

TRABAJO FINAL CERTIFICADO DE ESTUDIOS AVANZADOS (CAS)

EN JUSTICIA JUVENIL 2017/2018

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

**Criterios y aplicación de medidas privativas y no privativas de
la libertad en relación a Niñas, Niños y Adolescentes**

Manera, María Gabriela

DNI N° 23.081.342

Resumen.

Al momento de pensar en un tema para la realización del presente trabajo tuve como objetivo analizar los conceptos que a mi criterio son infaltables al momento de hablar de justicia juvenil y por ende de justicia restaurativa.

En las siguientes páginas no obstante desarrollar el tema elegido, pondré en consideración algunos conceptos que hacen necesariamente a una mirada restaurativa, como así también detallare, no de modo taxativo sino meramente enunciativo la legislación internacional vigente sea esta considerada desde la perspectiva del “soft law” o “hard law” a fin de que la práctica fundamente su aplicación en los documentos vigentes, elaborados con tanto esfuerzo por quienes han sido pioneros en este sistema por el que hoy bregamos.

Se avanzará en el análisis de la condición de vulnerabilidad del niño y su relación directa con las neurociencias, en la consideración de que el rol que la ciencia ha adquirido actualmente no puede ser desconocido, sino por el contrario debe ser valorado y nos debe servir de fundamento irrefutable al explicar que la diferenciación que se debe realizar entre adultos y niños, niñas y adolescentes no es por un sin razón sino que tiene una causa biológica y científica.

Asimismo, se pensará en la importancia del ¿para qué? y del ¿cómo?, y esto en razón de que tanto el objetivo como la modalidad de la intervención en relación a los jóvenes debe ser seriamente abordado a través del trabajo interdisciplinario y de la capacidad de gestión de ese trabajo la que se va a ver reflejada en los informes que dichos profesionales elaboren conforme el plan individual proyectado para el cumplimiento de la medida sea esta privativa o no de la libertad que deba realizar el niño, la niña o el adolescente.

Mencionaré los principios de especialidad, excepcionalidad, legalidad, igualdad y no discriminación, no regresividad, proporcionalidad y máxima brevedad de las penas, el derecho a una sentencia fundada, a que el pedido e imposición de medidas privativas de la libertad se ajusten al objetivo de la justicia juvenil conforme los correspondientes informes técnicos interdisciplinarios, la necesidad de la argumentación jurídica, el derecho al recurso, la obligación de la revisión periódica y la evaluación de la medida en la vida del niño.

Por último, se relacionará el criterio de aplicación de las medidas privativas de la libertad con la baja de edad de imputabilidad y el poder que en relación a ello tienen los medios

de comunicación a través generalmente de la prensa amarillista que se origina por el impacto que generan las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, y la incidencia que ello tiene directamente en las decisiones políticas y en el inconsciente colectivo social a partir de información errónea pero no inocente.

Abstract.

When thinking about a theme to develop along this work I aimed to analyse the concepts which, in my opinion are considered essential when dealing with juvenile justice and, hence, restorative justice.

Along these pages, not only will I develop the chosen topic, but I will take into consideration some concepts that necessarily have to do with a restorative perspective as well. Besides, I will detail, not in a strict way but merely enunciatively the current international legislation being this considered from the perspective of "soft law" or "hard law" in order that the practice founded its application in the documents in force, elaborated with so much effort by those who have been pioneers in this system that today we struggle.

A deep and broad analysis of the vulnerability of the child and its direct relationship with neurosciences will be made, in the consideration that the role that science has now acquired cannot be unknown, but on the contrary, must be valued and should serve as irrefutable rationale explaining that the differentiation which must be made between adults and children, girls and adolescents is not for an illogical reason but it has a biological and scientific cause.

