceso, o peor aún, se castiga en el proceso.²⁶ La privación de libertad como medida cautelar durante el transcurso del proceso por infracción a la ley penal, debe responder a las características de limitación temporal y excepcionalidad. Toda privación de libertad previa a una sentencia vulnera el principio de inocencia, principio de raigambre constitucional al que se alude en varias disposiciones que refieren a la inexistencia de responsabilidad de no mediar sentencia ejecutoriada (artículos 70, 74 literal B inciso 2º, 77 y 86.1).

2. Las medidas cautelares privativas de libertad

Por ser medidas privativas de libertad, la internación provisoria y el arresto domiciliario poseen una regulación distinta a las restantes. En cuanto a la duración de las mismas, se establece a texto expreso que no puede superar los 60 días y que transcurrido este plazo sin que se haya dictado una sentencia, el adolescente debe ser inmediatamente puesto en libertad, sin perjuicio de la continuación del proceso.

En cuanto a los requisitos, se exige que la infracción imputada al adolescente pueda ser objeto en definitiva de una medida privativa de la libertad. La medida cautelar de internación provisoria no está expresamente constreñida a la gravedad de la infracción, sólo a la posibilidad de que en definitiva la infracción que se imputa pueda

²⁴ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, regla 17.

²⁵ Cf. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 7ª Ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 775 y 776.

ser objeto de una medida socioeducativa privativa de libertad, conforme al artículo 86 del CNA. Pero tampoco existe en esta última norma un condicionamiento para la adopción de las penas privativas de la libertad, en atención a la gravedad de la infracción, lo cual atenta contra el principio de excepcionalidad.

La CDN en su artículo 37 literal b) establece que la privación de libertad debe ser dispuesta como último recurso y durante el periodo más breve posible, siendo este principio aplicable tanto a la privación de libertad establecida a título de medida cautelar como a la establecida como sanción en la sentencia definitiva. Asimismo, la prisión preventiva se encuentra expresamente referida en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, a partir de la regla 17.

III. El trámite del proceso penal juvenil

1. Consideraciones preliminares

Esta etapa debería ser la más importante del proceso, ya que es en ella donde se redefine el conflicto que subyace y da origen al proceso. Sin embargo, existe una tendencia a formalizar en la misma los elementos desarrollados en la audiencia preliminar, existiendo una importante inactividad de las partes en términos de solicitudes de prueba o de formulación de un auténtico debate entre las mismas.

Esta circunstancia puede obedecer a diversas razones, muchas de ellas incluso atendibles. Pero la transformación de actos esenciales del proceso, como la demanda acusatoria y la contestación de la Defensa, en meros ritualismos formales, debe preocuparnos en tanto implica una disminución de garantías para el adolescente sometido al proceso.

2. La demanda acusatoria

Tras el término del plazo previsto para el diligenciamiento de la prueba, los autos pasan en vista al Ministerio Público por seis días. En caso de deducir acusación, esta debe ser fundada. En la misma se relacionarán las pruebas ya diligenciadas, se analizarán los informes técnicos y se formularán los presupuestos fácticos, jurídicos y técnicos de la imputación. Pero si el Ministerio Público solicita el sobreseimiento, el Juez lo dictará sin más trámite. En caso de que no se trate de una acusación fundamentada adolecerá de un vicio sustancial insubsanable que no refiere a requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo que son necesarias para que la demanda acusatoria sea admisible. En esta fase del procedimiento se desarrolla el debate sobre la causa

entre las partes del proceso. En nuestro régimen vigente se trata además de una fase obligatoria de la que no es posible prescindir.

La acusación es la demanda que formula el Ministerio Público en su calidad de parte actora y titular de la pretensión punitiva contra el adolescente, por lo que debe contener una solicitud al Juez de la causa para que en la sentencia definitiva declare al adolescente sometido al proceso, responsable por la infracción que se le imputa. Asimismo debe explicitar qué tipo de medida solicita y el tiempo de sujeción a la misma. Este acto procesal, además, delimita el objeto del juicio, en tanto cumple una función garantizadora al evitar las acusaciones sorpresivas y permitir una defensa adecuada. El sobreseimiento es la renuncia a ejercer la acción punitiva referida. En el caso de que ésta sea la actitud del Ministerio Público, el Juez debe dictarlo sin más trámite clausurándose las actuaciones.

