

EXCEPCIONALIDAD DE LA JUDICIALIZACIÓN Y DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE.-

Años atrás, no respetar los derechos de los niños era aberrante. Hoy, además, es inconstitucional ¹

ALUMNO: Pablo Alejandro Barbirotto.

RESUMEN

El *corpus juris* de los derechos las niñas, niños y adolescentes establece una serie de principios procesales especiales derivados de su condición que deben ser tenidos en cuenta a la hora de vincularlos a un proceso penal. Estos principios son directivas u orientaciones generales que dan forma, estructuran y limitan las diferentes fases del proceso penal juvenil, de manera tal que se logre el reconocimiento de los derechos y garantías consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales que regulan esta especial materia.

En este contexto se analiza el Principio de Excepcionalidad o de Mínima Intervención, no solo referido a la privación de libertad durante el proceso –prisión preventiva- o como sanción, sino también en relación a la excepcionalidad de la judicialización de las infracciones cometidas por adolescentes.

Es preciso destacar que “las consecuencias, muchas veces adversas, de someter a una persona a la justicia por infringir las leyes penales, especialmente cuando ello implica su privación de libertad, se acentúan en adolescentes por tratarse de personas en desarrollo. Por ello, es necesario limitar el uso del sistema de justicia juvenil respecto a adolescentes, disminuyendo en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de la libertad”².

INTRODUCCION:

El Principio de Excepcionalidad o de Mínima Intervención se erige como uno de los postulados más importantes de los que son titulares las personas adolescentes en contacto con el sistema penal y que se traduce básicamente en evitar, siempre que sea posible, la privación de la libertad y la judicialización de las infracciones a las leyes penales cometidas por estos. Este precepto, a su vez, debe estar imbuido por el principio de especialidad que irradia sus efectos normativos y políticos criminales a todos los demás principios, derechos y garantías de la justicia penal juvenil. En este sentido, resulta importante remarcar que el mandato al que estamos obligados los jueces de la especialidad es el de limitar al máximo la privación de la libertad de las personas

¹ Unicef - Oficina de Argentina

² Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de julio de 2011. Párr 76.

adolescentes imputadas o acusadas de la comisión de delitos. Al margen de esta exigencia los jueces continúan haciendo uso exagerado del encierro por más leve que sea el delito endilgado

A lo largo de este trabajo se intentará demostrar que existen numerosos instrumentos universales, vinculantes y no vinculantes, sentencias de tribunales internacionales y nacionales que exhortan a los jueces a que cumplan con su obligación constitucional y convencional de bregar por la aplicación ultra restrictiva de la privación de la libertad de los adolescentes en conflicto con la ley penal y la de procurar la adopción de medidas para tratar a estos sin recurrir a procedimientos judiciales.

Para desarrollar el tema propuesto se parte del análisis de la privación de libertad durante el proceso penal de personas adolescentes imputadas o acusadas de la comisión de un delito como medida de excepción y último recurso. En este sentido se diferenciarán las medidas de coerción de las medidas cautelares y la manera en que las medidas tutelares deben computarse como parte integrante de una eventual pena, así como la prohibición del alojamiento de adolescentes en dependencias policiales, la revisión regular y la apelación de estas medidas.

Posteriormente se tratan las medidas privativas y no privativas de la libertad para adolescentes declarados autores penalmente responsables de la comisión de delitos, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los cuales son titulares las personas menores de edad mientras dure el encierro y la revisión periódica de estas medidas.

Para finalizar, se abordará el tema de las medidas alternativas al proceso penal y a la sanción, realizando su abordaje a través los postulados establecidos por la C.D.N y las reglas instrumentadas para su adecuada aplicación, instituidas en la Declaración de Lima sobre justicia juvenil restaurativa y la Declaración Iberoamericana Sobre Justicia Juvenil Restaurativa.

El análisis de la mayoría de los temas propuestos se realiza a la luz de los instrumentos internacionales, sentencias de la Corte Interamericana Derechos Humanos, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Republica Argentina, dictámenes y resoluciones de la Comisión Interamericana Derechos Humanos, Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, con referencias claras y precisas, evitando la lectura de extensas y dispersas sentencias e instrumentos que componen el Corpus Jure internacional en materia de niñez y adolescencia de aplicación obligatoria en la Argentina y la región.

PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.

Sin lugar a dudas, uno de los principios de mayor trascendencia en esta especial materia es el excepcionalidad. La Convención Sobre los Derechos del Niño, hace gala de este importante principio en sus artículos 37.b) y 40.3.b). El primero de ellos dispone que los Estados partes velarán por que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un adolescente se lleve a cabo como medida de último recurso. A su vez, el artículo 40.3.b) establece que siempre que sea apropiado y deseable, se adoptaran medidas para tratar a los adolescentes de quienes se aleguen que han infringido las leyes penales sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Como puede apreciarse el artículo 37.b) aborda este principio en relación a la **excepcionalidad de la privación de libertad**, ya sea como medida de coerción personal o como sanción. En cambio el artículo 40.3.b) trata este principio haciendo referencia a la **excepcionalidad de la judicialización de las infracciones** cometidas por personas adolescentes de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (“siempre que sea apropiado y deseable”). Pues en esta materia, el uso de mecanismos que favorezcan vías alternativas al proceso penal, no solo a la sanción, deben ser promovidos para evitar el grave deterioro y la estigmatización que suele producir un proceso penal a tan temprana edad.

A través de este principio se pretende impedir la estigmatización propia de la injerencia directa de los sistemas penales tradicionales – evitándose un dispendio jurisdiccional inútil e innecesario- o cuando se considere que la permanencia de los adolescentes en el proceso penal pueda ocasionarle un daño mayor que el que causó con su infracción y por lo tanto impedir confirmar en el delito a una persona que recién está formando su carácter. Por estos motivos es menester restringir el uso de la justicia penal y la privación de la libertad respecto a los adolescentes en conflicto con la ley.

EXCEPCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL. (Art. 37.b C.D.N).

Cuando hacemos referencia a personas adolescentes de quienes se alegue haber cometido un delito, es primordial tener en cuenta que durante el proceso penal la libertad es la regla. La privación de libertad durante el proceso penal debe tener carácter **excepcional** y ser aplicada sólo como medida de **último recurso**, por **tiempo determinado**, siendo éste el **más breve posible**.

Esto es así porque “la privación coactiva de la libertad personal reviste siempre el carácter de sufrimiento humano, y, por ende, tiene en todos los casos naturaleza punitiva. Es que la prisión es una medida estatal coactiva y destructiva de la personalidad humana, que hace perder a quien la sufre contacto con la sociedad, con sus familiares y allegados, estigmatizando al prisionero de un modo difícil de revertir y generando, en la gran mayoría de los casos, más perjuicios que beneficios. Ningún recluso y, por ende, ningún joven coactivamente "internado" es tratado como inocente, por la sencilla razón de que se le hace perder su libertad y, con ello, se lo somete a un indiscutido castigo.”³

MEDIDAS DE COERCIÓN. EXCEPCIONALIDAD.

Nos parece más acertado hablar de medidas de coerción y no de medidas cautelares. La prisión preventiva, es una medida de coerción y no puede asimilarse a las medidas cautelares del

³ VITALE, Gustavo “Ley de Niños y Adolescentes de Neuquén”. (Protección Integral de sus Derechos y Cuestión Penal). Segunda Parte. El proceso Penal en la Ley de niños de Neuquén Comentario al Art. 66º

proceso civil, porque "en cualquier caso, la medida cautelar del Derecho privado produce una limitación del derecho patrimonial que, en caso de resultar injustificada, deber repararse en la misma forma, o sea, mediante dinero o bienes. Se trata de perjuicios y reparaciones de la misma naturaleza. En el caso de la prisión a personas no condenadas, la lesión se produce en la vida misma del sujeto y no hay forma alguna de repararlo en algo de igual naturaleza, porque el tiempo de vida que se le quitó al preso no puede devolverse en tiempo de vida, la existencia no puede devolverse en existencia. La nueva nomenclatura no se elige por vanidosos conceptos de sofisticación semántica, sino que nos parece más clara y justa en orden a su naturaleza, función y limitaciones. Los conceptos contienen en sí, la historia y las funciones para los que han sido acuñados. Si se admite que se trata de una medida de coerción, sobre una persona que goza del principio de inocencia, las razones por las cuales se aplica deberán, por tanto, ser explicitadas, razonadas y argumentadas, y su duración, claro está, tenida en cuenta desde el momento mismo de su aplicación".⁴

Realizada la aclaración terminológica supra mencionada estamos en condiciones de afirmar que las medidas de coerción personal limitan el derecho a ser tratados como inocentes y consisten, básicamente, en medidas o pautas que se imponen para asegurar la presencia de las personas adolescentes imputadas de la comisión de un hecho ilícito durante todo el proceso. Estas medidas pueden ser privativas o no privativas de la libertad.

En este plano de análisis, resulta esclarecedor conocer lo expresado por la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que deja en claro que la detención preventiva nunca debe utilizarse como medio de intimidación para presionar al adolescente a que reconozca el hecho endilgado, ni como pena anticipada y tampoco como sustitutivo de medidas de protección o cuidados de salud mental. De lo contrario se afectaría severamente la presunción de inocencia de la que goza la persona menor de edad imputada.⁵

CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN.-⁶

Instrumentalidad: Las Medidas de Coerción no tienen autonomía propia, sino que están vinculadas al proceso principal.

Jurisdiccionalidad: Las Medidas de Coerción deben ser dictadas por los tribunales, los cuales deberían ser especializados en materia penal Juvenil.

Contradicción: El adolescente de quien se alegue haber infringido las leyes penales debe ser oído. Por lo tanto la adopción, prorroga o revisión de una medida de coerción implica la celebración de

⁴ ZAFFARONNI Eugenio Raúl en la introducción al libro VITALE, Gustavo, Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie, Hammurabi, 2007

⁵ Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros, de 24 de septiembre de 2003, sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil (adoptada por el Comité de Ministros el día 24 de septiembre de 2003, en la 853ª reunión de los Delegados de Ministros

⁶ Cfr. SORIANO, Benito "Las medidas cautelares en la justicia juvenil" " Material de estudio CAS. Modulo 4, Semana N° 2. Video N°5 .Consultado en línea el 04/07/2018 en: <https://moodle.unige.ch/mod/page/view.php?id=92992>

una audiencia con la presencia del adolescente, su defensor, el Asesor de menores o Ministerio Pupilar⁷, el fiscal y el juez.

Provisionales: En cuanto que dependen de la vigencia de las circunstancias que dieron lugar a las mismas.

Homogeneidad: Participan de la misma naturaleza que las medidas definitivas aunque no lo son.

Revisables: El juez o tribunal, de oficio, aun cuando no medie petición de partes, deberá revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten.

MEDIDAS DE COERCIÓN PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.- PRISIÓN PREVENTIVA.

La libertad personal de los adolescente imputados sólo podrá ser restringida cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley – *Riesgo procesal*-. Por lo tanto la prisión preventiva tendrá carácter excepcional, y deberá estar limitada por los principios de **inocencia, necesidad y proporcionalidad**.

El límite impuesto por el **principio de inocencia** implica que la libertad como regla durante todo el proceso seguido contra adolescentes no debe ser confundida ni desconocida en nombre del Interés Superior del Niño (Art. 3 CDN), por lo tanto, cuando se presenta ante el juez un adolescente inculpado de un delito, y el sujeto se encuentra en especial estado de vulnerabilidad, y se hace necesario adoptar medidas “tutelares” o de protección de derechos deberá darse intervención a los órganos administrativos de protección integral de la niñez, y en su caso, al organismo judicial con competencia en la materia.

