



Justicia penal juvenil

Realidad, perspectivas y cambios
en el marco de la aplicación
del Código de la Niñez y la Adolescencia
en Maldonado, Montevideo,
Paysandú y Salto

Justicia penal juvenil

Realidad, perspectivas y cambios
en el marco de la aplicación
del Código de la Niñez y la Adolescencia
en Maldonado, Montevideo,
Paysandú y Salto

Ningún programa de cambio puede ser inteligente
si está desinformado, si no se basa en un moderado conocimiento
de lo que ha sucedido y está sucediendo
y en una apreciación de lo que podemos hacer que suceda.

Jerome Frank*

* Jerome Frank, "Una defensa de las escuelas de abogados", en Martin F. Böhemer (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Biblioteca de Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 57.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia,
UNICEF Uruguay 2010

Justicia penal juvenil. Realidad, perspectivas y cambios en el marco de la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto

Proyecto:

Observatorio del sistema judicial
www.observatoriojudicial.org.uy
Fundación Justicia y Derecho

Coordinación del proyecto por UNICEF:

Susana Falca
Lucía Vernazza

Autor y coordinador general:

Javier M. Palummo Lantes

Equipo de investigación del seguimiento de expedientes judiciales:

2004-2005: Lydia López Sosa, María José Ramos, Cecilia Tomassini Urti y Luciana Vaccotti Martins. 2006: Gabriel Gómez Sosa, Paula Manera, Cecilia Tomassini Urti y Luciana Vaccotti Martins. 2007: Luisina Fierro, Paula Manera, Anaclara Planel, Gianina Podestá y Cecilia Tomassini Urti. 2008: Ivo Araújo, Alejandra Cabrera, Pedro Da Costa, Carolina Fernández, Paula Manera, Gianina Podestá y María Noel Volpe.

Equipo de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Infancia y la Adolescencia:

María Mercedes Aramendia, Luciano Macedo, Daniel Piedra y Gianina Podestá.

Edición:

Marcelo Pereira

Corrección de estilo: María Cristina Dutto

Diseño gráfico editorial: Adriana Cardoso ABC/D

Diseño de carátula: Rodolfo Fuentes

Impresión: Zonalibro

Primera edición: diciembre 2010

UNICEF Uruguay
Bulevar Artigas 1659, piso 12
Montevideo, Uruguay
Tel. (598) 2403 0308
Fax (598) 2400 6919
e-mail: montevideo@unicef.org

Fundación Justicia y Derecho
Soriano 1280
Montevideo, Uruguay
Telfax (598) 2901 1042
info@observatoriojudicial.org.uy
<http://www.observatoriojudicial.org.uy>

Nota 1: La Convención sobre los Derechos del Niño se aplica a todas las personas menores de 18 años, es decir, niños, niñas y adolescentes mujeres y varones. Por cuestiones de simplificación en la redacción y de comodidad en la lectura, se ha optado por usar en algunos casos los términos generales los niños y los adolescentes, sin que ello implique discriminación de género.

Nota 2: Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la política o los puntos de vista de UNICEF.

Contenido

Prólogo	9
I. Introducción	11
II. La selectividad del sistema: los mismos de siempre	15
III. Garantías y actuación policial	25
IV. Las infracciones y sus circunstancias	35
V. Segmento judicial, racionalidad y alternativas	43
VI. Las primeras horas, en las que pasa todo	47
VII. La utilización inicial de la privación de libertad.....	57
VIII. ¿Proceso o mero ritual?.....	65
IX. La finalización del proceso	73
X. Proporcionalidad y sanciones	79
XI. Durante el período más breve que proceda	87
Bibliografía	91
Anexo	93

Prólogo

Con la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay comenzó un proceso de adecuación de su normativa nacional a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las personas menores de edad.

La implementación del CNA en estos seis años de vigencia ha significado un verdadero desafío para las instituciones y los operadores, por una suma de factores que tienen su origen en diferentes causas: deficiencias normativas del propio Código, inadecuación estructural de algunas instituciones para el cumplimiento de sus fines de protección de los derechos de los niños, persistencia de prácticas tutelares de algunos operadores, dificultades en la operatividad del sistema de ejecución de las sanciones, especialmente en la administración de los centros de privación de libertad, la sensación de impunidad que generó en la sociedad este cuerpo normativo ni bien fue aprobado, con el consiguiente aumento de la demanda de mayor dureza en la intervención punitiva, entre otras.

El Observatorio del Sistema Judicial ha venido monitoreando, a través del análisis exhaustivo de expedientes judiciales, este complejo proceso de implementación de la normativa vigente en el país. De su análisis surgen las dificultades que tanto instituciones como operadores tienen que enfrentar para dar cabal cumplimiento a sus responsabilidades, muchas veces derivadas de la subsistencia de prácticas no ajustadas al nuevo paradigma, tanto en el ámbito penal adolescente como de protección de los derechos vulnerados o amenazados de niños y adolescentes.

Por ello UNICEF entiende pertinente cooperar con organizaciones de la sociedad civil cuya finalidad u objetivo último sea contribuir con el país al mejoramiento de las instituciones y de la praxis de los operadores, a fin de garantizar que los niños y adolescentes tengan acceso a la justicia para la protección de sus derechos y cuando se vean enfrentados a un juicio de atribución de responsabilidad penal.



Egidio Crotti
Representante de UNICEF
en Uruguay

I. Introducción

La historia de la aprobación e implementación del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) ha tenido sus peculiaridades. La primera que corresponde mencionar es que, pese a que se trata de una ley que fue debatida en sus diferentes versiones durante años,¹ el mundo de los operadores del sistema de administración de justicia la consideró sorpresiva.

Una segunda característica estuvo dada por la instalación de un discurso según el cual el flamante Código había sido elaborado para ser prontamente modificado, con independencia de su aplicación efectiva. Esta última característica provocó que a los pocos meses de aprobado el texto normativo, y sin que existieran evaluaciones serias de su puesta en funcionamiento, comenzaran a proliferar proyectos de reforma. El marco de estas iniciativas ha sido el del desconocimiento —metodológicamente sustentado— del nivel de implementación de la norma que se pretendió modificar. No se realizaron estudios previos a la formulación de soluciones legislativas, sino que se tomaron en cuenta las inquietudes de los propios operadores o, en el peor de los casos, las de eso que genéricamente se denomina la *opinión pública*. El contexto de estos procesos de

contrarreforma se vincula con la percepción de un crecimiento de la violencia y la inseguridad, que se traduce en cíclicas propuestas de mayor severidad en la aplicación de la ley penal por parte de algunos sectores.

La tercera peculiaridad de este proceso ha sido el profundo déficit de implementación de la nueva normativa, situación que inicialmente fue propiciada por la inexistencia de recursos materiales —humanos y financieros— para la puesta en marcha del nuevo modelo. A diferencia de lo ocurrido en otros países, en Uruguay el CNA se empezó a aplicar sin que se hubiera pensado en cómo debían reformularse las prácticas institucionales y profesionales.

Este contexto dejó la sensación de que con el CNA mucho debía cambiar pero no cambió demasiado, y el paso del tiempo ha dado cuenta de que existe el riesgo de que se estanque el proceso de cambio, de que se perpetúe la situación actual o, en el peor de los casos, de que se comience a retroceder. Hay por tanto una ostensible brecha entre los objetivos y garantías que explícitamente prevé la ley, y los medios —materiales, personales, institucionales y técnicos— de que se ha dispuesto para su aplicación.

1. El primer proyecto, elaborado por una comisión creada por resolución del Ministerio de Educación y Cultura, del 24 de octubre de 1990, se denominó Anteproyecto de Código del Menor y llegó a tratarse en mayo de 1994 en una Comisión Especial de la Cámara de Senadores. Más adelante, por resolución de la Presidencia de la República del 12 de junio de 1995, se creó una comisión para el estudio y la elaboración de un Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia. Esta redactó un anteproyecto que posteriormente fue modificado en el marco de una nueva Comisión de Análisis, la cual culminó su versión en marzo de 1997. No sería esa la versión que se constituiría en proyecto de ley; sobre fines de 1997, una nueva comisión, fruto de un acuerdo interinstitucional, elaboró sobre la base de las versiones anteriores un nuevo Anteproyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia. Fue esta última versión la que ingresó a consideración del Poder Legislativo y resultó aprobada por la Cámara de Representantes en setiembre de 1999. Sin embargo, la legislatura concluyó sin que ese proyecto obtuviera la aprobación legislativa definitiva. En la siguiente legislatura se presentó nuevamente, obtuvo otra vez la aprobación de la Cámara de Representantes con múltiples modificaciones, y terminó siendo aprobado por la Cámara de Senadores tal cual le había sido remitido el 26 de agosto de 2004. Esa decisión del Poder Legislativo dio nacimiento al actual Código de la Niñez y la Adolescencia, promulgado el 7 de setiembre de 2004 y publicado en el *Diario Oficial* el 14 de setiembre de 2004.

Todo esto nos lleva a la cuarta y última peculiaridad a desarrollar en este capítulo introductorio. En lo que refiere a la implementación del CNA, el transcurso del tiempo, en vez de implicar un avance sostenido, en el cual se fueran superando los distintos obstáculos y resistencias a una completa aplicación de la normativa, ha traído consigo la consolidación de las peores prácticas y un ocultamiento o desvalorización de los mejores intentos de captar, en el cotidiano de la administración de justicia, las ideas y los principios fundamentales de dicha normativa. Efectivamente, en Uruguay conviven prácticas, instituciones y mecanismos de clara inspiración tutelar, vinculados con la etapa previa a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), junto con normas y criterios posteriores, que han intentado dar aplicación a una perspectiva de derechos a propósito de variados temas relacionados con la infancia, sin que se haya logrado aún una adecuación sustantiva a dicha perspectiva.

En setiembre de 2009 el CNA cumplió cinco años de vigencia, y en el Observatorio del Sistema Judicial (OSJ) hemos realizado un intenso seguimiento de su puesta en funcionamiento desde el primer día.² El OSJ ha sido una herramienta compleja de estudio e intervención sobre la administración de justicia. Se desarrolla mediante el seguimiento de una muestra estadísticamente representativa de expedientes judiciales y de una selección de casos relevantes (en este segundo componente incorporamos, a partir de 2007, una clínica jurídica orientada al litigio estratégico).

El seguimiento de expedientes es un acercamiento objetivo y estadísticamente confiable a esas prácticas, y el seguimiento de casos nos hace tomar contacto con situaciones relevantes en el plano teórico y estratégico. La regla 30 de Beijing expresa la importancia de la investigación como base para la planificación, formulación y evaluación de políticas. En el mismo sentido, en el ámbito de las Naciones Unidas se ha destacado la importancia de la producción de información respecto del sistema penal juvenil, y se han elaborado documentos que proponen una serie de criterios e indicadores para analizarlo.³

El marco teórico y conceptual de nuestro trabajo se nutre de una variedad de corrientes —realismo jurídico y teorías críticas del derecho, entre otras— y se orienta a poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana del sistema penal juvenil. Pero también —y sobre todo en el seguimiento de casos— coincidimos con los teóricos críticos del derecho al concebirlo como una “práctica social de naturaleza discursiva” destinada a la “producción social de sentidos”. Toda norma jurídica puede ser entendida como funcional a alguna política,⁴ y todo sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores.⁵ Esto implica nuestro interés no solo en la producción de normas y el estudio de las “reglas de formación” del discurso jurídico, sino también en la producción de conocimientos, argumentos, interpretaciones y prácticas institucionalizadas.⁶ Ese conjunto de prácticas termina “produciendo y reproduciendo

2. Pese a la denominación *Observatorio del sistema judicial*, incorporamos en nuestro estudio las instancias previas, concomitantes y posteriores a la intervención de la agencia judicial, tales como las actividades policiales anteriores al proceso y la ejecución de las medidas judiciales. Actualmente el seguimiento de expedientes judiciales abarca geográficamente los departamentos de Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto, y desde el punto de vista temporal, el primer año de aplicación del CNA, el año 2006, el 2007 y el 2008. (Está en ejecución el relevamiento correspondiente al 2009.)

3. UNICEF - UNODC, *Manual for the Measurement of Juvenile Justice Indicators*, Nueva York, 2006; Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Economic and Social Council, *Use and application of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice*, E/CN.15/2009/L.13/Rev.1, 24 de abril de 2009.

4. Cf. Robert W. Gordon, Conferencia Brown Brendan: “La teoría crítica del derecho” (Critical Legal Studies), en Martin F. Böhmer (comp.), o. cit., p. 150.

5. Cf. Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 25.

6. Cf. Carlos María Cárcova, *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre derecho y política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.

una lectura de sus instituciones que coadyuva y a veces determina el comportamiento de las distintas instancias que la componen”.⁷

En el presente informe se abordará específicamente la temática penal juvenil desde el enfoque antes mencionado, y para ello se utilizará información de distintas fuentes, a fin de entender y analizar este delicado aspecto de las políticas públicas de infancia.

Tal como ha sido adelantado, el principal problema que hemos identificado en estos años, y que lamentablemente está lejos de superarse, es la existencia y la progresiva consolidación de una brecha entre el discurso normativo y la realidad. Esperamos en esta oportunidad que la información que se expone sea útil para que las distintas agencias que componen el sistema puedan repensarse y reflexionar sobre sus prácticas,

orientándose a obtener el mayor grado de reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a la calidad de persona humana de la infancia y la adolescencia.⁸

El sistema de justicia que se ha pretendido implementar a partir de la aprobación del CNA es altamente complejo, tanto desde una perspectiva jurídica como si se consideran los desafíos institucionales que conlleva. Sin embargo, no ha existido la debida conciencia de esta complejidad. Una adecuada aplicación de la normativa vigente requiere importantes cambios de criterios y de objetivos en todos los segmentos. En el presente documento se identificarán los principales núcleos problemáticos para una exitosa implementación del CNA, y se realizarán sugerencias y recomendaciones concretas para contribuir a su pronta solución.

7. Cf. Ricardo Entelman, “Aportes a la formación de una epistemología jurídica”, en AA. VV., *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.

8. CNA, artículo 6.

II. La selectividad del sistema: los mismos de siempre

1. Planteamiento del problema

El sistema penal juvenil no podrá ser, con sus actuales características, lo que proclama normativamente ser. La actitud de adhesión formal al derecho positivo y la confianza desmesurada en lo normativo son piedras angulares del problema. Este tipo de actitudes acrílicas termina generando una distancia entre la práctica del derecho y los discursos normativos, pero aún más grave es que consolida un escenario perverso y un statu quo anómico.

Esta problemática tiene una primera manifestación en los procesos de criminalización secundaria; es decir, en la actuación de las agencias que definen cuál es la población que será intervenida por la justicia penal juvenil. Los adolescentes suelen tener su primer contacto con la justicia penal juvenil a través de las autoridades policiales. Por esta razón, en el presente apartado se abordará esa singular etapa del sistema.

Según se indicó en informes anteriores, el OSJ ha constatado la existencia de prácticas policiales que implican la detención sistemática de adolescentes sin que se respete la normativa constitucional nacional. Son detenidos, entre otras circunstancias, por su aspecto, por estar en determinados lugares o porque se supone que existe un aumento de los delitos en alguna zona determinada. La intervención policial estructura la criminalización secundaria, condicionando todo el sistema; a las autoridades judiciales solo

les queda resolver si continúa o no el proceso de criminalización iniciado por la agencia policial.⁹ Los órganos judiciales quedarán limitados en la práctica a intervenir sobre el universo de situaciones y conflictos que fueron puestos en su puerta por la Policía.

En el presente apartado se analizarán las principales características de la población que es intervenida y la actuación de las autoridades policiales en cuanto agencia que, con sus prácticas e intervenciones, termina definiendo varias de las características del sistema: entre ellas, su carácter selectivo y discriminatorio.

2. Los adolescentes que pasan por la justicia penal

La descripción de los perfiles de los adolescentes que son seleccionados por el sistema y sometidos a procesos penales es realizada a partir de la presentación y el análisis de algunos datos correspondientes a las características socioeconómicas de la población referida, a partir de lo relevado en los expedientes judiciales. Solo una porción del universo de los adolescentes que desarrollan conductas infraccionales es sometida a estos procesos, por lo que el objetivo fundamental de este apartado es exponer la marcada selectividad del sistema a la hora de judicializar a los adolescentes.

En los cuatro períodos analizados se relevaron 1.321 expedientes.¹⁰ Muchos de ellos incluyen

9. Eugenio Raúl Zaffaroni, "El sistema penal y el discurso jurídico", en AA. VV., *La Justicia Penal hoy*, Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 1999, p. 52. En relación con la selectividad policial referida a la infancia y la adolescencia, ver Javier Palummo, Silvana Pedrowicz y Diego Silva, *Discriminación y Derechos Humanos en Uruguay. La voz de las niñas, niños y adolescentes*, Comité de Derechos del Niño - Uruguay, Save the Children - Suecia, 2004.

10. En el primer período fueron analizados 316 expedientes (421 adolescentes); en el 2006 fueron 250 (324 adolescentes); en el 2007, 363 expedientes (528 adolescentes), y en el 2008 fueron 392 expedientes (536 adolescentes).

a más de un adolescente, por lo que el total de casos comprendidos en la siguiente caracterización incluye a 1809 adolescentes. También existen casos en los cuales, en un mismo período, un adolescente participa en dos o más procesos distintos; en tales situaciones, los datos de dicho adolescente se toman en cuenta una sola vez. El primer período corresponde a los expedientes iniciados en el primer año de aplicación del CNA (2004-2005); el segundo, a expedientes iniciados en 2006; el tercero y el cuarto, a los iniciados en 2007 y 2008 respectivamente. El análisis incluye los departamentos de Maldonado, Montevideo, Paysandú y Salto.¹¹

Edades

La existencia de una edad mínima de responsabilidad penal y una edad a partir de la cual corresponde que el conflicto sea tratado por el sistema penal común tiene una lógica específica, vinculada con el principio de igualdad.¹² El niño es un sujeto diferente, en desarrollo, por lo que deben existir medidas de protección especial, y en el ámbito penal esto conduce a reconocer la necesidad de una respuesta específica (principio de especialidad).¹³

Un concepto clave para operativizar esta idea es el de *autonomía progresiva*. Conforme a este criterio, la respuesta institucional debe ser distinta y vincularse con el desarrollo de las facultades del niño. Por lo tanto, debe establecerse una edad por debajo de la cual no puede haber reproche, ya que no existe culpabilidad (en sentido estrictamente jurídico-penal) y por lo tanto no puede considerarse que haya delito. El delito requiere conceptualmente de la culpabilidad. Los niños más pequeños, debido a elementales razones estudiadas por la psicología evolutiva, no desarrollan conductas con esas características; de ello deriva

que no sea posible responsabilizarlos, y menos aun aplicarles una respuesta punitiva. Si hay responsabilidad, es porque existe una conducta que puede ser reprochada y dar lugar a una respuesta que es consecuencia de la acción desarrollada. Esa es la esencia de lo punitivo; se trata, en palabras de Zaffaroni, de una coerción punitiva.

Diversos documentos internacionales refieren a la existencia de una edad mínima; desde la CDN, que en el párrafo 3 de su artículo 40 dispone que los Estados deberán tratar de promover, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal (EMRP), antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, aunque no menciona una edad concreta. También la cuarta de las Reglas de Beijing recomienda no fijar una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. Más recientemente, el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado al respecto,¹⁴ refiriendo desafortunadamente a algún parámetro de edad que no es posible dejar de calificar como regresivo a la luz de la normativa vigente en Uruguay y en varios otros Estados de la región. Efectivamente, si bien antes del CNA no existía una edad mínima de ingreso al sistema penal, el artículo 1 de ese Código establece que se entiende por *niño* a todo ser humano de hasta trece años de edad, y por *adolescente* a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad. Para los primeros no debe haber proceso penal propiamente dicho: se trata de los niños que vulneran derechos de terceros, y esos casos son abordados por los artículos 117 y siguientes del CNA en el marco del sistema de protección de derechos. Es para los segundos —esto es, para aquellas personas que

11. A partir del 1.º de junio de 2007 se instaló el Juzgado Letrado de Primera Instancia de San Carlos, en el departamento de Maldonado, por lo que a partir de dicha fecha el relevamiento de Maldonado incluyó a esta nueva sede judicial (acordada SCJ n.º 7597, del 28 de mayo de 2007).

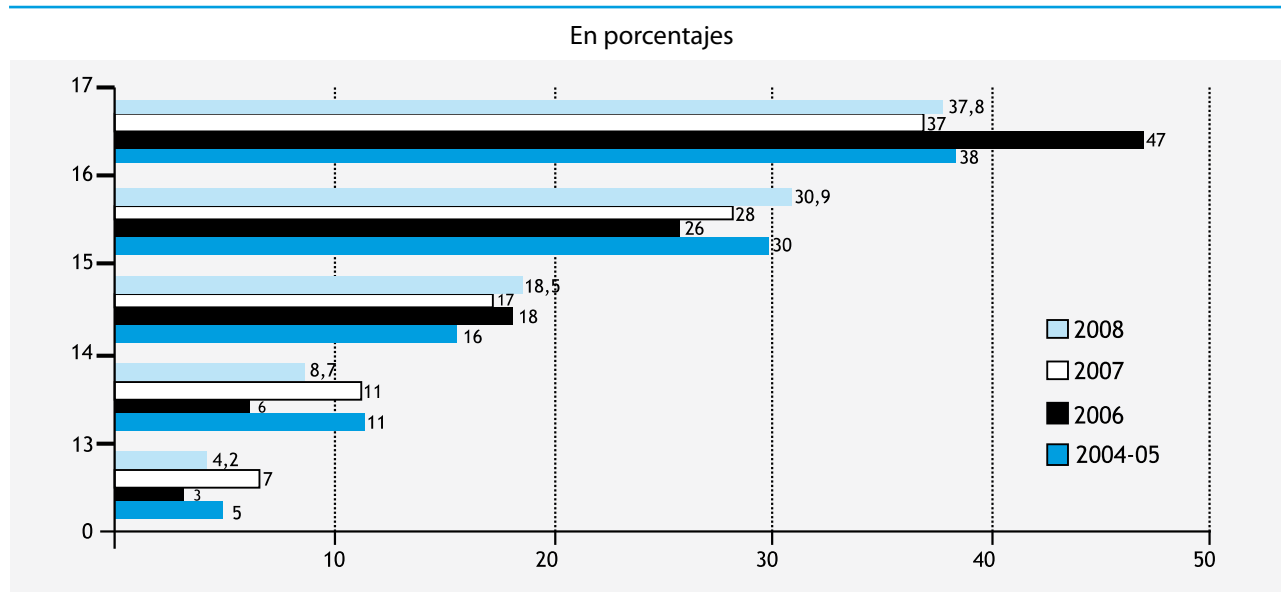
12. Esto está extensamente desarrollado en la doctrina del sistema interamericano, en particular de la Corte IDH, específicamente en la opinión consultiva n.º 17.

13. Francisco Maldonado, "La especialidad del sistema de responsabilidad de adolescentes", en *Justicia y Derechos del Niño* n.º 9, Santiago, 2004, pp. 103 ss.; Mauricio Duce J., "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil", en *Ius et Praxis*, año 15, n.º 1, pp. 73 ss.

14. Comité de los Derechos del Niño, observación general n.º 10, "Los derechos del niño en la justicia de menores", CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Gráfico 1

Edad de los adolescentes que ingresan al sistema de responsabilidad penal
Montevideo



tienen de 13 a 17 años— que se prevé el procedimiento penal juvenil propiamente dicho.

En Montevideo, durante el primer año de aplicación del CNA, el 68% de los adolescentes judicializados tenían 16 o 17 años al iniciarse el procedimiento, mientras que en las edades más bajas —13 y 14 años— se acumulaba el 16%. En el último período analizado el 69% de los adolescentes tenían 16 y 17 años de edad y las edades más bajas acumulaban el 13%. La tendencia, por tanto, es contraria a la creencia generalizada de que los adolescentes inmersos en el sistema penal son cada vez más jóvenes.

Lo mismo ha ocurrido en los departamentos de Maldonado, Paysandú y Salto. En el primero de ellos, los adolescentes de 16 y 17 años representaron el 63, el 73, el 63 y el 66% de los casos para los períodos 2004-05, 2006, 2007 y 2008 respectivamente. En Paysandú esto ocurrió en el 53, el 42, el 49 y el 50% de los casos, y en Salto en el 59, el 66, el 58 y el 62%, en ambos departamentos para los mismos períodos, respectivamente. Estos datos señalan una tendencia a la mayor judicialización de los adolescentes que se

encuentran en las franjas etarias más avanzadas en ambos sexos.

Sexo

La distribución por sexo corrobora la tendencia general de que son los adolescentes de sexo masculino los seleccionados en mayor medida por el sistema penal juvenil.

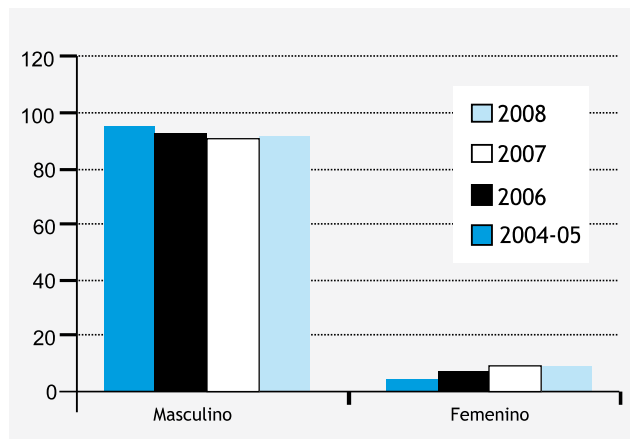
Tal como surge del gráfico 2, existe un persistente aumento del porcentaje de las adolescentes sometidas a proceso penal juvenil. La disparidad entre géneros, así como la existencia de un aumento del control social sobre las mujeres, son también tendencias registradas en relación con las personas adultas que ingresan al sistema penal. Las explicaciones de este fenómeno pueden ser variadas y evidentemente requieren un abordaje específico. No obstante, y a modo de hipótesis, podemos sostener que las relaciones sociales de género —complejas y dinámicas— se reflejan en todos los aspectos de la vida social, aunque un análisis de este tipo requeriría de la consideración conjunta de otros aspectos, tanto cuantitativos como cualitativos.¹⁵

15. Luciana Vaccotti, comunicación personal del 25 de enero de 2010.

Gráfico 2

Sexo de los adolescentes que ingresan al sistema de responsabilidad penal Maldonado, Montevideo, Paysandú* y Salto

En porcentajes



* Los datos incluyen a Paysandú en los períodos 2007 y 2008.

Nivel educativo

Los datos vinculados con el nivel educativo y la actividad de los adolescentes son los más difíciles de relevar en los expedientes. La discrecionalidad de estos implica que no surjan en muchos casos, y cuando lo hacen proceden en general de fuentes como los informes técnicos y las declaraciones del propio adolescente en la audiencia.

No obstante la existencia de estas dificultades, respecto al máximo nivel educativo alcanzado por los adolescentes que ingresaron al sistema judicial en Montevideo, vemos en primer lugar que una amplia mayoría no tenía primaria completa (38% en el primer período analizado, 35% en 2006, 28% en 2007 y 30% en 2008), mientras que la proporción de quienes alcanzaron a completar primaria fue 29, 24, 31 y 34% en cada período, respectivamente. En los departamentos del interior analizados encontramos situaciones muy diferentes en los distintos períodos, con porcentajes importantes de casos en los que los adolescentes no habían completado la primaria.

Rezago educativo

En cuanto a la situación de rezago educativo¹⁶ de estos adolescentes en los departamentos analizados, vemos que en el último período analizado presentaba algún nivel de rezago el 74%. Los porcentajes se han mantenido relativamente estables salvo en 2007, cuando la proporción de adolescentes con rezago fue de 61%.

En cuanto a las actividades que desarrollan los adolescentes intervenidos, encontramos alguna diferencia entre Montevideo y los departamentos del interior analizados. En los departamentos del interior el porcentaje de adolescentes que trabajan es sensiblemente mayor que en Montevideo, mientras disminuye el porcentaje de quienes estudian. Asimismo, se observan porcentajes altos y similares de casos en los que los adolescentes seleccionados no estudian ni trabajan. Respecto de estos adolescentes la justicia penal juvenil aparece como una forma dura de control social que actúa ante la incapacidad o el fracaso de las instituciones educativas.

Composición del núcleo familiar

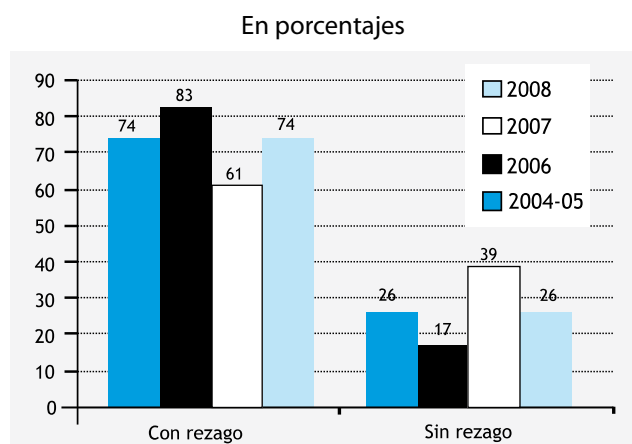
En el derogado derecho de menores la composición del núcleo familiar tenía relevancia, en tanto se sostenía que se trataba de una circunstancia explicativa del fenómeno de la delincuencia juvenil.¹⁷ Aún hoy existen algunos trasnochados académicos positivistas que, siguiendo los pasos de Erico Ferri, buscan las causas del delito en este tipo de información. Lo cierto que estos discursos, que se predicán como académicos y que evidentemente responden a una matriz ideológica tutelar, siempre terminan siendo legitimadores de cierto tipo de familia y justificando la intervención coactiva y tutelar del Estado sobre las otras familias. Pero las cosas son distintas a la luz de la CDN, cuyos artículos 18 y 27 confirman la importancia de los padres y responsables en lo que respecta a la crianza de sus hijos, y al mismo tiempo requieren que los Estados presten a estos la asistencia necesaria para el cumplimiento de sus responsabilidades parentales.

16. La variable *rezago educativo* refiere al desfase de dos o más años con respecto al nivel educativo formal correspondiente a la edad.

17. "Los cuadros sombríos de la delincuencia, de la vagancia, de la mendicidad, del libertinaje, nos dicen que el noventa por ciento de sus víctimas se reclutan entre los niños nacidos al margen de la ley" (Sofía Álvarez Vignoli, *Los derechos del niño. Comentarios al Código*, Talleres Gráficos de Institutos Penales, Montevideo, 1942, p. 95).

Gráfico 3

Rezago educativo de los adolescentes que ingresan al sistema de responsabilidad penal Maldonado, Montevideo, Paysandú* y Salto



* Los datos incluyen a Paysandú en los períodos 2007 y 2008.

Cuadro 1

Actividad de los adolescentes que ingresan al sistema de responsabilidad penal

En porcentajes
2008

	Montevideo	Maldonado, Paysandú y Salto
Estudian	34	23
Trabajan	17	25
Estudian y trabajan	1	3
No estudian ni trabajan	48	49

Cuadro 2

Composición del núcleo familiar del adolescente

En porcentajes
2008

	Montevideo	Maldonado, Paysandú y Salto
Familia nuclear incompleta	45	49
Familia nuclear completa	23	26
Extendida	5	5
Con otros familiares	14	8
Con otros no familiares	6	4
Sin núcleo familiar	7	8

Respecto a la composición del núcleo familiar, en Montevideo el mayor porcentaje de casos corresponde a familias nucleares incompletas, integradas por solo uno de los padres. Los siguen los casos de familias nucleares completas y otros familiares. Esta distribución ha sido constatada en todos los períodos analizados.

En los departamentos del interior analizados encontramos una distribución similar, con un porcentaje menor de casos en los que se registra que los adolescentes conviven con otros familiares.

Para ejemplificar el impacto de la composición del núcleo familiar en el funcionamiento de la justicia penal juvenil analizaremos la adopción de la privación de libertad como medida cautelar en los casos de adolescentes sin núcleo familiar, en el último período analizado y para todos los departamentos.

En 18 de los 23 casos en los cuales fueron seleccionados adolescentes sin núcleo familiar de convivencia se resolvió que fueran privados de libertad al inicio de los procedimientos.

La profundización de estudios sobre esta temática podría revelar características más específicas del fenómeno, y captar con ello su peso concreto en función de la selectividad del sistema sobre los adolescentes.

3. La intervención policial

La población brevemente caracterizada en el apartado anterior es casi en su totalidad seleccionada, detenida y derivada a la instancia judicial por las autoridades policiales. Este proceso es el que, como hemos expresado, estructura la selectividad de todo el sistema de justicia penal juvenil. Las prácticas policiales de patrullaje, los criterios que se emplean para justificar las detenciones y la existencia de estigmas asociados con la adolescencia —y especialmente con determinados adolescentes— permiten identificar vulnerabilidades que algunos tienen respecto del control policial, y por ende del control punitivo.

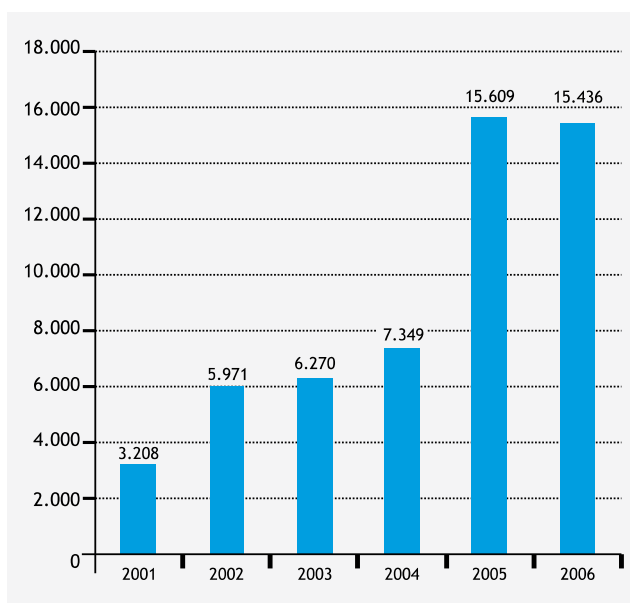
Cantidad de intervenciones

Pese a que se verifica una disminución sostenida de las intervenciones, la detención, que debería ser excepcional, aún es un procedimiento

de rutina que perpetúa, en los hechos, el abordaje policial o de seguridad ciudadana hacia niños y adolescentes, aun cuando no estén cometiendo infracción alguna.