3. El traslado a la Defensa

De la acusación formulada conforme lo dispone el inciso final del artículo 76.8, se le debe dar traslado a la defensa, la que dispondrá de seis días hábiles para ofrecer prueba, allanarse o contradecir. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 76 numeral 8 inciso 2º del CNA, la defensa en oportunidad de contestar la acusación fiscal puede ofrecer y solicitar el diligenciamiento de nuevas pruebas. Conviene expresar que existe un amplio consenso doctrinario en referencia a la posibilidad de la defensa de ofrecer prueba en oportunidad del traslado de la acusación fiscal. En relación a la posibilidad de que la defensa ofrezca prueba, se ha planteado el problema de determinar cómo y cuando se diligencia la prueba ofrecida por la defensa al contestar la demanda, teniendo en cuenta que a partir de la contestación transcurre el plazo para la realización de la audiencia final.²⁷

La defensa en juicio es una garantía frente al ejercicio del poder punitivo estatal y su objeto es proteger al adolescente sometido a un proceso por infracción a la ley penal ante un eventual uso arbitrario de este poder. La Constitución reconoce la importancia de este derecho al prever en su artículo 16 la actuación de la defensa en los procesos penales y al exigir que la declaración del acusado sea tomada en presencia de un abogado defensor. El derecho a ser asistido por un abogado, constituye una parte integral del derecho a un juicio justo, siendo el primer derecho procesal.²⁸ Evidentemente, una asistencia jurídica eficaz requiere por parte de quien la desempeña la diligencia de un

²⁷ Cf. Uriarte, Carlos E., *Responsabilidad penal juvenil*, en: Palummo, Javier; Pedernera, Luis; Silva, Diego; Salsamendi, Javier; y Uriarte, Carlos (Coord.), Op. Cit., p. 72.

²⁸ Cf. Beloff, Mary y Perel, Martín, *El derecho de defensa como primer derecho (procesal): el derecho a una defensa técnica en materia penal según la jurisprudencia*, en: Plazas, Florencia G.; Hazan, Luciano A. (Comp.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Ed. Del Puerto, pp. 197 y ss.

buen padre de familia, además del cumplimiento por parte de los abogados de una serie de obligaciones profesionales básicas generalmente vinculadas con la presencia en determinadas instancias y la presentación de escritos en determinados plazos.

En palabras de Zaffaroni:

*El defensor tiene que decir aquí y ahora cómo hago para contener el poder punitivo. Ése es su trabajo [...] Hay un poder punitivo que se va para un lado, y un poder jurídico que lo controla. El abogado es partícipe del poder jurídico desde la perspectiva de la defensa.*²⁹

El respeto del principio del contradictorio exige una clara definición de los roles procesales: el Juez debe juzgar y resolver el conflicto, el Ministerio Público debe actuar como titular exclusivo de la acción penal y la defensa debe defender y velar lealmente en todo momento por los intereses de sus defendidos.³⁰

IV. La audiencia final

1. Consideraciones preliminares

El artículo 76 numeral 10º del CNA refiere a la necesidad de que se celebre una audiencia final en la que bajo pena de nulidad deben participar el adolescente, la Defensa y el Ministerio Público. Asimismo, se prevé la presencia eventual de los padres o responsables del adolescente y de la víctima si es que existe una solicitud por parte de estos sujetos.

En la audiencia final deben participar, bajo pena de nulidad, el adolescente, su defensor y el Ministerio Público, pudiendo participar –de solicitarlo– los padres o responsables del adolescente, así como la víctima.

2. El contenido de la audiencia final

El artículo 109 del CNA regula el contenido de las audiencias y dispone que se lo debe documentar con precisión en un acta que se labrará durante su desarrollo o al cabo de la misma.

En el numeral 10 del artículo 76 se expresa que para el momento de la audiencia final se deben poner a disposición los informes técnicos recabados. La exigencia de que los informes referidos estén disponibles para la audiencia final implica que debería oírse a las partes sobre los mismos y que se los debería considerar en la sentencia.

²⁹ Centeno, Jonson [en línea], [Entrevista] Eugenio Raúl Zaffaroni. El francotirador de penas. Disponible en World Wide Web: <www.elderechodigital.com.uy>.

³⁰ Cf. Principios básicos de Naciones Unidas sobre la función de los abogados, principio 15.