Por su parte el **principio de necesidad** establece que la privación de libertad durante el proceso, única y fundadamente, bajo pena de nulidad, podrá ser decretada cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho y las condiciones personales del adolescente imputado hicieren presumir que intentará eludir la acción de la justicia –peligro de fuga- o entorpecer las investigaciones- amenazar testigos, ocultar prueba, etc-.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso **“Suárez Rosero Vs. Ecuador”** ha expresado que “respecto a la detención preventiva, la Comisión resalta que la jurisprudencia internacional reiterada sobre su aplicación en el sentido de entenderla como una medida excepcional que **debe responder exclusivamente a fines procesales** (resaltado me pertenece), adquiere especial relevancia cuando se trata de niños y niñas que por su condición se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad.”⁸ Por ello, sólo se justifican cuando exista un real peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad o peligro de fuga. Incluso dentro de las

⁷ Es aquel Funcionario que interviene como parte legítima y esencial, en todo asunto judicial o extra judicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los menores de edad, los incapaces de cualquier otra índole y los ausentes demandan o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos. La falta de intervención de tal funcionario lleva aparejada la nulidad de todo acto y de todo juicio celebrado sin su participación. Podría afirmarse Esta última debe ser entendida como la forma propia en que la legislación nacional de fondo cubrió - con harta anticipación - la figura del “órgano apropiado” de representación prevista por el artículo 12º de la Convención sobre los Derechos el Niño.

⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

mismas, se dará preferencia a las menos gravosas (por ejemplo una medida sustitutiva antes que la prisión preventiva).

Además, en virtud del **principio de proporcionalidad**, sólo podrá ordenarse judicialmente la privación de libertad provisional cuando el hecho endilgado pudiere ser sancionado con pena privativa de la libertad, de lo contrario la misma perdería todo sentido, pues si no existe expectativa punitiva sería ilógica su instrumentación para asegurar fines del proceso.

Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos determinan que ninguna persona, cualquiera sea su edad, puede ser sancionada y menos aún privado de su libertad antes de ser condenado por haber cometido un delito. Así, las **Reglas De Las Naciones Unidas Para La Protección De Los Menores Privados De Libertad** (Regla N°17) presumen que las personas adolescentes detenidas bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutivas. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la tramitación de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la aplicación de la prisión preventiva a personas menores de edad en el caso **“Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay”** – Párrafo 229- señalando que: [...] la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales de derecho universalmente reconocidos”.⁹

Además, Reglas. 13.4 Beijing, el artículo 37° inc. c) de la Convención sobre Derechos del Niño, la regla N° 29° de Reglas de Naciones Unidas Para la Protección de los Menores Privados De Libertad y el artículo 5.5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos precisan que los adolescentes detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables. Es decir no sólo deben estar separados de las personas adultas sino también de otros adolescentes condenados.

Siempre que sea posible, debe privilegiarse la permanencia del adolescente dentro de su grupo familiar y en el caso de no existir este, o la familia no brinde los cuidados necesarios o no cumplan con sus deberes parentales deberá darse intervención a los órganos administrativos de protección de derechos del niño y adolescente a los fines de adoptar la medida de protección de derechos que la situación particular del adolescente amerite.

⁹

COMPUTO DE LA MEDIDA TUTELAR COMO PARTE DE UNA EVENTUAL PENA.

La Cámara Nacional de Casación Penal de la Republica Argentina¹⁰ ha expresado que corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 -reguladora de los límites temporales del encarcelamiento- a las medidas de internación dispuestas respecto de personas menores de edad sometidos a proceso penal, equiparándola a la prisión preventiva. Por lo tanto, en caso de una eventual condena, deberá sustraérsele a esta el tiempo que el adolescente estuvo alojado en una residencia socio educativa en el marco de un “tratamiento tutelar” y computárselo como parte integrante de la pena.

Este razonamiento, a nuestro juicio, es el que más se ajusta a los estándares exigidos por el corpus jure internacional de protección de los adolescentes en el sistema de justicia penal y procesal penal juvenil, pues computa como parte integrante de la pena, no solo el tiempo que el adolescente estuvo privado de su libertad ambulatoria por una medida de coerción, sino también por la adopción de una medida “tutelar” de internación, pues de conformidad con Reglas de las NN UU para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad –11 inc. b)- por privación de la libertad debe entenderse toda forma de detención o encarcelamiento, así como internamiento o alojamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de dieciocho años de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública. Es este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado oportuno recordar estas definiciones puesto que cuando se trata de adolescentes es común que la normativa aplicable a menores de 18 años de edad evada la utilización de palabras tales como cárceles, privación de libertad, encierro o celdas, sustituyendo estas palabras por eufemismos como hogares, residencias socioeducativas, centros de atención integral, internación, dormitorios, albergues, entre otros.¹¹

Negar la compensación beneficiosa de la ley 24.390, aun dentro del esquema tutelar, depararía a los jóvenes condenados por conductas antisociales, una vez más, “lo “peor de los dos mundos” mundos (worst of both world) ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor” (“Kent v. United States”, 383 U.S. 541, 1966).

MEDIDAS DE COERCIÓN NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) establecen que la prisión preventiva se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible (Regla 13.1) y siempre que sea viable, deberán adoptarse medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, asistir a una institución educativa, etc.(13.2) Obligación de concurrir periódicamente a la sede del Juzgado, Fiscalía, Unidad Judicial o autoridad que se disponga, acompañado por sus padres o responsables; abstención de frecuentar determinados lugares y

¹⁰
¹¹

.C.N.C.P, en pleno, “ C.F.,M.R, 26/06/2006
CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las América. Ob.cit. Párr 335

personas; abstención de ingesta de alcohol u otras sustancias tóxicas; arresto domiciliario supervisado; etc.