Furthermore, it will be thought of the importance of why? And how? and this on basis that both the objective and the modality of intervention in relation to young people must be seriously addressed through interdisciplinary work and the management capacity of that work. This will be reflected in the reports that such professionals develop according to the individual plan designed for the fulfilment of the measure, being this deprived or not, of liberty that the child, the girl or the adolescent must make.

I would like to mention the principles of specialty, exceptionality, legality, equality and non-discrimination, no digressively, proportionality and maximum brevity of penalties, the right to a founded judgement, to the request and imposition of custodial measures of the freedom conform to the objective of juvenile justice in accordance with the corresponding interdisciplinary technical reports, the need for legal argumentation, the right to appeal, the obligation of periodic review and evaluation of the measure in the life of the child.

Finally, the criterion for the application of the custodial measures will be related to the low age of imputability and the power that in relation to this usually have the means of communication, mainly through the press tabloid, which is originated by the impact that the violation of the criminal law committed by adolescents generate; also, the impact that this has directly on political decisions and on the social collective unconscious from erroneous but not innocent information.

Palabras Clave.

Justicia Restaurativa – Niños, Niñas y Adolescentes - Medias privativas de la Libertad – Medidas no privativas de la libertad – Normativa Aplicable – Vulnerabilidad – Neurociencia – Informes interdisciplinarios – Plan de Trabajo Individual – Baja de edad de Imputabilidad – Criterios de Aplicación – Convenciones – Reglas – Directrices – Observaciones Generales – Opinión Consultiva -Declaración Iberoamericana – Cortex Prefrontal – Amígdala

Key words.

Restorative justice – Children and adolescents- Custodial measures – Non-custodial measures – Applicable legislation – Vulnerability – Neuroscience – Interdisciplinary reports – Individual work plan – Low age of imputability- Application criteria – Conventions – Rules – Guidelines - General observations - Advisory Opinion – Ibero - American Declaration - Prefrontal Cortex - Amygdala

I.- Introducción.

A partir del presente trabajo se pretende analizar el concepto y los criterios de aplicación de las medidas privativas y no privativas de la libertad en materia de justicia penal juvenil.

Para ello se ha utilizado la totalidad del material que se nos ha brindado desde la Universidad de Ginebra al momento de la realización del CAS en el entendimiento de que es de suma importancia la interrelación conceptual de los términos que surgen a partir del análisis de la justicia juvenil lo que permite, a mi criterio llegar a un objetivo claro de intervención teniendo en cuenta la finalidad propia del modelo restaurativo.

El sistema de justicia tradicional actual se encuentra sin lugar a dudas en crisis, la justicia restaurativa puede ser la solución a esta crisis, dado que como es sabido ésta permite transformar una identidad negativa que tienen en relación a sí mismos los jóvenes y reinvertir en la conexión social, basándose en la reconexión, centrándose en la sanación, la transformación de autoidentidades negativas y la aceptación de responsabilidades apropiadas.

La Convención de los Derechos del Niño¹ indica que para niños en conflicto con la ley penal se necesitan, leyes, procedimientos y autoridades especiales.

Actualmente estamos transitando el despertar luego del fracaso del sistema tutelar y ante ello, conforme nos explicara el Dr. Atilio Alvarez no quedan dos caminos, o volvemos al tutelarismo entonces hacemos neoretribucionismo o buscamos un camino distinto.

El art. 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados deben proporcionar un tratamiento (no un castigo) compatible con el sentido de la dignidad y el valor de los niños, que mejore el respeto por los niños, por los derechos humanos y la libertad de los demás, que tenga en cuenta la edad del niño y el objetivo de reintegración o reinserción, exigiendo que se prohíba la violencia en toda forma.

¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989.

Sobre esta base se articula el art. 37² que se refiere a la cuestión del tratamiento y la otra parte del art. 40³ de la misma normativa que se refiere a las garantías judiciales y los sistemas a aplicar en relación a los niños que se encuentren en conflicto o en contacto con la ley.