Gráfico 4

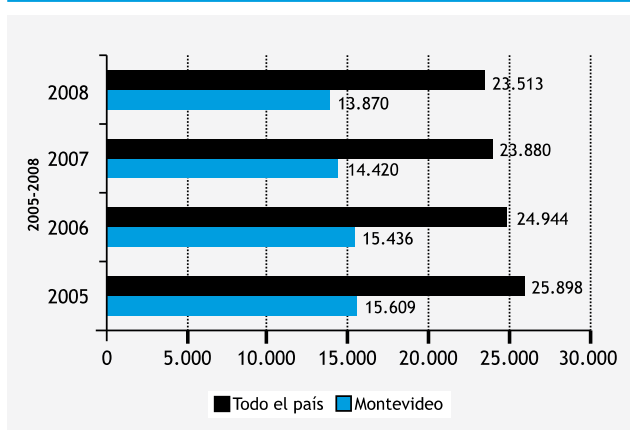
Cantidad de intervenciones sobre niños y adolescentes Montevideo



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Ministerio del Interior.

Gráfico 5

Cantidad de intervenciones sobre niños y adolescentes



Tal como surge del gráfico 4, a partir de la vigencia del CNA la cantidad de intervenciones policiales aumentó significativamente. Esto indica que la lectura de la nueva normativa desde la institución policial fue contraria a la postulada por buena parte de quienes participaron activamente en su proceso de elaboración.¹⁸

La disminución de las intervenciones policiales desde 2006 se observa también en el resto del país, lo que da lugar a una caída sostenida de los números totales.

Las detenciones al inicio de los procedimientos

También se observa una disminución constante, desde 2006, de los casos en los cuales se recurre a la detención antes del inicio de los procedimientos. Pero pese a que el artículo 76.1 del CNA establece como criterio la excepcionalidad de la detención, los porcentajes de su utilización continúan siendo muy altos en Montevideo.

Cuadro 3

Detenciones previas al inicio de procedimientos

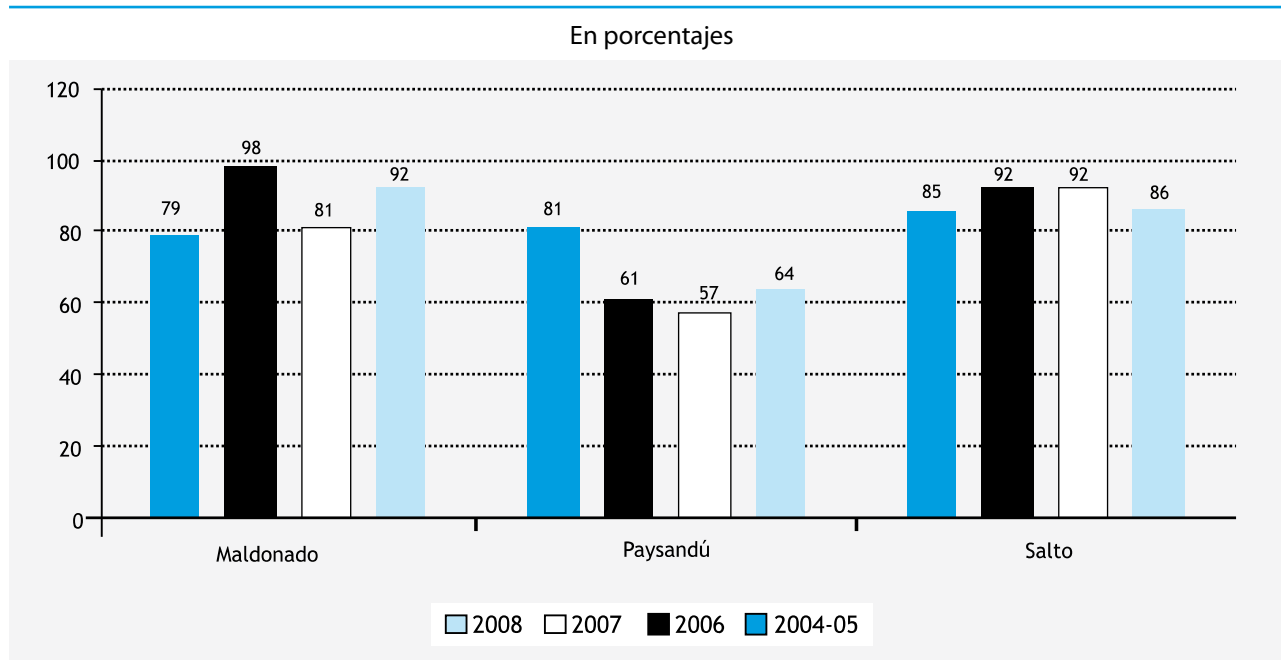
En porcentajes	
2004-05	99,0
2006	95,3
2007	93,3
2008	94,8

En los departamentos del interior analizados encontramos distintos tipos de situaciones. Son muy importantes los porcentajes de utilización de la detención previa a los procesos judiciales especialmente en Maldonado y Salto. Paysandú es el departamento en el que se recurre menos a las detenciones. La variación de estos porcentajes puede obedecer a distintas causas, entre las cuales la más preocupante quizá sea la presión de los medios de comunicación y otros sectores sobre las autoridades policiales para que intensifiquen sus actuaciones.

Cuando observamos la razón de ser de estas intervenciones policiales encontramos que,

18. Los datos proporcionados por el Ministerio del Interior tienen algunos problemas en lo que refiere a las categorías que utilizan. No profundizaremos sobre estos aspectos por tratarse de un tema que fue abordado en nuestros informes anteriores.

Detenciones previas al inicio de procedimientos Maldonado, Paysandú y Salto



pese a la existencia de algunos avances en el respeto al principio de excepcionalidad de la detención, aún se trata de intervenciones excesivas sobre la infancia y la adolescencia. Los sistemas penales respetuosos de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia están basados en los principios de legalidad y proporcionalidad,¹⁹ lo que implica que no pueden ser movilizados frente a conductas que no constituyen delito. En consonancia con ello,

desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos se ha considerado que las detenciones que se realizan sin mediar flagrancia ni orden judicial deben ser calificadas de arbitrarias.²⁰ La Convención Americana ha consagrado como principal garantía de la libertad y la seguridad individual la prohibición de la detención o el encarcelamiento ilegal o arbitrario,²¹ y la CIDH se ha referido reiteradamente a la situación de las detenciones arbitrarias

19. Corte IDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, § 83. Ver también caso Maritza Urrutia, § 65 y 67; caso Bulacio, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 125 y 127; caso Juan Humberto Sánchez, § 78; caso Bámaca Velásquez, § 139; caso Durand y Ugarte, § 85, y caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, § 86.

20. Corte IDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, § 81.

21. La Convención Americana refiere claramente en su artículo 7.5 al derecho de toda persona detenida o retenida de ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Asimismo, en el artículo 8.1 dispone: “[...] toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”.

Por su parte, el artículo XXV de la Declaración Americana dispone:

“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

“Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

“Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

de niños.²² Existen —por tanto— requisitos que se deben cumplir para que la restricción de la libertad ambulatoria de una persona sea jurídicamente admisible.²³

Uno de los principales es el principio de legalidad, reconocido por el artículo 10 de la Constitución, conforme al cual nadie puede ser detenido sino por las causas y circunstancias expresamente tipificadas en la ley, y con estricto cumplimiento de los procedimientos objetivamente definidos por ella. El artículo 15 de la Constitución agrega dos requisitos fundamentales para que una detención sea legítima, al disponer:

Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente.

Esta disposición resulta similar a la del artículo 74.C del CNA, donde se expresa que una persona solo puede ser detenida en casos de infracciones flagrantes o cuando existan elementos de convicción suficientes sobre la comisión de una infracción. En el último caso, por orden escrita del juez competente, comunicada por medios fehacientes.²⁴

La tarea de calificar las detenciones en una u otra categoría, a partir de los relatos contenidos en los expedientes, resultó particularmente compleja, especialmente debido a la ausencia de un relato único y a la inexistencia de una calificación judicial de la detención. Para realizar esta cali-

ficación tomamos en consideración únicamente los casos de flagrancia en sentido estricto, esto es, que el adolescente hubiera sido detenido durante la comisión de la conducta que motivó el procedimiento. Entendimos que este criterio era el más garantista. En cuanto a las razones que motivaron la detención, importa determinar, conforme al marco normativo reseñado en el apartado anterior, los porcentajes con y sin fundamento constitucional, especificando en el primer caso si se trató de detenciones en situaciones de flagrancia o efectuadas con orden escrita de juez competente.

En el marco del relevamiento de expedientes judiciales encontramos que en Montevideo las detenciones infraganti delito representaron en 2005 tan solo el 19% del total, en 2006 el 25%, en 2007 disminuyeron al 17% y en 2008 solo llegaron al 9% del total de casos. Se constata la existencia de orden judicial para las detenciones en un 10, un 7, un 6 y un 5% para cada uno de estos períodos, respectivamente. Las detenciones no fundadas constitucionalmente representaron un 69% en 2005 y un 67% en 2006, ascendieron a un 77% en 2007 y a un 86% en 2008. Parece que a medida que se consolidan las prácticas policiales posteriores a la aprobación del CNA la arbitrariedad se va constituyendo en una regla de actuación, y el artículo 15 de la Constitución va quedando en el olvido cuando los sometidos a procesos penales son adolescentes.

22. CIDH, Informe sobre la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser. L/V/II.13 doc. 14 Rev, de 15 octubre 1965 (caso del menor Felipe de Jesús); Informe n.º 41/99, caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, 10 de marzo de 1999; Informe Anual 2001, Informe n.º 101/01, Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas; casos 10.247 y otros, Perú, § 217; Informe n.º 33/04 Jailton Neri Da Fonseca (Brasil), caso 11.634, 11 de marzo de 2004, § 53.

Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley. La Comisión ha señalado también que la detención para fines impropios es, en sí misma, un castigo o pena que constituye una forma de pena sin proceso o pena extralegal que vulnera la garantía del juicio previo.

23. También existen múltiples normas internacionales ratificadas que regulan las hipótesis de restricción a la libertad ambulatoria, entre las cuales se encuentran las siguientes: artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 37.b de la CDN; artículo 9 del PIDCP. Asimismo, los instrumentos internacionales aludidos establecen un conjunto de derechos de las personas detenidas, y la violación de estos también hace que la detención devenga ilegítima. Respecto a los derechos y garantías que se deben cumplir y respetar a partir del momento en que comienza la detención, ver también *Conjunto de principios de las Naciones Unidas para la protección de las personas sometidas a una detención o prisión*.

24. El Código del Proceso Penal vigente (ley n.º 15032, del 24 de junio de 1980), en su artículo 111, y la Ley de Procedimientos Policiales (ley n.º 18315, del 5 julio de 2008), en su artículo 47.1, introducen la noción de *flagrancia impropia*.

En los departamentos del interior analizados es posible observar porcentajes similares de detenciones infundadas. Uno de cada dos adolescentes detenidos lo es al margen de las exigencias constitucionales. La variación entre los departamentos las encontramos en los porcentajes de detenciones en situación de flagrancia y las detenciones por orden judicial.

La existencia de detenciones no fundadas constitucionalmente condice con la propia información policial, según la cual la mayor cantidad de intervenciones se deben a la causal “otras situaciones”, que incluye “orden público”, “paz pública”, “adolescente en situación de riesgo”, “conducido/s”, “desorden”, “detenido en averiguación”, “mendicidad y vagancia”, “menor mal entretenido”, “molestias” y “protección por amparo”, entre otras.

Gráfico 7

**Motivos de las detenciones previas al inicio de procedimientos
Montevideo**

En porcentajes

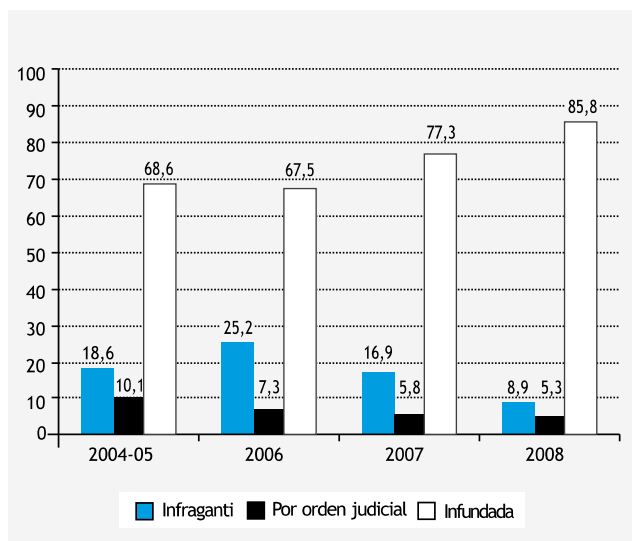
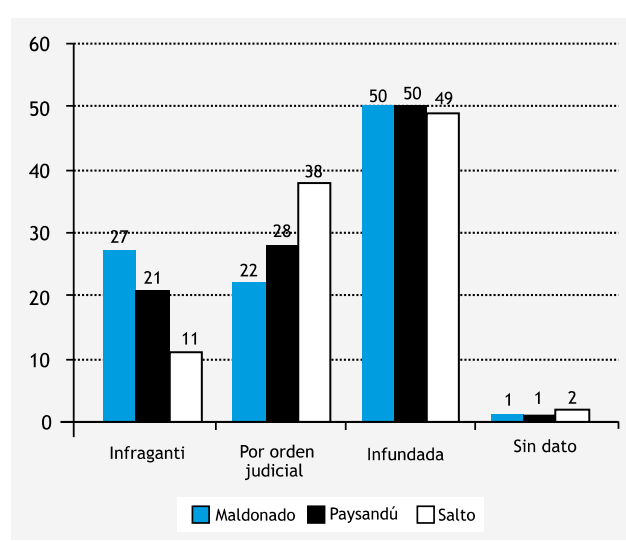


Gráfico 8

**Motivos de las detenciones previas al inicio de procedimientos
Todos los períodos**

En porcentajes



Cuadro 4

Tipos de intervención policial

En número de casos
2008

	Edad			S/dato	Total
	0-10	11-14	15-17		
Abandonados	23	9	3	0	35
Extraviados	28	19	13	0	60
Fugados	201	1.358	1.564	18	3.141
Infracciones contra persona	47	765	2.394	0	3.206
Infracciones contra propiedad	182	2.640	7.485	1	10.308
Infracciones sexuales	3	39	76	0	118
Otras situaciones	360	1.714	4.570	1	6.645
Total	844	6.544	16.105	20	23.513

Fuente: Elaboración propia sobre datos del Ministerio del Interior.

De acuerdo a la normativa vigente en materia de derechos humanos, las detenciones que se realizan sin mediar flagrancia ni orden judicial deben ser calificadas de arbitrarias.²⁵ Asimismo, la prohibición de la detención o el encarcelamiento ilegales o arbitrarios es una garantía principal de la libertad y la seguridad individual.

La necesidad de que exista una formación especial y de que las dependencias policiales tengan determinadas especialidades en el sistema penal juvenil es el resultado de la aplicación del principio de especialidad. La regla 12 de Beijing dispone:

Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.

Se requiere la especialización de los cuerpos policiales para velar por que ejerzan adecuadamente sus facultades en relación con el trato de niños en conflicto con la ley.

Los datos referidos a las dependencias policiales que actúan en las detenciones dan cuenta del desconocimiento del estándar de especialización que caracteriza al sistema penal juvenil.²⁶ El derecho internacional ha establecido claramente que los niños deben ser sujetos a un sistema especializado de justicia penal. Los sistemas especializados deben incluir leyes, procesos, autoridades e instituciones dirigidos específicamente a los niños que han violado leyes penales. Adicionalmente, el personal que trabaja en estos sistemas debe haber recibido capacitación respecto al desarrollo y los derechos humanos de los niños, que los ayude a ejercer sus facultades discrecionales en relación con estos, conforme a todos los principios de derechos humanos, incluidos la legalidad, la no discriminación y el interés superior del niño.

4. Conclusiones y recomendaciones

Los datos analizados ponen en evidencia la selectividad estructural de un sistema que distribuye en forma diferencial las intervenciones. La distancia entre el discurso normativo y la realidad se manifiesta en este caso a través de la selectividad de las agencias encargadas de identificar a aquellos que serán intervenidos por el sistema. Estas características no son originales de nuestro sistema penal juvenil, y lograr una mejora solo puede ser posible si se emprende una labor permanente de formación para los cuerpos policiales, de conformidad con lo expresado por las Reglas de Beijing.

Es decir, el Ministerio del Interior debe desarrollar estrategias de lucha contra la discriminación por las autoridades policiales. Asimismo, debe responsabilizar a los funcionarios policiales que intervengan en procedimientos de detención no amparados en las previsiones constitucionales. En la actualidad encontramos una consolidación de las actuaciones policiales fuera de la norma, que da lugar a intervenciones que deben ser combatidas por las autoridades competentes, a riesgo de terminar validando en estas actuaciones y por la vía de los hechos una forma discriminatoria y estigmatizante de política social reforzada para adolescentes pobres. La falta de especialización y la existencia de detenciones que se efectúan al margen de la normativa constitucional ponen en evidencia la gravedad de la situación.

En lo relativo al plazo para la comunicación al juez competente, entendemos que debería en todos los casos dejarse constancia en el parte policial de las horas exactas de la detención y de la comunicación al juez, como así también de las notificaciones a los responsables. En este y otros aspectos es preciso estandarizar el contenido de los partes policiales.

Por último, en lo referente a la información estadística del Ministerio del Interior, es preciso que se desarrolle una labor de adecuación de los indicadores y de la forma de registrar las actuaciones policiales. Existen serios problemas que afectan la confiabilidad de los datos del Ministerio del Interior en referencia a la temática.

25. Corte IDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, § 81.

26. Ver datos en el anexo.

III. Garantías y actuación policial

1. Planteamiento del problema

Además de ser determinante en la estructuración de la selectividad del sistema, la intervención policial es un escenario de gran vulnerabilidad para los adolescentes. De todas las etapas del procedimiento, es durante el arresto e inmediatamente después, mientras dura la custodia policial, cuando el adolescente intervenido tiene mayores probabilidades de ser víctima de torturas y otras formas de maltrato.²⁷

Los problemas que serán tratados en el presente apartado se refieren a las situaciones antes mencionadas, pero también a otras características del funcionamiento de este segmento del sistema que implican vulneración de derechos o limitación ilegítima de las garantías establecidas en la normativa vigente.

2. Condiciones de la detención

En cuanto al lugar donde deben permanecer los adolescentes luego de ser detenidos, la normativa vigente exige que la autoridad policial los conduzca de inmediato a la presencia del juez. y que, en caso de que eso no sea posible, los lleve —previa autorización judicial— a una dependen-

cia especializada del INAU o del Instituto Policial; en una de estas últimas no podrán permanecer por más de doce horas. El objetivo del CNA es limitar temporalmente la permanencia de los adolescentes en las dependencias policiales.

El relevamiento de expedientes señala que el departamento en el que se produce un mayor porcentaje de traslados al INAU es Montevideo, con el 75, el 81, el 83 y el 80% para cada período, respectivamente. En los departamentos del interior analizados se registran porcentajes menores, con importantes variaciones año a año. En los casos en que hay registros fehacientes de que el adolescente detenido no fue conducido a una dependencia del INAU, suponemos que permaneció en dependencias policiales hasta el momento de ser conducido a la audiencia preliminar. La normativa exige que el traslado al INAU esté precedido de una autorización judicial expresa, y esto consta en la mayoría de los traslados efectivamente realizados.

Al respecto corresponde expresar que en todos los departamentos se registraron porcentajes apreciables de falta de datos, lo cual corresponde a aquellos casos en que el expediente no aclara qué sucedió con los adolescentes desde el momento en que fueron detenidos hasta su comparecencia por primera vez en la sede judicial. Asimismo, debe mencionarse que la ausencia de información respecto a las horas en que se produjeron las detenciones y en que los adolescentes llegaron a un juzgado, en un porcentaje muy importante de los expedientes, nos impide efectuar un control del cumplimiento del plazo máximo, de doce horas, para la permanencia en dependencias policiales especializadas.

Cuadro 5

Traslado al INAU previo a audiencia preliminar

	En porcentajes			
	2004-05	2006	2007	2008
Maldonado	36	35	44	53
Montevideo	75	81	83	80
Paysandú	3	18	30	22
Salto	45	33	18	23

27. UNICEF, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño, "Justicia Juvenil", *Innocenti Digest* n.º 3, Florencia, 1998, p. 8.

3. Régimen de comunicaciones y notificaciones

El CNA rodea de garantías a la actividad policial, como forma de evitar la arbitrariedad o la ilegalidad de las detenciones, el desarrollo de actividad relevante para el proceso que se iniciará sin las garantías debidas o la existencia de episodios de violencia. La normativa evidencia el interés en reducir al mínimo el contacto del niño con la autoridad policial y en limitar la intervención de esta.

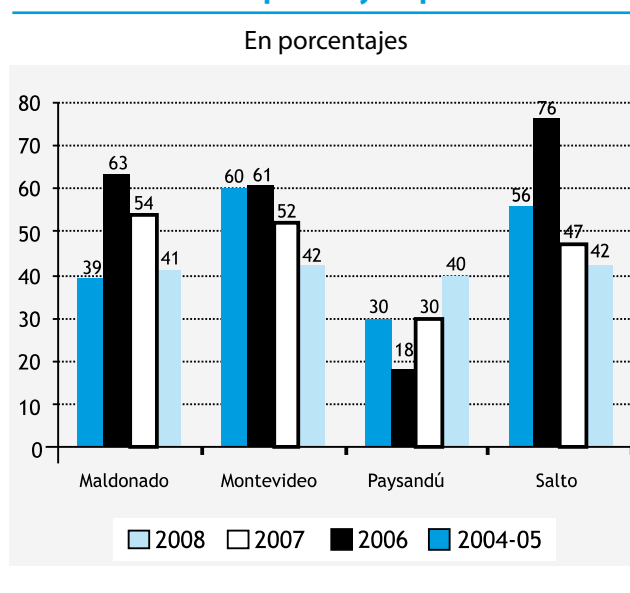
En el caso de los adolescentes, la normativa internacional refuerza el estándar de conducción *sin demora* ante un tribunal al establecer que deben ser llevados ante la justicia “con la mayor celeridad posible”.²⁸ El control judicial inmediato es indispensable para prevenir la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones.²⁹ Por esta razón el artículo 76.1 del CNA dispone que la autoridad policial debe poner los hechos en conocimiento del juez competente en forma inmediata o, de no ser eso posible, en un plazo máximo de dos horas después de la detención. De conformidad con el artículo 6.º de la Ley de Procedimientos Policiales, el plazo para la comunicación inmediata al juez competente no puede ser superior a las dos horas, contadas a partir del momento en que se produjo la actuación policial. En virtud de estas disposiciones, entendemos que debería dejarse constancia en el parte policial de la hora exacta de la detención y de la comunicación al juez, lo que ocurre en la generalidad de los casos.³⁰

De los expedientes relevados, encontramos que el plazo de dos horas se excedía en el 30% de los casos analizados del primer período. Esto ocurrió en el 14% de los casos en 2006, en el 22% en 2007 y en el 20% en 2008.

La circunstancia de la detención, de acuerdo al artículo 111 del CNA, debe ser notificada por la Policía en forma inmediata, además de al juez, al defensor, al Ministerio Público, a los padres o representantes legales y a los asesores técnicos cuyo asesoramiento el juez estime necesario. Estas notificaciones preceptivas deberían estar contenidas en la primera resolución judicial, generalmente

Gráfico 9

Se notifica a padres y responsables



28. CADH, artículo 5.5, y PIDCP, artículo 10.2.b. Corresponde recordar además que, conforme a la CDN, artículo 37.b, la privación de libertad debe utilizarse “tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. En el mismo sentido: Reglas de Beijing, reglas 10 y 19.

29. Corte IDH, caso Bulacio, § 129. En el mismo sentido: caso Maritza Urrutia, § 73; caso Juan Humberto Sánchez, § 84; caso Bámaca Velásquez, § 140; caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), § 135, y caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, § 95. También caso Loayza Tamayo, § 57, y caso Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle), § 166:

“[...] una persona ilegalmente detenida [...] se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”.

30. La resolución n.º 82/005 de la SCJ, del 6 de setiembre de 2005, implementó un mecanismo mediante el cual se deja constancia escrita de la comunicación de la resolución judicial de las sedes con competencia en materia penal a los funcionarios policiales encargados de la custodia de los indagados. Esta acordada no refiere expresamente a los juzgados con competencia en materia de adolescentes. Posteriormente, la acordada n.º 7565, del 13 de marzo de 2006, vigente a partir del 1.º de abril de ese año, dispuso que todas las resoluciones adoptadas en forma telefónica durante los turnos en las materias Penal, Familia Especializada, Faltas, Adolescentes y Aduana en el departamento de Montevideo debían ser registradas y conservadas en cada juzgado. Evidentemente, esta disposición representa un importante avance, aunque excluye de la solución, en forma inexplicable, al interior del país. El artículo 28 de la Ley de Procedimientos Policiales hace referencia a la existencia de un libro de comunicaciones judiciales.

telefónica. En los casos relevados, tal resolución no cumplió con la totalidad del contenido previsto por el artículo referido del CNA.

En todos los casos las personas detenidas tienen derecho a comunicarse y solicitar asistencia a terceras personas. Pero en los casos de detenciones de niños, en virtud de su situación de especial vulnerabilidad, el derecho de establecer contacto con los familiares tiene una importancia especial para mitigar los efectos negativos del encierro y asegurar que puedan recibir la asistencia necesaria.³¹ Por esta razón, el Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones y recomendaciones al Estado uruguayo, se ha referido a esta situación en los siguientes términos:

El Comité recomienda al Estado Parte, en particular, que: [...] d) Garantice que la detención del niño se comunique a los padres o los familiares directos.³²

En este sentido la Corte ha sido muy clara al establecer:

[...] el detenido y quienes ejercen representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando esta se produce, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo” y además contribuye, en el caso de un menor a mitigar el impacto de la detención en la medida de lo posible.³³

Este derecho a establecer comunicación con terceros que les brinden asistencia se corresponde con la ya referida obligación de los agentes estatales de comunicar en forma inmediata la detención del adolescente a esas personas, aunque no haya mediado solicitud.³⁴

En cuanto al resto de las notificaciones preceptivas, el incumplimiento es generalizado. Los casos en los que se notifica a los restantes sujetos mencionados en el artículo 111 del CNA son muy pocos. Por ejemplo, en 2006 en ningún caso el juez dispuso la notificación al defensor del adolescente, y solo en dos casos montevideanos encontramos que se dispuso que fuera notificado el Ministerio Público. En el último período analizado se registraron tres casos de notificaciones a la Defensa, siete al Ministerio Público y un expediente en el que se notificó a asesores técnicos en Montevideo. En Maldonado solo encontramos un caso en el que surge que el defensor fue notificado. En Salto, en dos casos surge que se notificó a la Defensa y en cinco que se hizo lo propio con el Ministerio Público. Por último, corresponde mencionar que en Paysandú no se registró este tipo de notificaciones en los expedientes analizados.

El artículo 76.1 del CNA establece como cometido de la autoridad policial hacer conocer al adolescente los motivos de la detención y los derechos que le asisten, especialmente el derecho que tiene de designar defensor.³⁵ El seguimiento de expedientes realizado no permitió

31. Cf. Corte IDH, caso Bulacio, § 126 ss. Reglas de Beijing, regla 10.1. Ver también: Comité de los Derechos del Niño, observación general n.º 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, § 54.

32. Comité de los Derechos del Niño, “Observaciones finales. Uruguay, 8 de junio de 2007”, CRC/C/URY/CO/2, § 68.

33. Caso Bulacio, § 128. En este párrafo la Corte cita el caso Juan Humberto Sánchez, § 82. Ver también: Comité de los Derechos del Niño, Observación general n.º 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, § 47; caso Maritza Urrutia, § 72; caso Juan Humberto Sánchez, § 82, y caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, § 92:

“Quienes ejercen representación o custodia legal del mismo tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención cuando esta se produce y de los derechos del detenido”.

34. Caso Bulacio, § 136. Ver también: Consejo de Europa, Comité para la Prevención de la Tortura, 9.º Informe General, CPT/Inf (99) 12, § 21.

35. En el mismo sentido, el artículo 37.d de la CDN dispone que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica”, lo cual implica la posibilidad de designar un abogado de su confianza. En el marco de nuestro seguimiento de casos relevantes, al asumir defensas, hemos presentado ante los tribunales solicitudes de designación de defensor suscritas por el propio adolescente. Esta demanda no fue cuestionada, lo cual constituye, a nuestro entender, una correcta aplicación del derecho del adolescente a designar por sí mismo a su defensor de confianza.

obtener datos relevantes sobre este cometido de la autoridad policial salvo en el último año relevado, en el cual encontramos que en el 4% de los casos surge del parte policial que el adolescente fue informado de sus derechos. Lo mismo ocurrió en un caso en Salto y en dos casos en Paysandú. Pese a que el CNA no lo menciona, entendemos que es esencial que el adolescente sea informado de su derecho a la no autoincriminación, esto es, a no declarar contra sí mismo. Este derecho tiene un amplio reconocimiento normativo y en Uruguay goza de expresa consagración constitucional.³⁶ También refiere a él la CDN, en su artículo 40.2.b.IV, donde expresa que se debe garantizar que el adolescente no será obligado a declararse culpable.

4. Prueba policial

El desarrollo de actividad probatoria en dependencias policiales sin el cumplimiento de las más elementales garantías es un problema grave y una de las características más peligrosas del sistema. No es razonable dotar al proceso penal juvenil de todas las garantías en la etapa previa policial, pero allí se desarrollan, en la práctica, actividades al margen del debido proceso que finalmente determinan el destino judicial del adolescente.

Esta situación no obedece a una deficiencia normativa, sino a una práctica consolidada de los operadores policiales y judiciales, que implica desconocer el tenor de la norma. La prueba obtenida al margen del debido proceso es nula y no debe ser tenida en cuenta.

El artículo 76 del CNA condiciona y restringe la posibilidad de que la Policía desarrolle actividades probatorias. Lo hace al limitar temporalmente la permanencia del adolescente en

sede policial, al expresar que la Policía solo está habilitada a hacer constar lo indispensable para la información de los hechos y al disponer que la prueba se debe desarrollar en audiencia, con las garantías que aseguren el debido proceso. La Policía queda configurada en el CNA como un auxiliar del juez. Entendemos que la solución no radica en llevar a las garantías del debido proceso a la instancia preparatoria policial,³⁷ sino en asegurar la vigencia del principio de jurisdiccionalidad no permitiendo prueba alguna fuera del juicio. En definitiva, la detención policial no debería dar lugar a ninguna actividad diferente a la de conducción del detenido a presencia judicial.³⁸

Hasta aquí la normativa vigente; la realidad, tal como lo adelantamos, corre por otros caminos, y el diligenciamiento de prueba en la esfera policial continúa siendo la regla de actuación en el sistema penal juvenil.

En una democracia los derechos a la libertad personal y a la integridad física y psíquica, la garantía del control judicial inmediato de una detención prevalece por sobre cualquier función estatal, por relevante y legítima que esta sea, como es el caso de la pretensión punitiva del Estado sostenida por sus órganos de persecución penal y que se expresa en los poderes de investigación conferidos para cumplir su misión.

Si el detenido tiene el derecho a ser conducido sin demora ante un tribunal y el Estado tiene la carga de generar esta instancia para proteger los derechos del sujeto privado de libertad, no es legítimo que se realicen actividades de investigación que involucren físicamente a la persona del detenido, pues ello implica una desviación de los fines legítimos que autorizan la detención y que obligan a los agentes estatales a conducir rápidamente ante un tribunal al detenido.³⁹

36. Constitución Nacional, artículo 20; PIDCP, artículo 14.3.g, y CADH, artículo 8.2.g. Para profundizar sobre esta temática ver Ignacio Tedesco, "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado", en Edmundo S. Hendler (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Facultad de Derecho (UBA) y Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 29 ss.

37. Cf. Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 326 y 334.

38. Cf. Cristián Riego, "El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos", en *Sistema jurídico y derechos humanos*, Medina y Mera (editores), Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 292.

39. Gonzalo Berríos Díaz, "Derechos de los adolescentes y actividad persecutoria previa al control judicial de la detención", en *REJ, Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 7, año 2006, p. 149.

Una de las actividades probatorias más habituales es la realización de reconocimientos de adolescentes en dependencias policiales.

Tal como surge del gráfico 10, es en el departamento de Montevideo donde se registran los porcentajes más altos, mientras en Maldonado existe un aumento sostenido de los porcentajes de casos en los que se desarrolla este tipo de actividades.

Los interrogatorios policiales a los adolescentes detenidos son muy usuales en todos los departamentos, sin perjuicio de que se registren

diferencias entre ellos y en los distintos períodos analizados.

Lo mismo ocurre con los interrogatorios policiales a las víctimas, pero en este caso encontramos los porcentajes más bajos en el departamento de Paysandú y en Salto en el primer período analizado.

Los registros domiciliarios son una prueba policial que, en los períodos analizados, ha sido más frecuente en los departamentos del interior que en Montevideo. Con los porcentajes más altos se destacan Paysandú y Salto.