Estas reglas, expresan en su comentario que no se debe subestimar el peligro de que los adolescentes sufran "influencias corruptoras" mientras se encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. De esta forma la regla 13.1 anima a idear medidas nuevas e innovadoras que permitan evitar la prisión preventiva en interés del bienestar del adolescente imputado de la comisión de un delito.

Por lo tanto debe quedar claro que "la presunción de inocencia no permite una condena sin pruebas ni una condena anticipada. Las medidas coercitivas en el proceso penal juvenil no pueden ser impuestas ni con finalidad retributiva ni como un castigo prematuro, dado que el afectado sigue gozando de la consideración de inocente en tanto en cuanto no se ha producido una declaración definitiva de culpabilidad, con efecto de cosa juzgada¹². "Se trata de un derecho que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura"¹³constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho Penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y de forma".¹⁴

PROHIBICIÓN DE ALOJAMIENTO EN DEPENDENCIAS POLICIALES.

Bajo ninguna circunstancia los adolescentes pueden ser alojados en dependencias policiales, sino que ante su detención en flagrancia o en el supuesto de dictarse una medida privativa de la libertad en forma preventiva la misma debe hacerse efectiva en establecimientos especiales a cargo de personal especializado en el trato con adolescentes. Las **Reglas De Las Naciones Unidas Para La Protección De Los Menores Privados De Libertad** (Nº 65) aluden a que en todo centro donde haya menores de edad detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas.

El antecedente jurisprudencial Argentino de esta prohibición es el fallo "**Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus**" – CSJN del 3 de mayo de 2005- el cual en su considerando Nº 42 señaló que la presencia de adolescentes en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior (trato cruel, inhumano o degradante), con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas y probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante. Asimismo afirmo que la presencia de adolescentes en comisarías resulta, además de intolerable, sospechosa respecto del índice de institucionalizados de la provincia, materia en la que sería terrible que se produjese una escalada análoga al número de personas privadas de libertad, cuando es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente.

REVISIÓN Y APELACIÓN DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL.

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 128/1995, 37/1996, 67/1997 156/1997

¹³ STC núm. 56/1982

¹⁴ - SSTC núms. 138/1992 y 133/1995.

El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado en su Observación General N° 10 – párrafo 83 – que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del adolescente, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al joven a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera que, cuando se prive de libertad a un adolescente acusado de infringir leyes penales, el juzgador deberá revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten.

De este modo, el juez o tribunal interviniente “deberá expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el adolescente imputado en libertad.”¹⁵

Siguiendo estos criterios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el fallo **"García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537" del 2 de diciembre de 2008**, estableció que corresponde a los magistrados del fuero de menores disponer y "controlar, no sólo su procedencia [de la prisión preventiva y /o internación] en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad"

Cabe mencionar que las medidas de coerción pueden ser apelables, asegurando con ello que el auto que disponga la privación de la libertad sea recurrible, dando cumplimiento al artículo 40.2.b de la Convención Sobre los Derechos del Niño, 8.2h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y al artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

MEDIDAS PRIVATIVAS Y NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD PARA ADOLESCENTES DECLARADOS AUTORES PENALMENTE RESPONSABLES DE LA COMISIÓN DE DELITOS

MEDIDAS PRIVATIVAS Y NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

La Convención Sobre los Derechos Del Niño dispone diferentes medidas no privativas y privativas de la libertad para atender la infracción cometida por un adolescente, una vez determinada su responsabilidad en un proceso penal dotado de todos los derechos y garantías. Es por ello que los jueces penales de la especialidad debemos fundar por que no es posible aplicar al adolescente infractor una medida no privativa de la libertad antes que una medida de encierro. Esta fundamentación debe estar precedida por un cuidadoso estudio que tenga en consideración la situación particular del adolescente condenado, la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la

¹⁵ CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las América. Ob.cit. Párr 301.

reacción punitiva que el hecho suscita, escogiendo la medida o sanción más apropiada, teniendo en cuenta el mandato constitucional y convencional de mínima intervención del sistema de justicia juvenil a los fines evitar de los efectos deteriorantes de la prisión y que se promueva la reintegración del adolescentes a la comunidad.

MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

El corpus jure internacional en materia de justicia juvenil establece un amplio catálogo de medidas de no privativas de libertad para evitar los desfavorables y contraproducentes efectos del encierro de los adolescentes declarados autores de delitos. En este sentido, el artículo 40 inc. 4 recomienda medidas tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Estas medidas indicadas por la Convención deben integrarse con lo establecido en la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (18.1), que a los fines de evitar la privación de la libertad de los adolescentes en establecimientos penitenciarios, exhorta a las autoridades competentes a adoptar una amplia diversidad de decisiones meramente enunciativas, entre las que figuran las ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; la libertad vigilada; las ordenes de prestación de servicios a la comunidad; las sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; las ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; las ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; las ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos y cualesquiera que los jueces y magistrados consideren pertinentes a fin de evitar los efectos negativos de la privación de la libertad y no estigmatizar y reafirmar en el delito a un sujeto en formación.

Sin bien las Reglas de Beijing, expresan como una medida alternativa a la privación de la libertad las sanciones económicas – multas-, indemnizaciones, devoluciones o compensaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que este tipo de medidas no resultan apropiadas para atender la transgresión cometida por un adolescente en edad escolar obligatoria una vez comprobada su responsabilidad penal, pues las sanciones de contenido económico pueden generar que estos se vean obligados a participar en actividades laborales a pesar de su corta edad, lo que los expone a riesgos de violencia y explotación. Asimismo, es común que las multas sean pagadas por los padres, lo que va en contra del artículo 5.3 de la Convención Americana según el cual una pena no puede trascender de la persona del delincuente.¹⁶

De conformidad con lo referenciado, la regla N° 19 de las Reglas de Beijing y su comentario, se refiere al carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad en adolescentes, captando

¹⁶ CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Ob.cit. Párr 320

uno de los principios rectores básicos de la resolución 4° del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: **“un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada”**.¹⁷

La privación de libertad de los adolescentes hallados autores materialmente responsables de un delito tiene efectos sumamente adversos y negativos para su persona en miras de promover su reintegración y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad una vez cumplimentada la pena como lo dispone el artículo 40.1 de la C.D.N.