Al hablar de sistema necesariamente incluimos normas sustantivas, de procedimiento, de organización judicial, de creación de instituciones, etc. siendo importante que este sistema tenga en cuenta las circunstancias personales del niño/a o adolescente y el nivel de gravedad y número de delitos cometidos por los mismos, para poder brindar la mejor solución.

El mejor modo de intervención en relación a los niños/a o adolescentes en conflicto con la ley penal sin duda consiste en priorizar la medida sobre la pena o sanción, y para ello necesariamente debemos contar con un sistema de justicia juvenil que cuente con servicios, instituciones, recursos humanos especializados, es decir, personas capacitadas que sepan trabajar juntas y que puedan brindar una atención integral desde el primer momento de la intervención hasta el final de la medida.

Y al pensar en los niños, niñas y adolescentes, inexorablemente debemos mencionar la situación de vulnerabilidad que la minoría de edad implica. Sabido es que las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad⁴ ponen de manifiesto las dificultades mayores que tienen los niños/as y adolescentes para poder acceder a la justicia en comparación con las personas adultas.

Ante los sistemas tradicionales, entre los que conocemos como tutelar o proteccionista, que trata al niño como objeto y no como sujeto de derecho, y/o el sistema de justicia represiva que necesariamente ante el ilícito aplica pena y priva de libertad a las personas, surge un sistema alternativo de justicia restaurativa que implica que desde el momento en que los Estados revisen sus leyes o sancionen nuevas leyes deban reflexionar desde el principio en prever no sólo los aspectos de medidas para la protección o los aspectos represivos para el castigo sino también los aspectos

² En principio trata de que tipo de respuestas no se deben dar, la tortura, la privación de la libertad, la prohibición de la pena de muerte, la cadena perpetua sin posibilidad de liberación, los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Un segundo aspecto trata de a cuestión de la privación de la libertad y la afirmación de que ésta debe ser la última opción y por el menor tiempo posible.

³ Entre esas garantías podemos mencionar: presunción de inocencia judicial, información sobre los cargos, rapidez en los proceso, la posibilidad de que las decisiones sean revisadas por un Tribunal competente, independiente e imparcial, asistencia técnica, asistencia gratuita de un intérprete, respeto a la privacidad, etc.

⁴ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

restaurativos para la toma de conciencia, la restauración del vínculo y la reparación del daño.

Si consideramos que la infracción a la ley implica un daño para determinadas personas, vemos por un lado al infractor debe responsabilizarse por su conducta y tener un apoyo para reintegrarse a la sociedad, vemos por el otro a la víctima que necesita que alguien se responsabilice de su sufrimiento y se comprometa a repararlo de una forma material o moral y también vemos a la comunidad que necesita confiar en que no se van a repetir a fin de conseguir el orden social en pos del bien común de las personas.

Este es el objetivo de este trabajo, el enfoque restaurativo al momento de que sea necesaria la aplicación de medidas como consecuencia de la infracción penal cometida por niños, niñas o adolescentes.

II.- Consideraciones Generales.

En este acápite se analizarán las cuestiones que caracterizan la aplicación del sistema restaurativo en el sistema juvenil y que resultan comunes sea cual fuere la medida que se decida aplicar ante la comisión de un ilícito cometido por un niño/a y/o adolescente.

Obviamente no pretendo realizar una descripción excluyente sino solamente mencionar esas características infaltables a tener en cuenta al momento de la práctica concreta en el entendimiento de la especial circunstancia de los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Por cuestiones didácticas desarrollaré este acápite en subpuntos que permitan entender las distintas consideraciones a tener en cuenta.

- **Normativa aplicable** Considero importante mencionar de forma escueta la normativa aplicable al proceso penal juvenil, sin que de alguna manera dicha enumeración sea taxativa, dada la importancia que han tenido los documentos que a continuación pasaré a detallar y la vigencia de los mismos en el desarrollo de esta mirada restaurativa que permitirá implementar medidas más justas y a la vez más eficaces a los fines sociales analizados éstos desde la óptica del bien común y la paz social.