Gráfico 10

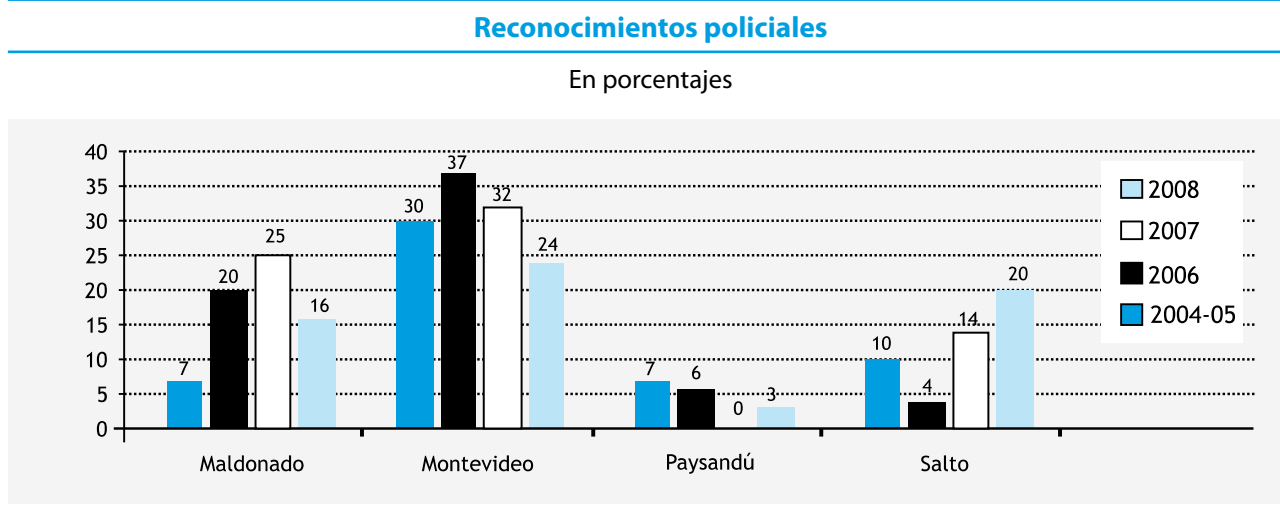


Gráfico 11

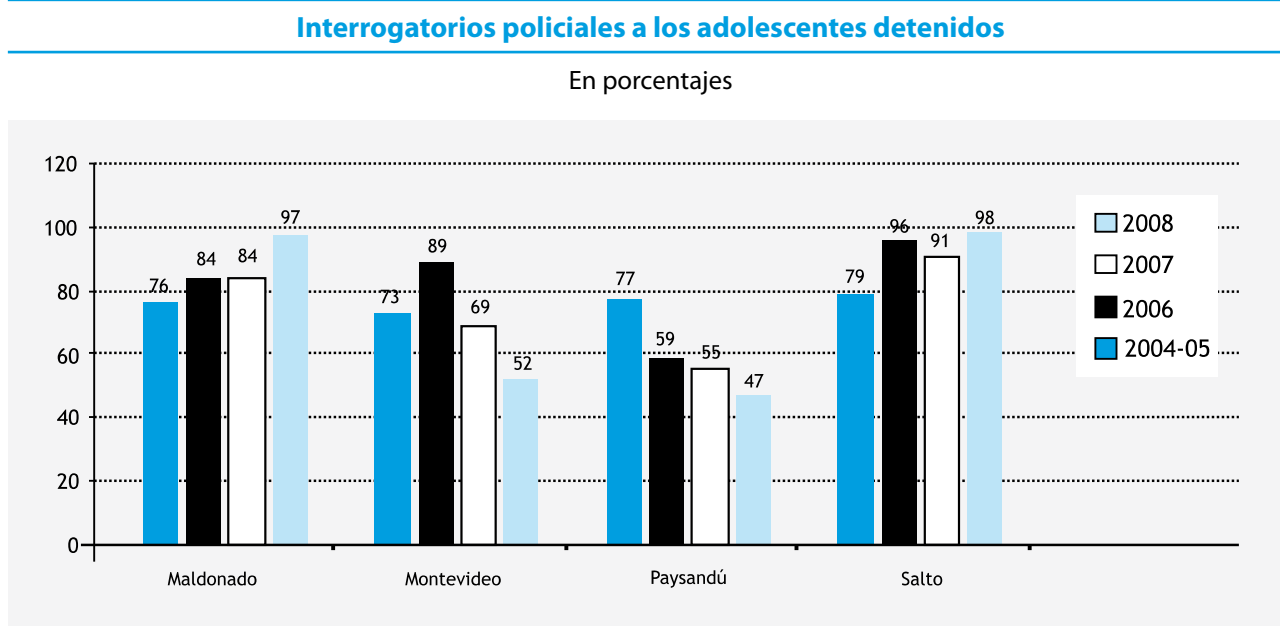


Gráfico 12

Interrogatorios policiales a las personas damnificadas

En porcentajes

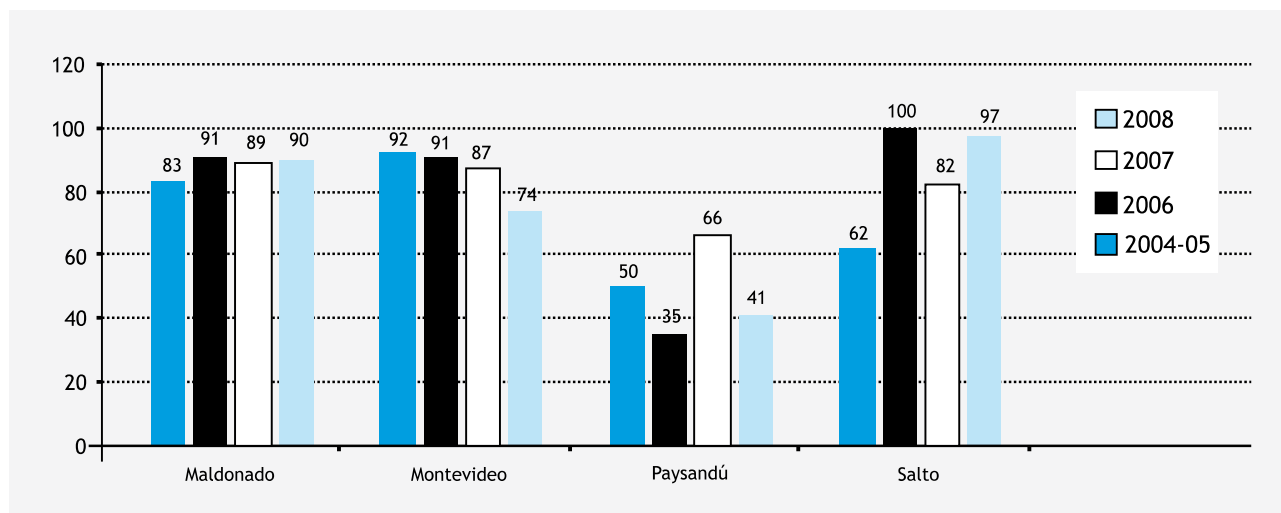
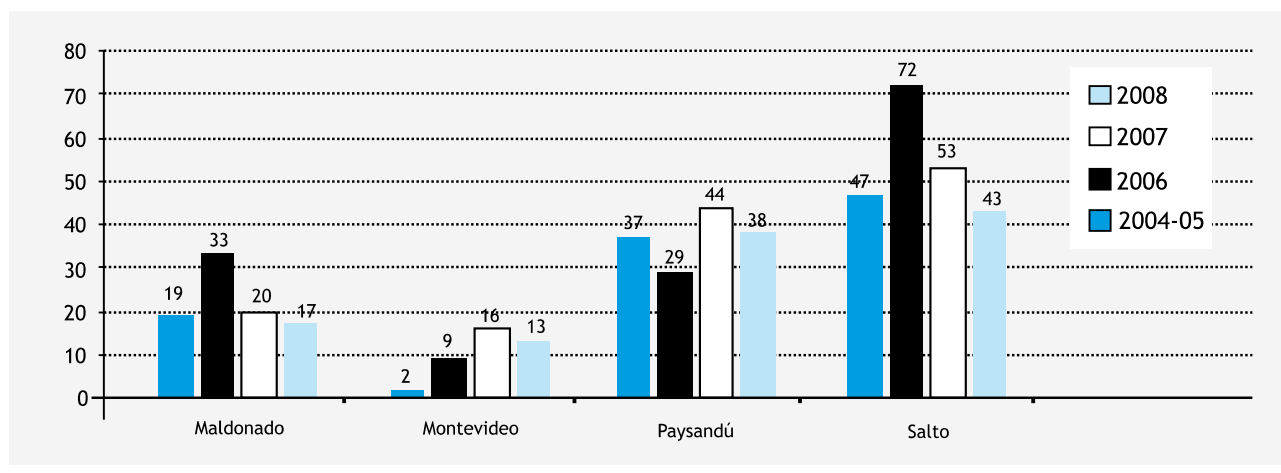


Gráfico 13

Registros domiciliarios y allanamientos

En porcentajes



En relación con el desarrollo de actividad probatoria en sede policial, la implementación del CNA, en vez de dar lugar a una mejora de los estándares de actuación institucional, fue acompañada por una consolidación de prácticas reñidas con la normativa vigente. Asimismo, la circunstancia de que en el parte policial se justifique la necesidad de desarrollar actividad probatoria

se ha podido constatar únicamente en Montevideo, en cinco casos de 2007 y dos de 2008.

Pese a que el parte policial no es un elemento propiamente probatorio, en él, en vez de encontrar lo indispensable para la información de los hechos, constatamos no solamente el desarrollo de actividad probatoria, sino además la existencia de información sobre los antecedentes policiales, *anotaciones o entradas* de los adolescentes.⁴⁰

40. Los antecedentes policiales, anotaciones o entradas cumplen un importante papel simbólico en la construcción de un perfil negativo del adolescente que llega al juzgado. Estas anotaciones incluyen situaciones muy diversas, como ingresos a dependencias policiales motivados por causas que no constituyeron infracciones, o por presuntas infracciones.

Sobre la cantidad de antecedentes policiales que son informados por la Policía, solo expondremos los datos desagregados correspondientes a Montevideo, por ser el único departamento que presenta una proporción significativa de casos. En él los porcentajes han ido en descenso: mientras que en el primer año de aplicación del CNA alcanzaban al 69% de los casos, bajaron al 56% en 2006, al 52% en 2007 y a 40% en 2008. No obstante, la situación no deja de revestir gravedad.

En definitiva, los Estados deben prohibir el desarrollo de actividad probatoria en dependencias policiales que no respete las garantías del debido proceso. Especialmente debe respetarse el derecho del adolescente a permanecer callado y a no dar testimonio en su contra.

5. Violencia y abuso policial

La normativa vigente establece una serie de exigencias y garantías a los efectos de disminuir los riesgos de que los derechos de los adolescentes involucrados en procedimientos penales sean vulnerados. En particular, el derecho a la integridad física, tanto en el momento de la detención como en el tiempo de custodia posterior. La problemática que se verifica en referencia a este aspecto tiene que ver, por un lado, con el vacia-

miento del contenido garantista de las medidas preventivas previstas en el CNA (control médico), y por otro con la existencia de márgenes muy altos de tolerancia de la violencia policial. La consecuencia de estos dos aspectos problemáticos es la impunidad que rodea muchos de los episodios de violencia y abuso policial contra los adolescentes sometidos a proceso.

Los informes médicos

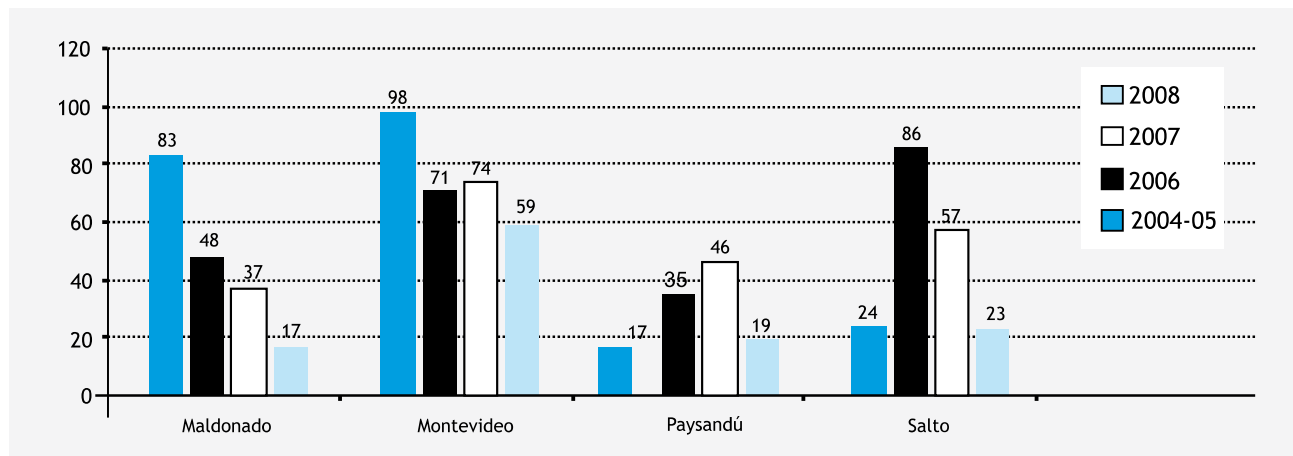
El numeral 1.º del artículo 76 del CNA ordena que los traslados interinstitucionales antes referidos, así como el traslado a la sede judicial, estén precedidos del correspondiente examen médico.

Es preocupante que los porcentajes en los que consta la realización de estos exámenes sean cada vez más bajos en todos los departamentos. La realización de los exámenes médicos se ha transformado —en los casos en que se realiza— en un mero trámite formal o ritualismo, visto por los operadores que intervienen como una forma de quitarse responsabilidad y no como una garantía del derecho a la integridad física de los adolescentes detenidos. La revisión médica debe realizarse en privado, esto es, sin la presencia de personal policial, y sus resultancias deben ser puestas en conocimiento del juez, del adolescente detenido, sus padres o responsables y su abogado.⁴¹

Gráfico 14

Consta realización de exámenes médicos

En porcentajes



41. Cf. caso Bulacio, § 131. Cf., Consejo de Europa, Comité para la Prevención de la Tortura, 9.º Informe General [CPT/Inf (99), 12], § 37-41. Ver también: Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, artículo 6.

Son muy frecuentes las golpizas realizadas por personal policial en las diferentes seccionales; algunos aducen que antes de ser golpeados eran llevados al médico forense. En la mayoría de los relatos de los adolescentes aparece la policía como perpetradora de malos tratos. Relatos de golpizas, colgamientos, insultos, son comunes en casi todas las declaraciones de los adolescentes. Expresan: “Te dan palo después de llevarte al médico”.⁴²

Es preciso que se asegure la asignación de personal médico independiente y calificado para examinar a los niños detenidos, a fin de identificar posibles casos de tortura física o de malos tratos, y potenciales traumas psicológicos.

Las denuncias de abuso policial

Existen numerosas normas que refieren a la protección de la persona detenida ante los posibles abusos y episodios de violencia por parte de la autoridad policial. Entre otras, corresponde mencionar la Ley de Procedimientos Policiales y

el literal *D* del artículo 74 del CNA, que refieren al principio de humanidad, de acuerdo al cual el adolescente debe ser tratado con el respeto merecido por la dignidad inherente a la persona humana, y se prohíben expresamente las torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

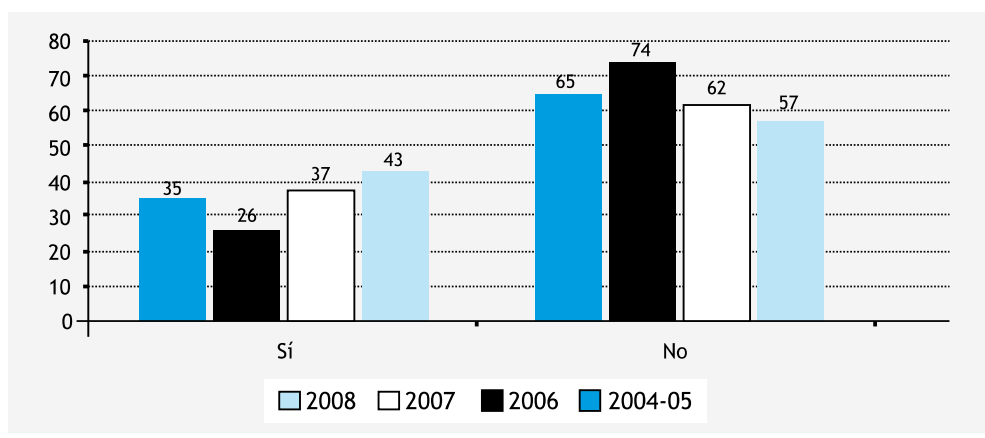
En el ámbito internacional la CDN dispone, en su artículo 37, que ningún niño puede ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Asimismo, y según las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, se deben establecer coordinaciones entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley para proteger la condición jurídica del adolescente, promover su bienestar y evitar que sufra daño.⁴³

La expresión *evitar que sufra daño* constituye una fórmula flexible que abarca múltiples aspectos de la posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje agresivo y la violencia física, entre otros).⁴⁴ Esta importante cantidad

Gráfico 15

El adolescente es interrogado acerca del trato policial Montevideo

En porcentajes



42. Comité de los Derechos del Niño - Uruguay - OMCT, Informe 2008, “Adolescentes privados de libertad, Condiciones actuales, problemas estructurales y recomendaciones”, p. 16.

43. Regla n.º 10.3.

44. Ver también artículos 3, 9 y 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 7, 9.1 y 10.1 del PIDCP; Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; artículos 5, 7 y 25 de la CADH; artículos 1 y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo; Principios Relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Disposición general n.º 4 de los Principios Básicos sobre Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, y artículo 5 del Código de Conducta Para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

de normas obedece a los riesgos ciertos de que, en el marco de los procedimientos de detención y en la custodia inmediata posterior, existan vulneraciones de los derechos de los adolescentes intervenidos, tales como la privación arbitraria de la libertad, la obtención ilícita de prueba y el tratamiento cruel, inhumano o degradante.

Una importante garantía, que suele ser observada en porcentajes relevantes únicamente en Montevideo, es la realización de un interrogatorio en sede judicial acerca del trato policial, tras informar al adolescente de que se encuentra en un entorno seguro. En los departamentos del interior analizados, los porcentajes de casos en que se le preguntó al adolescente sobre el trato policial alcanzan a lo sumo el 6% del total relevado. Cuando se formulan estas preguntas a los adolescentes en las audiencias, proporcionan en porcentajes muy importantes relatos y denuncias respecto a situaciones de violencia policial padecidas.

En 2008, cuando esto ocurrió, surge que intervino un médico forense en el 47% de los casos. En los períodos anteriores eso había ocurrido en el 54% (2004-05), el 53% (2006) y el 31% (2007). El juez interviniente remitió el asunto a la justicia penal en un caso en 2008 y en dos casos en 2007, cosa que había sucedido en cuatro casos

en el primer período analizado y en ninguno en 2006.

Es importante que se interroge a los adolescentes en referencia al trato policial. Ante relatos de violencia se debe proceder a la intervención de médico forense y a la posterior remisión de los antecedentes a la justicia penal, a los efectos de realizar la investigación correspondiente. Estimamos conveniente protocolizar la forma de actuación en estos casos a los efectos de evitar diferencias de práctica entre las distintas sedes judiciales, especialmente en lo que refiere a la diferencia entre Montevideo y el interior del país. Las situaciones de violencia sufridas por los adolescentes a manos de los funcionarios policiales pueden estar acompañadas en muchos casos por la impunidad. Revertir esta situación requiere una variada gama de esfuerzos, que incluyan el desarrollo de planes de capacitación de los funcionarios y el establecimiento de órganos de investigación independientes y efectivos para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los abusos.⁴⁵

6. Conclusiones y recomendaciones

Las distintas problemáticas identificadas en el presente apartado exigen soluciones rápidas. En su mayoría no se trata de acciones que tengan como consecuencia la asignación de presupuesto sino la definición de políticas claras.

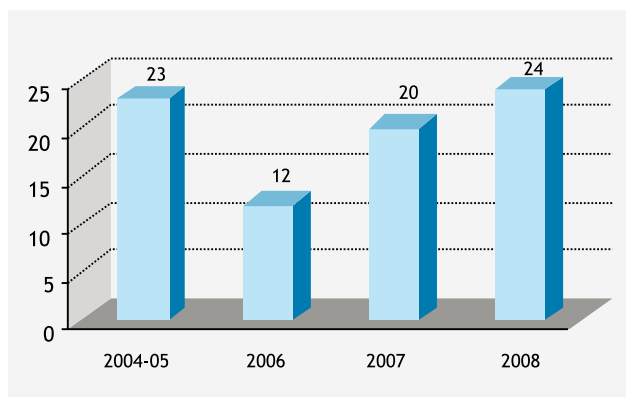
La información relevada da cuenta de que existe una importante cantidad de casos en los que los adolescentes permanecen detenidos en seccionales policiales no especializadas a la espera de su audiencia judicial. El CNA regula específicamente este aspecto; no puede retardarse el cumplimiento de la normativa vigente a más de cinco años de haber sido aprobada.

Asimismo, en lo relativo al plazo para la comunicación inmediata al juez competente —que no puede ser superior a las dos horas desde del momento en que se produjo la actuación policial—, entendemos que en el parte policial debería dejarse constancia de la hora exacta de la detención y de la comunicación al juez, como así

Gráfico 16

El adolescente denuncia episodios de abuso o violencia policial Montevideo

En porcentajes



45. Resolución n.º 34/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

también de las notificaciones a los responsables. En este y otros aspectos es preciso estandarizar el contenido de los partes policiales.

Otro aspecto que debe ser abordado rápidamente es el relativo a la notificación de las detenciones a padres y responsables.

La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculcado, pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación.⁴⁶

Este tipo de notificaciones no solo son fundamentales en orden a la protección de los derechos de los niños privados de libertad en dependencias policiales y al respeto de las garantías del debido proceso, especialmente el derecho a la defensa, sino que termina en la práctica teniendo consecuencias en las resoluciones que son adoptadas en el ámbito judicial. Estimamos que en el parte policial debe quedar constancia de cuáles han sido las providencias y medidas tomadas para cumplir con esta obligación de notificar. La solución no radica en llevar las garantías del debido proceso a la instancia preparatoria policial, sino en asegurar la vigencia del principio de jurisdiccionalidad no permitiendo prueba alguna fuera del juicio. Se debe prohibir el desarrollo de actividad probatoria en dependencias policiales que no respete las garantías del debido proceso.

Hay cosas que deberían suceder y no suceden —detenciones en las hipótesis reguladas en la Constitución, notificación a padres y responsables, entre otras— y hay cosas que no deberían suceder y continúan sucediendo, como los informes sobre anotaciones policiales o la existencia de prueba diligenciada en sede policial sin las debidas garantías.

La detención policial no debería dar lugar a ninguna actividad más que la conducción del detenido a presencia judicial. Combatir este tipo de situaciones ha sido dificultoso debido a que se

trata de prácticas institucionales muy arraigadas. Entendemos que contribuiría a lograr este cambio que el Ministerio del Interior las prohibiera expresamente y que, si se agregaran a los expedientes, fueran inmediatamente desglosadas por tratarse de prueba nula, obtenida al margen de las garantías del debido proceso.

En cuanto a los episodios de violencia policial, existe un escenario con claras situaciones de impunidad. Esto se debe a varias razones. La primera tiene que ver con la indispensable asignación de personal médico independiente y calificado para examinar a los adolescentes detenidos, a fin de identificar posibles casos de tortura física, malos tratos, castigos corporales y potenciales traumas psicológicos que puedan ser atribuidos a los funcionarios policiales. Asimismo, estimamos conveniente establecer mecanismos simples y anónimos para la denuncia de casos de violencia policial, garantizando efectivamente la protección de adolescente involucrado.

Sería conveniente que la Suprema Corte de Justicia reiterara la recomendación a los magistrados para que estos interroguen a los adolescentes en referencia al trato policial. En los casos en los que existen relatos de violencia se debe proceder, en una forma protocolizada, a la intervención de médico forense y a la posterior remisión de los antecedentes a la justicia penal, en orden a realizar la investigación correspondiente.

Por último, sería positivo que el Ministerio del Interior promoviera la capacitación y profesionalización de sus recursos humanos y estableciera órganos de investigación efectivos. Estimamos que, además de realizarse una investigación seria, efectiva, independiente e imparcial de todos los hechos de abuso y violencia policial, como mínimo deben existir mecanismos que permitan a los niños la presentación de quejas y denuncias en un entorno seguro e incluso en forma anónima. Estos procedimientos deben garantizar el derecho a presentar las denuncias con el debido asesoramiento y sin sufrir ningún tipo de represalia.

46. Caso Bulacio. § 130. En el mismo sentido: caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, § 93. Ver también: "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", § 106; Consejo de Europa, Comité para la Prevención de la Tortura, 2.º Informe General sobre las actividades de la CPT I para el período enero-diciembre 1991, § 36-43.

IV. Las infracciones y sus circunstancias

1. Planteamiento del problema

En este apartado analizaremos el problema que representa la distancia entre el discurso, generalmente amplificado por los medios de comunicación y por algunos sectores políticos, y la realidad de lo que efectivamente ocurre en nuestros tribunales. Varios estudios han señalado la existencia de este tipo de representación diferencial. La propia CDN, en su artículo 17, da cuenta de la importancia que tienen los medios de comunicación para la vigencia de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Un reciente estudio expresa que el tema de la violencia fue el segundo más tratado en la cobertura de niñez y adolescencia para el año 2008, con el 18,2% de las notas publicadas. La situación de los adolescentes privados de libertad secundó a la violencia en poco más de una décima, y asuntos vinculados con el comportamiento y el uso de drogas fueron temas de apoyo en una de cada diez notas que tuvieron a la violencia como tema principal.

La distancia entre la realidad y la representación es evidenciada en este informe cuando expresa que casi seis de cada diez notas sobre violencia no citan ningún tipo de fuente. La violencia vuelve a presentarse, al igual que en 2007, como el tema que mayores carencias presenta en cuanto a la rigurosidad básica del enfoque periodístico.⁴⁷

2. Infracciones y bien jurídico tutelado

A los efectos de presentar la calificación de las conductas que motivan los procedimientos

judiciales, se tomarán en cuenta las tipificaciones efectuadas en las sentencias definitivas y, cuando aquellas no existen por no haberse dictado en el proceso, las realizadas en la sentencia interlocutoria de inicio del procedimiento. En los casos de pluralidad de delitos hemos optado por ingresar el dato del delito más grave según la ponderación realizada por el legislador en la ley penal.

En Maldonado se observa en los períodos analizados una evidente preponderancia de los hurtos, que representaron el 58% del total de infracciones, seguidos por las rapiñas, con el 22%.

En Montevideo la situación también ha tenido cierta homogeneidad. Si bien las rapiñas habían registrado un importante aumento en 2006, en los siguientes períodos se registraron proporciones más bajas. Los porcentajes referidos a las rapiñas han oscilado entre el 49 y el 69%. El siguiente delito relevante es el hurto, que ha oscilado entre el 32 y el 16%, con el 20% de los casos en 2007 y 2008. El resto de las infracciones no presentaron porcentajes significativos.

En Paysandú encontramos varias peculiaridades. Al igual que en el resto de los departamentos del interior, las mayores proporciones corresponden a los hurtos. Pero en este caso, a diferencia de lo observado en Maldonado y al igual que en Salto, las rapiñas tienen un porcentaje bajo. Esto diferencia la situación de ambos departamentos de lo que ocurre en Maldonado, y también, evidentemente, en la capital.

En Salto las mayores proporciones corresponden a los hurtos. Las rapiñas representan tan solo el 7% del total de infracciones en los cuatro períodos analizados.

47. Cf. Voz y Vos, Agencia de Comunicación por la Infancia y la Adolescencia, "Niñez y adolescencia en la prensa escrita uruguaya", en Paula Baleato (ed.), *Monitoreo de medios. Informe de resultados 2008*, Voz y Vos, UNICEF, Montevideo, 2009.

Gráfico 17

**Total de infracciones
Maldonado
Todos los períodos**

En porcentajes

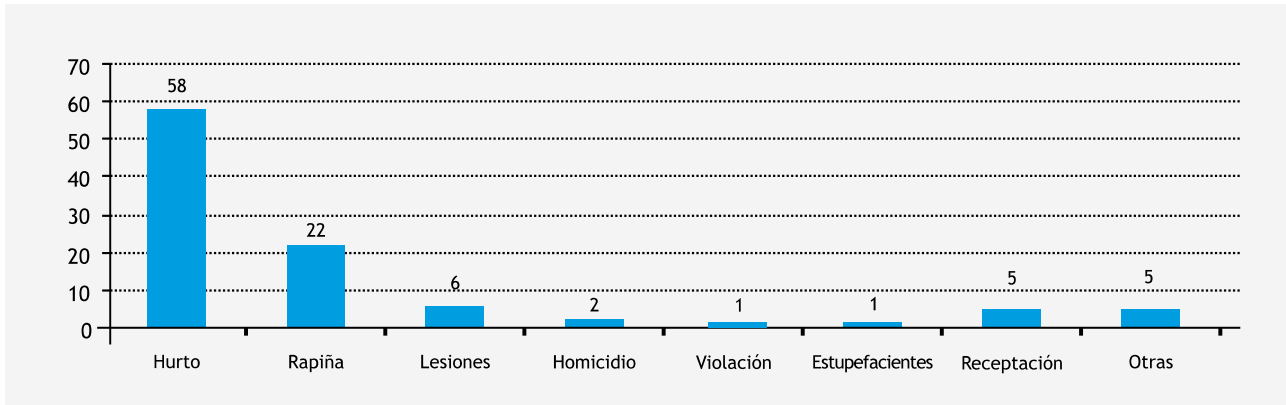


Gráfico 18

**Total de infracciones
Montevideo
Todos los períodos**

En porcentajes

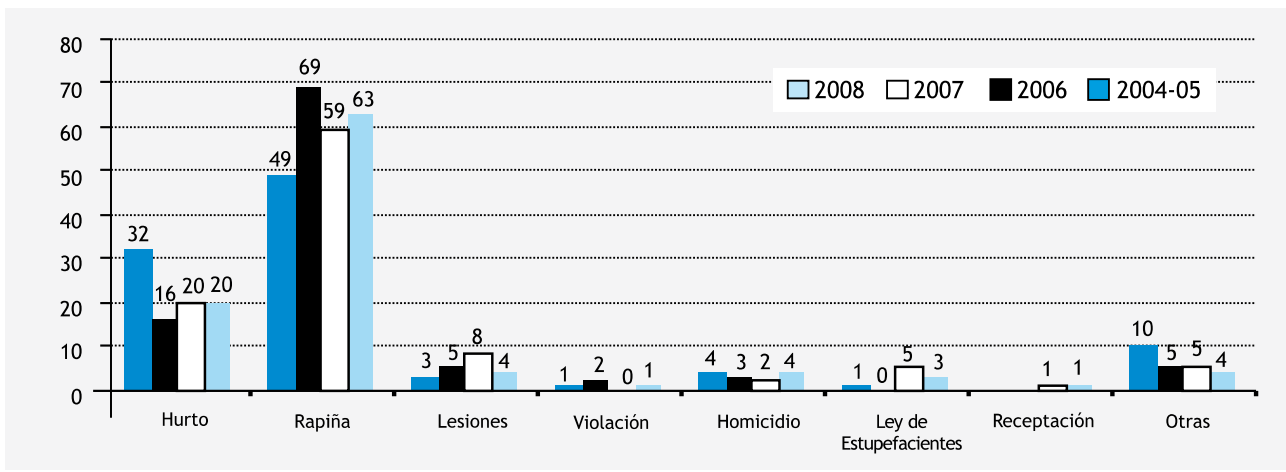


Gráfico 19

**Total de infracciones
Paysandú
Todos los períodos**

En porcentajes

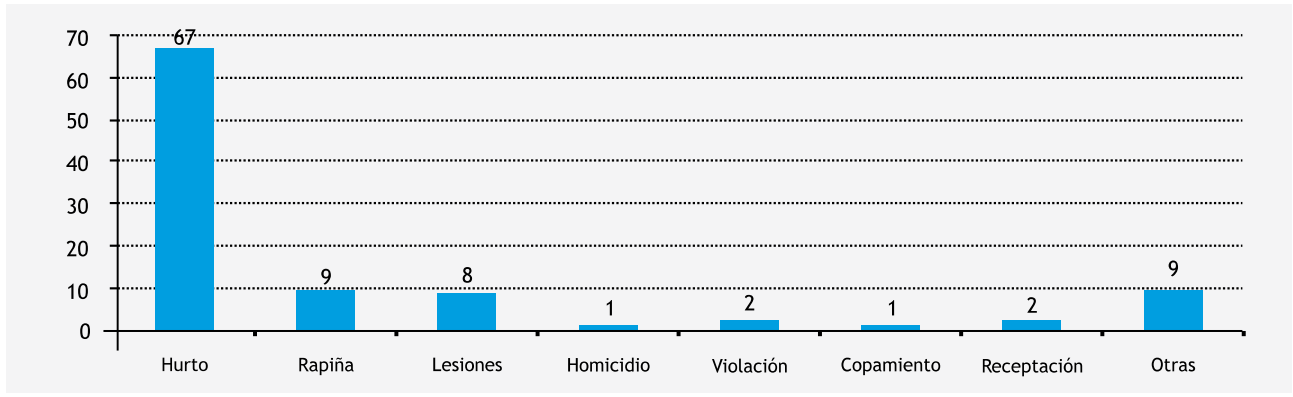
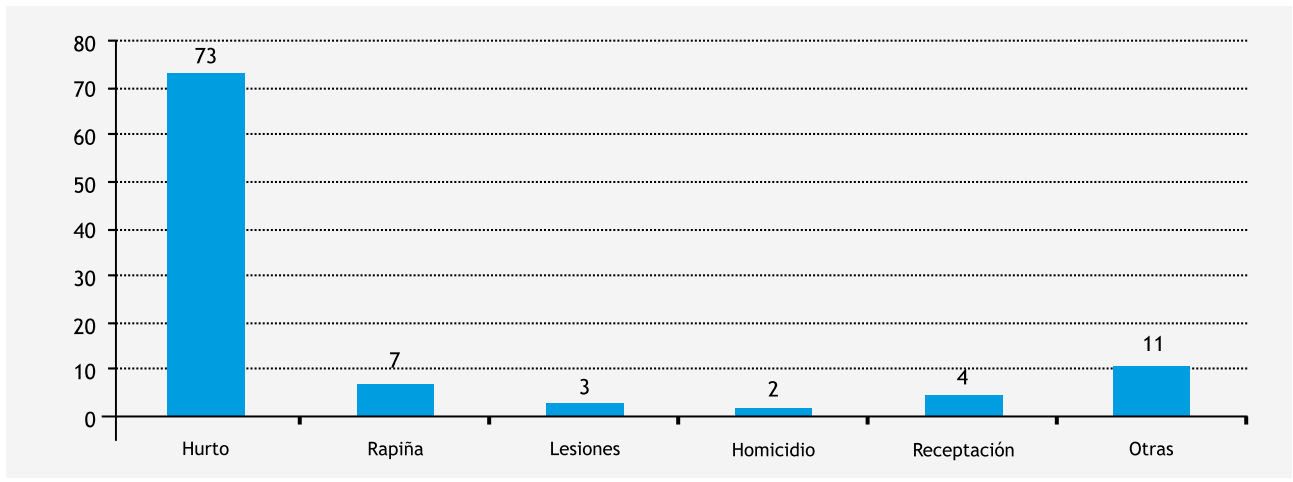


Gráfico 20

**Total de infracciones
Salto
Todos los períodos**

En porcentajes



3. Circunstancias de las infracciones

Existe una tendencia de algunos comunicadores y sectores políticos a afirmar —sin ninguna base objetiva— que existe una disminución de la edad de los adolescentes que incurren en infracciones a la ley penal. En el presente apartado intentaremos abrirnos paso entre esos relatos con nuestros datos.⁴⁸

En Montevideo no pueden quedar dudas de que esa tendencia no existe. Los adolescentes de 13 años aparecen con porcentajes bajos en todos los períodos, y hay tendencia a una mayor concentración de los delitos en las edades más avanzadas.