Cabe mencionar que “los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores de edad, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos”.

18

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo referenciado por las Directrices de Riad en su pto.5 e) y f), que dan cuenta que “el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta. “ y ”que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de "extraviado", "delincuente" o "predelincente" a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

En este sentido debe señalarse que “la dinámica del sistema penal ha demostrado que su capacidad para resocializar se mantiene en el mundo de las ideas y que los efectos del encierro suelen generar mayores pronósticos de criminalidad futura que resocialización. Es esperable que si juntamos a un grupo de personas que sólo tienen en común el dato de que han cometido un delito a convivir las veinticuatro horas del día, el tema prioritario de su socialización diferenciada se basará en el delito, así como si juntamos a un grupo de ajedrecistas a convivir veinticuatro horas es esperable que el dato socializador sean las partidas de ajedrez. Ello puede predicarse de cualquier otra situación y siempre obtendremos el mismo resultado.”¹⁹ Por lo tanto, imponer a un adolescente

¹⁷ Cabe destacar que si bien comparte el contenido de la resolución 4° del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, resulta criticable la terminología de “Menor delincuente” utilizada para referirse a personas adolescentes imputadas o acusadas o declaradas culpables de haber infringido las leyes penales. Tradicionalmente la palabra “menor” es un término eminentemente jurídico y socialmente discriminatorio: se asocia con los que delinquen, con los que sufren de abandono, con los que son excluidos, con los que tienen problemas con las drogas, con los que son víctimas o agentes de violencia. Por su parte, los considerados niños y niñas son lo que gozan de la protección y contención de una familia que les proporciona cuidados, y tienen acceso a los demás derechos (salud, educación, vivienda, entre otros). Claro está que se tiene en cuenta que esta resolución fue dada en el año 1980, casi 10 años antes de la CDN.

¹⁸ Reglas de Beijing. Comentario a la regla 19.1

¹⁹ KIERSZEMBAUM, Mariano. ¿Qué hacer con los no punibles”. Consultado on line en : www.pensamientopenal.com.ar el 13/06/2017.

una pena de efectivo cumplimiento constituiría en la mayoría de los casos obrar en términos de retribución, de venganza y nunca de reeducación, por más que se lo quiera disfrazar eufemísticamente de esa forma.

MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

La privación de la libertad de los adolescentes infractores a la ley penal es la excepción y el último recurso. La Convención sobre los derechos del Niños, en su artículo 37.b. y, en consonancia con ella, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad – N° 2- imponen que la privación de libertad de un niño y/o adolescente deberá decidirse como **último recurso** y por el **período mínimo necesario** y limitarse a **casos excepcionales**. Debe tenerse presente, entonces, que los principios que rigen la aplicación de las sanciones privativas de la libertad a adolescentes en conflicto con la ley penal son los de **excepcionalidad, proporcionalidad** y la **máxima brevedad posible**.²⁰

El principio de la **excepcionalidad** de la privación de la libertad postula que únicamente se podrá imponer una pena de encierro cuando el adolescente haya cometido un delito grave con violencia contra otra persona o por la reincidencia en la comisión de delitos graves y siempre que no haya otra respuesta más adecuada.²¹

La **proporcionalidad** de la sanción privativa de la libertad significa que debe existir equilibrio “entre la gravedad del hecho cometido y la reacción punitiva que éste suscita, es decir, a menor entidad del injusto corresponde menor pena y a menor participación del inculpado en la infracción de las leyes penales también corresponde menor pena. Conforme el artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la proporcionalidad de la pena se relaciona con las circunstancias del niño y la infracción, mas no con las necesidades educativas de los niños.”²²

En este mismo sentido el Comité de los Derechos del Niño se ha referido a este principio expresando que “la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo 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 párrafo 1 del artículo 40 de la Convención.”²³

En base a lo expuesto y en cabal cumplimiento de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, cuando se decida imponer a un adolescente una medida de privación de libertad por haber infringido una ley penal, debe además asegurarse que esa medida tenga un plazo máximo de duración, el que deberá ser razonablemente breve.²⁴

²⁰ Cfr. Regla de Beijing N°19.1

²¹ Cfr. Regla de Beijing N°17, inc. c

²² CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las América. Ob.cit. Párr 350

²³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 71.

²⁴ CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las América. Ob.cit. Párr 360

La **máxima brevedad** posible se refiere a la consideración relativa de la duración de la pena en función del tiempo vivido por un adolescente, que se diferencia de la escala temporal aplicada a los adultos; lo cual conduce a determinar un tope preciso a las penas privativas de la libertad en el caso de los adolescentes.²⁵

DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERTAD.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en su regla N° 13, expresa que a los adolescente privados de libertad no se les deberá negar por razón de su situación, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la Legislación nacional o internacional y que sean compatibles con la privación de libertad. - *Ej. Derechos y prestaciones de la seguridad social, la libertad de asociación y, al alcanzar la edad mínima exigida por la ley, el derecho a contraer matrimonio, visitas íntimas etc* –. Como podemos observar, la privación de libertad no implica la pérdida de los derechos que sean compatibles con ella. Por el contrario, la institución deberá garantizar y posibilitar el ejercicio de esos derechos, que en el caso de los adolescentes servirá para promover un mayor sentido de responsabilidad. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), no detallan expresamente la protección a estos derechos, pero los reconocen al remitirse a la aplicación supletoria de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y Recomendaciones Relacionadas", que consagran algunos de los derechos mencionados.²⁶