No analizaré la misma bajo la perspectiva de soft law o hard law, dado que ello implicaría ampliar la mera indicación que pretendo hacer al solo fin de tener en cuenta, y nos adentraría en un tema que de por sí solo es de amplio análisis, a modo ilustrativo indicaré, que el concepto de “hard law” en esencia se refiere a los tratados y reglas adoptadas por los Estados, los que una vez adoptados por éstos, vinculan ante la ley. Por otro lado, el concepto de “soft law” tiende a ser definido como un conjunto de mecanismos, tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción, que demuestran conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional pero no son vinculantes ante la ley, a pesar de que su uso y puesto en vigor resulta ser de índole persuasiva, el “soft law” provoca efectos legales, entendiéndose que la adopción de tales mecanismos constituye el primer paso para que se conviertan en “hard law”.

1. **Convención Americana de Derechos Humanos**⁵: en su art. 19 hace expresa mención a los derechos del Niño y específicamente indica que “

⁵ Conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el día 22 de diciembre de 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica, en vigencia desde el 18 de Julio de 1978.

todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

2. **Convención de los Derechos del Niño**⁶: cuatro son los principios generales en los que se estructura este documento a saber, la no discriminación (art. 2); el interés superior del niño (art.3) el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo (art.6), el respeto a la opinión del niño y el reconocimiento a su capacidad progresiva (art. 12). Como ya refiriera en la Introducción el art. 40.1 que expresa la dignidad en el contexto de la justicia juvenil y sobre esta base se articula el art. 37 que hace referencia a la cuestión del tratamiento y la otra parte del art.40 que se refiere a las garantías judiciales y los sistemas a aplicar.
3. **Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos**⁷: su art. 1º establece el derecho al trato digno y respetuoso en la detención y expresa que el propósito de la detención debe ser la rehabilitación.
4. **Convención contra la tortura y Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura**⁸: Para asegurar la protección de todas las personas ante estos abusos, las Naciones Unidas ha desarrollado estándares universalmente aplicables. Dicha Convención claramente señala que no hay excepción para la prohibición contra la tortura.
5. **Directrices de Riad**⁹: tienen como objetivo la prevención de la delincuencia juvenil.
6. **Reglas de La Habana**¹⁰: estas reglas dan un detalle pormenorizado de todo lo que tiene que observarse dentro de una situación de encierro, pretenden que se busque todas las soluciones posibles dentro del marco de una decisión judicial aquella que garantice o satisfaga de un modo más integral cada uno de los derechos y garantías que luego fueron reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño.
Piden y demandan la especialidad y el reconocimiento de la subjetividad, considerar al detenido persona sobre quien no se puede ejercer ninguna actividad sin su consentimiento.

⁶ Cfr. Cita (1)

⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

⁸ Convención contra la tortura, adoptada y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46 de fecha 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de Junio de 1987.

⁹ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 de fecha 14 de diciembre de 1990.

¹⁰ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 de fecha 14 de diciembre de 1990.

Tratan la prevención de la delincuencia juvenil y la privación de la libertad, su organización y su ejecución.