En cuanto al sexo de los adolescentes, la preeminencia porcentual de los varones ya ha

sido señalada. Son pocos los casos en que las adolescentes son intervenidas. Este fenómeno se da también en los departamentos del interior analizados.

En Maldonado es aún más clara la tendencia a una mayor intervención judicial sobre los adolescentes en las edades tope del sistema. En 2007 únicamente se registraron tres casos de adolescentes de 13 años en la muestra, que representaban un 5% del total, y en todos ellos se trató de delitos contra la propiedad. En Salto se destaca la inexistencia de infracciones por adolescentes de 13 años en los dos primeros períodos analizados, y solo dos casos en 2007. En ese año hubo en Paysandú un único caso en el que fue intervenido un adolescente de 13 años.

Cuadro 6

Distribución de las infracciones por edad de los adolescentes Montevideo

En porcentajes

Edad	13				14				15			
	2004-2005	2006	2007	2008	2004-2005	2006	2007	2008	2004-2005	2006	2007	2008
Hurto	3,4	9,5	7,7	—	17,2	—	2,6	9,1	17,2	23,8	15,4	9,1
Rapiña	4,3	7,9	4,3	5,4	8,7	9,0	16,2	8,0	18,5	19,1	13,7	20,5
Lesiones	—	—	5,9	—	—	14,3	17,6	28,6	42,9	28,6	23,5	—
Violación	—	—	—	—	100,0	—	—	—	—	50,0	—	—
Homicidio	—	—	—	—	—	—	—	12,5	11,1	25,0	50,0	12,5
Ley de Estupefacientes	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	50,0

Edad	16				17			
	2004-2005	2006	2007	2008	2004-2005	2006	2007	2008
Hurto	27,6	38,1	23,1	39,4	34,5	28,6	51,3	42,4
Rapiña	29,3	31,5	25,6	28,6	39,1	32,6	40,2	37,5
Lesiones	42,9	14,3	23,5	14,3	14,3	42,9	29,4	57,1
Violación	—	—	—	—	—	50,0	—	100,0
Homicidio	22,2	25,0	25,0	12,5	66,7	50,0	25,0	62,5
Ley de Estupefacientes	—	—	50,0	—	100,0	—	50,0	50,0

48. Los datos siguientes fueron calculados sobre los casos en los que se inició procedimiento a los adolescentes, ya que en el resto no existe una tipificación de las conductas. Por eso los totales pueden no ser coincidentes con los referidos en el apartado correspondiente a los datos generales.

En las infracciones consideradas más violentas (homicidio, violación y lesiones), la concentración en los últimos tramos de edad del sistema es aún más evidente en todos los departamentos.

En cuanto a la autoría de las infracciones, se observan realidades diferentes. En Maldonado y Montevideo las cometidas individualmente se encuentran representadas por porcentajes que, si bien han ido en aumento, son relativamente bajos en relación con las restantes categorías, excepto en Maldonado en el último período analizado. Sin embargo, en los restantes departamentos las infracciones cometidas en forma individual son mayoritarias en casi todos los períodos.

Si bien existen variaciones según los departamentos en cuanto al horario en que se cometen las infracciones, resulta llamativo constatar algunas características que se repiten en todos los períodos. Los porcentajes son importantes en los tramos comprendidos entre el mediodía y la medianoche.

En Montevideo se advierte una concentración de las infracciones en algunos barrios. En 2008 estos fueron, por orden decreciente: Pocitos (10,8%), Ciudad Vieja (5,8%), Parque Rodó (5%), Malvín (5%), Carrasco (5%) y Cerro (5%).

Tal como surge del gráfico 22, se registra una tendencia creciente a que los adolescentes sean capturados en barrios distintos a los de su

Cuadro 7

**Distribución de las infracciones por sexo de los adolescentes
Montevideo**

En porcentajes

Infracción	Masculino				Femenino			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Hurto	100,0	100,0	97,4	100,0	—	—	2,6	—
Rapiña	91,3	89,9	88,1	94,7	8,7	10,1	11,9	5,3
Lesiones	100,0	71,4	88,2	100,0	—	28,6	11,8	—
Violación	100,0	100,0	—	100,0	—	—	—	—
Homicidio	88,9	75,0	100,0	75,0	11,1	25,0	—	25,0
Ley de Estupefacientes	100,0	—	70,0	83,3	—	—	30,0	16,7

Cuadro 8

Autoría de la infracción

En porcentajes

	Maldonado				Montevideo			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Individual	20	25	26	48	27	29	39	34
Con otra persona	46	48	44	40	47	44	32	33
En grupo	34	27	30	12	26	27	29	33

	Paysandú				Salto			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Individual	42	63	48	41	27	44	44	52
Con otra persona	28	11	29	32	48	20	31	21
En grupo	30	26	24	27	24	36	25	27

residencia. Esto probablemente obedezca al aumento de los controles policiales y al patrullaje en los barrios residenciales y céntricos.

En cuanto al uso de armas, en el primer año de aplicación del CNA estas fueron utilizadas en un 48% de los casos en Montevideo, y no se usó ningún arma para cometer la infracción en un

80, un 89 y un 94% de los casos en Maldonado, Paysandú y Salto, respectivamente.

Tal como surge del cuadro 9, Montevideo es el departamento con los porcentajes más altos de utilización de armas, con un 22% de armas de fuego y un 16% de armas blancas. En 2006 se observa la utilización de armas en un 42% de

Gráfico 21

**Infracciones por tramos horarios
Todos los departamentos**

En porcentajes

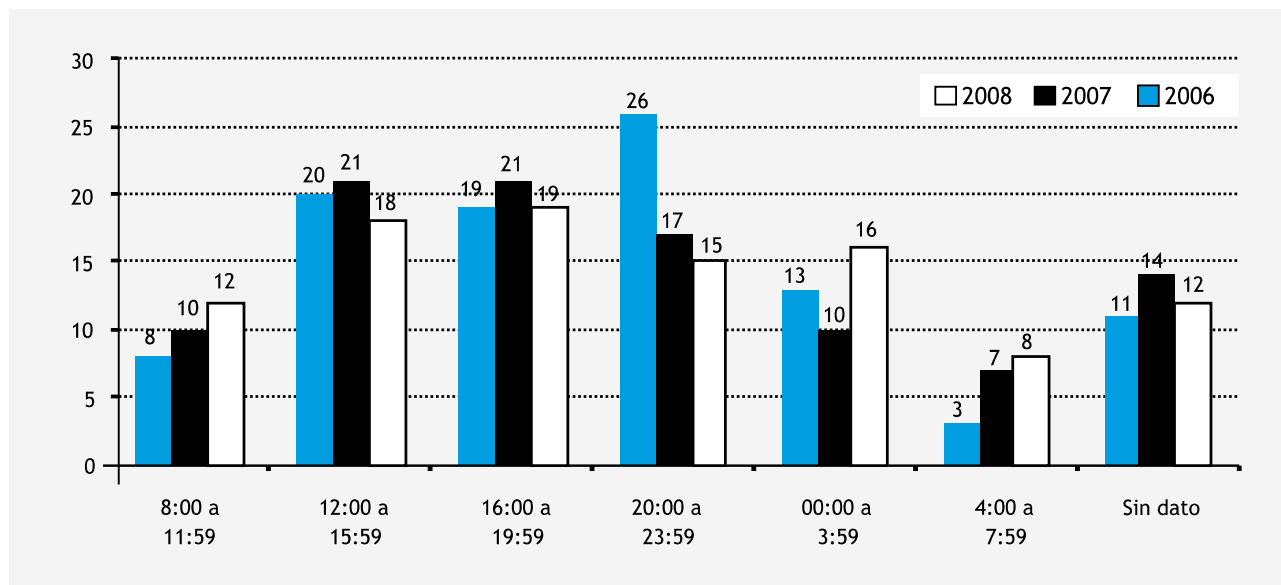
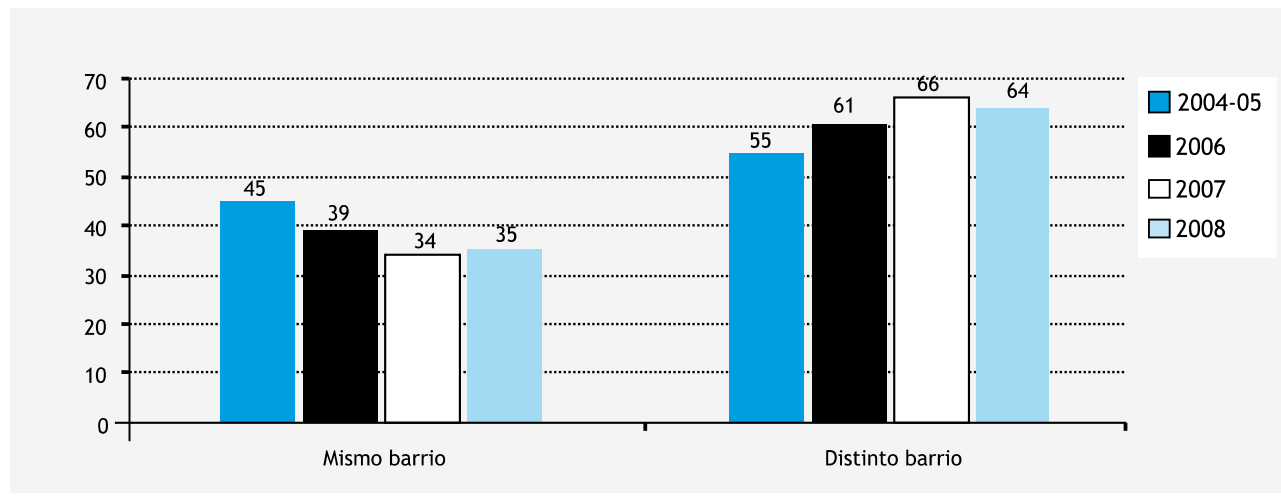


Gráfico 22

**Si la infracción es cometida en el mismo barrio de residencia
Montevideo**

En porcentajes



Cuadro 9

Uso de armas en la infracción								
En porcentajes								
	Maldonado		Montevideo		Paysandú		Salto	
	2007	2008	2007	2008	2007	2008	2007	2008
Ninguna	84,4	81,8	46,5	42,9	75,0	69,0	93,5	81,8
Arma de fuego	6,3	9,1	24,5	24,2	8,3	21,1	3,2	6,1
Arma blanca	7,8	7,6	22,5	22,0	5,6	6,9	3,2	9,1
Simulador de arma/otras	1,6	1,5	6,5	2,1	11,1	12,0	0,0	3,0

los casos en Montevideo, mientras que en Maldonado, Paysandú y Salto no se usó ningún arma para cometer la infracción en un 82, un 78 y un 91% de los casos, respectivamente. Ese año Montevideo fue el departamento con los porcentajes más altos de utilización de armas, con un 26% de armas de fuego y un 24% de armas blancas.

Acerca de esta temática, no podemos dejar de mencionar que en Uruguay existe una gran cantidad de armas de fuego en manos de particulares.

4. Las víctimas

La definición de un comportamiento como delictivo y el inicio de un procedimiento de tipo penal juvenil implican la transformación de un conflicto entre dos individuos en un conflicto entre el adolescente y el Estado. En este proceso, a la víctima se le expropia el conflicto para imponerle al autor de la conducta infraccional una pena que no contempla la satisfacción de los intereses de aquella.

El CNA refiere en varias oportunidades a la situación de las víctimas de las infracciones. En el artículo 76.2 expresa que pueden comparecer

en la audiencia preliminar siempre que no exista peligro para su seguridad. Este factor vuelve a ser tomado en cuenta en los numerales 5.2 y 5.5.B del mismo artículo, donde se dispone que las medidas cautelares privativas de la libertad solo pueden aplicarse cuando, entre otras cosas, sean indispensables para la seguridad de la víctima. Asimismo, en el numeral 10.º de ese artículo vuelve a hacerse referencia a la víctima, al disponerse que, si esta lo solicita, puede participar también en la audiencia final. El artículo 80, en sus literales F y 82, refiere a la posibilidad de reparar el daño o dar satisfacción a la víctima, disposición a la que nos referiremos más adelante.

En los expedientes analizados suele haber referencias muy claras a la existencia de una víctima. En 2008 encontramos que se identificó en el expediente a una o varias personas como víctimas o damnificados en el 94% de los casos en Maldonado, el 95% en Montevideo, el 47% en Paysandú y el 97% en Salto. En 2007 los porcentajes fueron menores en Maldonado y Montevideo, con el 89 y el 93% respectivamente; hubo un aumento en Paysandú, con el 83%, y se reiteró la proporción anterior en Salto.

Cuadro 10

Sexo de las víctimas								
En porcentajes								
	Maldonado				Montevideo			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Masculino	65	63	61	60	59	63	59	54
	Paysandú				Salto			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Masculino	77	59	61	66	75	72	60	73

Cuadro 11

Edades de las víctimas, por franjas				
En porcentajes 2008				
	Maldonado	Montevideo	Paysandú	Salto
0-12 años	4,9	4,1	25,0	
13-29 años	39,5	52,9	34,4	48,5
30-59 años	48,1	37,1	34,4	33,3
Más de 60 años	7,4	5,9	6,3	18,2

En cuanto al sexo de las víctimas, en todos los períodos y en todos los departamentos encontramos que los mayores porcentajes han correspondido a varones.

Cuando observamos las edades de las víctimas, el mayor porcentaje en el departamento de Maldonado se concentra en el tramo de 30 a 59 años, mientras que en Montevideo y Salto se ubica en el tramo de 13 a 29. En Paysandú hay paridad entre ambos tramos.

Los porcentajes en el primer tramo de edad son muy bajos en todos los casos y en todos los períodos, y también se registran proporciones relativamente bajas en el tramo de más de 60 años.

La proporción de personas físicas que expresaron haber sufrido lesiones fue baja en todos los departamentos, excepto en Paysandú. En 2007 y 2008 esto se registró en el 16 y el 13% de los casos en Maldonado, el 23 y el 18% en Montevideo, el 33 y el 37% en Paysandú, y el 12 y el 16% en Salto. En el período anterior, Montevideo tuvo el 25%, Paysandú el 18% y Maldonado el 18%, mientras que en Salto no se registraron casos. En el primer año de aplicación del CNA, las víctimas que expresaban haber sufrido lesiones habían alcanzado el 31% en Montevideo, el 18% en Maldonado, el 17% en Paysandú y el 14% en Salto. En este sentido, se puede decir que existe una disminución de los efectos violentos de las infracciones de los adolescentes en el último período estudiado.

5. Conclusiones

De los datos analizados se evidencia que existe una brecha entre lo que surge del discurso generalmente amplificado por los medios de comunicación y por algunos sectores políticos,

y lo que efectivamente ocurre en nuestros tribunales. En efecto, ni existe una disminución de la edad de los adolescentes que incurren en infracciones a la ley penal, ni las infracciones son cada vez más graves. Por el contrario, existe una tendencia a una mayor concentración de los delitos en las edades más avanzadas, y las infracciones violentas son las que tienen los porcentajes más bajos. La proporción de personas físicas que expresaron haber sufrido lesiones fue baja en todos los departamentos.

El sistema penal juvenil sanciona y reprime infracciones contra la propiedad en forma más que preponderante. Así ha sido desde que comenzamos a realizar un seguimiento del Código de la Niñez y la Adolescencia. Relacionar este fenómeno con el proceso de creciente pauperización y vulneración de los derechos económicos y sociales de la población menor de 18 años de edad en la última década es tan impreciso como inevitable.

También es inevitable referir a la realidad de un sistema penal como el de Uruguay, que pone al derecho de propiedad en el pináculo de todos los bienes jurídicos, sobredimensionando su tutela. Es esta característica de nuestro sistema penal la que se encuentra detrás de la pretensión de modificar el CNA a los efectos de criminalizar conductas contra la propiedad que ni siquiera lesionan este bien jurídico, como es el caso de la tentativa de hurto. De tener éxito estas iniciativas, lo que ocurriría es una reafirmación del carácter selectivo del sistema penal y una profundización del proceso de deslegitimación en el que se encuentra inmerso. Además de aumentar la cantidad de adolescentes privados de libertad y la violencia de un sistema saturado e ineficiente.

V. Segmento judicial, racionalidad y alternativas

1. Planteamiento del problema

La justicia penal juvenil en Uruguay se desarrolla de espaldas a la normativa, en el marco de prácticas carentes de racionalidad. Uno de los aspectos en los que esto se evidencia fuertemente es el que tiene que ver con la inexistencia de alternativas a la construcción penal de los conflictos.

En prácticamente todos los países del continente existen alternativas serias al proceso penal, y no solo existen sino que además son utilizadas en los tribunales. La Convención sobre los Derechos del Niño exige que los Estados parte promuevan, siempre que sea apropiado y deseable:

La adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.⁴⁹

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación sobre este artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha señalado:

Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes solo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios [sociales] [es decir, remi-

sión de casos], que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.⁵⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que una jurisdicción especializada para niños en conflicto con la ley debe caracterizarse, “en primer lugar”, por:

La posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales.⁵¹

Las alternativas a los procesos judiciales son instrumentos de política criminal que apuntan a reducir el impacto que genera en el niño el ser sometido a un juicio penal, así como la actividad procesal, evitando la formalización de un juicio penal. Conforme a la normativa internacional de derechos humanos, se debe limitar al mínimo indispensable el uso del sistema de justicia penal juvenil, disminuyendo la intervención punitiva del Estado. La Corte Interamericana se ha referido a la necesidad de implementar “medios alternativos de solución de controversias”⁵² y ha determinado:

La posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales es una característica de la exigencia de especialización de las leyes, procedimientos y jurisdicción a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia.⁵³

49. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.3.b.

50. Observación General n.º 10 del Comité de los Derechos del Niño, § 24.

51. Caso Instituto de Reeducción del Menor, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C, n.º 112, § 211.

52. Opinión consultiva OC-17/2002, § 119.

53. Caso Instituto de Reeducción del Menor, § 211.

Este tipo de alternativas, según la Corte, procura:

Reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal.⁵⁴

Adicionalmente al problema derivado de la casi nula utilización de las alternativas al proceso penal, encontramos una utilización irracional de algunas herramientas desjudicializadoras, como el principio de oportunidad.

2. Principio de oportunidad y la racionalidad del sistema

El principio de oportunidad constituye un “remedio” generado por el derecho procesal de nuestra tradición jurídica para neutralizar —o reducir a parámetros tolerables— las consecuencias negativas del principio de la persecución penal pública obligatoria.⁵⁵ Implica la posibilidad de que cuando el conflicto llega a la instancia judicial se decida no iniciar un procedimiento al respecto. De acuerdo con este principio, cuando se toma conocimiento de hechos punibles puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos.

El primer momento en el que opera este principio es cuando la autoridad policial se comunica telefónicamente con el juez competente de turno y este determina si el caso va a ingresar o no al segmento judicial.⁵⁶ La irracionalidad del sistema queda en evidencia cuando analizamos la forma en que los jueces ponen en práctica estos criterios. En Montevideo, un adolescente puede

tener probabilidades muy distintas de terminar inmerso en un proceso judicial, según la fecha en que sea atrapado. Esta suerte de práctica caprichosa e irracional del sistema evidentemente deslegitima aún más sus intervenciones.

La diferencia en la distribución de asuntos constatada en el marco de nuestro relevamiento de expedientes ha sido observada también por el propio Poder Judicial, tal como surge del cuadro 12.

Cuadro 12

Asuntos iniciados por año según turno en Montevideo				
Turno	2005	2006	2007	2008
1	349	148	140	167
2	334	220	203	275
3	367	128	179	173
4	119	40	50	55
Total	1.169	536	572	670

Fuente: Poder Judicial, *Anuario estadístico 2006, 2007 y 2008*.

Nota: Corresponde expresar que estos datos incluyen los asuntos iniciados, las actuaciones sueltas, las indagatorias y los procesos infraccionales.

Un adolescente seleccionado por el segmento policial durante el 2.º turno en 2007 tenía cuatro veces más probabilidades de quedar inmerso en un proceso penal que si había sido seleccionado durante el 4.º turno, y en 2008 cinco veces más. Esta problemática no se observa en los restantes departamentos en forma tan clara, salvo en Paysandú, donde en 2007 y 2008 el porcentaje de casos penales de uno de los juzgados prácticamente duplicó al del otro, con la característica de que, mientras en el primero de los años referidos la mayor cantidad de

54. *Ibidem*, § 212.

55. Alberto Bovino y Christian Hurtado, “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal”, ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, 25 al 28 de septiembre de 2002.

56. En Montevideo se dieron varios cambios en los planos institucional y reglamentario. Por la acordada n.º 7550, del 11 de mayo de 2005, se creó el Juzgado Letrado de Adolescentes de 4.º Turno, que quedó constituido a partir del 20 de junio de 2005, con la misma jurisdicción y competencia de los restantes juzgados letrados de Adolescentes. Posteriormente, la acordada n.º 7565, del 13 de marzo de 2006 y vigente a partir del 1.º de abril de ese año, dispuso que todas las resoluciones adoptadas en forma telefónica durante los turnos en las materias Penal, Familia Especializada, Faltas, Adolescentes y Aduana en el departamento de Montevideo deben ser registradas y conservadas en cada juzgado.

expedientes correspondió al 2.º turno, en el siguiente esto ocurrió con el otro turno.

El artículo 76.2 del CNA regula específicamente la audiencia preliminar. Expresa 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 “infracciones que lo justifiquen” es una clara referencia al principio de oportunidad reglada, previsto en el artículo 74.L del mismo Código. La aplicación del principio de oportunidad —en el marco del respeto del principio de igualdad o no discriminación— es recomendable en tanto implica una minimización del control socio-penal sobre los adolescentes, consecuente con las ideas fuerza que han impulsado a la CDN y el CNA, pero es preciso dotar de racionalidad al sistema.

3. Medios alternativos de solución de los conflictos y justicia restaurativa

La reparación, la compensación y la restitución en el resultado del acuerdo también son elementos de justicia restaurativa, como medios para reparar el daño provocado y alentar además al niño a hacerse responsable de las consecuencias del delito cometido. La normativa que alienta la utilización de este tipo de medidas es abundante, así como los estudios empíricos que reconocen su efectividad socioeducativa. Sin em-

bargo, el empleo de estas herramientas es inexistente o apenas testimonial.

La CDN no habla de *justicia restaurativa*, concepto que es posterior a ella, pero refiere a la conveniencia de adoptar medidas en el marco de procesos distintos a los judiciales. El CNA recoge la idea de una justicia restaurativa en diversas normas y especialmente en el artículo 83, donde se establece un proceso restaurativo por el cual se devuelve el conflicto a sus titulares. Nuestra normativa se refiere también a los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia.

En cuanto a la utilización del mecanismo previsto en el artículo 83 del CNA, en los dos primeros períodos analizados encontramos un solo ejemplo en cada uno de derivación del caso a mediación en la audiencia preliminar, ambos en Montevideo. En 2007 y 2008 no registramos ningún caso.

4. Conclusiones y recomendaciones

En el marco del sistema penal juvenil se deben desarrollar estándares mínimos para la utilización de procesos restaurativos y demás formas de desjudicialización de los conflictos, en orden a la vigencia de las garantías del debido proceso y el principio de inocencia.

En cuanto a la aplicación el principio de oportunidad, debe reglarse el ejercicio de dichas facultades a los efectos de evitar el trato discriminatorio o vulneratorio de otros principios. También en este caso, la irracionalidad del sistema conduce inexorablemente a agravar su crisis de legitimidad.

VI. Las primeras horas, en las que pasa todo

1. Planteamiento del problema

La forma de funcionamiento del sistema penal juvenil hace que las primeras horas del proceso sean fundamentales. Esto se debe a diversas causas, y la primera es la preponderancia de la prueba policial, diligenciada en la forma en que se analizó antes. La segunda es la prácticamente nula actividad probatoria que las partes del proceso (especialmente la Defensa) desarrollan una vez iniciado el procedimiento. Esto último constituye en sí mismo un grave problema del sistema, que será analizado en el presente capítulo.

En este escenario, el memorándum o parte policial, junto con la prueba que se diligencie en la audiencia preliminar, terminan sellando la suerte del adolescente que será sometido a proceso.

2. La audiencia preliminar

El CNA instaura un procedimiento oral por audiencias. La audiencia preliminar es la primera del proceso y está regulada básicamente en los artículos 76.2 y 108 de ese Código. El último de ellos refiere en general a todas las audiencias, y dispone que el juez debe presidirlas, bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional, y que igual deber compete al Ministerio Público, a la Defensa y a los técnicos asesores a quienes el juez requiera opinión. De acuerdo con este último artículo, sin la presencia del adolescente no se puede llevar a cabo ninguna audiencia.

El artículo 76.2 del CNA, a su vez, regula específicamente la audiencia preliminar. En cuanto al plazo para la realización de esta audiencia, entendemos que en ningún caso se puede exceder las 24 horas constitucionales cuando se produce una detención. Pero si no hubo detención, la

redacción del artículo permite interpretar que en el mismo plazo debe disponerse la realización de una audiencia preliminar.

En Maldonado, la fecha de la detención coincidió en el 53, el 37 y el 40% de los casos con la de la audiencia preliminar para los períodos 2006, 2007 y 2008, respectivamente. En Montevideo, la coincidencia señalada ocurrió en el 28, el 27 y el 26% de los casos; en Paysandú en el 25, el 35 y el 28%, y en Salto en el 32, 39 y 35%, en todos los casos para los mismos períodos, respectivamente.

a. La inexistencia de una audiencia preliminar

La audiencia, entendida como momento de encuentro en el cual el tribunal escucha a las partes, nunca se desarrolla. Tal como veremos, el adolescente no permanece en la audiencia sino que participa con su declaración generalmente al final, cuando ya se ha reunido la semiplena prueba en su contra. Esto se observa en la forma de documentar audiencia, normalmente en varias actas enmarcadas en un perfil indagatorio muy similar al desarrollado en la época anterior al CNA. Todo ello implica, a la luz de los principios generales del CGP, una clara desnaturalización de la audiencia preliminar.

En 2007 y 2008 encontramos que en Montevideo, en el 97 y el 98% de los expedientes, las audiencias se documentan en varias actas.

De acuerdo con lo observado, sostenemos que existe cierta resistencia a abandonar el método de audiencias indagatorias. Asimismo, la multiplicidad de actas provoca un dificultoso control de las firmas. Las audiencias en materia civil o de familia por lo general son documentadas en un acta única, firmada por las partes del proceso una vez que termina esa instancia.

b. Quiénes intervienen

El CNA establece la presencia preceptiva en la audiencia, de los adolescentes, la Defensa, el Ministerio Público y el juez. En la generalidad de los casos, en los cuatro departamentos analizados se verifica la presencia de esos sujetos, aunque no constan sus firmas en todas las actas en las que se documenta esta etapa del proceso.

Un régimen de justicia imparcial respetuoso de la dignidad del adolescente debe asegurar su derecho a expresar sus opiniones libremente y a participar en todas las etapas del proceso.⁵⁷ Esto implica el derecho a ser escuchado directamente o a permanecer en silencio en todas las etapas.

Afirmar que el niño es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones relativas a la respuesta más apropiada que debe darse a las alegaciones de que ha infringido la ley penal.⁵⁸

El derecho del niño a ser oído impacta sobre el sistema penal juvenil y obliga a que se le deba proporcionar la oportunidad de expresar sus opiniones, las cuales deben ser tomadas en cuenta. El derecho a participar de manera efectiva en el proceso requiere información adecuada y garantías.

En relación con la presencia del adolescente, el artículo 76.2 del CNA establece que el juez, al interrogarlo, debe hacerle conocer en términos accesibles los motivos de la detención y los derechos que le asisten. La declaración del adolescente ocurre generalmente al final de la audiencia, por lo que se documenta en la última o penúltima acta, antes de que se le dé intervención al Ministerio Público para que solicite o no el inicio del procedimiento y la adopción de medidas cautelares.

No hay duda de que el derecho de un niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser escuchado es fundamental para un juicio imparcial. También es evidente que el niño tiene derecho a ser escuchado directamente y no solo por medio de un representante o de un órgano apropiado, si es en el interés superior del niño. Este derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, desde la fase instructora, cuando el niño tiene derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el Fiscal y el Juez de Instrucción, hasta la fase resolutoria y de ejecución de las medidas impuestas.⁵⁹

Acerca de la presencia de los padres o responsables en la audiencia preliminar, la legislación anterior expresaba que se debía interrogar a los representantes legales.⁶⁰ El CNA solo indica que se procurará la presencia de los padres o responsables de los adolescentes. Por su parte, la regla 15.2 de Beijing establece en relación con este punto:

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 de los responsables 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 compareciente sobre los alcances de las resoluciones que allí se podían adoptar. La solución del CNA es inconvenien-

57. CDN, artículo 12 y artículo 40.2.b.iv. Cf. Ricardo Pérez Manrique, "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 8, Santiago de Chile, noviembre 2006.

58. Comité de los Derechos del Niño, Observación general n.º 10, "Los derechos del niño en la justicia de menores", § 46.

59. *Ibidem*, § 44.

60. Artículo 114 inciso 1.º del Código del Niño, en la redacción dada por la ley n.º 16707 (de Seguridad Ciudadana), del 12 de julio de 1995.

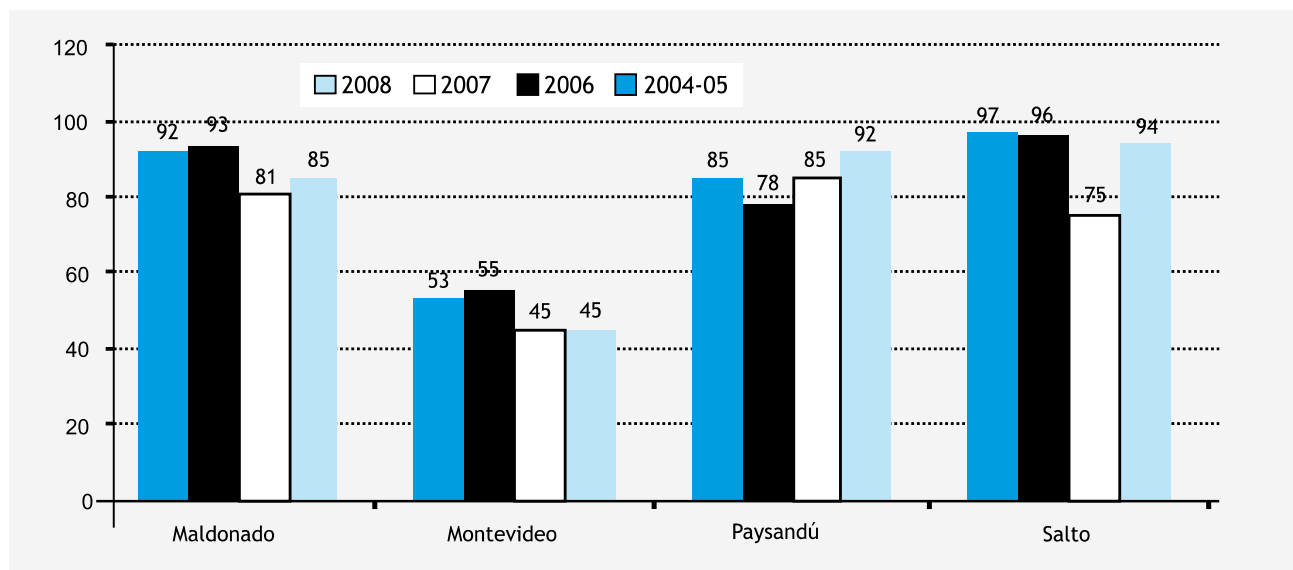
te e inexplicable, en tanto —como veremos— la presencia de los padres o responsables en la instancia judicial termina constituyendo un factor importante en relación con las medidas que se adoptan.⁶¹

Respecto 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.

Gráfico 23

Presencia de los padres o responsables en la audiencia preliminar

En porcentajes



Cuadro 13

Quiénes comparecen a la audiencia preliminar

En porcentajes

	Maldonado				Montevideo			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Progenitores	97,8	92,9	91,3	94,2	90,5	88,1	91,8	85,6
Otros familiares	2,2	2,4	5,3	5,8	7,4	10,4	7,0	10,8
Otros no familiares	—	4,8	3,5	—	2,1	1,5	1,2	3,6

	Paysandú				Salto			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Progenitores	89,7	100,0	89,7	75,0	87,5	87,5	88,5	93,1
Otros familiares	10,3	—	3,4	13,6	12,5	12,5	11,5	6,9
Otros no familiares	—	—	6,9	11,4	—	—	—	—

61. Cf. Comité de los Derechos del Niño, Observación general n.º 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, § 54:

“Que los Estados Partes dispongan expresamente por ley la mayor participación posible de los padres o los representantes legales en el procedimiento incoado contra el niño. Esta participación generalmente contribuirá a que se dé una respuesta eficaz a la infracción de la legislación penal por el niño. A fin de promover la participación de los padres, se notificará a éstos la detención del niño lo antes posible”.

En cuanto a la presencia de testigos, se observa en Montevideo una caída del porcentaje de expedientes en los que encontramos este tipo de declaraciones. En el último período analizado el porcentaje es excesivamente bajo. Los departamentos en los que se advierten las mayores divergencias entre los distintos períodos son Paysandú y Salto.