En este mismo sentido la Comisión Interamericana de Derecho Humanos ha expresado que se debe garantizar los derechos humanos de todos los adolescentes privados de su libertad, y además tienen la obligación de desarrollar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos desocializadores de la privación de libertad. A estos efectos, resulta indispensable que las medidas sancionatorias eviten en la mayor medida posible la vulneración de otros derechos distintos a la libertad ambulatoria, como la educación y la salud, y permitan el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios²⁷

REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

Para hacer realidad lo normado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sobre la necesidad de crear mecanismos que reduzcan al mínimo los efectos nocivos de la privación

²⁵ "Adolescentes en el Sistema Penal" Situación actual y propuestas para un proceso de transformación. Publicación , UNICEF Arg., SINNAF y Univ. Nac. Tres De Febrero. (Bs.As. Septiembre de 2008), IPág. 33

²⁶ MAXERA Rita, La legislación Penal de Menores – Caso Costa Rica . Pag. 19

²⁷ Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las América. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de julio de 2011. Párr 449.

de libertad de los adolescentes declarados autores penalmente responsables de la comisión de delitos, se exige la implementación mecanismos de revisión de estas medidas.

Por lo tanto, si a través del diseño de mecanismos de observación y evaluación individual, se demuestre que las circunstancias que hicieron necesaria la reclusión del adolescente se han modificado favorablemente, y esta no resulte ya de utilidad, debe dejárselo en libertad, aún cuando no se haya cumplido el período previsto en la pena de privación de libertad establecida para cada caso concreto.²⁸

Asimismo, la revisión de las medidas privativas de la libertad, permitirán realizar las modificaciones necesarias a cada caso de manera progresiva, “haciéndola variar, cuando opere, por otras sanciones menos gravosas, como el otorgamiento de permisos por determinado tiempo, colocación familiar o en instituciones educativas, o de organismos especializados de protección que permitan al adolescente privado de su libertad un proceso de reinserción en el seno familiar y social que se ejecute de manera paulatina y que propenda, como regla general, a procurar la libertad definitiva de éste”.²⁹

En relación a la revisión de este tipo de medidas, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 10, ha señalado que la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico. En este sentido, el Comité se remite al artículo 25° de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se proclama el derecho a un examen periódico para todos los niños que hayan sido internados para los fines de atención, protección o tratamiento. Asimismo, el comité recomienda el examen periódico de las medidas privativas de la libertad, la evaluación sobre su desarrollo y evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad en forma anticipada.³⁰

De igual manera, **las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad**, en su párrafo segundo in-fine, ha recomendado, la necesidad de revisión de las medidas que priven de su libertad a niños y adolescentes al establecer que **“[...] La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”**.

La revisión de las medidas privativas de libertad y la posibilidad de libertad anticipada, se encuentra, también reguladas por las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores** ("Reglas de Beijing") en su párrafo 28.1 al señalar que **“La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.”**

El comentario de esta regla refiere que cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el adolescente cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea

²⁸ CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Ob.cit. Párr 372.

²⁹ BERNABEL MORICETE Fabián, HERNÁNDEZ, Carmen Rosa, RAMOS Juan Sabino **"Cautelares y las Sanciones: Las Medidas Ejecución en la Justicia Penal Juvenil"** Pag. 113. Santo Domingo, República Dominicana 2007 Edit. Escuela Nacional de la Judicatura

³⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 10/ 2007, **"Los derechos del niño en la justicia de menores.** párrf. 77.

posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a infractores que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario. Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al "buen comportamiento" del infractor, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc.

EXCEPCIONALIDAD DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS INFRACCIONES DE LOS ADOLESCENTES. – Art. 40.3.b)-

MEDIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL Y A LA SANCIÓN.

Ríos de tinta se han escrito en referencia a las diferentes interpretaciones sobre que debe entenderse por el "interés superior del niño". Tal es así que este principio rector de la C.D.N puede utilizarse de idéntica manera para evitar la privación de libertad de un adolescente, como para justificar su encierro por motivos tutelares. Lo cierto es que este principio jurídico garantista debe empararse de otro importantísimo principio como es el de especialidad. Por lo tanto, no es el mismo el interés superior el del adolescente que tiene sus derechos vulnerados y requiere de medidas de protección (salud, educación, identidad, etc.) que el de otro sometido a un proceso penal.

En este sentido, cabe mencionar que la protección del interés superior del niño significa en materia de justicia juvenil, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, tales como, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia penal especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y reinserción social del adolescente infractor, a través de la instrumentalización de medidas alternativas al proceso penal y a la sanción, recurriéndose lo menos posible a procedimientos judiciales así como a la aplicación de medidas de coerción o privativas de la libertad.³¹

En base a lo expuesto, debemos tener presente que el solo hecho de que se haya iniciado un proceso penal contra un adolescente imputado o acusado de quebrantar la ley, no significa que indefectiblemente deba finiquitar con el pronunciamiento de una sentencia formal. La Convención Sobre los Derechos del Niño en su artículo 40, en el acápite tercero b. dispone: *Siempre que sea **apropiado y deseable**, se adoptaran 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. "Esta condición de **apropiado y deseable** se refiere al bien o interés del adolescente, no al deseo de la sociedad o del estado".*³²

En cumplimiento de este artículo, así como en aplicación del principio de excepcionalidad y mínima intervención del sistema de penal juvenil y en respeto de las obligaciones especiales de

³¹ Véase Obs. Gral. N°10, párr. 10 y Obs. Gral. N°12, párr. 57.-

³² ALVAREZ, Atilio. La Remisión, Del Pacto de San José de Costa Rica a la C.D.N. en Revista Justicia Para Crecer N°2 (Lima- Perú, Abril –Junio 2006), Pag.9

protección que se derivan del artículo 19 de la Convención Americana, los Estados deben ofrecer alternativas a la judicialización y al encierro.