7. **Reglas de Beijing**¹¹: hacen un aporte muy importante al indicar que no puede exigirse responsabilidad penal en edades tempranas, introduce la idea de desjudicialización (habla del principio de oportunidad a tal fin) y desinstitucionalización remarcando la idea de que las penas privativas de la libertad deben utilizarse como último recurso y siempre aplicándose por el menor tiempo posible. Y a la vez menciona el denominado derecho al debido proceso, indicando que el interés superior del niño es el principio que debe inspirar a todas las medidas que se adopten respecto al menor, haciendo especial incapié en la prohibición de los castigos corporales y la prohibición de la pena de muerte. Indica la necesidad de contar con informes sociales, educativos, psicológicos para entender porque el menor a cometido el delito y además proporcionar a quién deba decidir herramientas distintas a la privación de la libertad, fomentando la aplicación de medidas en medio abierto. Alude a la necesidad de la participación de la comunidad y la sociedad en el proceso de resocialización del joven, introduciendo la necesidad de flexibilizar la ejecución de las medidas o su sustitución por otra más benigna. Introduce importantes restricciones a la utilización de la prisión preventiva, sólo para casos extremos y separados siempre de los adultos. Y por último la necesidad de que el legislador evalúe las medidas que se aplican para seleccionar aquellas que arroje resultados positivos y poder avanzar en el estudio de este tipo de medidas.
8. **Reglas de Brasilia**¹²: consisten fundamentalmente en hacer la justicia más accesible, más entendible, más comprensible y también más alcanzable para todos los ciudadanos, pero especialmente para que aquellos que según la definición de las propias reglas se hayan en condiciones de vulnerabilidad.
9. **Reglas de Tokio**¹³: pretenden dar una noción superadora a la situación de prisión, son 23 reglas que tienen como principio básico promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, dando un catálogo de

¹¹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

¹² Cf. Cita (4).

¹³ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990

las mismas. Pretenden superar la barbarie de la prisión en todos los aspectos en que pueda ser superada, conscientes de que a veces la prisión sigue siendo una respuesta posible, por ende se deben establecer garantías a las personas en situación de encierro.

- 10. Reglas de Bangkok¹⁴:** da una extensa enumeración de garantías y derechos para las mujeres privadas de la libertad. Tratan de ofrecer una alternativa de prisión o de encierro a las madres de pequeños o a la mujer embarazada.
- 11. Directrices de ECOSOC¹⁵:** destinadas a la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos-
- 12. Directrices sobre justicia adaptada¹⁶:** que deberán aplicarse a todas las situaciones en las que sea probable que un niño o una niña, por cualquier razón y en cualquier capacidad, llegue a entrar en contacto con cualquier órgano o servicio competente en la implementación de la legislación penal, civil o administrativa.
- 13. Observación General N° 10¹⁷:** refiere desde la prevención del delito hasta la sanción del mismo desde una mirada respetuosa de los estándares internacionales y da a la vez información a los estados en relación a las prácticas que se deben implementar. Acuerda no aceptar ningún sistema que tenga edades de incriminación penal a los 12 años, mencionado incluso que lo ideal es 14 o 16 y emplaza a los que tienen una edad mayor que no la bajen.
- 14. Observación General N° 21¹⁸:** trata sobre el tema de la privación de la libertad enfocada en la interpretación e implementación del art. 1º del PIDCyP
- 15. Opinión Consultiva N° 17¹⁹:** realiza una tarea integradora de las normas regionales, Pacto San José de Costa Rica y otras convenciones con las

¹⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)] 65/229. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)

¹⁵ Resolución del ECOSOC 2005/20 (2005)

¹⁶ Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros, Estrasburgo.

¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 44º período de sesiones Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007. CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 43º período de sesiones, Ginebra, 2 a 20 de noviembre de 2009. C.12/GC/21/ 17 de mayo de 2010.

¹⁹ Opinión Consultiva OC. 17/2001 de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

normas universales, normas de la ONU fundamentalmente la Convención de los Derechos del Niño.

16. Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil²⁰: establece pautas mínimas que los Estados tienen que desarrollar para que pueda hablarse de políticas integrales en materia de Justicia Juvenil Restaurativa.

- **Vulnerabilidad y neurociencias**

Retomo en esta instancia el concepto de vulnerabilidad en relación al niño y me veo obligada a relacionar a la vez directamente la condición de niño y por ello su vulnerabilidad, con el estudio que en relación a los menores de 18 años se ha efectuado desde la neurociencia.