Asimismo, algunos autores han entendido que en esta audiencia se debe –aunque el artículo no lo señala– diligenciar la prueba de descargo ofrecida por la defensa en oportunidad de contestar la acusación.³¹

V. Las sentencias

1. Consideraciones preliminares

La sentencia definitiva implica un pronunciamiento jurisdiccional sobre el litigio, sobre la pretensión efectuada por el Ministerio Público en su demanda acusatoria, y como tal, pone fin a la instancia a través de la absolución o condena del adolescente.

Las sentencias de condena imponen penas a los adolescentes, las que el CNA denomina medidas socioeducativas. Esta denominación estaría remitiendo a su contenido teórico. De acuerdo al artículo 77 del CNA estas sanciones sólo pueden aplicarse a los adolescentes respecto de los cuales haya recaído declaración de responsabilidad, por sentencia ejecutoriada.

2. El contenido de la sentencia

El CNA en el numeral 12 del artículo 79, refiere al contenido de la sentencia. En el caso en que se dispongan medidas socioeducativas, las sentencias serán dictadas con la finalidad de preservar el interés del adolescente. Asimismo, se dispone que la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Además, en estos casos se debe fundamentar por qué no es posible aplicar otra medida distinta. Este artículo recoge el principio de acusatorio y de congruencia, conforme al cual el Juez no puede imponer medidas educativas sin que haya mediado un pedido del Ministerio Público, no pudiendo hacerlo de manera más gravosa de la solicitada por éste. Esto implica que la selección de la medida no puede ser más aflictiva de los derechos del adolescente que la solicitada, y que en la determinación del quantum temporal no se puede disponer la medida por un lapso mayor al solicitado por el Ministerio Público.

En relación a la forma de la sentencia, el numeral 11 del mismo artículo dispone que la sentencia debe ser escrita y redactada de un modo breve y claro, para que pueda ser comprendida en todas sus partes por el adolescente imputado. Más allá de considerar que la brevedad y la claridad no son necesariamente sinónimos de pobreza argumental, la sentencia es un acto jurisdiccional que no puede prescindir de la formulación del juicio lógico o silogismo judicial que lo conduce al fallo. Esta

³¹ Cf. Babela, Jacinta, y Pérez Manrique, Ricardo, Código de la Niñez y la Adolescencia, Anotado y comentado, ley 17.823, Ed. B de F, Montevideo, 2005, p. 144.

operación no puede ser reducida a formulas esquemáticas y tampoco puede legalmente prescindirse de que conste en la sentencia.³² La disposición en análisis pretende que la sentencia sea comprensible, pero no excluye la necesaria motivación judicial. Esta interpretación es adecuada a la exigencia de que en lo pertinente se aplique el artículo 245 del Código del Proceso Penal. Este artículo exige un relacionamiento de las pruebas que le servirá de fundamento, de las conclusiones de la acusación y la defensa y, debidamente articulados, los hechos que se reputan probados. Asimismo, exige que en los considerandos se determinen cada uno de los aspectos del derecho a aplicar, enunciando: los fundamentos legales de la calificación de los hechos, de la participación en los referidos hechos y de las circunstancias atenuantes o agravantes. También las causas de justificación, inimputabilidad, impunidad y extinción del delito. Todo con mención expresa de las disposiciones legales aplicables. La motivación incluye las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación y permite la fundamentación y el control de las decisiones judiciales. La motivación de la sentencia constituye una base imprescindible para la eventual impugnación que contra la misma se pueda formular, en la medida en que la motivación llega a ser, desde este punto de vista, algo así como el espejo revelador de los errores del juzgador,³³ constituyéndose inclusive en una importante garantía de la defensa. En la existencia y valor de las motivaciones judiciales descansa la legitimación, interna, jurídica o formal de todo el sistema. Por tanto, la verificabilidad y verificación de las motivaciones son condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. Los derechos de los adolescentes sólo están protegidos del abuso y del ejercicio arbitrario del poder punitivo, a causa del carácter cognoscitivo necesario y no potestativo del juicio.

Una importante omisión del CNA refiere a la inexistencia de una norma que establezca que el instituto de la determinación de la pena socioeducativa. Sin perjuicio de que se entiende que la regla de la proporcionalidad, establecida en el inciso 2º del artículo 79 no sería comprensible si no es en orden a la determinación de la medida.