La Corte Interamericana ha señalado en el caso “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay” que, a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales. La Corte explicó que lo anterior 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.³³

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su observación Gral. N° 10 - .párr. 24- sobre este artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha señalado que: Teniendo en cuenta que la mayoría de los adolescentes sólo 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, que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.

Por ello, el proceso penal juvenil debe contemplar un gran abanico de opciones que posibiliten una vía diferente de la del proceso penal y/o la suspensión del mismo una vez iniciado, Ejemplos de estos mecanismos son la remisión de casos, la probación, la mediación penal, la conciliación, la reparación del daño causado en la medida de lo posible y/o la imposición de determinadas obligaciones a la persona imputada a cambio del sobreseimiento, absolución o extinción de la acción penal. (Cfr. CDN, art. 40.3 inc. b. Reglas de Tokio, Reglas 2.3 y 2.5 y Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directriz 15)³⁴

Dentro de estas medidas se incluye el uso del **Principio de Oportunidad Procesal** por parte del Ministerio Público Fiscal que podrá aplicar criterios de oportunidad permitiendo que no avance una causa penal en cumplimiento de los fines de política criminal por ejemplo, renunciando total o parcialmente al ejercicio de la acción penal, limitarla a uno o varios delitos o a alguna de las personas menores de edad que hayan participado en el hecho, por su insignificancia, circunstancias y consecuencias, lo exiguo de la participación del adolescente o su mínima culpabilidad.

JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA.

La “**Declaración de Lima**³⁵”, ha definido a la Justicia Juvenil Restaurativa como una manera de tratar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causadas por el delito imputado. Este objetivo requiere un proceso en el que el supuesto agresor, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de

³³ (Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 211 y 212.)

³⁴ Adolescentes en el Sistema Penal. *Ibidem* Pág. 31

³⁵ Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa. Apart. a. Concepto de Justicia restaurativa. Lima, Perú 9 de noviembre de 2009.

la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que origina el delito. Es preciso mencionar que la justicia juvenil restaurativa no debe circunscribirse solo a delitos leves o a agresores primarios, la experiencia muestra que también puede jugar un papel importante en el abordaje de delitos graves.

En este sentido, la **“Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa”** hace referencia a “la importancia de la aplicación de la justicia restaurativa en el sistema de justicia juvenil, que se visualiza como la forma adecuada para resolver la responsabilidad adolescentes en conflictos jurídico penales, promueve una amplia variedad de medidas que van desde la desjudicialización hasta la reparación integral a la víctima, prioriza las medidas no privativas de libertad y convierte la privación de libertad en el último recurso por el más breve tiempo posible. La Declaración insta a que los estados iberoamericanos velen “para que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor, sino que comporten un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación”³⁶

REGLAS PARA EL USO DE LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA.

Las Reglas de Lima establecen que la justicia juvenil restaurativa debe emplearse solamente cuando exista evidencia suficiente para acusar al adolescente imputado, y cuando se cuente con el consentimiento libre y voluntario del supuesto infractor y en su caso de la víctima. Se debe permitir que el adolescente y la víctima puedan retirar dicho consentimiento en cualquier momento durante el proceso. Se debe llegar a acuerdos en forma voluntaria y éstos deben contener únicamente obligaciones razonables y proporcionales, de fácil cumplimiento, de lo contrario puede generarse una nueva frustración al adolescente imputado.

Ni la víctima ni la persona menor de edad deben ser coaccionadas ni inducidas por medios injustos a participar en el proceso restaurativo ni a aceptar sus resultados. Deben tomarse en consideración las discrepancias que conducen a desequilibrios en el poder, así como las diferencias culturales entre las partes.

La víctima y el adolescente encartado, con sujeción a la ley, deben tener el derecho de recibir asesoría legal, y el infractor y en su caso, la víctima menor de edad deben tener el derecho de recibir asistencia por parte de sus padres o tutores, siendo asistidos por el Representante del Ministerio Pupilar o Asesor de Menores, bajo sanción de nulidad.

La víctima, el infractor y los representantes legales de este último, deben estar completamente informados de sus derechos, la naturaleza del proceso restaurativo y las posibles consecuencias de su decisión. El resultado del proceso debe tener el mismo estatus que cualquier

³⁶ Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa de la La Conferencia de Ministros de Justicia de los países iberoamericanos (COMJIB), Parraf. 4.

otra decisión judicial o sentencia, y debe evitar que el adolescente infractor sea perseguido nuevamente respecto al mismo hecho.³⁷

OBJETIVOS DE LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA.

Los objetivos específicos de la Justicia Juvenil Restaurativa consisten en primer lugar en evitar al adolescente que ha cometido una infracción a la ley penal los efectos negativos que acarrea un proceso judicial tales como: las consecuencias legales de una sentencia, necesariamente duras y traumáticas a una edad tan corta; la marginación social que puede resultar del paso por el sistema penal; el peligro de ser estigmatizado como una “persona peligrosa”; la vergüenza personal y la tensión familiar consecuente; el contacto no deseable con otros adolescentes procesados o sentenciados, que presentan problemas de conducta más graves; el peligro de empeorar el comportamiento del adolescente.

Asimismo ofrece al adolescente, entre otros objetivos, la oportunidad de resarcir el daño inferido a la víctima y modificar su conducta. De este modo, lo estimula a seguir el camino de su mejor desarrollo personal y social, y a alejarse del delito de conformidad a lo establecido en el artículo 40. 1 de la C.D.N.

¿QUIÉNES SE BENEFICIAN CON LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA?