La presencia de las víctimas en esta etapa del procedimiento constituye un elemento que podría verse como altamente positivo, ya que permitiría un primer acercamiento víctima-ofensor, con vistas al desarrollo de una estrategia de mediación como solución alternativa al conflicto. Sin embargo, por la propia dinámica del desarrollo del procedimiento, los adolescentes y las víc-

Gráfico 24

Presencia de testigos en la audiencia preliminar

En porcentajes

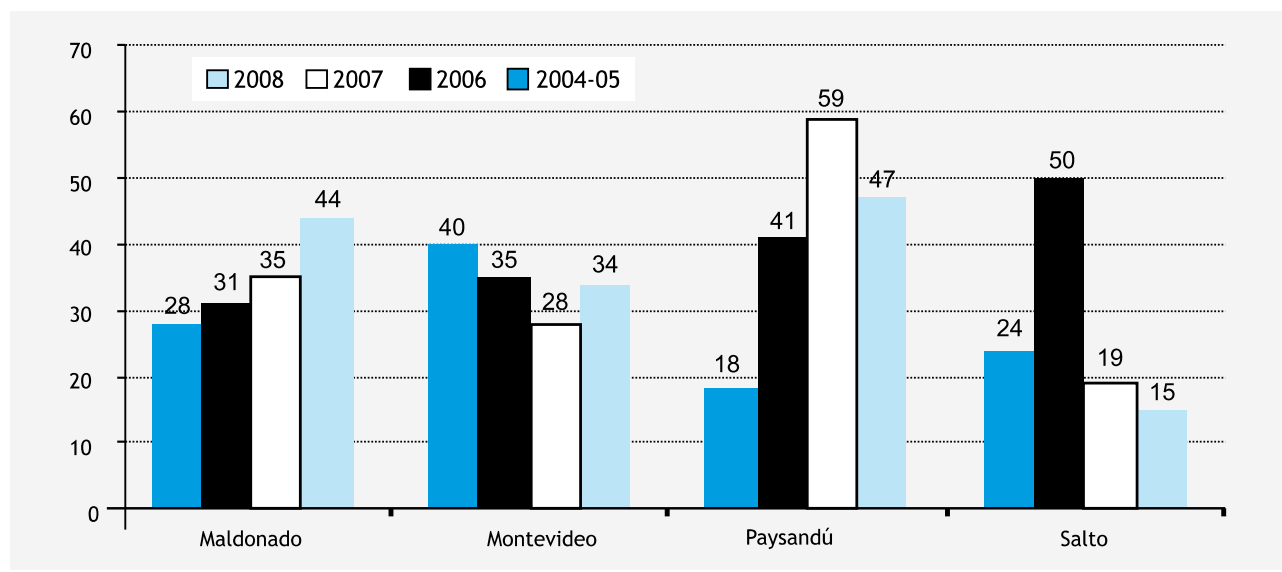
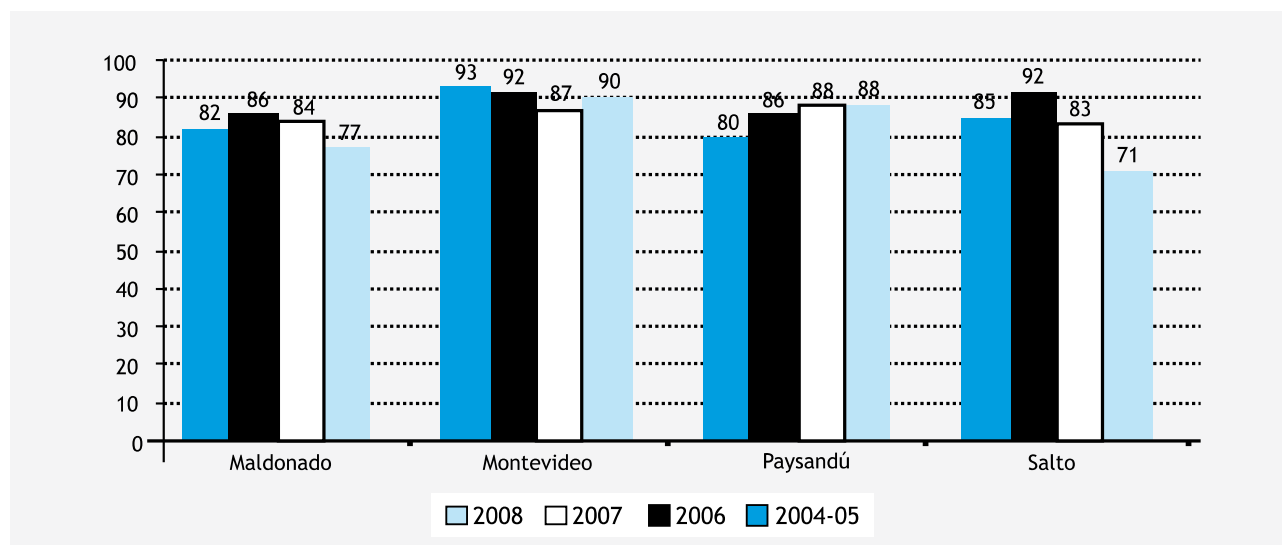


Gráfico 25

Presencia de las víctimas en la audiencia preliminar

En porcentajes



timas no comparten el espacio de audiencia. Esto conspira contra la posibilidad de que —en aplicación del artículo 83— se efectúen derivaciones a instancias de mediación o se celebren acuerdos en los que se establezca la obligación de reparar el daño o de proveer satisfacción a la víctima. Asimismo, en tres de los cuatro departamentos analizados se registra una caída del porcentaje de casos en los que consta la presencia de las víctimas o damnificados en las audiencias.

3. La actividad probatoria

a. Colaboración policial

La autoridad policial, además de desarrollar actividad probatoria en la etapa previa a la intervención propiamente judicial, usualmente interviene en la audiencia preliminar. El CNA, al referirse a la actividad probatoria en el numeral 3.º del artículo 76, refiere al deber de la Policía de colaborar en lo que le sea requerido. Generalmente la colaboración consiste en la declaración de funcionarios policiales —de costumbre el aprehensor— en la audiencia preliminar.

Cuadro 14

Se requiere colaboración de la policía Montevideo				
En porcentajes				
	2004-05	2006	2007	2008
Sí	61	43	51	34
No	39	57	49	66

En los departamentos analizados del interior encontramos una situación diversa. En Maldonado, en el primer año de aplicación del CNA, los casos en los que se registraba este tipo de colaboración alcanzaban el 20%; en 2006 aumentaron al 24%, en 2007 al 26% y en 2008 bajaron al 14%. También en Paysandú encontramos porcentajes más bajos. Allí, en el primer período se registró este tipo de colaboración en el 9% de los casos, en 2006 en el 4%, en 2007 en el 12% y en 2008 en el 10%. Por último, en Salto los porcentajes fueron el 15, el 6 y el 3% de los casos en los primeros tres períodos analizados, respectivamente, sin ningún caso en 2008. Estos datos, los relativos a la prueba diligenciada en sede policial

y la utilización de estas pruebas en las sentencias, implican una seria deficiencia del sistema penal juvenil a la luz de los principios del debido proceso.

b. La prueba ordenada

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 el defensor. Es llamativo que esta disposición no refiera a la posibilidad del juez de rechazar prueba o de disponer prueba distinta a la solicitada por esos actores procesales, sin perjuicio de la aplicación en cuanto corresponda de las normas generales en referencia a las facultades del tribunal.

En el gráfico 26 se observa que Salto es el departamento donde se verifican los mayores porcentajes de decretos que disponen medidas probatorias al final de la audiencia preliminar, excepto en el último período analizado. En 2007 y 2008 se destaca como preocupante el dato de que en Montevideo solo en el 54 y el 52% de los casos, respectivamente, se dispusieron estas medidas en la resolución de la audiencia preliminar.

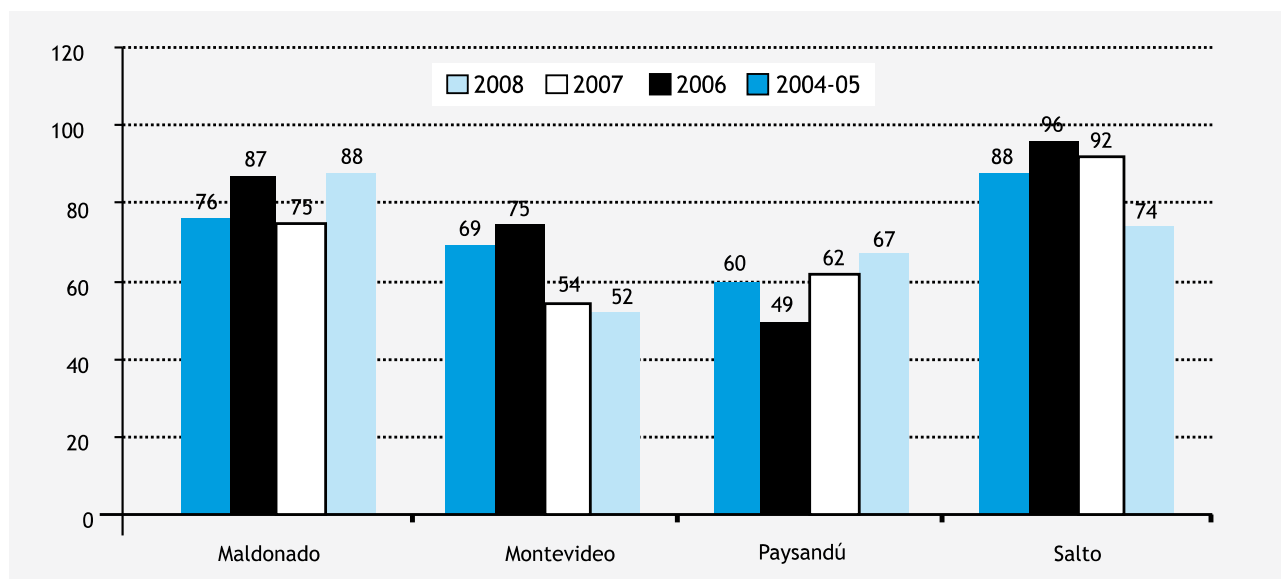
Las pruebas cuyo diligenciamiento se dispone son variadas. En los tres departamentos hubo importantes porcentajes de solicitud de informes técnicos de diversas fuentes. Estos no refieren generalmente a las situaciones que motivan el procedimiento sino a la situación del adolescente, pero son incluidos a texto expreso por el artículo 76.3, al mencionar los plazos para el diligenciamiento de pruebas. En cuanto a la solicitud de informaciones a los efectos de acreditar la identidad y/o edad del adolescente, se trata evidentemente de un dato fundamental en el proceso, exigido expresamente en el artículo 76.2.4.

Encontramos una situación crítica en relación con la calidad de la prueba ordenada en la audiencia preliminar. Las pruebas que apuntan a obtener información sobre los hechos tienen porcentajes cada vez menores, mientras que, por otro lado, las referidas al adolescente y su situación son preponderantes, y en el caso de Paysandú, exclusivas. Los altos porcentajes de solicitud de informes técnicos ejemplifican la persistencia de un modelo tutelar, que prioriza la investigación

Gráfico 26

Medidas probatorias dispuestas en la resolución de la audiencia preliminar

En porcentajes



Cuadro 15

Tipo de medida probatoria dispuesta

En porcentajes

	Maldonado			Montevideo			Paysandú			Salto		
	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008
Acreditar identidad y/o edad	9,6	19,3	21,1	18,2	14,8	18,0	40,9	45,3	39,5	32,7	32,3	45,0
Informes técnicos (INAU-Poder Judicial)	65,4	73,1	73,7	50,7	71,9	68,0	59,1	54,7	54,7	57,3	62,5	50,0
Informes técnicos de ONG	—	3,8	2,6	2,7	1,8	—	—	—	—	2,6	2,6	—
Pericia forense	1,9	—	—	6,8	3,6	2,0	—	—	2,9	—	—	—
Remisión de actuaciones	3,8	—	—	2,0	4,5	4,0	—	—	2,9	2,6	—	—
Declaración de testigos	3,8	—	1,3	8,1	1,8	4,0	—	—	—	7,3	2,6	—
Declaración de responsables	7,7	3,8	1,3	5,4	0,8	1,0	—	—	—	—	—	—
Declaración de víctima	3,9	—	—	6,1	0,8	2,0	—	—	—	—	—	5,0
Reconstrucción de hechos	3,9	—	—	—	—	1,0	—	—	—	—	—	—

del adolescente y de su familia desde diversos puntos de vista (social, psicológico, psiquiátrico, pedagógico, entre otros) por sobre la investigación de los hechos que motivan el inicio del procedimiento. Esta circunstancia, unida a la existencia de informaciones sobre los antecedentes —policiales y judiciales— del adolescente, nos lleva a cuestionar que con el CNA se haya puesto en práctica un proceso penal garantista y de acto.

La justicia penal juvenil, a los efectos de asegurar la vigencia del principio de inocencia, debe garantizar que en el marco de los procesos penales juveniles se desarrolle la actividad probatoria referida a los hechos, indispensable en todo procedimiento penal, y que la discusión sobre estos aspectos no sea sustituida por una sobre las características personales del adolescente, sin perjuicio de que este tipo de características deba ser tenido en cuenta en el marco de los procesos de la justicia penal juvenil.

c. Plazo para el diligenciamiento de pruebas y la presentación de informes

El exiguo plazo para el diligenciamiento de pruebas ha sido desde el comienzo de la aplicación del CNA motivo de varios conflictos internos en el sistema.⁶² Este plazo de 20 días fue respetado en casi todos los casos en los departamentos del interior analizados,⁶³ pero no sucedió lo mismo en Montevideo, donde hubo incumplimientos en el 17% de los casos en 2006, en el 9% en 2007 y en el 3% en 2008.

Cuando se resuelve la internación, el equipo técnico del establecimiento de privación de libertad debe producir un informe médico, psicológico y social sobre el adolescente, que refiera específicamente a sus posibilidades de convi-

vencia en régimen de libertad. Ese 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 verbalmente o por escrito. Esta disposición, al igual que la anterior, refiere al contenido de estos informes: mientras que los primeros deben dar cuenta de las posibilidades de convivencia en régimen de libertad, los segundos se relacionan con la tarea de supervisión de la medida aplicada.

En cuanto al enfoque de los informes técnicos, encontramos algunos problemas que deberían ser abordados con mayor profundidad:

Ante lo anteriormente expuesto creemos que si bien el adolescente es primario está inserto en un contexto de riesgo, teniendo amistades transgresoras y viviendo dentro de una familia disfuncional, aspectos estos que nos parecen importantes de ser trabajados por lo cual solicitamos se tenga en cuenta que para hacer un proceso favorable con el adolescente y su equipo técnico se necesitaría un mínimo de tiempo de 8 meses.⁶⁴

Entendemos que en estos casos los informes técnicos efectúan consideraciones que se enmarcan claramente en un enfoque de *derecho penal de autor* y de corte *peligrosista* que, lejos de ser resistido, es incorporado en los argumentos de las sentencias.

4. Los antecedentes judiciales

Los sistemas tutelares de *menores* negaban su carácter punitivo, en tanto postulaban que

62. Cuando los técnicos no presentan los informes que les son solicitados dentro del plazo correspondiente, provocan en primera instancia un conflicto entre la agencia judicial y el INAU (o las organizaciones de la sociedad civil que deben presentar los informes referidos). Asimismo, en algunos casos y a los efectos de dar cumplimiento a los plazos que el CNA establece, el Ministerio Público e incluso la Defensa tienen que acusar o contestar la acusación sin disponer, para su análisis, de estos informes, lo cual genera conflictos entre el Ministerio Público, la Defensa y el juez que dispuso que los autos pasaran en vista al Ministerio Público para la acusación, o en traslado a la Defensa.

63. En el año 2006 no se registró ningún caso de incumplimiento de estos plazos, mientras que en el 2007 hubo solo dos casos, uno en Maldonado y otro en Salto.

64. Este informe fue firmado por dos profesionales, una psicóloga y una licenciada en Trabajo Social, y su intervención se enmarca en un proceso penal iniciado por un delito de hurto.

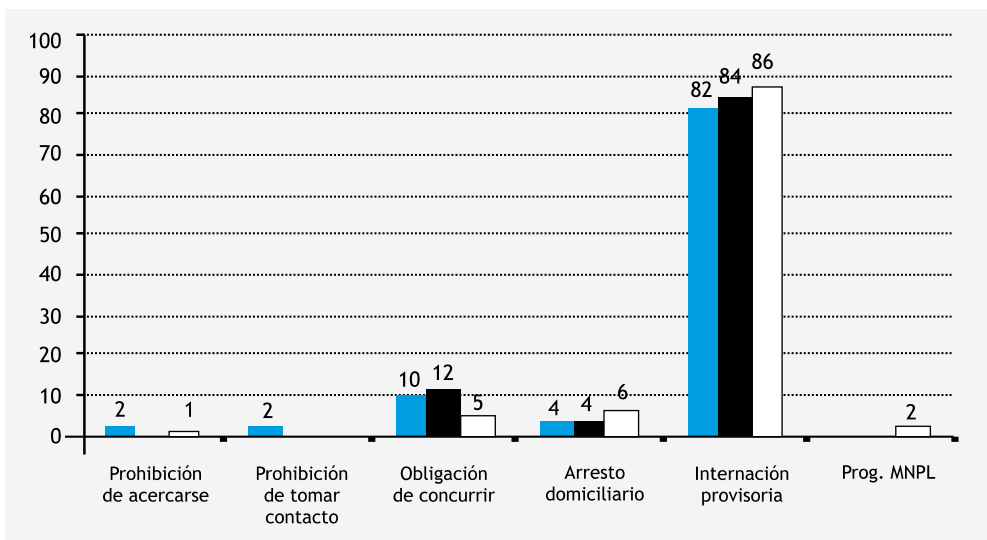
estaban protegiendo a los niños sobre los que intervenían. Una de las consecuencias de este antecedente está dada por el desconocimiento de las más elementales garantías, entre ellas la

presunción de inocencia. Conforme al principio de inocencia, al niño al que se le impute una infracción se lo debe presumir inocente mientras no sea declarado responsable de la infracción.⁶⁵

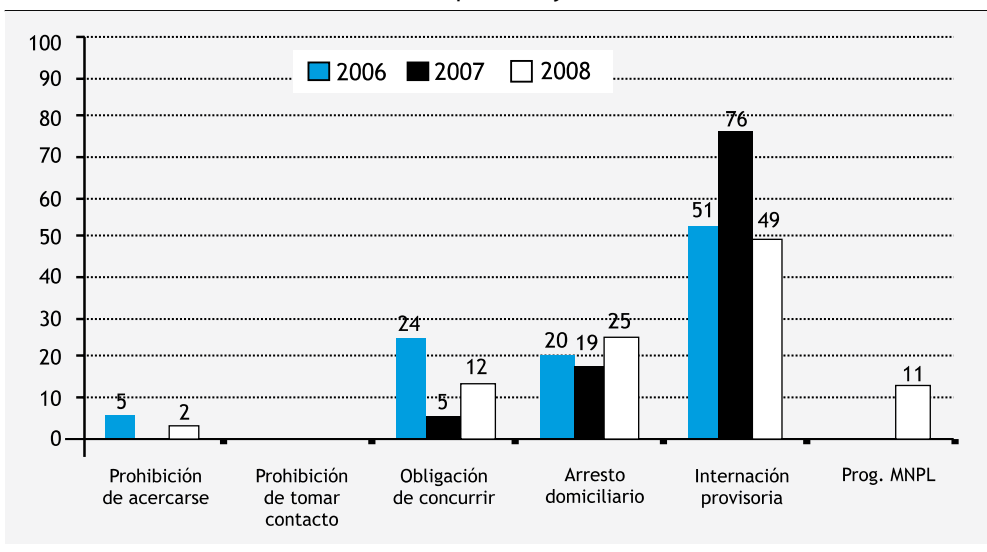
Gráfico 27

Impacto de los informes de antecedentes judiciales en la adopción de la medida cautelar

Medidas dispuestas cuando figuran entre 1 y 5 antecedentes
En porcentajes



Medidas dispuestas cuando no figuran antecedentes
En porcentajes



65. CDN, artículo 40.2.b.i: “[...] 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: [...] b) 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 le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. En el mismo sentido: Reglas de Tokio, regla 17. La presunción de inocencia, por ejemplo, también figura en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el § 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La regla n.º 21.1 de Beijing señala:

Los registros de los menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Solo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

Por su parte, la regla n.º 21.2 establece:

[...] los registros de los menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

En los expedientes montevideanos encontramos informes acerca de los antecedentes judiciales que —al igual que los policiales, a los cuales ya nos hemos referido— cumplen un importante papel simbólico en la construcción de un perfil negativo del adolescente en el juzgado. El artículo 116.2 del CNA hace referencia a un régimen de antecedentes judiciales.⁶⁶ En Montevideo hallamos en los expedientes planillas preimpresas que refieren a la existencia de un Registro de las Sedes de Adolescentes de 1.º, 2.º, 3.º y 4.º turno, que relacionan sede, ficha, infracción, medida, requisitoria, sentencia y archivo. En estas planillas se incluyen como antecedentes no solo los casos en los que una sentencia declaró al adolescente responsable de un ilícito, sino todos los casos en los que se le inició un expediente.

No poseemos datos acerca de la utilización de estos informes en el primer año de aplicación del CNA, pero en 2006, 2007 y 2008 los encontramos en Montevideo en el 84, el 87 y el 83% de los casos para cada período, respectivamente. En 2007 comenzamos a observar este tipo de informaciones en el 20% de los casos de Maldonado y en un único caso en Paysandú. En 2008, en Maldonado se registraron estos informes en el 31% de los casos, en Paysandú en el 11% y en Salto en el 16%.

Como hemos expresado en anteriores informes, esta práctica es violatoria de los principios de inocencia y de legalidad, en la medida en que se toma en cuenta el inicio de procedimientos anteriores para sancionar al adolescente, sin importar si en ellos recayó o no una sentencia ejecutoriada. Asimismo, la consideración de una posible infracción anterior, a la hora de sancionar una nueva conducta infraccional, implica castigar al adolescente por el rotundo fracaso de un sistema penal que lo tiene como víctima.

Este tipo de informaciones y su incidencia en el endurecimiento de las respuestas punitivas constituyen una violación del principio de que nadie debe ser castigado dos o más veces por un mismo hecho.

5. Inicio de los procedimientos

Otra de las características de nuestro sistema es que, una vez que el adolescente es llevado al juzgado, los porcentajes de casos en los que se le inicia un procedimiento son muy altos. En 2007 y 2008 encontramos que en Montevideo se iniciaron procedimientos judiciales en el 95% de los casos, cosa que sucedió en Maldonado en el 87 y el 90% para cada uno de esos períodos, respectivamente. Esto podría ser explicado por la trascendencia que tiene la prueba policial inculpativa y la poca prueba de descargo que se diligencia en la audiencia preliminar.

Distinta ha sido la situación en Paysandú y Salto, donde en 2007 los porcentajes de inicio de procedimientos alcanzaron al 81 y el 97%, mientras que en 2008 disminuyeron al 49 y el 74% para cada uno de estos departamentos, respectivamente.

Esta importante diferencia entre los dos períodos es también constatada por las oficinas estadísticas del Poder Judicial. En 2007 la cantidad de asuntos iniciados en los dos juzgados de Paysandú fue de 90, mientras que en 2008 se redujo a apenas 60 asuntos. Los procesos concluidos en 2008 fueron 35, y en 33 de ellos se dictó una sentencia definitiva.⁶⁷

66. Ver reglamentación en la acordada n.º 7526, de 20 de setiembre de 2004, artículo 7.

67. Cf. Poder Judicial, "Informe sobre procedimientos infraccionales de adolescentes", 2008.

7. Conclusiones y recomendaciones

Las primeras horas y la audiencia preliminar son fundamentales en el proceso, sobre todo ante la preponderancia de la prueba policial ya mencionada y la casi inexistente actividad probatoria que se desarrolla en el ámbito judicial.

Tal como hemos observado, en el proceso penal juvenil no se desarrolla una audiencia preliminar propiamente dicha, sino una serie de audiencias indagatorias. En la práctica, esta forma de llevar adelante el proceso poco dista de lo que ocurría cuando estaba en vigencia el Código del Niño de 1934. A este aspecto formal se le suma una dificultad de fondo: la participación del adolescente en el proceso queda limitada a dar su declaración cuando casi está diligenciada toda la prueba en su contra, para que luego intervenga el Ministerio Público acusando y se termine resolviendo el inicio formal del proceso.

Un régimen de justicia respetuoso de la dignidad del adolescente debe asegurar su derecho a expresar sus opiniones libremente y a participar en todas las etapas del proceso. Asimismo, para el ejercicio del derecho a ser oído es un requisito que el niño cuente con información sobre su situación. El derecho a participar de manera efectiva en el proceso requiere información adecuada y garantías.

La ausencia de participación de padres o responsables en estos primeros momentos es preocupante, especialmente en Montevideo. La participación de los padres o responsables re-

quiere que estos sean debidamente notificados, y desde el inicio, de la situación del niño sometido a proceso e informados sobre su situación procesal. El Comité de los Derechos del Niño ha observado expresamente al Estado uruguayo por no cumplir con este tipo de notificaciones. Esta labor debe ser asignada expresamente a las autoridades, y es conveniente que en el expediente conste su realización o las razones que la impidieron.

Por último, en lo que refiere a la prueba ordenada en la audiencia preliminar es preocupante la forma en que se prioriza la investigación de la situación personal, familiar y social del adolescente por sobre la producción de prueba de los hechos que motivan el procedimiento penal. El resultado de todo esto es evidente: los porcentajes en los cuales el adolescente llevado al juzgado termina inmerso en un proceso penal son muy altos, especialmente en Montevideo.

El proceso judicial necesita un orden para ser eficaz. Pero no se trata de una rutina o un conjunto de papeles que se anexan al expediente, sino del desarrollo de una serie de actos orientados a llegar al fondo del asunto (determinar la responsabilidad o no del adolescente sometido a proceso) en el marco de un sistema racional de garantías. Es esencial que se desarrollen instancias concretas de capacitación y supervisión de los operadores del sistema de justicia, para lograr que la actividad judicial cotidiana se adecue a los principios teóricos de dogmática penal que se encuentran en la CDN y en el CNA.

VII. La utilización inicial de la privación de libertad

1. Planteamiento del problema

La utilización de la privación de libertad como medida cautelar al inicio de los procedimientos debe ser excepcional. Esto trae como consecuencia la necesidad de que existan previsiones normativas referidas a una pluralidad de otras medidas distintas a la prisión preventiva, a las cuales las autoridades jurisdiccionales puedan recurrir y que se deben implementar efectivamente.

El principio de que los adolescentes solo deben ser privados de su libertad como último recurso es especialmente importante durante la etapa preprocesal, porque todavía no han sido responsabilizados y, por ende, se debe presumir su inocencia. Las Reglas de Beijing requieren que la prisión preventiva solo se aplique como último recurso y durante el plazo más breve posible.⁶⁸

Pese a lo expresado, la utilización excesiva de la privación de libertad al inicio de los procedimientos es uno de los problemas más evidentes del sistema penal juvenil. Y es además un problema que se agrava con el tiempo.

2. Requisitos para su aplicación

Según lo dispone el artículo 76.5 del CNA, el juez, a pedido del Ministerio Público y tras escuchar a la Defensa, puede disponer las medidas cautelares necesarias que perjudiquen en menor medida al adolescente. Las previstas en esa dis-

posición son: 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 norma 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 otras condicionantes legales para la imposición de estas medidas cautelares privativas de la libertad,⁶⁹ entre ellas: 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, o la seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.

La imposición de medidas cautelares solo puede fundamentarse con base en razones procesales: para asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales, la seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.⁷⁰ Si esas circunstancias son invocadas,

68. Reglas de Beijing, regla 13.2:

“Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa”.

69. La internación provisoria y el arresto domiciliario son medidas cautelares privativas de libertad.

70. Cf. Julio B. J. Maier, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 2, UNICEF, Buenos Aires, 2000, p. 10.

ello debe constar en la resolución judicial. Debe haber indicios de un peligro real y actual de evasión del proceso, o un riesgo concreto de que el adolescente obstaculice la obtención de pruebas o la investigación preliminar, intimidando a los testigos o destruyendo evidencia.⁷¹ El riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido categórica al afirmar que “en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo”.⁷² De no respetarse estos requisitos estaríamos frente a una *pena anticipada*, sin proceso, enmarcada en un proceso de defensa social en el que primero se castiga y después se desarrolla el proceso o, peor aun, se castiga en el proceso.⁷³

En los años 2007 y 2008, en el 91 y el 89% de los casos iniciados en Montevideo, respectivamente, se decretaron medidas cautelares. Lo mismo ocurrió en Maldonado en el 97 y el 98%, y en Salto en el 82 y el 89% de los casos, para cada uno de esos períodos respectivamente. En Paysandú encontramos que en 2007 y 2008 se dispusieron medidas cautelares en la totalidad de los casos iniciados.

3. Papel de los sujetos del proceso en relación con las medidas cautelares

El artículo 76.5 expresa que para que el juez disponga medidas cautelares debe mediar un pedido del Ministerio Público y debe ser oída la Defensa del adolescente. El Ministerio Público juega un importante papel a la hora de solicitar medidas cautelares para los adolescentes, y es bajo el porcentaje de casos en los que el defensor se opone a dicha solicitud. Esta tendencia se observa en todos los departamentos analizados.

En Montevideo la Defensa se opuso a estos pedidos en el 13, el 20 y el 24% de los casos en 2006, 2007 y 2008, respectivamente. Esto mis-

mo ocurrió en 2008 en Maldonado en el 21% (17 casos), en el 20% en Paysandú (7 casos) y en el 11% en Salto (tan solo 3 casos).

Existe una estrecha relación entre las solicitudes de medidas cautelares por el Ministerio Público y la imposición judicial de estas medidas. En 2007 y 2008 en Montevideo se concedieron estas medidas en el 94 y el 96% de los casos, respectivamente, cuando mediaba solicitud del Ministerio Público. En los restantes departamentos analizados, esto ocurrió en todos los casos en los que hubo solicitud, en ambos períodos referidos.

4. Tipos de medidas cautelares

Los altos porcentajes de uso de las medidas cautelares privativas de libertad implican que el encierro constituya la regla y no la excepción del sistema. Esta situación no se condice con la norma del CNA que dispone que la privación de libertad se utilice solo como último recurso y durante el período más breve posible. Y menos aun con la afirmación de que el CNA instaure un derecho penal mínimo, que reduce la intervención punitiva en consonancia con la CDN. La preeminencia de adopción de la privación de libertad como medida cautelar en el período considerado es clara.

Maldonado, tal como surge del gráfico 28, tiene porcentajes elevados de utilización de las medidas cautelares privativas de libertad. Si bien la internación provisoria ha disminuido en los últimos períodos, se observa un aumento de la privación de libertad en su conjunto (es decir, la suma de internaciones provisionarias y arresto domiciliario).

También en Montevideo se registra un aumento de la privación de libertad. Esto se da tanto en materia de internaciones provisionarias como de arrestos domiciliarios. Paralelamente, se advierte una disminución progresiva de las medidas de prohibición de acercarse a determinados lugares o de tomar contacto con algunas personas.

71. Cf. CIDH, Informe n.º 12/96, de 1.º de marzo de 1996, § 84.

72. Corte IDH, caso López Álvarez, sentencia de 1.º de febrero de 2006, serie C, n.º 141, § 81.

73. Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7.ª ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 775 y 776.

Gráfico 28

**Medida cautelar decretada
Maldonado**

En porcentajes

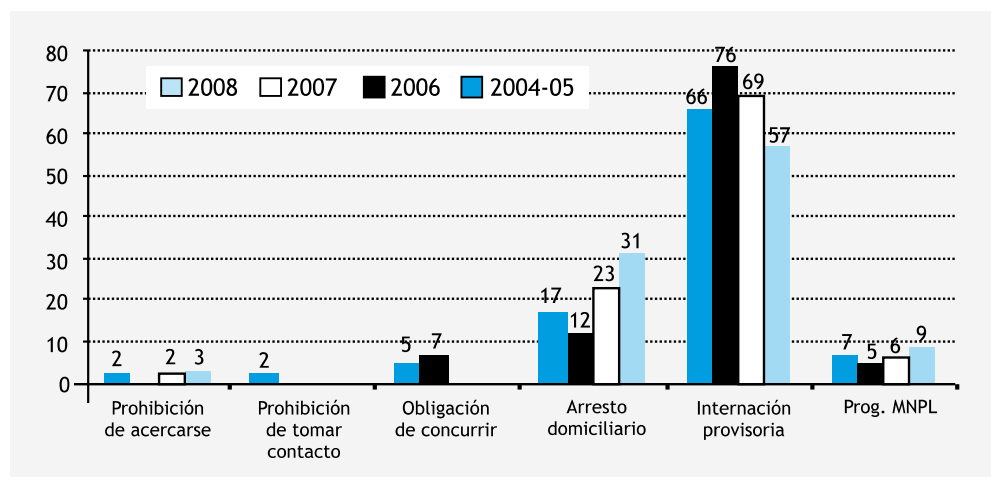
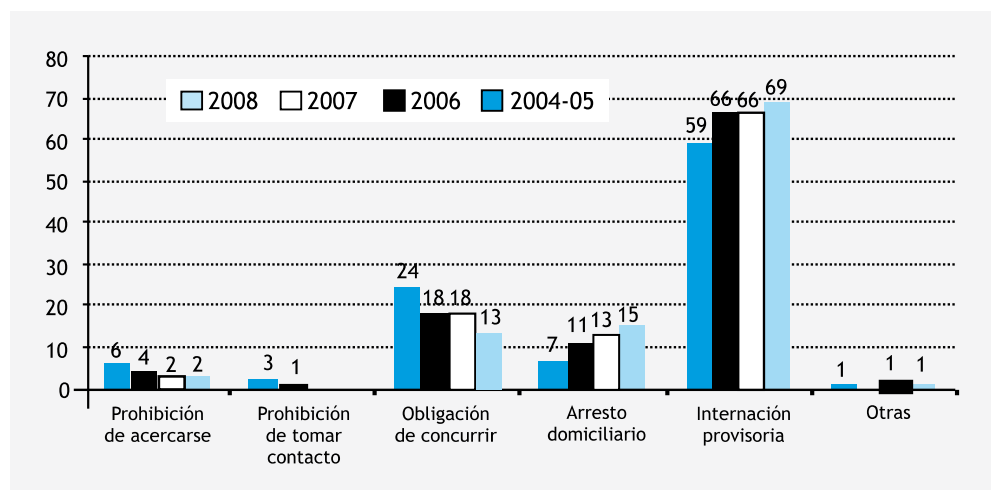


Gráfico 29

**Medida cautelar decretada
Montevideo**

En porcentajes



La situación en Paysandú sorprende por la elevada utilización de la internación provisoria y por el aumento sostenido de los arrestos domiciliarios. Es preciso mencionar que el incremento de las otras medidas cautelares implica en este caso un aumento de la utilización de programas de medidas no privativas de libertad en calidad de cautelares, lo que no se encuentra previsto en el CNA. La disminución del porcentaje de internaciones provisorias y su irregularidad se explica

por la utilización de otras medidas, como la obligación de concurrir en 2006 o el arresto domiciliario en 2008.

Salto es el departamento analizado en el que se observa un mayor respeto del principio de excepcionalidad de la privación de libertad. También en este caso el aumento de las otras medidas cautelares se explica por el empleo de los programas de medidas no privativas de libertad.