[...] cuando en el artículo 76.12 el Proyecto sienta la regla de que el “Juez no podrá imponer medidas educativas sin previo pedido del Ministerio Público, ni hacerlo de forma más gravosa de la solicitada por éste”, está dando por supuesta la determinación de la medida. Desde del punto de vista procesal, no tendría sentido el principio de duración razonable del proceso asociado a la duración de las medidas a recaer, sin la idea de determinación de la medida (artículo 74.J). Tengamos siempre en cuenta, finalmente, que en el caso de la privación de libertad, la proporcionalidad debe morigerarse con las reglas de

³² Cf. Tarigo, Enrique E., Lecciones de Derecho Procesal Civil, Tomo II, FCU, Montevideo, 1994, p. 174.

³³ Cf. Tarigo, Enrique E., *Op. Cit.*, Tomo II, p. 196.

la excepcionalidad y de máxima brevedad, por lo cual funciona como un techo máximo, desde el cual se debe descender (artículo 76.12).³⁴

Las sentencias deben contener un exhaustivo relacionamiento de las pruebas que fundamenten el fallo. Dentro del concepto de motivación de la sentencia, quedan comprendidas tanto la fundamentación fáctica como la fundamentación jurídica de la misma. Esta necesaria motivación constituye un signo típico de la racionalización de la función jurisdiccional.

VI. Las sanciones

1. Introducción

En el presente apartado referiré a las penas del sistema penal juvenil. Utilizaré indistintamente las expresiones penas, sanciones y medidas socioeducativas, en el entendido de que se trata de una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.³⁵

Las penas constituyen un ejercicio de poder que impone privación de derechos o dolor, y en el caso de las denominadas medidas socioeducativas, se postula normativamente que tendrán carácter educativo, procurarán la asunción de responsabilidad del adolescente y buscarán fortalecer el respeto del mismo por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y el robustecimiento de los vínculos familiares y sociales.

El artículo 79 del CNA destaca el carácter educativo de las penas bajo la regla de la proporcionalidad y la consideración de su idoneidad para lograr los objetivos normativos referidos. El artículo referido expresa que sobre la base del contenido educativo de estas medidas se debe procurar la asunción de responsabilidad del adolescente, lo que implica un proceso de reflexión en referencia a la infracción cometida.

2. El régimen de sanciones

La selección de las sanciones a adoptar corresponde al Juez de la causa quien está condicionado tanto por la solicitud del Ministerio Público por aplicación del principio acusatorio y de congruencia, como por los criterios de proporcionalidad e idoneidad de la sanción impuesta para lograr con sus objetivos. Asimismo, esta

³⁴ Uriarte, Carlos E., *Responsabilidad penal juvenil*, en: Palummo, Javier; Pedernera, Luis; Silva, Diego; Salsamendi, Javier; y Uriarte, Carlos (Coord.), *Op. Cit.*, pp. 59 y 60.

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro), *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, 2000, p. 43.

proporcionalidad conforme el artículo 40.4 de la CDN debe referir a las circunstancias del adolescente y a la infracción. En el mismo sentido las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores disponen:

La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad. (Regla N° 17.1)

En cuanto al aspecto temporal de las penas establecidas deben tenerse en cuenta los límites máximos establecidos para cada tipo de sanción. En relación a la privación de libertad es preciso establecer que la dosimetría debe establecerse teniendo en cuenta que la hipótesis más grave será sancionada con una pena cuya duración máxima se encuentra establecida en el artículo 91 del CNA en los cinco años.

Asimismo, tratándose de sanciones de privación de libertad, el criterio de proporcionalidad debe moderarse por aplicación de las reglas de la excepcionalidad y de máxima brevedad de este tipo de sanciones. Conforme a las reglas antes referidas la aplicación de este tipo de medidas se encuentra condicionada a la gravedad del acto requiriéndose violencia contra otra persona o reincidencia en lo que se denomina delitos graves³⁶ y además que no exista otra respuesta adecuada:

Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

El principio de excepcionalidad y de máxima brevedad es una regla tradicional del derecho de menores y como tal se encontraba consagrada en el artículo 124 del Código del Niño de 1934. El desarrollo de este principio es paralelo a la consideración de respuestas diferentes a la privación de libertad para los adolescentes en el marco de una probada desconfianza en que estas intervenciones sean idóneas para la alcanzar los fines procurados.