Con la Justicia Juvenil Restaurativa en primer término se beneficia el **adolescente infractor**, al brindarle la oportunidad para realizarse como persona útil a la sociedad. En segundo lugar **la víctima**, que obtiene una respuesta rápida y alcanza la reparación del daño que se ha ocasionado con el delito, cosa que no siempre ocurre cuando interviene la justicia penal retributiva, donde la víctima es un actor secundario dentro del proceso penal y rara vez satisface sus intereses. A su vez la reparación tiene efectos educativos y socializadores para el adolescente, ayudándolo a comprender las consecuencias de su acto, pero también le da la oportunidad de reivindicarse. Además **la sociedad**, se ve beneficiada porque gana un ciudadano responsable que contribuye al desarrollo de la comunidad. Otro favorecido es **el Estado**, porque implementar Programas de Justicia Juvenil Restaurativa resulta mucho menos costoso para el erario que mantener un centro juvenil para adolescentes privados de la libertad.³⁸

CONCLUSIÓN.

La Convención sobre los Derechos del Niño es sin lugar a dudas el instrumento político y jurídico más importante que regula el campo de la niñez y la adolescencia y ha sido llamada con

³⁷ “Declaración de Lima” Ob. cit apart. c. “Las reglas para el uso de la justicia restaurativa”

³⁸ Guía metodológica de la Remisión, editada por el Ministerio Público Fiscal de la Nación del Perú y Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social del Perú.

toda razón **“la primera ley de la Humanidad”**, pues, es el tratado internacional que más ratificaciones ha obtenido a lo largo de la historia.

A partir de su aprobación era de esperarse que las maneras de intervención respecto a adolescentes imputados o acusados de la comisión de un delito iban cambiar y por lo tanto se le respetarían, como mínimo, los derechos y garantías procesales que le corresponden a toda persona sometida a un proceso penal. Principalmente que la institucionalización por tiempo indeterminado por motivos tutelares y la privación de la libertad no serían las únicas respuestas para los adolescentes infractores. Pero lamentablemente, al menos en la Argentina y en la mayoría de los países de la región, casi nada cambio. En los discursos dominantes sigue existiendo una amplia demanda por la privación de libertad por más insignificante que sea el delito imputado. En este sentido, muchos jueces se han hecho eco de ese reclamo, argumentado no contar con un ley nacional acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño que les permita actuar de otra manera. Por estas razones, se corre el riesgo de no juzgar a los adolescentes infractores por sus conductas contrarias al ordenamiento penal, sino por su condición de pobre, peligroso, abandonado o alguien a quien se debe proteger.

A partir de esta realidad, el desafío de los jueces de la especialidad debe consistir en la interpretación de la normativa nacional, no en forma aislada, sino en armonía con el Corpus Iure internacional reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, como parte de una estructura sistemática, de modo que mejor se concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, principalmente con la Convención Sobre los Derechos del niño.

Ha quedado demostrado en el cuerpo de este trabajo que se dispone de numerosos instrumentos internacionales, que obligan a los jueces a limitar la intervención de la justicia penal al mínimo indispensable; a procurar la adopción de medidas alternativas a la sanción o al proceso y a reducir al máximo la aplicación de las penas privativas de la libertad.

Estos instrumentos, en especial la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en la Argentina posee la operatividad de los tratados internacionales con rango constitucional, nos permite la construcción de un sistema de respuesta estatal frente al delito adolescente con base en el derecho internacional de los derechos humanos. Esta fuerza normativa de la Convención requiere que los jueces realicen la aplicación directa de sus artículos 37° y 40° que receptan el principio de excepcionalidad o de mínima intervención aquí tratado.

Para la efectiva realización de este importantísimo principio deberá entenderse que el derecho penal no es un instrumento idóneo para prevenir y erradicar el delito cometido por adolescentes. La discusión debe centrarse en cómo protegerlos y garantizar el ejercicio de sus derechos esenciales antes de que cometan un delito.

Hace tiempo ya, Von Listz nos enseñaba que no hay nada más absurdo y moralmente nocivo que las condenas breves para los aprendices del delito. Esta afirmación es aun más evidente respecto a los adolescentes infractores, pues su solo paso por el proceso penal puede ocasionarles secuelas negativas, perjudicándolos para acceder a la educación, trabajo y hasta para conservar

su propia seguridad. El principio de excepcionalidad nos propone alejarnos de los fines del derecho penal retributivo para atender el delito cometido por personas menores de edad e impedir lanzarlos al camino delictivo. El principio aquí tratado es una importante herramienta para lograr la responsabilización y la reflexión del adolescente transgresor a la norma, colaborando a su reintegración, a que asuma una función constructiva en la sociedad y a la reparación del daño individual y social causado por el delito.

BIBLIOGRAFÍA

- *Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, CIDH, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- *Observación General N° 10/ 2007 .Comité de los Derechos del Niño., “Los derechos del niño en la justicia de menores.
- *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las América. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de julio de 2011.
- *Revista Justicia Para Crecer N°2 (Lima- Perú, Abril –Junio 2006)
- *Guía metodológica de la Remisión, editada por el Ministerio Publico Fiscal de la Nación del Perú y Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social del Perú.
- *Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuesta para un proceso de transformación. Publicación, UNICEF Arg., SINNAF y Univ. Nac. Tres De Febrero. (Bs.As. Septiembre de 2008).
- *BERNABEL MORICETE Fabián, HERNÁNDEZ, Carmen Rosa, RAMOS Juan Sabino “Cautelares y las Sanciones: Las Medidas Ejecución en la Justicia Penal Juvenil” Santo Domingo, República Dominicana 2007 Edit. Escuela Nacional de la Judicatura.
- *VITALE, Gustavo. “Suspensión del Proceso Penal a Prueba” Pág. 376, 2da. Edic. Bs.As. 2004. Edit. Del Puerto.
- * VITALE, Gustavo. “Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie, Hammurabi, 2007”.
- *VITALE, Gustavo “Ley de Niños y Adolescentes de Neuquén”. (Protección Integral de sus Derechos y Cuestión Penal). Segunda Parte. El proceso Penal en la Ley de niños de Neuquén.