Gráfico 30

**Medida cautelar decretada
Paysandú**

En porcentajes

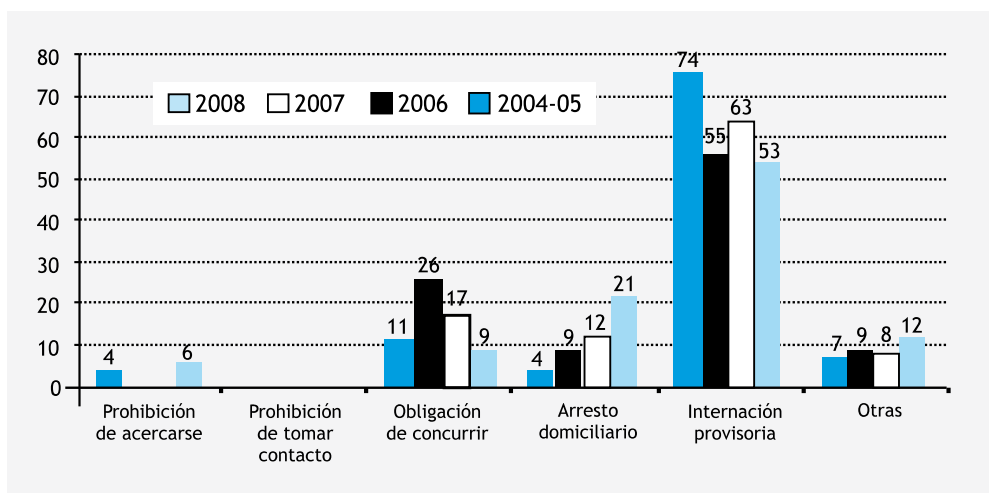
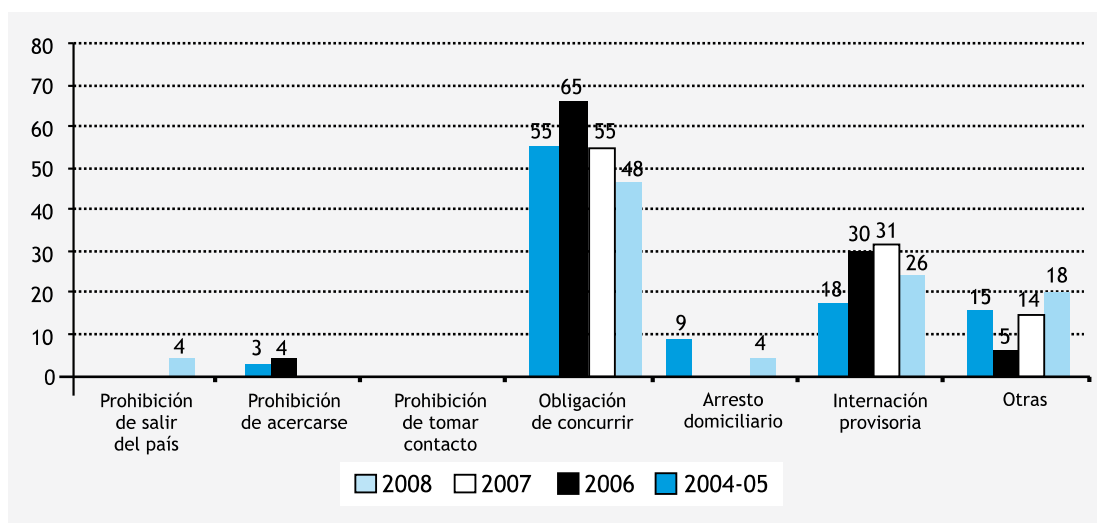


Gráfico 31

**Medida cautelar decretada
Salto**

En porcentajes



En definitiva, si tomamos todos los departamentos en forma conjunta, a medida que se van asentando las prácticas vemos cómo se alejan del paradigma minimalista propuesto por la CDN y el CNA, y del principio de excepcionalidad de la privación de libertad.

Al considerar la relación entre la presencia de responsables de los adolescentes en la audien-

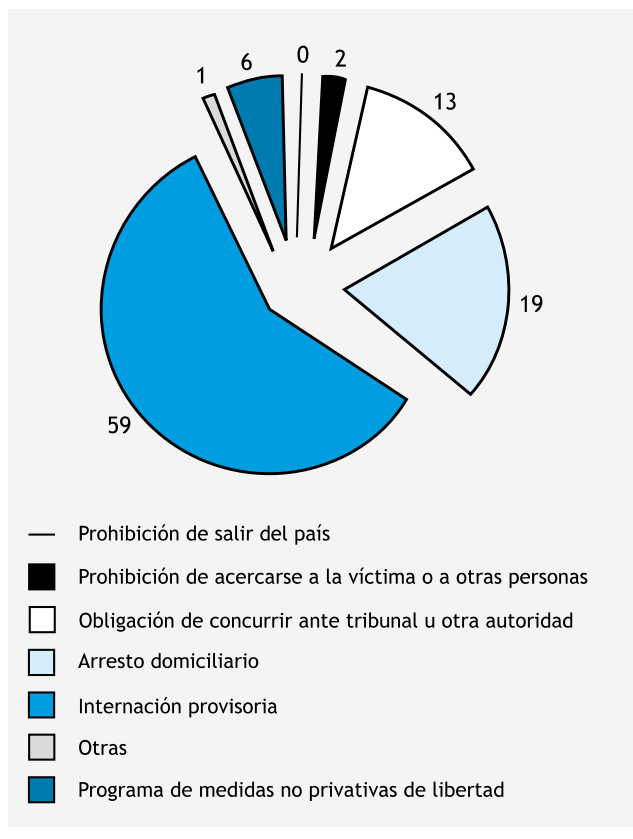
cia preliminar y la adopción de medidas cautelares, hallamos lo que indica el gráfico 33.

En 2007 y 2008 las internaciones provisionales en Maldonado representaron, cuando comparecieron padres o responsables, el 61 y el 50% para cada uno de estos períodos respectivamente, mientras que los arrestos domiciliarios alcanzaron el 31 y el 34%, para los mismos períodos. Pero

Gráfico 32

**Medida cautelar decretada
Todos los departamentos**

En porcentajes
2008



cuando los padres o responsables no comparecieron, los arrestos domiciliarios disminuyeron al 20% de los casos en 2007 y al 10% en 2008, mientras que la internación provisoria llegó al 70 y el 80% para cada uno de estos períodos, respectivamente.

En Paysandú, cuando los padres o responsables estaban en la audiencia, se decidió la internación provisoria en el 54 y el 44% de los casos, y el arresto domiciliario en el 14 y el 21%, en 2007 y 2008 respectivamente. Cuando no estaban, en todos los casos y en ambos períodos se adoptó la medida de internación provisoria.

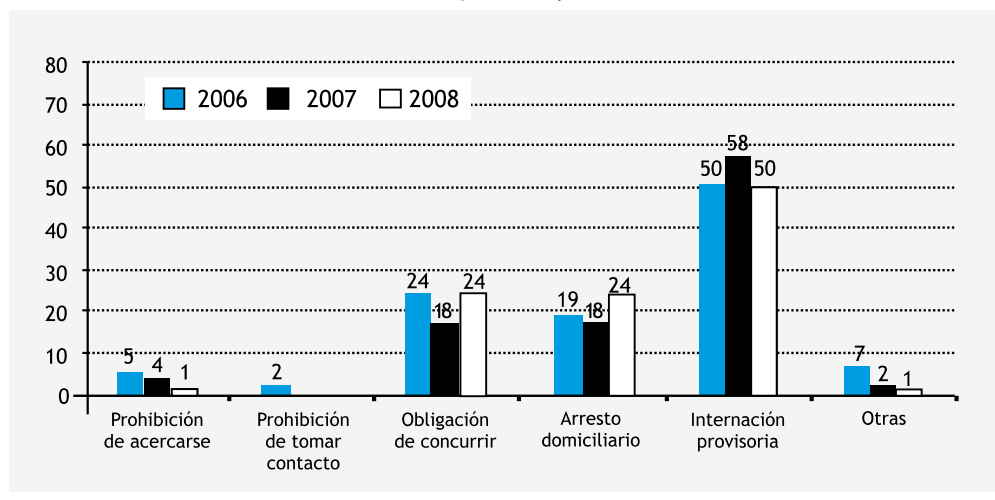
En Salto las internaciones representaron en el primero de los casos el 21 y el 19%, y en el segundo el 56 y el 50% para los períodos 2007 y 2008, respectivamente.

Esto parece confirmar la existencia de prácticas que hacen depender la adopción de una medida privativa de libertad de circunstancias ajenas a la infracción. En apartados anteriores hemos mencionado que el CNA modificó la normativa previa en cuanto a la exigencia preceptiva del interrogatorio de los responsables del adolescente. También hemos referido a la ausencia de una práctica sistemática de notificación a los familiares y responsables acerca de la realización de audiencias preliminares. En este contexto

Gráfico 33

**Medida cautelar decretada
Montevideo**

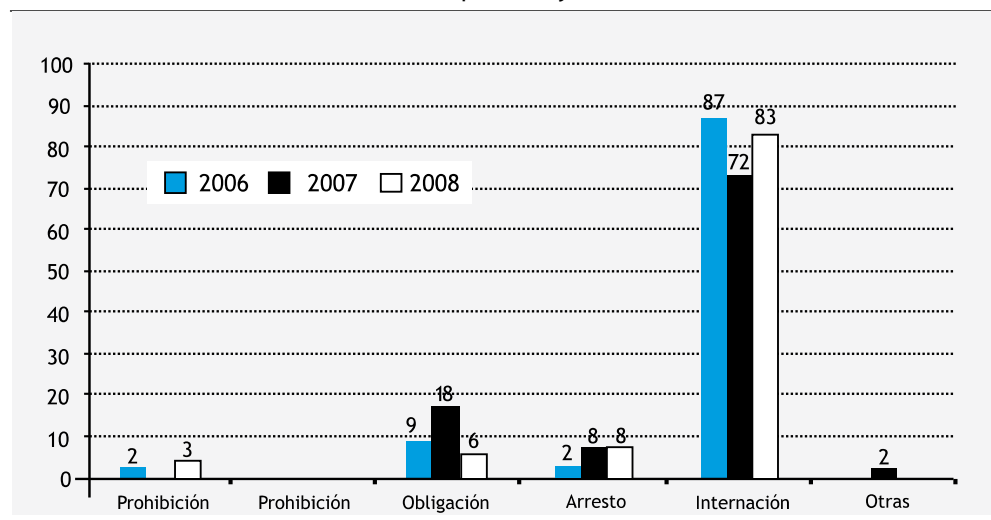
Con responsables presentes en la audiencia preliminar
En porcentajes



Continuación de gráfico 33

Medida cautelar decretada Montevideo

Sin responsables presentes en la audiencia preliminar
En porcentajes



resultan especialmente preocupantes las diferencias señaladas en relación con la imposición de internaciones provisionarias, según hubiera o no un responsable en esas audiencias. Estimamos que se trata de prácticas discriminatorias reñidas con lo dispuesto en el artículo 2.2 de la CDN.

5. Análisis de las medidas cautelares privativas de libertad

La internación provisoria y el arresto domiciliario poseen, por su naturaleza, una regulación distinta a las restantes medidas cautelares. En cuanto a la duración de estas dos medidas privativas de la libertad, se establece a texto expreso que no puede superar los 60 días y que, transcurrido ese plazo sin que se haya dictado una sentencia, el adolescente debe ser dejado libre de inmediato, sin perjuicio de la continuación del proceso. En cuanto a los requisitos, la medida cautelar de internación provisoria no está expresamente constreñida a la gravedad de la infracción que se imputa al adolescente, sino solamente a la posibilidad de que esa infracción pueda ser objeto, en sentencia definitiva, de una medida socioeducativa privativa de libertad, conforme al artículo 86 del CNA. Pero esta

última norma tampoco condiciona 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.

Como indica el cuadro 16, en porcentajes muy importantes se dispuso como medida cautelar una privación de libertad cuando no era la

Cuadro 16

Medida socioeducativa que recae sobre los casos en los que se aplicó internación provisoria Montevideo				
En porcentajes				
	2004-05	2006	2007	2008
Privación de libertad	76,5	73,2	75,2	80,2
Libertad asistida	6,2	17,1	12,0	12,9
Libertad vigilada	2,5	4,6	4,3	4,0
Prestación de servicios comunitarios	6,2	1,2	—	1,0
Orientación y apoyo	3,7	1,2	—	—
No corresponde	—	2,4	4,3	1,0
Semilibertad	3,7	—	3,4	1,0
Sin medida	1,2	—	—	—
Arresto domiciliario	—	—	0,9	—

que correspondía como pena. Todo esto implica un claro incumplimiento de lo establecido en el CNA acerca de que las medidas cautelares privativas de libertad solo pueden aplicarse si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad, de acuerdo con el artículo 86 del mismo Código.

6. Medidas cautelares en los casos de hurtos y rapiñas

En este apartado se analiza la práctica judicial de adopción de medidas cautelares en los casos en que la audiencia preliminar tipifica como *hurtos* o *rapiñas* las infracciones que motivan el procedimiento.

Tal como surge del gráfico 34, en 2007 había disminuido la internación provisoria en los casos de hurto, sin perjuicio de que se trataba de un porcentaje alto para un delito contra la propiedad en el que no media violencia. Pero en 2008 la utilización de la privación de libertad representó el 70% del total de casos de hurto (22% de arrestos domiciliarios y 48% de internaciones provisionarias).

Hay por tanto un empleo muy importante de la privación de libertad, aun en los casos de infracciones en las cuales no existe violencia. Para ilustrar esta situación identificamos, en 2008, 11 casos de hurto en los que no se utilizó

ningún tipo de arma y se recuperó lo sustraído. En siete de esos casos (54%) se dispuso la internación provisoria de los adolescentes, y en un caso el arresto domiciliario. Estos datos dejan en evidencia de que no se trata de un sistema benigno, sino que nos encontramos ante prácticas claramente reñidas con el principio de la excepcionalidad de la privación de la libertad y la proporcionalidad.

En el caso de los delitos de rapiña se advierte un aumento constante de la privación de libertad y específicamente de la internación provisoria. Este dato no había sido significativo en los departamentos del interior, debido al escaso número de rapiñas, pero en Maldonado encontramos en 2007 que en todos los casos se recurrió a una medida cautelar privativa de libertad: 12% de arrestos domiciliarios y 88% de internaciones provisionarias. En el período siguiente ocurrió lo mismo, salvo en dos casos, en los que se recurrió a programas de medidas no privativas de libertad.

En general existe en Maldonado una tendencia a emplear las medidas cautelares —y especialmente las privativas de la libertad— como sanciones anticipadas. También observamos en ese departamento la utilización de una suerte de *audiencia complementaria*, evaluatoria de las medidas cautelares impuestas, y el porcentaje más alto de prescindencia de la persecución

Gráfico 34

Medida cautelar decretada en casos de hurto Montevideo

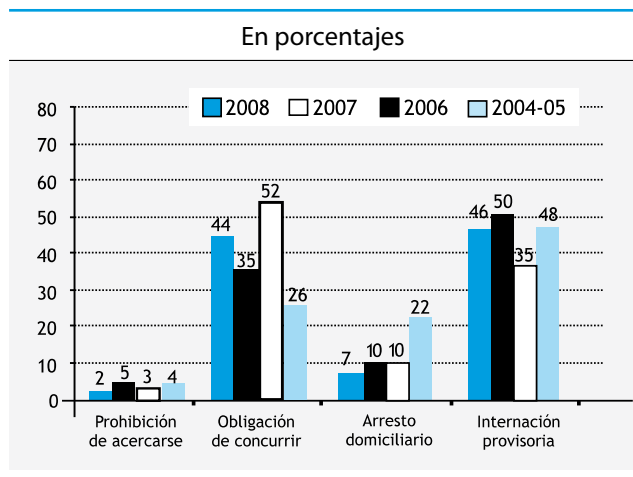
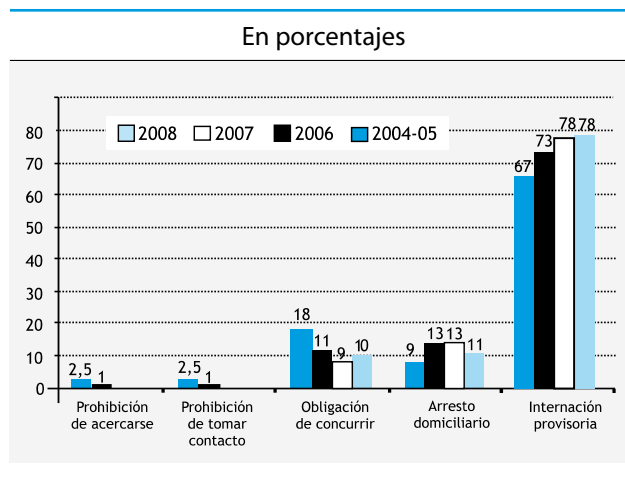


Gráfico 35

Medida cautelar decretada en casos de rapiña Montevideo



penal, fundada generalmente en el artículo 104 del CNA.⁷⁴

Esta modalidad ha ido corrigiéndose con los años. En el primer año de aplicación del CNA, los casos en los que se prescindía de la persecución penal y/o se clausuraba el proceso representaban el 52% del total, pero en 2006 fueron el 34%; en 2007, el 33%, y en 2008, el 11%. También en Paysandú encontramos porcentajes altos de casos en los que se da la clausura, prescindencia de acción legal o sobreseimiento, lo que sucedió en el 50% de los casos en 2007 y en el 20% en 2008. En Montevideo esto se constató en un 9% de los casos en 2006, un 4% en 2007 y un 3% en 2008. En Salto no es usual que encontremos este fenómeno, que en el último período analizado tuvo tres casos.

Si bien se podría en principio considerar saludables estas prácticas, en orden a lo que puede ser la aplicación del principio de mínima intervención que debe regir a una justicia penal juvenil acorde con la CDN, ellas son violatorias de una serie de garantías procesales básicas, entre las cuales se encuentra el principio de jurisdiccionalidad. Este principio implica la prohibición de ser detenido si no es por orden de un juez y sobre la base de un juicio.⁷⁵ Asimismo, estas prácticas constituyen un claro incumplimiento no solo de buena parte de las normas procesales del CNA, sino también de la propia estructura procesal instaurada por él. La medida cautelar es utilizada como una pena autónoma, ya no anticipada, dado que el juicio nunca llega y tampoco lo hace la sentencia.

7. Conclusiones y recomendaciones

Una de las características más preocupantes del sistema es la elevadísima utilización de la pri-

vación de libertad al inicio de los procedimientos. ¿Dónde está el principio de excepcionalidad de la privación de libertad? ¿Dónde está el principio de inocencia? ¿Y dónde los fines procesales que debe perseguir este tipo de medidas cautelares? La pertinencia de estas interrogantes es absoluta cuando encontramos que en el último período analizado en Montevideo las medidas cautelares privativas de libertad (internaciones provisionales y arrestos domiciliarios) representaron el 84% de los casos.

El empleo de la privación de libertad como medida cautelar al inicio de los procedimientos debe ser excepcional. Esto trae como consecuencia la necesidad de que los jueces utilicen las previsiones normativas referidas a una pluralidad de otras medidas distintas a la privación de libertad y que el INAU implemente efectivamente programas respetuosos del principio de inocencia, que se encarguen del control y la ejecución de esas medidas no privativas de libertad.

La utilización excesiva de este tipo de medidas queda ratificada cuando encontramos que en prácticamente uno de cada cuatro casos en los que se impone la internación provisional no se adopta una sanción privativa de libertad. Para que esta regla no quede en letra muerta debe existir una limitación legal de la privación de libertad en las sentencias. Es decir, si existiera una limitación para disponer una sanción privativa de libertad en las sentencias, en esos casos la privación de libertad no se podría aplicar como medida cautelar. La legislación debe limitar la discrecionalidad judicial a los efectos de que las medidas cautelares privativas de libertad se utilicen únicamente cuando exista una finalidad procesal.

74. Este artículo dispone que en cualquier estado del proceso el juez puede, oyendo al Ministerio Público, al adolescente y a su Defensa, prescindir total o parcialmente de la persecución penal, o limitarla a una o varias infracciones, de alguna o de todas las personas que hayan participado en el hecho, cuando se trate de un hecho que, por su escasa gravedad o lo exiguo de la contribución del partícipe, haga innecesaria una medida, o cuando el adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.

75. Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7.ª ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 538-539 y 555.

VIII. ¿Proceso o mero ritual?

1. Planteamiento del problema

El problema abordado en el presente apartado es consecuencia de la situación descrita en los anteriores. Una vez iniciado el proceso con la resolución final de la audiencia preliminar, en vez de desarrollarse la etapa más importante —o sea, el contradictorio, el debate y su decisión final—, encontramos que sucede muy poco. Esta circunstancia puede obedecer a diversas razones, muchas de ellas incluso atendibles. Pero la transformación de actos esenciales como la demanda acusatoria y la contestación de la Defensa en meros ritualismos debe preocuparnos porque implica una disminución de las garantías para el adolescente sometido al proceso.

La problemática responde a una situación general de nuestro derecho penal, tanto de adultos como de adolescentes, que lleva a discutir en el mismo espacio la determinación de responsabilidad y la individualización de la pena. Esto generalmente trae como consecuencia que el segundo de los aspectos cobre preeminencia, dejando rezagado o eliminando el debate sobre la responsabilidad, es decir, sobre los hechos y la participación del adolescente en ellos.

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 ese poder.⁷⁶ El ejercicio de la defensa presupone la posibilidad de tener una participación real del adolescente sometido a proceso.

El principal problema que se suscita en relación con el derecho a la defensa en el sistema penal juvenil no refiere a deficiencias normativas que menoscaben su ejercicio, ni tampoco a problemas en el acceso. En nuestro sistema de administración de justicia, el ejercicio del derecho a la defensa tiene una estricta relación con el servicio de asistencia letrada de oficio que brinda el propio Poder Judicial, y este servicio suele ser accesible a los adolescentes. El principal problema se relaciona con la baja intensidad de la actuación de estos profesionales y su falta de especialización en los departamentos del interior del país.

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 y es el primer derecho procesal.⁷⁷ La CDN refiere al derecho a la defensa material cuando indica que el niño tiene derecho a ser oído y a que sean tomadas en cuenta sus opiniones, y al derecho a la defensa técnica al señalar la necesidad de la asistencia jurídica.⁷⁸ El derecho a participar en el proceso enriquece el derecho a la defensa, en la

76. Cf. Julio Maier, *Derecho procesal penal*, tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 539-595.

77. Cf. Mary Beloff y Martín Perel, "El derecho de defensa como primer derecho (procesal): el derecho a una defensa técnica en materia penal según la jurisprudencia", en Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 197 ss.

78. El artículo 40.2.b.ii y iii establece en forma amplia el derecho de todo niño a un asesor jurídico u otro tipo de asesor en el marco de un proceso penal juvenil, y el artículo 37.d establece el derecho de todo niño privado de libertad a un acceso pronto a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada. Las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores,

medida en que implica el derecho del adolescente a obtener que comparezcan los testigos y se los interroge,⁷⁹ a no declararse culpable⁸⁰ y a no ser obligado a suministrar elementos que lo incriminen.⁸¹

En definitiva, el principal obstáculo para la efectiva vigencia del derecho a la defensa está dado por la forma en que se desarrolla el servicio, lo que se expresa en el escaso contacto del abogado defensor con el adolescente y el bajo porcentaje de casos en los que contradice al fiscal o impugna las decisiones judiciales.

2. La demanda acusatoria

Luego de vencido el plazo para el diligenciamiento de la prueba que haya sido ordenada en la audiencia preliminar, el Ministerio debe pronunciarse en seis días en referencia a si acusa o no al adolescente.⁸² Si deduce acusación, esta debe ser fundada. En ella hay que relacionar las pruebas ya diligenciadas, analizar los informes técnicos y formular los presupuestos fácticos, jurídicos y técnicos de la imputación. Pero si el Ministerio Público solicita el sobreseimiento, el juez tiene

que dictarlo sin más trámite.⁸³ En esta fase del procedimiento se desarrolla el debate sobre la causa entre las partes del proceso. En el régimen vigente se trata, además, de una fase obligatoria.

En cuanto a la actitud del Ministerio Público en los casos en los que se le confirió la vista referida, la proporción de sobreseimientos que encontramos en Montevideo fue del 0,5% en 2007 y del 1% en 2006. En 2008 todas fueron acusaciones, sin ningún caso de sobreseimiento.

En Salto hubo acusaciones en todos los casos en 2006, 2007 y 2008, mientras que en el primer año de aplicación del CNA se había registrado un 3% de sobreseimientos. En Maldonado se observa una disminución muy importante de la proporción de sobreseimientos, que representaron el 48% en el primer año de aplicación del CNA, el 10% en 2006, el 25% en 2007 y apenas el 3% en 2008. En Paysandú los sobreseimientos alcanzaron al 7% de los procesos iniciados en 2007 y al 3% en 2008.

El artículo 76.8 del CNA otorga al Ministerio Público un plazo perentorio de seis días para que evacue la vista conferida.⁸⁴ Este es un plazo

en su regla 15.1, establecen el derecho de los adolescentes a ser representados por un asesor jurídico durante el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita (ver también regla 7.1). Asimismo, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, que en su punto 57 expresan que los Estados deben tener servicios de defensa jurídica de los niños. También PIDCP, artículo 14.3.b y d; DUDH, artículos 10 y 11, y CADH, artículo 8.2. A esta asistencia técnica se le suma la asistencia que le pudieran dar sus familiares o representantes legales: CDN, artículo 40.3.b.iii, y Reglas de Beijing, reglas 7 y 15.1 y 2.

79. CDN, artículos 40.2.b.iv; 40.3.b.iv, y 12; Reglas de Beijing, regla 7. Ver también: Comité de los Derechos del Niño, Observación general n.º 10, "Los derechos del niño en la justicia de menores", § 59:

"La garantía reconocida en el inciso iv) del apartado b) del § 2 del artículo 40 de la Convención pone de relieve que debe observarse el principio de igualdad entre las partes (es decir, condiciones de igualdad o paridad entre la defensa y la acusación) en la administración de la justicia de menores. La expresión 'interrogar o hacer que se interroge' hace referencia a la existencia de distinciones en los sistemas jurídicos, especialmente entre los juicios acusatorios y los juicios inquisitorios".

80. CDN, artículo 40.2.b.iv. El derecho a guardar silencio se encuentra previsto, además, en DUDH, artículo 11; PIDCP, artículo 14.2, y CADH, artículo 8.2.g.

81. CDN, artículo 40.3.b.iv y Reglas de Beijing, regla 7.

82. 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 que esa persona sometida a proceso es responsable de la infracción que se le imputa. Asimismo, el Ministerio Público debe explicitar qué tipo de medida solicita y por qué período de tiempo. 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.

83. El sobreseimiento es la renuncia a ejercer la acción punitiva referida. En el caso de que esta sea la actitud del Ministerio Público, el juez debe dictarlo sin más trámite, con lo que se clausuran las actuaciones.

84. Que ese plazo sea perentorio significa que llegado a su fin se extingue, caduca, precluye, en forma automática, de pleno derecho y sin necesidad de acto alguno de la Defensa o del juez, la facultad de realizar el acto procesal para el que la ley otorgó el plazo referido.

especialmente trascendente, puesto que, de no acusar dentro de sus límites, pierde su única oportunidad de hacerlo. Para el control de su cumplimiento tomamos como fecha de inicio del plazo aquella en que se notificó al Ministerio Público. Y si bien no encontramos porcentajes significativos de incumplimiento, hallamos casos en los que esto ocurrió en todos los períodos analizados.

3. El traslado a la Defensa

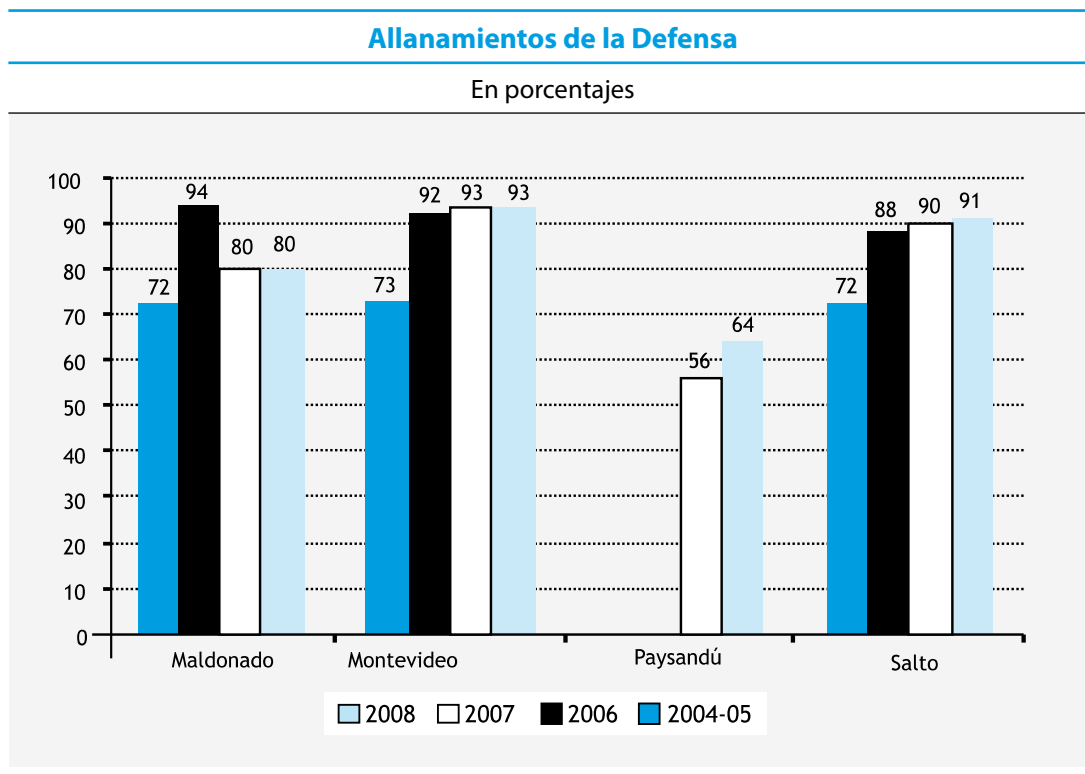
Luego de la acusación fiscal, según el artículo 76.8 del CNA, se le debe dar traslado de la acusación formulada a la Defensa, que dispone de seis días hábiles para ofrecer prueba, allanarse o contradecir.⁸⁵ Los escritos de contestación de la Defensa se han caracterizado en todos los períodos analizados por su brevedad y por importantes porcentajes de allanamiento, tanto parcial como total.

En Montevideo, en un 99% de los casos la Defensa contestó las acusaciones tanto en 2006 como en 2007, y lo mismo ocurrió en el 98% de los casos en 2008. Sin embargo, en los departamentos del interior encontramos porcentajes más altos en los que las acusaciones no se contestaron. En 2008, por ejemplo, en el 9% de los casos de Maldonado en los que hubo acusación la Defensa no contestó. En Paysandú esto ocurrió en el 14% de los casos, y en Salto en el 48%.

Los altos porcentajes de allanamientos dan cuenta de una baja intensidad en la actividad de la Defensa, así como de la ausencia de estándares claros de calidad para su ejercicio.⁸⁶

En cuanto a los casos en los que la Defensa se allanó, conforme surge de los gráficos 36 y 37, distinguimos las situaciones de allanamiento total a la pretensión del Ministerio Público y aquellas en que, si bien medió allanamiento, se contradijo la duración de la medida solicitada en la acusación.

Gráfico 36



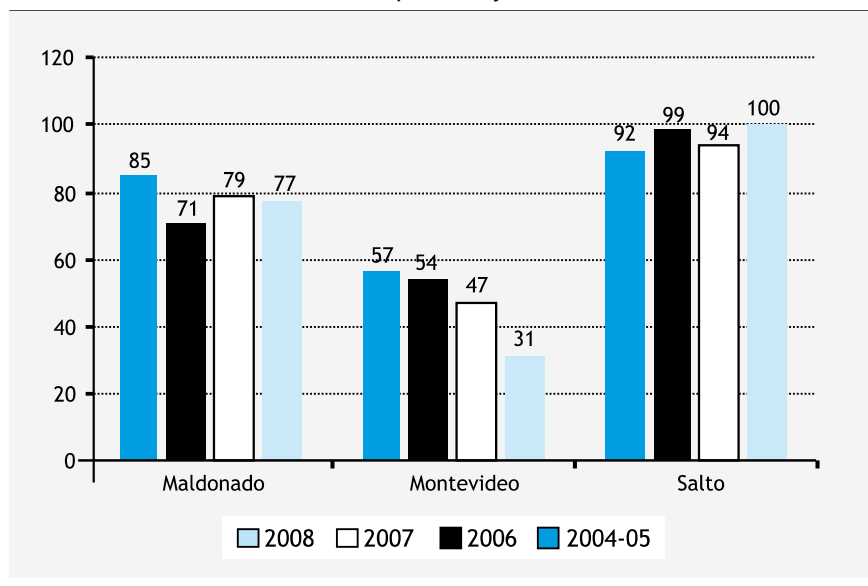
85. Entendido el allanamiento como el acto de conformarse con una demanda o decisión.

86. En Paysandú no presentamos todos los datos en la gráfica porque en 2006 hubo solo dos casos de allanamiento, y en el primer período analizado, en la mitad de los seis casos ocurrió lo mismo.

Gráfico 37

Allanamientos totales de la Defensa

En porcentajes



En Paysandú encontramos en 2008 que en el 12% de los casos los allanamientos fueron totales. La disminución de los allanamientos totales que se observa en Montevideo da cuenta de una práctica cada vez más generalizada de la Defensa: solicitar únicamente —sin mayor desarrollo argumental— una disminución de la duración de la medida solicitada por el Ministerio Público.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.8.2 del CNA, la Defensa, en oportunidad de contestar la acusación fiscal, puede ofrecer y solicitar el diligenciamiento de nuevas pruebas. Sin embargo, son muy pocos los casos en que efectivamente lo hace.

Tanto en 2006 como en 2007, en solo el 2% de los casos montevidianos encontramos que el defensor, al contestar la acusación fiscal, ofreció y solicitó el diligenciamiento de nuevas pruebas. En 2008 no registramos ningún caso en el que

esto hubiera ocurrido. En Maldonado, Paysandú y Salto no encontramos ofrecimiento de prueba por la Defensa en 2006, pero hallamos un caso en Salto en 2007 y dos casos en 2008, uno en Maldonado y otro en Paysandú.

La consecuencia de esta forma de funcionamiento del sistema penal juvenil es una baja intensidad del contradictorio y de la prueba; especialmente cuando se trata de prueba referida a los hechos, pero no así en lo que refiere a la investigación del adolescente. Estimamos que las problemáticas explicitadas no se deben a una cuestión de diseño, ya que el CNA reconoce las garantías y una estructura procesal adecuada. Sin perjuicio de ello, es posible que pueda traer consecuencias favorables una modificación en el diseño procesal dirigida a dividir el debate en dos partes, una exclusivamente destinada a discutir la responsabilidad y otra a determinar consecuencias.⁸⁷

87. Cf. Alberto M. Binder, *Iniciación al proceso penal acusatorio*, Campomanes, Buenos Aires, 2000, p. 80, y Mary Beloff, "Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1999-2006)", en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 8, Santiago, 2006, p. 48:

"Debe preverse la cesura del debate [...] de modo de diferenciar claramente la discusión en relación a la responsabilidad por el hecho, de la discusión en torno a la sanción o medida a aplicar, en donde las circunstancias personales y de mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor solo pueden operar como un correctivo que disminuya el reproche por el hecho".