En relación a estos fines corresponde mencionar que la CDN en su artículo 40.1 le confiere especial importancia a la promoción de la reintegración del adolescente, a la posibilidad de que este asuma una función constructiva en la sociedad y a que se fortalezca el respeto de este por los derechos humanos y libertades fundamentales. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad desarrollan el postulado de la CDN y disponen que el objetivo de la privación de libertad debe ser su reintegración a la sociedad y su reinserción en la comunidad.

³⁶ Esta categoría de "delitos graves" evidentemente no es asimilable a la de "infracciones graves" del CNA, en la medida en la que en el régimen de esta última norma –aunque parezca una utilización irracional de las categorías– no existen infracciones leves, sólo graves y gravísimas.

La doctrina nacional ha postulado –en relación a las penas aplicables a los adolescentes en el marco de un programa mínimo de ejecución de la privación de libertad– una serie de principios que se suman a los hasta ahora expresados y que se dirigen a la atenuación de los efectos perjudiciales del encierro y a la reducción de vulnerabilidad de los adolescentes a ser seleccionados por el sistema penal.³⁷

El principio de proporcionalidad que tradicionalmente ha sido identificado como un corolario de los principios de legalidad y culpabilidad, en el artículo 79 del CNA adquiere una consagración legal expresa.

VII. Las medidas no privativas de libertad

La implementación de penas alternativas a la privación de libertad tiene una larga historia en nuestro país. A partir del año 1959 el Movimiento Nacional Gustavo Volpe comenzó este camino con la implementación del primer programa de *libertad vigilada* en ausencia de una ley que previera este tipo de intervenciones. El objetivo de este programa fue el evitar la internación prolongada con todas las consecuencias desfavorables que acarrea, así como facilitar la reintegración social de los adolescentes que fueron privados de su libertad.³⁸ Posteriormente, y con un marco normativo e institucional proclive a la adopción de este tipo de medidas, desde el Poder Judicial se intensifica la desinstitucionalización mediante la práctica de derivar a los adolescentes a programas de alternativas supervisados por equipos de técnicos de ONG's, observándose a mediados de la década de los 90' una caída de lo que se denominaba internación con medidas de seguridad y un aumento de las derivaciones a los programas referidos, los que comenzaron a reproducirse y diversificarse. La primera lectura del fenómeno fue alentadora, hasta que comenzó a cuestionarse la ampliación de la difusión de las medidas *soft* de control social, las que comenzaron a avanzar, no como una alternativa a la privación de libertad sino a la propia libertad.³⁹

El CNA en su artículo 80 establece un amplio elenco medidas no privativas de libertad, disponiendo una conveniente reglamentación respecto de algunas de ellas. Esta enumeración contiene las siguientes medidas:

A) La advertencia sobre los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta; B) La amonestación con la correspondiente intimación a no reiterar la infracción; C) Orientación y apoyo mediante la incorporación a un programa

³⁷ Uriarte, Carlos E., *Control...*, pp. 249 y ss.

³⁸ De Martino, Mónica y Gabin, Blanca, *Hacia un enfoque integral de la minoridad infractora*, Carlos Álvarez Ed., Montevideo, 1998, p. 118.

³⁹ Cf. Erosa, Héctor, *El Derecho de Menores y la Ley de Seguridad Ciudadana en el contexto de la actual Administración de Justicia de Menores*, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, Montevideo, 1995, pp. 250 y ss. Para profundizar en relación a esta temática ver: Uriarte, Carlos E., *Control...* p. 247.

socioeducativo por un período máximo de un año; D) La observancia de reglas de conducta por un período que no exceda de seis meses; E) La prestación de servicios a la comunidad, hasta por no más de dos meses; F) La obligación de reparar el daño o dar satisfacción de la víctima; G) La prohibición de conducir vehículos motorizados, hasta por dos años; H) La libertad asistida y vigilada. Medidas que por disposición expresa contenida en el artículo 84 del CNA deben estar determinadas en cuanto a su duración.

En relación al carácter taxativo de la enumeración realizada en el artículo 80, existen opiniones doctrinarias contradictorias. Por un lado, Uriarte considera que se trata de una enumeración no taxativa,⁴⁰ mientras que Pérez Manrique opina lo contrario.⁴¹ Entiendo que el referido artículo al expresar: “*podrán aplicarse, entre otras, las siguientes medidas no privativas de libertad*”, estaría refiriendo al carácter no taxativo de la enumeración.