4. La Defensa de los adolescentes

Tal como surge del cuadro 17, la Defensa de los adolescentes generalmente se encuentra en manos de los profesionales que se desempeñan en el Servicio de Asistencia Letrada de Oficio que brinda el propio Poder Judicial.

Cuadro 17

Defensa de los adolescentes Todos los períodos				
En porcentajes				
	Maldonado	Montevideo	Paysandú	Salto
Defensa pública	89,0	93,0	92,0	85,0
Defensa privada	6,1	3,5	3,6	9,8
Ambas	5,3	3,5	4,3	5,7

En el servicio de defensa pública descansa la efectiva protección de los derechos de los adolescentes sometidos a proceso y el respeto de las garantías establecidas a su favor.⁸⁸ El Estado debería ver el derecho a la defensa como una prioridad, y dotarlo de recursos humanos y materiales adecuados, además de brindar a los defensores, y en especial a quienes ejercen la defensa de adolescentes en el interior del país, las necesarias especialización y capacitación permanentes.

La CDN refiere al derecho a la defensa material al disponer, en su artículo 12, que el niño tiene derecho a ser oído y que se deben tener en cuenta sus opiniones en los procedimientos en los que están en juego sus derechos e intereses. El artículo 41 —que ya hemos comentado— refiere a la defensa técnica al señalar la necesidad de la asistencia jurídica. Asimismo, el artículo 40.2.b.III establece en forma amplia el derecho de todo niño a un *asesor jurídico u otro tipo de asesor*, en el marco de un proceso penal juvenil,

y el artículo 37.d establece el derecho de todo niño privado de libertad a un acceso pronto a *la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada*. Las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores establecen (regla 15.1) el derecho de los adolescentes a ser representados por un asesor jurídico durante el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita. También las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, en su punto 57, expresan que los Estados deben tener *servicios de defensa jurídica de los niños*.⁸⁹

La Corte Europea ha señalado que, sin perjuicio de la asistencia de un defensor, la participación real del joven en el proceso presupone su capacidad de comprender “globalmente la naturaleza y lo que se juega en juicio, concretamente el alcance de toda pena que se puede imponer. Ello significa que el interesado [...] debe estar en condiciones de comprender a grandes rasgos lo que se diga en el tribunal. Debe ser capaz de seguir las palabras de los testigos de cargo y, si está representado, de exponer a sus abogados su versión de los hechos, señalarles cualquier declaración con la que no esté de acuerdo e informales de cualquier hecho que merezca ser presentado para su defensa”.⁹⁰

Asimismo, el artículo 74 del CNA refiere a los principios que rigen el proceso penal juvenil expresando que en él debe asegurarse el cumplimiento estricto de las garantías del debido proceso, y en su literal F establece específicamente el principio de inviolabilidad de la defensa. De acuerdo con este principio, el adolescente tiene derecho a contar en forma permanente con asistencia jurídica gratuita, especializada, pública o privada, a partir de la detención, durante el proceso y hasta la ejecución completa de las medidas. El siguiente literal del mismo artículo refiere al principio de libertad de comunicación, conforme

88. El servicio de defensa pública es subsidiario de la defensa privada y está destinado a asistir a las personas de los sectores más vulnerables de la sociedad, entre las cuales se encuentra la amplia mayoría de los adolescentes intervenidos.

89. En el ámbito internacional también: artículo 14.3.b y d y 14.4 del PIDCP; artículo 8.2.c a f de la Convención Americana de Derechos Humanos.

90. Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 15 de junio de 2004, caso S. C. contra Reino Unido, § 29 *apud* Mauricio Duce J., “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, en *Ius et Praxis*, año 15, n.º 1, p. 101.

al cual el adolescente tiene derecho, durante una privación de libertad, a comunicarse libremente y en privado con su defensor.⁹¹ Es decir que para un adecuado ejercicio de este derecho, el adolescente y su abogado deben disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.⁹² Toda comunicación entre ambos, incluso la telefónica o epistolar,⁹³ deberá realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente la confidencialidad.

Es evidente que una asistencia jurídica eficaz requiere tanto de la debida diligencia como de que los abogados cumplan una serie de obligaciones profesionales básicas. A los efectos de asegurar la calidad de la defensa es preciso que se adopten modelos de supervisión de las prácticas profesionales y se permita a los adolescentes presentar quejas acerca de su asistencia legal. Un sistema de administración de justicia respetuoso de los derechos de los adolescentes debe asegurarles el acceso a un servicio de asistencia legal de calidad, de modo de garantizar su derecho a una defensa en juicio.

5. Medios de impugnación

Los medios de impugnación son aquellos mecanismos reconocidos por el derecho para contradecir, cuestionar, rebatir o criticar una decisión judicial que se considera errónea, agravante o perjudicial para la parte impugnante. Los recursos están dirigidos a provocar su revisión, ya sea por el juez que la dictó o por otro superior en jerarquía. En el primero de los casos hablamos de *recursos de reposición*, y en el segundo, de *recursos de apelación*. Los de apelación son recursos ordinarios resueltos en el proceso penal juvenil por los tribunales de apelaciones en materia de Familia.

La propia dinámica de nuestro relevamiento indica que pueden existir apelaciones posterior-

es a este estudio. Sin perjuicio de ello, debemos señalar la presencia de porcentajes bajos de apelaciones en la muestra relevada. En Montevideo encontramos apelaciones en el 6% de los casos en 2008, en el 3% en 2007, en el 5% en 2006 y en el 2% en el primer período. En Maldonado no encontramos ningún caso de apelación en los tres últimos períodos analizados, y un solo caso en el primero. En Paysandú solo se registraron cuatro casos de recursos en 2008. En Salto no hubo casos en ninguno de los períodos.

Por último, corresponde mencionar que el artículo 76.14 del CNA dispone que al proceso penal juvenil se aplique el régimen impugnativo establecido en los artículos 253 y 254 del Código General del Proceso. Esta disposición prevé también la apelación automática de las sentencias cuando la medida de privación de libertad impuesta tiene una duración superior a un año.

6. Conclusiones y recomendaciones

Un proceso judicial correctamente estructurado contiene una discusión sobre los hechos que lo motivan y sobre el derecho aplicable. La estructura procesal propuesta por el CNA contempla esta etapa, pero la práctica de nuestros tribunales la ha vaciado de sustancia. Lo que encontramos es una serie de actos rituales que tienen escasísima incidencia en el resultado del proceso, en los que no se desarrolla la discusión antes referida.

Estimamos que esto sucede en gran medida por la actuación de la Defensa en los procedimientos. La demanda acusatoria suele ser un acto procesal completo, en el cual es usual encontrar una relación de las pruebas diligenciadas, un análisis o al menos una referencia a los informes técnicos, y la formulación de los presupuestos fácticos, jurídicos y técnicos de la imputación.

91. A su vez, el artículo 76 del CNA, al tratar las actuaciones previas al proceso, prescribe como cometido de la autoridad policial el informar al adolescente del derecho que tiene de designar defensor. El mismo artículo indica más adelante que es obligatoria —bajo pena de nulidad— la intervención de la Defensa en la audiencia preliminar y en la audiencia final. La Ley de Procedimientos Policiales, en su artículo 64, expresa que cuando se trate de procedimientos que involucren a adolescentes presuntamente infractores de la ley penal, se estará a lo dispuesto por el literal F del artículo 74 del CNA.

92. PIDCP, artículo 14.3.b. En el mismo sentido: Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, principio 21.

93. CDN, artículo 40.2.b,vii.

Sin embargo, no encontramos en los escritos de contestación el mismo rigor.

El allanamiento es la principal actitud de la Defensa en los procesos, y en muchos casos se trata de allanamientos totales. La posibilidad de pedir el diligenciamiento de prueba de descargo es muy poco utilizada, las apelaciones constituyen una rareza en este tipo de procedimientos, y en definitiva el proceso se termina desarrollando en la dirección que le hayan dado las primeras actuaciones.

Estimamos que, si bien el CNA reconoce las garantías y una estructura procesal adecuada, a

los efectos de impedir el desarrollo de prácticas como las mencionadas se requieren algunas modificaciones al texto legal. Específicamente creemos conveniente dividir el debate en dos partes: una dedicada al análisis de la existencia del hecho y la determinación de la responsabilidad, y otra referida a la individualización de la pena.

Por último, a los efectos de asegurar la calidad de la defensa es preciso que se adopten modelos de supervisión de las prácticas profesionales y se permita a los adolescentes presentar quejas acerca de su asistencia legal.

IX. La finalización del proceso

1. Planteamiento del problema

Luego de un proceso casi sin debate, en el cual se ritualiza un trámite y difícilmente se incorporan nuevos elementos, nos encontramos con una audiencia final que termina constituyendo un ritual más. De más está decir que se trata —desde el punto de vista formal— del acto procesal más trascendente del sistema.

La propia idea de un sistema penal juvenil como un sistema de responsabilidad especial para las personas menores de 18 años de edad reposa en el concepto de que debe existir una audiencia final con el adolescente presente y el dictado de una sentencia.

2. La audiencia final

De acuerdo con la dinámica de plazos breves instaurada por el CNA, en el momento de relevar la información de los expedientes estos deberían haber alcanzado audiencia final y sentencia en primera instancia, pero en la práctica ello no ocurrió en todos los casos. La metodología que hemos descrito es la que consideramos apropiada para realizar un seguimiento de las prácticas judiciales en forma paralela a su desarrollo.

El artículo 76.10 del CNA refiere a la necesidad de que se celebre una audiencia final en la cual, 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 estos sujetos lo solicitan.

En 2007 y 2008 encontramos que hubo audiencia final en el 88 y el 87% de los casos iniciados de Montevideo, en el 39 y el 89% de los casos

de Maldonado, en el 48 y el 79% de los casos de Paysandú, y en el 89 y el 81% de los casos de Salto, siempre para cada período respectivamente. La situación en Maldonado —y en alguna medida en Paysandú— en 2007 se explica por la práctica en dichos departamentos de poner fin al proceso de las formas antes mencionadas. Asimismo, en 2008 encontramos en estos departamentos una variación, que implicó una disminución de los procesos finalizados por clausura del proceso o prescindencia de la acción penal, y un aumento de los dictados de sentencia.⁹⁴

En todos los expedientes relevados en el último período analizado se constata la presencia del Ministerio Público y la Defensa, salvo alguna excepción respecto del Ministerio Público en Salto en 2006 y en Montevideo en 2007. En Salto comenzamos a registrar, en 2007 y 2008, un aumento muy significativo de casos en los que no comparecen en la audiencia final ni la Defensa ni el Ministerio Público (51 y 77% respectivamente en 2007, y aún más grave fue la situación en 2008, cuando no comparecieron en el 86 y el 91% de los casos). Esto se explica por la práctica, señalada en nuestro anterior informe, de notificar a las partes de la sentencia, e implica un incumplimiento sistemático de la normativa vigente.

En cuanto a la presencia del adolescente en la audiencia final, esta se verifica en todos los casos en Maldonado, mientras que en Montevideo y en Paysandú hay algunas excepciones no significativas en términos porcentuales en los dos últimos períodos analizados.

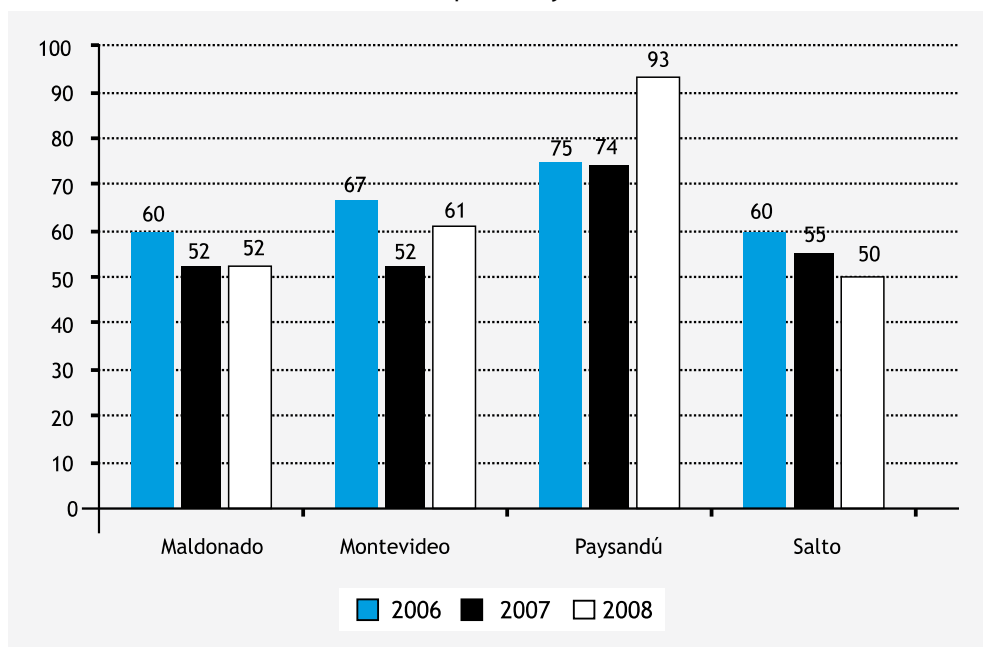
También en este caso resulta problemática la situación en Salto, donde no se observa la presencia del adolescente en el 54, el 29 y el 45% de

94. Ver el capítulo VII.

Gráfico 38

Presencia de los padres o responsables en la audiencia final

En porcentajes



las audiencias finales de los períodos 2006, 2007 y 2008, respectivamente. El incumplimiento de la normativa vigente en este caso es también evidente y grave.

Comparecieron por lo general uno de los progenitores del adolescente o ambos, en particular las madres.

En referencia a la posibilidad de que las víctimas de las infracciones participen en la audiencia final, en el departamento de Montevideo únicamente constatamos que se haya concretado esa situación en un caso de 2006, uno de 2007 y el 6% de las audiencias finales de 2008.

Algunos autores han entendido —aunque el artículo no lo señala— que en esta audiencia se debe diligenciar la prueba de descargo ofrecida por la Defensa en oportunidad de contestar la acusación.⁹⁵ En nuestro relevamiento solo identificamos cuatro casos en los que hubo actividad probatoria en la audiencia final, uno en 2006 y otro en 2007 en Montevideo, uno en 2007 en Salto y uno en 2008 en Maldonado.

3. Las sentencias

La sentencia definitiva implica un pronunciamiento jurisdiccional sobre el litigio, sobre el pedido efectuado por el Ministerio Público en su demanda acusatoria. Como tal, pone fin a la instancia mediante la absolución o la condena del adolescente. En los casos en que hay una sentencia de condena, se imponen a los adolescentes penas, que el CNA denomina *medidas socioeducativas*.

El contenido de estos fallos no puede ser otro que el de una declaración de responsabilidad, por corresponder esto a la expresión utilizada en múltiples artículos del CNA (70, 73, 74.B, 75, 77, 79, 86, y 103.1) y por ser, además, la única solución coherente con la idea misma de que esta norma representa la adopción de un sistema de responsabilidad penal juvenil. El CNA, en el numeral 12 de su artículo 79, refiere al contenido de la sentencia. En el caso de 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

95. Cf. Jacinta Balbela y Ricardo Pérez Manrique, *Código de la Niñez y la Adolescencia, anotado y comentado, ley 17.823*, B. de F., Montevideo, 2005, p. 144.

solo se use 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.

En cuanto a la forma, 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. Es evidente que esta exigencia no debe ser vista como una limitación a la labor de análisis argumental que toda sentencia debe contener. La disposición en análisis pretende que sea comprensible, pero esto 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.

En el marco del relevamiento efectuado de los expedientes iniciados en 2007 y 2008, encontramos que se han dictado sentencias en el 96 y el 91% de los casos en Montevideo, en el 62 y el 87% en Maldonado, en el 46 y el 79% en Paysandú, y en Salto en la totalidad de los casos de 2007 y en el 91% de 2008.

4. Pruebas relacionadas en la sentencia

Las sentencias deben contener una exhaustiva relación de las pruebas que fundamentan el fallo. Dentro del concepto de motivación de la sentencia quedan comprendidas tanto su fundamentación fáctica como su fundamentación jurídica. En el presente apartado analizaremos, para cada uno de los departamentos, las pruebas relacionadas en la sentencia, a fin de realizar un acercamiento a la temática de su fundamentación fáctica en relación con los medios de prueba empleados, y a su valoración en el marco del proceso.

Del cuadro 18 surge claramente la existencia de una importante consideración de la prueba obtenida por la agencia policial en las actuaciones previas al proceso. Es preciso reiterar que se trata de prueba obtenida al margen de las garantías del debido proceso, y que por tanto es nula.

En el apartado dedicado a las actuaciones previas al proceso nos hemos referido a la ilegalidad, en el régimen del CNA, del desarrollo de actividad probatoria por la Policía. Retomamos ahora esta temática a los efectos de realizar algunas consideraciones acerca de las confesiones de los adolescentes.

Cuadro 18

Pruebas relacionadas en la sentencia Montevideo												
En porcentajes												
	Sí				No				S/d			
	2004-2005	2006	2007	2008	2004-2005	2006	2007	2008	2004-2005	2006	2007	2008
Declaración de la víctima ante autoridad policial	81	91	65	78	14	6	18	20	4	3	17	2
Confesión del adolescente ante autoridad policial	80	51	44	44	16	47	47	48	3	2	9	8
Declaración de testigos ante autoridad policial	21	42	40	33	75	45	51	57	3	13	9	10
Reconocimiento ante autoridad policial	14	37	20	25	82	61	72	63	3	2	8	12
Declaración de la víctima en el juzgado	89	94	89	95	7	2	2	5	4	4	9	—
Confesión del adolescente en el juzgado	62	78	78	73	35	22	20	23	3	—	2	4
Declaración de testigos en el juzgado	31	50	29	34	65	40	61	57	3	10	10	9
Reconocimiento en el juzgado	71	75	74	69	25	25	22	28	3	—	4	3

La situación de especial vulnerabilidad de los adolescentes detenidos en dependencias policiales, y la especificidad de tratarse de sujetos en desarrollo (respecto de los cuales corresponde que el Estado adopte medidas especiales de protección), tienen como consecuencia que la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, carezca de valor probatorio alguno, por no respetarse todas las garantías de protección procesal. En el marco de un sistema respetuoso de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia no debe presentarse la posibilidad de que los adolescentes rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión.⁹⁶

En definitiva, los datos analizados evidencian una tendencia generalizada a realizar la conversión automática en “prueba” de los elementos reunidos en la actuación policial, que como es obvio no fueron producidos directamente en juicio.⁹⁷

5. Duración del proceso

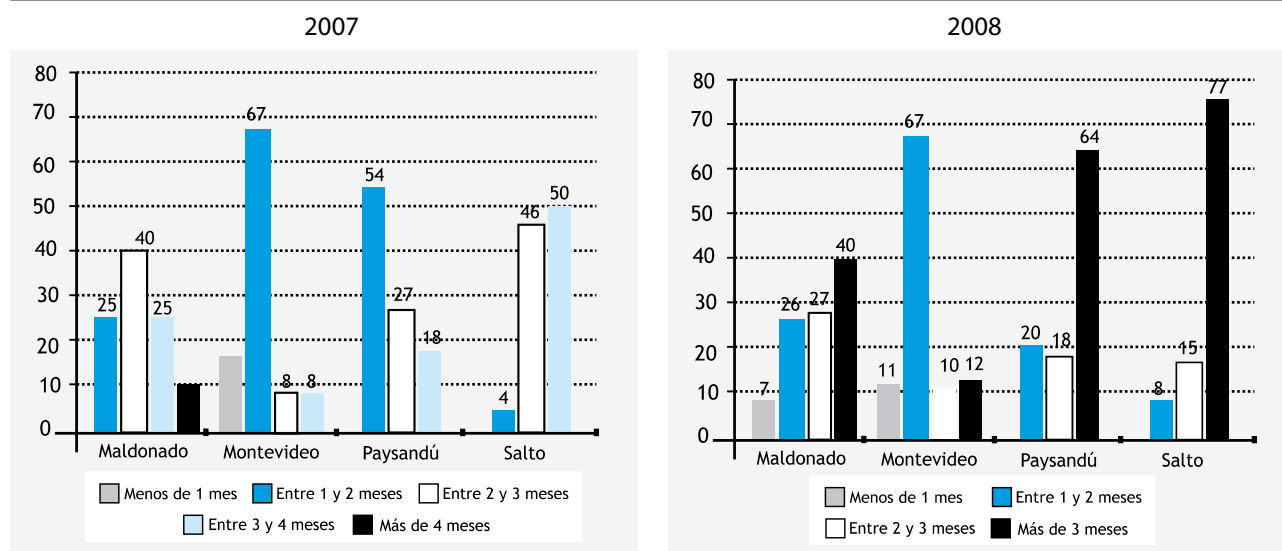
El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es una garantía general del debido proceso en la legislación internacional, extensible y reconocida por la normativa respecto al sistema penal juvenil. El artículo 74.J del CNA consagró el principio de duración razonable, que tiene importancia estratégica porque la duración excesiva de los procesos en la normativa anterior ponía en crisis buena parte de las garantías penales, de fondo y adjetivas.

Los plazos de duración del trámite judicial exceden las previsiones en la materia establecidas por el CNA, sin perjuicio de que estos plazos, pese a su carácter perentorio, pueden excepcionalmente, conforme lo establece el artículo 115 del propio CNA, ser suspendidos por el juez, quien debe fundar la medida y la duración de la suspensión (pero sin establecer las consecuencias de este tipo de suspensiones, ni un mecanismo para controlarlas). De todos modos, no

Gráfico 39

Tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia interlocutoria de inicio del proceso hasta la sentencia definitiva*

En porcentajes



* La construcción de estos tramos se basó en meses calendario. Así, el tramo “entre 1 y 2 meses” corresponde a los casos que superan un mes calendario pero no llegan a completar los dos meses calendario; el tramo “entre 2 y 3 meses” corresponde a los casos que superan los dos meses calendarios pero no llegan a completar los tres meses calendario, etcétera.

96. Cf. Corte IDH, OC-17, § 129 y 131.

97. Cf. Alberto M. Binder, *Iniciación al proceso penal acusatorio*, Campomanes, Buenos Aires, 2000, p. 42.

hemos encontrado porcentajes significativos de suspensiones de los plazos legales dispuestas en forma expresa, sino el incumplimiento de diversos plazos procesales cuya consecuencia es una extensión temporal del proceso.

A partir de 2008 las oficinas estadísticas del Poder Judicial han empezado a relevar la duración de los procesos en los juzgados de Adolescentes y en los juzgados del interior con dicha competencia. Encontramos que la duración promedio de los procesos en Montevideo en dicho año fue de 2,1 meses; la mínima, de 0,3 meses, y la máxima, de 22,8 meses.⁹⁸

6. Conclusiones y recomendaciones

La duración de los procesos no es un problema del sistema penal juvenil. Luego de cumplido el tracto procesal analizado se llega, en plazos relativamente breves, al momento del dictado de una sentencia. El problema, como hemos expresado, es la ausencia de debate y la tendencia a desnaturalizar los distintos actos del proceso. Esto ocurre claramente con la audiencia final, que si bien debe desarrollarse en todos los casos de dictado de sentencia bajo pena de nulidad, en la práctica suele no realizarse por cuanto se recurre a notificar por escrito la sentencia a las partes

remitiéndoles la copia correspondiente. Asimismo encontramos audiencias finales en las que no comparece el adolescente, situación que también tiene como consecuencia la nulidad. En todos estos casos, como los operadores prestan su consentimiento expreso o tácito, nadie denuncia las nulidades y el CNA queda en letra muerta.

Las sentencias de una carilla con menguados fundamentos terminan siendo la consecuencia de un proceso en el que poco o nada se debate. Pero una de las cuestiones más graves está dada por la costumbre de relacionar en la sentencia la prueba obtenida en el ámbito policial sin las debidas garantías (incluso reconocimientos y confesiones).

En definitiva, es preciso establecer mecanismos de supervisión del trabajo de los profesionales del derecho en el ámbito de la justicia penal juvenil. Los mecanismos de supervisión y monitoreo deben abarcar todo el sistema penal juvenil. Es decir, la evaluación periódica del funcionamiento del sistema debe incluir todos los segmentos del sistema, incluso el segmento policial y el judicial. En referencia a este último segmento deben establecerse responsabilidades y sancionarse las prácticas que originan nulidades por incumplimiento de la normativa vigente.

98. Cf. Poder Judicial, "Informe sobre procedimientos infraccionales de adolescentes", 2008.

X. Proporcionalidad y sanciones

1. Planteamiento del problema

La normativa internacional aplicable exige que la respuesta penal deba ser determinada en aplicación del principio de proporcionalidad:

El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.⁹⁹

En virtud de este principio, debe existir proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, es decir que a menor entidad del injusto corresponde menor pena, y a menor participación del inculpaado en el delito también corresponde menor pena.¹⁰⁰ En la aplicación del principio de proporcionalidad debe tenerse en cuenta que la privación de libertad es establecida como el último recurso y por el menor tiempo posible, por lo cual termina funcionando no como el único criterio, sino como el criterio que establece el máximo justificable. La proporcionalidad, conforme el artículo 40.4 de la CDN, debe relacionarse con las circunstancias del adolescente y con la infracción.

Este tipo de consideraciones representa un avance, en tanto refiere expresamente a la imposibilidad, en el nuevo régimen de justicia penal

juvenil establecido desde la CDN, de fundar la extensión de la pena en las necesidades educativas de los adolescentes. Conforme a las reglas antes mencionadas, la aplicación de este tipo de medidas se encuentra condicionada a la gravedad del acto, en el que se requiere violencia contra la persona o reincidencia en lo que se denomina *delitos graves*.

Los principales problemas que se observan en el sistema penal juvenil en referencia a esta temática son el incumplimiento del principio de proporcionalidad y la ya reiteradamente mencionada utilización de la privación de libertad como respuesta privilegiada. Entre las circunstancias que terminan afectando la vigencia de este principio se encuentran la problemática asociada con el consumo de drogas por los adolescentes y la aún persistente confusión entre protección y sistema penal, que queda en evidencia.

2. Las sanciones

En el presente apartado nos referiremos a las penas del sistema penal juvenil, que el CNA denomina *medidas socioeducativas*. Utilizaremos 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, y que por otra parte no repara, restituye ni detiene

99. Reglas de Beijing, regla 5.1.

100. Cf. Corte IDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, § 83, y caso Kimel contra Argentina, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C, n.º 177, entre otras. Comité de los Derechos del Niño, Observación general n.º 10, "Los derechos del niño en la justicia de menores", § 71:

"El Comité desea subrayar que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el § 1 del artículo 40 de la Convención [...]".

las lesiones en curso, ni neutraliza los peligros inminentes.¹⁰¹

En el caso de las denominadas *medidas socio-educativas* se postula, normativamente, que tendrán —como su nombre lo indica— carácter educativo, procurarán la asunción de responsabilidad del adolescente y buscarán fortalecer el respeto de este por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, así como el robustecimiento de sus vínculos familiares y sociales.

La CDN, en su artículo 40.1, confiere especial importancia a la promoción de la integración del adolescente, a la posibilidad de que este asuma una función constructiva en la sociedad y a que se fortalezca su respeto 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 la integración a la sociedad y la inserción en la comunidad. El artículo 79 del CNA destaca ese carácter educativo, bajo la regla de la proporcionalidad y la consideración de su idoneidad para lograr los objetivos normativos referidos.

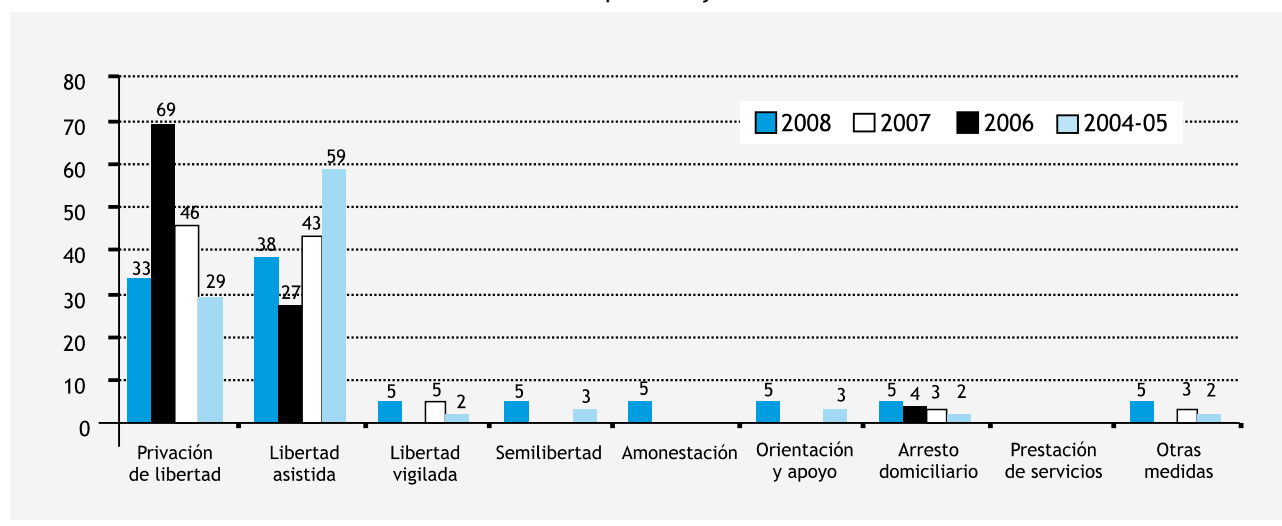
Asimismo, tratándose de sanciones de privación de libertad, el criterio de proporcionalidad debe moderarse por aplicación de las reglas de excepcionalidad y de máxima brevedad de este tipo de sanciones. El principio de excepcionalidad y de máxima brevedad es una regla tradicional del derecho de menores, y como tal se encontraba consagrada en el artículo 124 del Código del Niño de 1934. También hemos identificado casos en los cuales las sentencias refieren a los principios de benignidad y de menor aflicción, y a la posibilidad de aplicar la privación de libertad ante un incumplimiento de la medida cautelar.

Las sentencias deben establecer concretamente la responsabilidad del adolescente en relación con el hecho que le fue imputado, o deben absolverlo. En los casos en los que existe una sentencia condenatoria, el CNA exige que la sanción impuesta tenga la finalidad de preservar el interés del adolescente. La condena implica una decisión sobre el tipo de pena que se deberá aplicar y su duración.

Gráfico 40

Tipo de sanciones Maldonado

En porcentajes

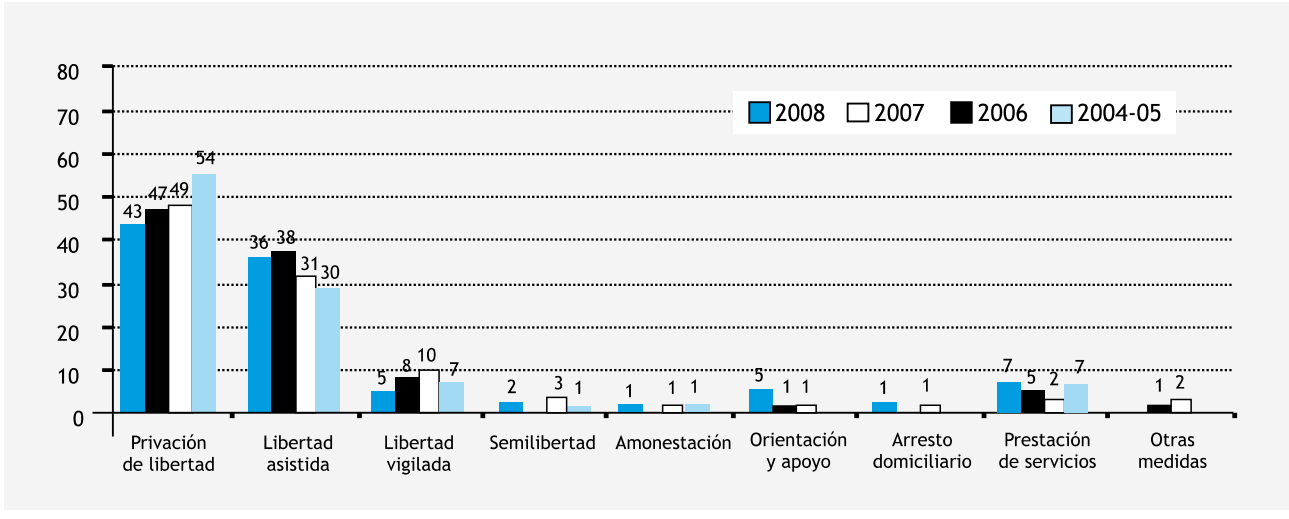


101. Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni (con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 43.

Gráfico 41

**Tipo de sanciones
Montevideo**

En porcentajes



En cuanto al tipo de sanciones dispuestas, se observaron elevados porcentajes de privación de libertad en los dos primeros períodos en Maldonado, pero encontramos una disminución en 2007 y 2008, con el correlativo aumento de la utilización de la sanción de libertad asistida. Esta modificación se explica por la aparición en dicho departamento de nuevas ofertas de programas de medidas no privativas de libertad.

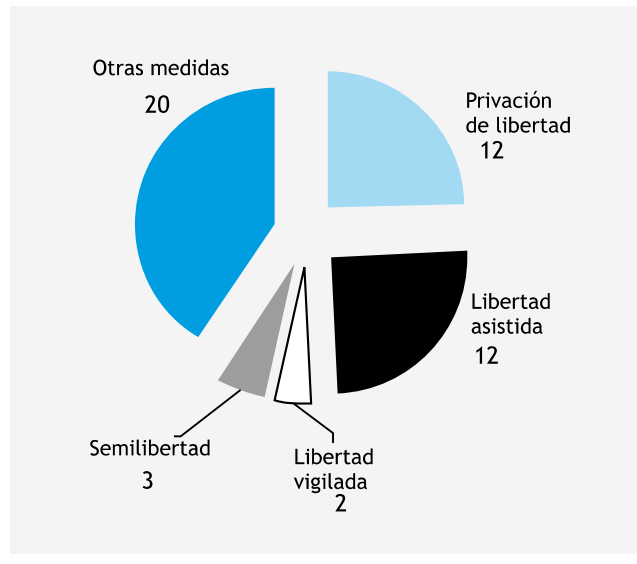
En Montevideo hemos observado un aumento sostenido del empleo de la privación de libertad como sanción en las sentencias, y también un aumento de idénticas características respecto de la libertad vigilada. Tal como surge de los datos analizados, el cumplimiento del principio de excepcionalidad de la privación de libertad es diverso en los cuatro departamentos analizados, pero Montevideo aparece claramente como aquel en el que existe un mayor incumplimiento de este principio.

En Paysandú y Salto la escasa cantidad de casos con sentencias dictadas no nos permite presentar la información en porcentajes, y lo hacemos en número de casos por muestra. En Paysandú se registra una cantidad importante de casos en los que se utilizan como sanción medidas distintas a las enunciadas por el legislador.

Gráfico 42

**Tipo de sanciones
Paysandú
Todos los períodos**

Cantidad de casos



Por último, en Salto se advierte una preferencia por las medidas no privativas de libertad. De los departamentos analizados este es el que respeta en mayor medida el principio de excepcionalidad de la privación de libertad.

Gráfico 43

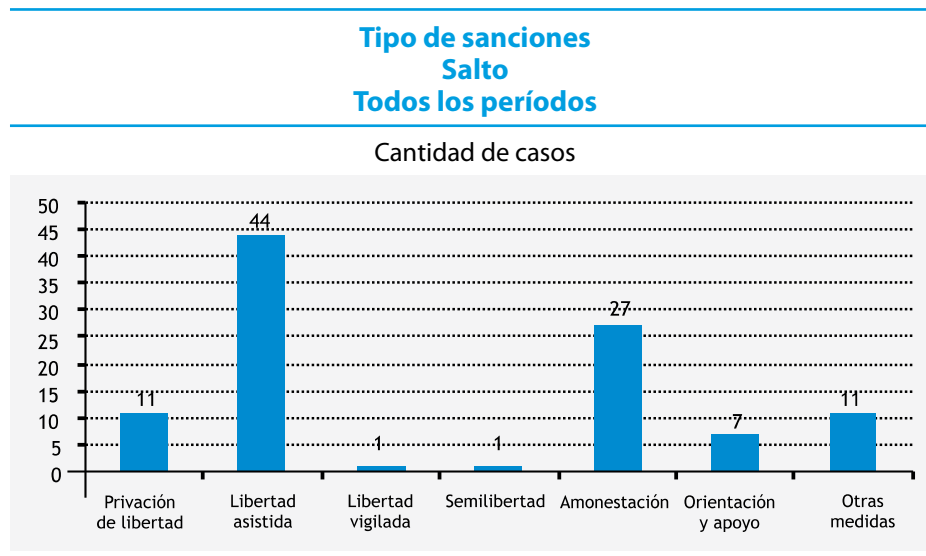
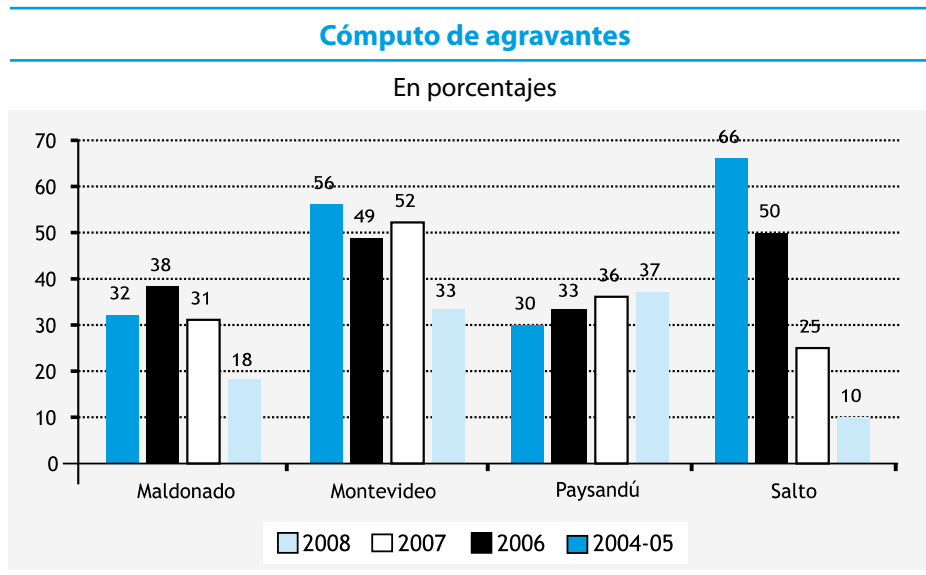


Gráfico 44



El CNA no menciona ninguna circunstancia agravante, pero en su artículo 73 se remite expresamente al Código Penal en lo relativo a las circunstancias que aminoran el grado de las infracciones. Por otra parte, en el artículo 72.1 y 2, al enumerar las infracciones gravísimas a la ley penal, menciona los delitos de lesiones agravadas y lesiones personales agravadas. En relación con este punto, la doctrina se ha manifestado en el entendido de que la solución de principio es la imposibilidad de aplicar circunstancias agravan-

tes en el derecho penal juvenil, por aplicación del principio de legalidad.¹⁰² Sin embargo, esta solución ha sido cuestionada con el argumento de que la no consideración de este tipo de circunstancias vulneraría el principio de igualdad, en tanto se tratarían por igual conductas de similar tipicidad pero con gravedad dispar.

En todos los períodos analizados hubo importantes porcentajes de utilización de las circunstancias agravantes al momento de determinar la sanción.

102. Cf. Eduardo Pesce Lavaggi, *Derecho penal juvenil. Lineamientos para su formulación dogmática*, Carlos Álvarez, Montevideo, 2005, p. 78.

3. Medidas de protección y drogas

El CNA ha representado un importante avance al separar las competencias por motivos penales de las motivadas por la adopción de medidas que genéricamente denominaremos *de protección*. Los juzgados letrados de Adolescentes son los competentes en primera instancia en materia de infracciones de adolescentes a la ley penal. En segunda instancia entenderán los tribunales de apelaciones de Familia. Esta norma comienza a superar la indistinción tradicional entre infracción y abandono, estableciendo la competencia exclusiva específica en materia penal juvenil para la primera instancia.

Pese a esta separación de competencias, la norma establece un nexo entre ambos procedimientos. En el artículo 76 dispone que, cuando el juez toma conocimiento de que el adolescente sometido al proceso se encuentra en la situación prevista en el artículo 117 de la misma norma —amenazado o vulnerado en sus derechos—, debe poner esto en conocimiento del juez de Familia, sin perjuicio de la actuación procesal referida a la infracción. Esta posibilidad fue utilizada en 2008 en tres casos en Paysandú y en un caso en Salto. En 2007 esto ocurrió en dos casos en Montevideo y en otros dos en Paysandú. En 2006 se registraron estas situaciones en Maldonado y Montevideo, aunque muy excepcionalmente: 2% del total en ambos departamentos. En el primer año de aplicación del CNA había alcanzado el 3% del total en Salto y el 2% en Maldonado y Montevideo.

El artículo 33 de la CDN impone la obligación de que se tomen todas las medidas apropiadas para proteger a la infancia y la adolescencia contra el uso ilegal de drogas. En la órbita de la competencia para adoptar medidas de protección de derechos, tenemos otros artículos referidos al tema. El CNA, por el solo hecho de abordar esta problemática, puede dar lugar a una criminalización discriminatoria del consumo de sustancias psicoactivas por los adolescentes, cuando se trata de una conducta que no es reprochable penalmente a los adultos. Conviene recordar las Directrices de RIAD, cuya regla VI.56 establece:

Ningún acto que no sea sancionado cuando lo comete un adulto puede ser sancionado cuando lo comete un joven.¹⁰³

La imprecisión terminológica del CNA para referirse a la temática se traslada a los expedientes judiciales, en los que se habla de *consumo, dependencia o adicción* sin el menor rigor técnico. Además, estas calificaciones generalmente son realizadas por las partes y los operadores intervinientes, sin que exista ningún tipo de diagnóstico médico. Pero no todas las situaciones vinculadas con los adolescentes y las drogas —legales o ilegales— tienen consecuencias en los expedientes. Por esta razón, hemos optado por relevar los casos en los que el expediente refiere a una situación de *adicción o dependencia*.

Cuadro 19

El expediente refiere a una situación de adicción o dependencia

En porcentajes

	Maldonado				Montevideo			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Surge	29	33	27	37	38	48	37	30
No surge	71	67	73	63	62	52	63	70

	Paysandú				Salto			
	2004-05	2006	2007	2008	2004-05	2006	2007	2008
Surge	5	10	29	31	17	14	7	10
No surge	95	90	71	69	83	86	93	90

103. Cf. Javier M. Palumbo, "Abandono, amparo e intervenciones desde la defensa social", en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 6, UNICEF, Santiago, 2004, pp. 161-176.

En un proceso por infracción, la consideración judicial de la circunstancia de adicción o dependencia del adolescente a alguna sustancia solo debe tener como consecuencia que se ordene la intervención de un programa de orientación y tratamiento. Sin embargo, como habíamos adelantado, en muchos casos estas circunstancias terminan fundamentando respuestas punitivas más duras para el adolescente.

La situación es cada vez más alarmante si implica, por la vía de los hechos, la criminalización del consumo de sustancias psicoactivas por los adoles-

centes sometidos a proceso. Cada año encontramos porcentajes mayores de utilización de la medida de internación provisoria cuando el expediente hace referencia al consumo o dependencia.

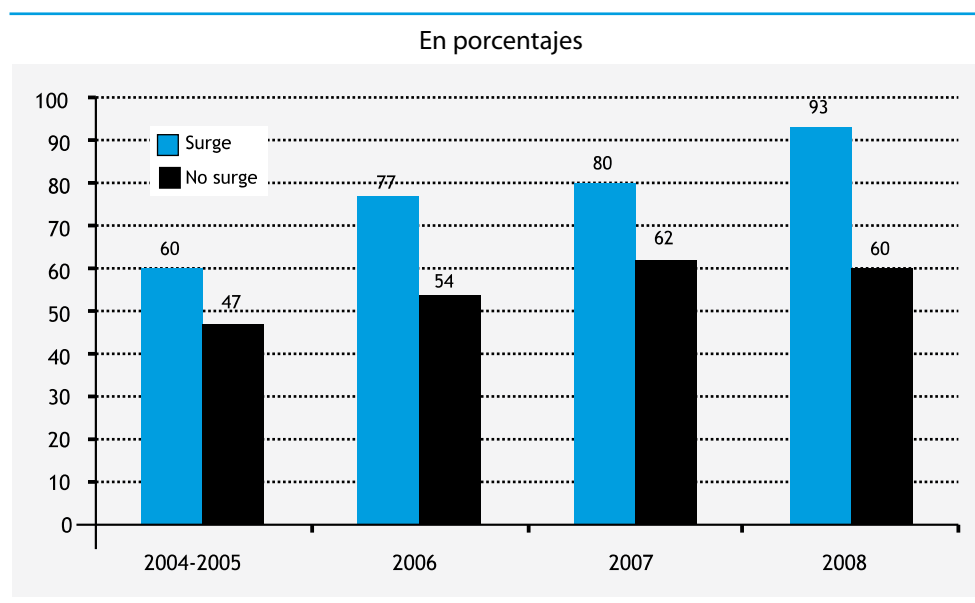
Las prácticas relativas a las situaciones de adolescentes sometidos a procesos por infracción y respecto de los cuales se hace referencia a una problemática de adicción o dependencia a drogas quedan, de hecho, a medio camino de lo tutelar, y cada vez están más lejos de ser intervenciones fundadas en garantizar el derecho a la salud.

Cuadro 20

Tipo de medida cautelar decretada Montevideo																	
En porcentajes																	
		Internación provisoria			Obligación de concurrir a la sede			Arresto domiciliario			Prohibición de acercarse a la víctima u otras personas			Prohibición de concurrir a determinados lugares y otras			
		2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	
El expediente refiere a una situación de adicción o dependencia	Sí	76,8	80,4	93,2	10,7	11,8	4,5	10,7	3,9	2,3	1,8	—	—	—	—	—	100
	No	53,8	62,1	59,8	28,8	17,2	16,7	11,5	17,2	19,6	3,8	2,6	2,9	1,9	1,9	1,0	100

Gráfico 45

**Internación provisoria según si surge o no una situación de adicción o dependencia
Montevideo**



Cuadro 21

**Se ordena la intervención
en un programa de tratamiento
Montevideo**

En porcentajes de casos
en los que se refiere adicción o dependencia

2004-05	2006	2007	2008
45	45	18	9

En los casos en que el expediente refiere situaciones de adicción o dependencia, se ordena la intervención de un programa de orientación o tratamiento en porcentajes cada vez menores. La construcción punitiva del fenómeno del consumo de sustancias psicoactivas por los adolescentes es cosa evidente.

La separación formal y orgánica de las competencias para la adopción de medidas de protección y medidas de tipo penal constituye uno de los más importantes avances que introdujo el CNA. Con esta separación se le puso fin a la judicatura de menores. En el primer año de aplicación del CNA habíamos encontrado situaciones de confusión entre las dos competencias, que dejaban claro que el sistema y los operadores estaban procesando los cambios introducidos por la nueva normativa. El transcurso del tiempo ha permitido una mejora de la situación descrita. De todas formas, aún se encuentran intervenciones de tipo penal en las cuales la respuesta, lejos de adecuarse a la conducta infraccional del adolescente, se justifica implícitamente en la necesidad de protegerlo. La situación del consumo problemático de sustancias psicoactivas es un escenario privilegiado para desarrollar estas prácticas.

4. Conclusiones y recomendaciones

En un sistema que expresa adoptar sanciones socioeducativas y en un escenario en el cual se vuelve a discutir —especialmente en algunos ámbitos internacionales— la pertinencia de llamar *penal* al sistema, ¿se debe excluir lo retributivo? La respuesta es *no*. Pero no por una defensa

de lo retributivo, sino por una defensa del principio de legalidad y no discriminación.

La proporcionalidad es el límite máximo de la utilización de una pena (sea privativa de libertad o no). Límite máximo porque, en virtud del principio de mínima intervención, excepcionalidad y mínima duración, la pena puede ser menor de la que correspondería por estricta aplicación del criterio de proporcionalidad. Pero nunca la pena puede ser desproporcionada a la conducta que se reprocha. No es posible usar argumentos como el peligro para la sociedad, las necesidades del niño o la falta de rehabilitación. Ese tipo de planteos han sido superados desde el punto de vista teórico, y han sido criticados por no respetar el principio de legalidad y dar lugar a prácticas discriminatorias. Es decir, el criterio de proporcionalidad debe moderarse por aplicación de las reglas de excepcionalidad y de máxima brevedad de este tipo de sanciones.

Nuestro CNA permite una discrecionalidad muy importante a la hora de disponer sanciones, tanto en lo que refiere a su naturaleza (privativa o no privativa de libertad) como en lo que refiere a su duración. Esto tiene como consecuencia la existencia de prácticas discriminatorias; es decir, sanciones diferentes para conductas ontológicamente idénticas. Es conveniente modificar el CNA a los efectos de establecer criterios que limiten la discrecionalidad de los operadores judiciales a la hora de determinar el tipo y el cuántum de las sanciones.

Asimismo, tal como hemos visto en el presente capítulo, aún persisten prácticas que visualizan las intervenciones de la justicia penal juvenil desde una óptica tutelar.

Este tipo de criterios deben desarrollarse atendiendo al principio de proporcionalidad entre la conducta objeto de reproche y la respuesta penal. Esta modificación de la normativa vigente debe limitar las hipótesis entre las cuales pueda disponerse la privación de libertad en función de la gravedad de los delitos.

XI. Durante el período más breve que proceda

1. Planteamiento del problema

El último problema asociado al funcionamiento del sistema penal juvenil que analizaremos en el presente informe es el referido a la permanencia de las medidas y sanciones. La idea de que se impongan sanciones de tipo socioeducativo se relaciona con el principio de excepcionalidad de la privación de libertad y con la excepción a la retribución pura, que tradicionalmente han tenido las respuestas específicas de la justicia penal juvenil.

La pena individualizada puede flexibilizarse en modo y tiempo. Estas modificaciones tienen como objetivo alterar el “contenido aflictivo de la sanción impuesta”.¹⁰⁴

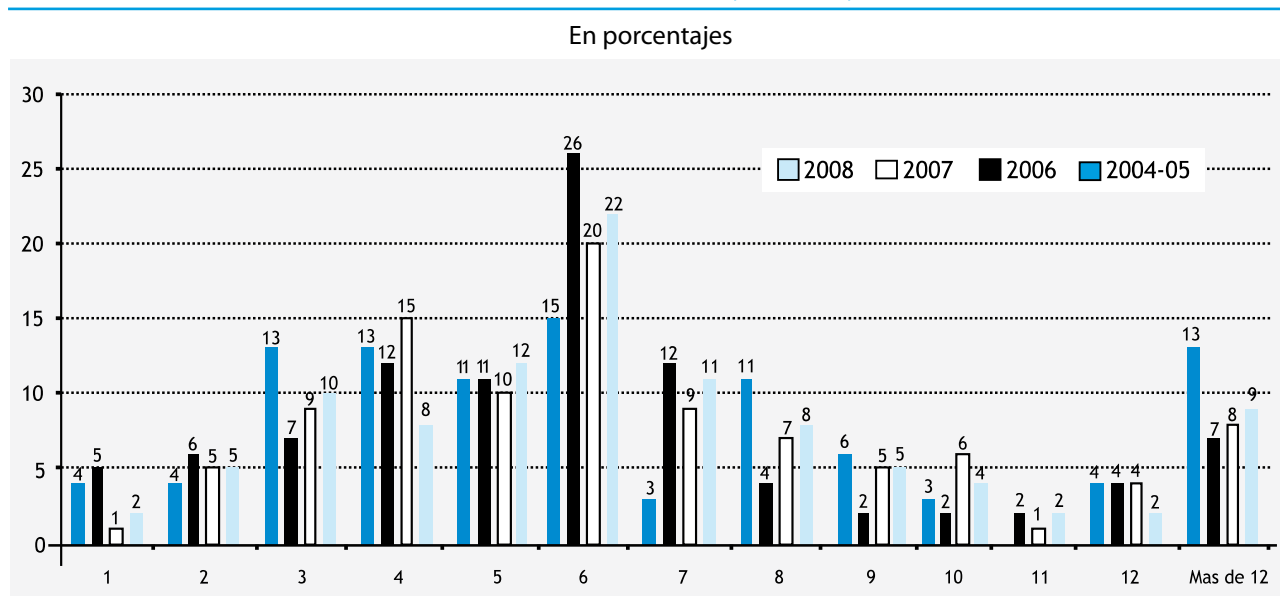
Es decir que la pena no es retribución pura; en la medida en que se ponga en evidencia que cumplió con su aptitud socioeducativa, puede ser modificada o se puede decretar su cese. Es a esta posibilidad que refiere la CDN cuando expresa que la privación de libertad debe ser el último recurso y por el tiempo más breve que proceda.

2. Duración de las sanciones

El artículo 89 del CNA establece 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 ese Código, las normas

Gráfico 46

Tiempo de la privación de libertad dispuesta en sentencia definitiva Maldonado, Montevideo, Paysandú* y Salto



* Los datos incluyen a Paysandú en los períodos 2007 y 2008.

104. Mayra Campos Zúñiga y Ornar Vargas Rojas, “La jurisdiccionalización de la ejecución penal juvenil”, en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, p. 110.

constitucionales y legales y los instrumentos internacionales. La imposición de la privación de libertad, como hemos adelantado, se encuentra fuertemente condicionada por el régimen jurídico vigente.

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, consagrados en los artículos 79 y 76.12 del CNA, debemos tener en cuenta, como principios especiales, la minimización de sus efectos perjudiciales y el fomento de la integración social, conforme a lo dispuesto en la CDN y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

Respecto al tiempo de privación de libertad dispuesto, los mayores porcentajes correspondieron a las sentencias que ordenaron la privación de libertad por un plazo de seis meses. En los casos de sanciones superiores al año de privación de libertad, es preciso referir a lo dispuesto en el artículo 76.14 del CNA, conforme al cual corresponde la apelación automática cuando la medida impuesta tenga esa duración.

3. Licencias, modificaciones y ceses

El procedimiento para la modificación o el cese de las medidas está previsto en el artículo 94 del CNA. Este dispone que el cese de la medida se debe decretar, en cualquier momento, cuando resulte acreditado en autos que esta ha cumplido su finalidad socioeducativa.

En relación con la tramitación de las solicitudes de sustitución, modificación o cese de las medidas, se establece que debe realizarse en

audiencia con presencia del adolescente, sus representantes legales, la Defensa y el Ministerio Público. Esta audiencia debe celebrarse en un plazo que no exceda los diez días a partir de la respectiva solicitud, y en ella hay que dictar una resolución fundada, con los informes técnicos que se estimen pertinentes.¹⁰⁵

Estas competencias implican judicializar fuertemente el proceso de ejecución de las sanciones:

Judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de las penas, sino también permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe contando con asistencia técnica, de modo que pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan su actividad penitenciaria.¹⁰⁶

En Montevideo, en 2007 y 2008, cuando realizamos nuestro relevamiento, se habían solicitado licencias (autorizaciones temporales para que el adolescente volviera a tomar contacto con su ambiente familiar y comunitario) en el 32 y el 47% de los expedientes en los que se dispuso la privación de libertad, respectivamente. Esto había ocurrido en el 46% de los casos de 2006 y en el 28% en el primer año de aplicación del CNA.

Las licencias constituyen sin duda una instancia necesaria para evitar la desocialización que produce el encierro; tratan de efectivizar, por el contrario, oportunidades de participación social con miras a una próxima desinstitucionalización.¹⁰⁷ De conformidad con lo establecido en

105. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del CNA, cuando los juzgados disponen la privación de libertad de adolescentes fuera de su jurisdicción, deben declinar su competencia ante el juez del lugar de internación. Nuestro relevamiento fue efectuado sobre una muestra estadísticamente representativa de los expedientes que se inician y tramitan en los juzgados letrados de Adolescentes de Montevideo y en los juzgados letrados con competencia en materia de Adolescentes de Maldonado y Salto. Por lo tanto, no poseemos información cuantitativa acerca de los expedientes iniciados en Maldonado o Salto que fueron remitidos a Montevideo, por ser el lugar de cumplimiento de la medida privativa de libertad. Esto determina que en adelante desarrollemos nuestros datos respecto de la situación en los expedientes analizados de Montevideo.

106. Alberto Binder, *El proceso penal. Programa para el mejoramiento de la administración de justicia*, Ilanud-Forcap, San José (CR), 1991, p. 87.

107. Ver también la elaboración de Uriarte en referencia al principio negativo de no desocialización, conforme al cual "el eje de la organización del encierro estaría dado por la atenuación de sus efectos desocializadores" (Carlos E. Uriarte, *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites al sistema penal juvenil (las penas de los jóvenes)*, Carlos Álvarez, Montevideo, 1999, p. 249).

el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad, como por ejemplo el aislamiento social. Por esta razón, el otorgamiento de licencias y regímenes de licencia es esencial de conformidad con la normativa aplicable.

En la totalidad de los casos de Montevideo, las solicitudes mencionadas fueron efectuadas por la Defensa, motivadas por informes técnicos.

Cuadro 22

El Ministerio Público se opone a las solicitudes de licencias			
En porcentajes			
2004-05	2006	2007	2008
27	26	30	58

El Ministerio Público generalmente se opone a estos pedidos en porcentajes relativamente similares, salvo en el último período analizado, en el cual se observa un endurecimiento de sus posturas.

Cuadro 23

Se conceden las licencias solicitadas			
En porcentajes			
2004-05	2006	2007	2008
83	73	61	81

La subsidiariedad de la privación de libertad debe ser considerada no solo en el momento de iniciar un proceso de adolescentes, sino también a lo largo de la ejecución. Por esta razón, el artículo 94 dispone que en cualquier momento, ante la constatación de que la privación de libertad ha cumplido su finalidad socioeducativa, el juez debe decretar su cese.

En cuanto a las solicitudes de cambios o modificaciones de las medidas privativas de libertad, en Montevideo las encontramos en el 38% de los casos en 2008, en el 20% en 2007 y en el 48% en el primer año de aplicación del CNA. En la totalidad de los casos de Montevideo las solicitudes fueron efectuadas por la Defensa. En la generalidad de los casos, el escrito de solicitud efectuado por la Defensa no es

muy extenso ni desarrolla fundamentos, sino que acompaña a un informe técnico en el cual se sugieren los cambios o modificaciones de las medidas. Es en dicho informe donde se desarrollan los fundamentos de la solicitud. Existe, por tanto, una práctica instalada conforme a la cual la fundamentación de la solicitud descansa en el contenido del informe técnico y la Defensa se limita a convalidarla, sin desarrollar líneas argumentales propias.

En referencia a qué tipo de modificación es solicitada, encontramos que en 2008 en el 67% de los casos se solicitó la sustitución y en el 33% el cese de la privación de libertad. Lo mismo ocurrió en 2007 en el 64 y el 32% de los casos, y en 2006 en el 73 y el 27%, para los mismos períodos respectivamente. No disponemos de este dato para el primer período analizado.

Cuadro 24

El Ministerio Público se opone a las solicitudes de cambios o modificaciones de las medidas privativas de libertad			
En porcentajes			
2004-05	2006	2007	2008
23	25	12	19

El CNA regula en un mismo artículo la tramitación de toda solicitud de modificación, sustitución o cese de las medidas, con un mismo procedimiento en todos los casos. Se establece un procedimiento breve y ágil por el cual se resuelve la solicitud planteada en una única audiencia, donde deben estar presentes, como mencionamos, el adolescente, sus representantes legales, la Defensa y el Ministerio Público.

Aunque la norma no lo prevé, generalmente participan también integrantes de los equipos técnicos que trabajan con el adolescente, y cuando se han solicitado sustituciones de medidas son convocados, incluso, técnicos de la institución que ejecuta el programa al cual se lo derivaría si el pedido fuera aceptado. Tanto en 2007 como en 2008, en el 81% de los casos en los que mediaron estas solicitudes se realizaron audiencias.

El CNA expresa que la medida debe cesar en cualquier momento en que haya cumplido su finalidad socioeducativa, sin importar el tiempo

Cuadro 25**Se conceden los cambios o modificaciones de las medidas privativas de libertad**

En porcentajes

2004-05	2006	2007	2008
86	93	90	94

transcurrido. Por lo tanto, en relación con las penas establecidas en la sentencia no se configura cosa juzgada material, salvo en su contra. Esto implica que la modificación de la cosa juzgada no debe implicar nunca un mayor menoscabo a los derechos del adolescente, y, de acuerdo con la posición que hemos desarrollado en nuestros anteriores informes, no puede modificarse lo resuelto ampliando el tiempo de sometimiento del adolescente al régimen sancionatorio.

4. Conclusiones y recomendaciones

Los procedimientos de modificación o cese de las sanciones son relativamente usuales en la justicia penal juvenil. Es posible encontrar tanto licencias como ceses de las medidas privativas de libertad en los expedientes. En cuanto a las solicitudes, generalmente son realizadas por la Defensa de los adolescentes privados de libertad, en escritos muy básicos que no desarrollan argumentación alguna sino que se limitan a adjuntar el informe de los equipos técnicos que formalmente “sugieren” la modificación o el cese de que

se trate. Es en estos informes donde encontramos la argumentación a favor de la pretensión de modificación o cese, y es respecto de lo expresado en estos informes que el Ministerio Público se opone o no.

En relación con este tipo de solicitudes es preciso mencionar que, en la interpretación usual de los operadores, únicamente corresponde fijar una audiencia para tratar el asunto cuando se trata de sustituciones de medidas o ceses, no así en el caso de licencias y regímenes de licencia. Estimamos que esto no es conveniente. Primero por que el CNA no distingue. Pero, más allá de esta importante razón, consideramos trascendente que se celebre una audiencia en todos los casos, dado que es la forma de dar cumplimiento al derecho del adolescente a ser oído. En la práctica encontramos que, ante solicitudes de licencia, estas son otorgadas o negadas sin que el adolescente sea oído. Esto es evidentemente inaceptable atento a la calidad de sujeto del proceso que el adolescente reviste en el régimen instaurado por el CNA.

Otro aspecto preocupante de este tipo de solicitudes está dado por la ausencia de fundamentos en muchos de los decretos que rechazan las solicitudes. El CNA exige que la resolución sea fundada. No es correcto que una solicitud que desarrolla las razones técnicas de una modificación de las medidas impuestas sea resuelta por medio de una resolución meramente dispositiva.

Bibliografía

- BALBELA, Jacinta, y Ricardo PÉREZ MANRIQUE, *Código de la Niñez y la Adolescencia, anotado y comentado, ley 17.823*, B. de F., Montevideo, 2005.
- BELOFF, Mary, y Martín PEREL, “El derecho de defensa como primer derecho (procesal): el derecho a una defensa técnica en materia penal según la jurisprudencia”, en Florencia G. PLAZAS y Luciano A. HAZAN (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- BELOFF, Mary, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1999-2006)”, en *Justicia y Derechos del Niño* n.º 8, Santiago, 2006.
- BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, “Derechos de los adolescentes y actividad persecutoria previa al control judicial de la detención”, en *REJ, Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 7, 2006.
- BINDER, Alberto M., *Iniciación al proceso penal acusatorio*, Campomanes, Buenos Aires, 2000.
- *El proceso penal; programa para el mejoramiento de la administración de justicia*, Ilanud-Forcap, San José (CR), 1991.
- BÖHEMER, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Biblioteca de Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa, Barcelona, 1999.
- BOVINO, Alberto, y Christian HURTADO, “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal”, ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, 25 al 28 de setiembre de 2002.
- CAMPOS ZÚNIGA, Mayra, y Ornar VARGAS ROJAS, “La jurisdiccionalización de la ejecución penal juvenil”, en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 15, número 21, 2003.
- CÁRCOVA, Carlos María, *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre derecho y política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.
- CILLERO, Miguel, “Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 2000.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, URUGUAY - OMCT, *Informe 2008. Adolescentes privados de libertad. Condiciones actuales, problemas estructurales y recomendaciones*, CDN, Montevideo, 2008.
- DUCE J., Mauricio, “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, en *Ius et Praxis*, año 15, n.º 1, 2009.
- ENTELMAN, Ricardo, “Aportes a la formación de una epistemología jurídica”, en AA. VV., *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- EROSA, Héctor, “La construcción punitiva del abandono”, en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 2, UNICEF, Santiago de Chile, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7.ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derechos de la infancia y la adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*, 2.^a ed., Forum Pacis, Ibagué (Colombia), 1997.
- MAIER, Julio B. J., “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 2, UNICEF, Buenos Aires, 2000.
- *Derecho procesal penal*, tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MALDONADO, FRANCISCO, “La especialidad del sistema de responsabilidad de adolescentes”, en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, Santiago, 2004, pp. 103 ss.
- PALUMMO, Javier M., “Abandono, amparo e intervenciones desde la defensa social”, en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 6, UNICEF, Santiago, 2004, pp. 161-176.
- PALUMMO, JAVIER, SILVANA PEDROWICZ y DIEGO SILVA, *Discriminación y derechos humanos en Uruguay. La voz de las niñas, niños y adolescentes*, Comité de los Derechos del Niño - Uruguay y Save the Children - Suecia, 2004.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en *Justicia y Derechos del Niño*, n.º 8, Santiago de Chile, noviembre 2006.
- PESCE LAVAGGI, Eduardo, *Derecho penal juvenil. Lineamientos para su formulación dogmática*, Carlos Álvarez, Montevideo, 2005.
- PODER JUDICIAL, “Informe sobre procedimientos infraccionales de adolescentes”, Montevideo, 2008.
- RIEGO, Cristián, “El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos”, en *Sistema jurídico y derechos humanos*, Medina y Mera y Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- TEDESCO, Ignacio, “La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado”, en Edmundo S. Hendler (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Facultad de Derecho (UBA) y Editores del Puerto, 2004.
- UNICEF y UNODC, *Manual for the Measurement of Juvenile Justice Indicators*, Nueva York, 2006; Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Economic and Social Council, “Use and application of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice”, E/CN.15/2009/L.13/Rev.1, 24 de abril de 2009.
- UNICEF, CENTRO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DEL NIÑO, *Justicia juvenil*, Innocenti Digest n.º 3, Florencia, 1998.
- URIARTE, Carlos E., *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites al sistema penal juvenil (las penas de los jóvenes)*, Carlos Álvarez, Montevideo, 1999.
- URIARTE, Carlos (coord.), JAVIER PALUMMO, LUIS PEDERNEIRA, DIEGO SILVA y JAVIER SALSAMENDI, *Aproximación crítica al Código de la Niñez y la adolescencia de la República Oriental del Uruguay*, FCU y UNESCO, Montevideo, 2004.
- VOZ Y VOS. AGENCIA DE COMUNICACIÓN POR LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, “Niñez y adolescencia en la prensa escrita uruguaya”, en Paula BALEATO (ed.), *Monitoreo de medios. Informe de resultados 2008*, Voz y Vos, UNICEF, Montevideo, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (con Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR), *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El sistema penal y el discurso jurídico”, en AA. VV., *La justicia penal hoy*, Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 2000.

Anexo

Dependencia policial que efectúa la detención Montevideo

En porcentajes

	2004-05	2006	2007	2008		2004-05	2006	2007	2008
Seccional 1	2,1	2,2	2,2	4,1	Seccional 14	3,5	5,9	3,7	6,2
Seccional 2	3,5	4,3	3,7	2,1	Seccional 15	3,5	4,8	2,2	6,8
Seccional 3	3,5	3,2	2,9	2,1	Seccional 16	5,6	6,5	5,1	5,5
Seccional 4	1,4	4,3	5,9	1,4	Seccional 17	4,2	1,6	2,2	4,8
Seccional 5	9,2	5,4	8,8	5,5	Seccional 18	2,1	2,2	1,5	5,5
Seccional 6	1,4	1,6	1,5	3,4	Seccional 19	2,1	5,9	8,1	2,7
Seccional 7	4,2	4,8	4,4	2,7	Seccional 20	3,5	0,5	4,4	1,4
Seccional 8	5,6	5,4	3,7	4,8	Seccional 21	0,7	2,2	3,7	4,8
Seccional 9	6,3	4,8	5,9	6,2	Seccional 22	3,5	1,1	—	—
Seccional 10	8,5	1,1	4,4	10,3	Seccional 23	—	—	0,7	—
Seccional 11	1,4	8,6	5,9	4,8	Seccional 24	3,5	3,8	1,5	5,5
Seccional 12	3,5	4,3	4,4	0,7	Departamento de Hurto y Rapiñas	8,5	3,2	10,3	1,4
Seccional 13	4,2	5,9	2,2	2,7	Dirección de Investigaciones y otras	7,7	6,4	6,6	4,8