VIII. La privación de libertad

El artículo 89 del CNA dispone que el régimen de privación de libertad consiste en recluir al adolescente en un establecimiento que asegure su permanencia en el recinto, sin menoscabo de los derechos consagrados en este Código, las normas constitucionales, legales e instrumentos internacionales.

La imposición de la privación de libertad se encuentra fuertemente condicionada por el régimen jurídico vigente. La cárcel siempre ha sido mucho más que una privación de un tiempo abstracto de libertad. Aún en la actualidad esta pena ha conservado su carácter inútilmente aflictivo a nivel corporal y psíquico.

*Las medidas impuestas a adolescentes y niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados, porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impositivo de la evolución más o menos común de la persona.*⁴²

En cuanto a los objetivos de las medidas de privación de libertad, además de los fines educativos y de preservación del interés superior antes referidos y consagrados en los artículos 79 y 76.12 del CNA, se debe tener en cuenta como principios

⁴⁰ Cf. Uriarte, Carlos E., Responsabilidad penal juvenil, en: Palummo, Javier; Pedernera, Luis; Silva, Diego; Salsamendi, Javier; y Uriarte, Carlos (Coord.), *Op. Cit.*, p. 77.

⁴¹ Cf. Babela, Jacinta, y Pérez Manrique, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 153.

⁴² Zaffaroni, Eugenio Raúl (Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro), *Op. Cit.*, p. 178.

especiales de la privación de libertad, la minimización de sus efectos perjudiciales y el fomento de su integración social, conforme a lo dispuesto en la CDN y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad.

El principio de excepcionalidad de la privación de libertad y de su máxima abreviación posible, aparece contemplado en el artículo 76.12 del CNA, que refiere al contenido de la sentencia. En efecto, la disposición referida dispone que la privación de libertad se utilice sólo como medida de último recurso y exige al Juez que fundamente por qué no es posible aplicar otra medida.

Esta disposición ha sido calificada como meramente declarativa, en tanto el artículo 86 del CNA al establecer que las medidas privativas de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados responsables de infracción por sentencia ejecutoriada, que a juicio del Juez justifique las mismas, no condiciona ni limita al Juez en la aplicación que éste pudiera hacer de la privación de libertad. El artículo 87 del CNA dispone que se debe tener en consideración el derecho del adolescente a vivir con su familia, y en caso que proceda la separación, a mantener contacto permanente con la familia, pareja, amigos, referentes afectivos y otros, si ellos no resultaren perjudiciales para el mismo. Asimismo, el artículo 95 establece que la privación de libertad de los adolescentes fuera de la jurisdicción de su domicilio se limitará al mínimo posible, atendidas las circunstancias del caso.

IX. Conclusiones

La audiencia preliminar es un momento fundamental del proceso penal juvenil regido por el principio de inmediación, y la prueba que se diligencia en esta instancia es determinante del resultado del proceso.

También son especialmente relevantes las consideraciones referidas a la situación personal de los adolescentes lo que se evidencia en la presencia y el contenido de los informes técnicos y los antecedentes policiales y judiciales en los expedientes. Respecto de los primeros, he referido al peligro de que estas intervenciones técnicas sustituyan la discusión jurídico penal por una discusión centrada en las circunstancias personales de los adolescentes, enmarcada en un derecho penal de autor. Asimismo, las informaciones referidas a los antecedentes judiciales pone en crisis los principios de inocencia, legalidad y del *non bis in idem*.

Existe una escasa relevancia de la etapa integrada principalmente por la demanda acusatoria y la contestación, en tanto el Ministerio Público y fundamentalmente la Defensa no suelen aprovechar esta instancia a nivel sustancial y probatorio. El trámite del proceso se constituye en un ritual burocrático de acumulación de escritos forenses que no modifica el rumbo fijado en la audiencia preliminar. En este marco,

cobran especial trascendencia los informes técnicos que son solicitados en la sentencia interlocutoria que pone fin a la audiencia preliminar y que son agregados al expediente en esta etapa. Por último, la audiencia final está prevista como una instancia indispensable del proceso que tiene como contenido primordial el dictado y la lectura de la sentencia definitiva. En esta sentencia se declara la responsabilidad del adolescente sometido al proceso y cual va a ser la sanción que se le impondrá.