Las neurociencias nos muestran con investigaciones muy recientes que el cortex prefrontal de los adolescentes no esta plenamente desarrollado. Este cortex es la parte del cerebro que dirige el autocontrol, que nos permite controlar nuestros impulsos y también es la parte del cerebro que rige las relaciones sociales.

Lo dicho implica que, si el cortex prefrontal no está todavía desarrollado, resulta imposible tener como plenamente responsable de sus actos a un adolescente dado que biológicamente se puede decir que en este caso el joven no está capacitado para controlar sus impulsos, esto cambiará a medida que crezca y alcance la madurez.

A la vez es importante indicar que hay una diferencia de dos años en el desarrollo de las niñas y los niños, dado que las primeras desarrollan su cortex prefrontal dos años antes que los niños.

Estos elementos de la neurociencia deben ser combinados con estudios relacionados con la socialización, dado que está comprobado científicamente que las mejores condiciones ambientales generan un comportamiento social saludable. Quienes son víctimas de una infancia problemática en algunos casos tienen una deficiencia en el área del cerebro llamada amígdala.

La amígdala es un órgano en forma de almendra que está en la profundidad de cada hemisferio del cerebro, se cree que es crucial para la empatía, dado que cuanto más empática es una persona, mayor y más activa es su amígdala.

Sabemos que los niños crecen y se desarrollan, para que un niño tenga la máxima posibilidad de desarrollarse armoniosamente en el plano psicológico es

²⁰ Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos COMJB, 27 y 28 de mayo de 2015, XIX Asamblea Plenaria en Santo Domingo, República Dominicana.

necesario que ciertas condiciones materiales sean favorables y puedan crecer en un cuerpo sano siendo el desarrollo físico del niño también esencial desde otro punto de vista que no es visible, la del desarrollo de su cerebro.

Conforme se nos explicara en el desarrollo del curso, los niños y adolescente en conflicto con la ley penal no llegan allí por casualidad. Lo cierto es que no se puede explicar todo sobre la trayectoria personal de cada niño y muchos de ellos tienen un proceso normal, incluso si han tenido experiencias de vida muy negativas durante los primeros años.

Pero existen investigaciones que demuestran por ejemplo que los niños privados de la libertad en cárceles, mayormente han experimentado uno o más traumas importantes durante los primeros años de sus vidas.

Otro elemento importante en el desarrollo del cerebro es el que ahora se sabe, que incluso, si alrededor de los 12 a 14 años la mayor parte del crecimiento cerebral se ha completado, el cerebro aún no está completamente terminado.

Existen capacidades para razonamientos complejos, para la tolerancia, la frustración, la capacidad de planificar acciones, capacidades de evitar comportamientos impulsivos, estas capacidades cognitivas están directamente relacionadas con la capacidad neuronal del área frontal del cerebro que continúa durante la adolescencia y hasta la edad del joven adulto. También se sabe que puede cambiar estructuralmente hasta los 20-25 años. Así una vez más la evaluación física del cerebro tiene un papel central y a largo plazo.

Asimismo, la inteligencia y el desarrollo moral van en conjunto. Cuanto más capaz soy de pensar simbólicamente, más soy capaz de pensar también de una manera menos egocéntrica, menos egoísta, respetando el punto de vista de los demás, mis razonamientos se enriquecen con el punto de vista de los demás, de su información. Mi comportamiento no es más “yo soy el que decide”, sino que también depende de cómo debo cumplir con los demás y con las reglas que la comunidad establece para mí, lo que los demás esperan de mí. Claro debo observar las reglas, pero no tontamente, debo usar mi razonamiento para encontrar mi lugar en estas reglas que me rodean en el plano social. Viviremos mejor en sociedad si encontramos nuestro lugar en una comunidad en la que nos podemos adherir a las reglas que la comunidad ha fijado. Evidentemente más allá del desarrollo físico, intelectual y moral, también hay situaciones en que las emociones toman el mando.

A medida que se desarrolla el niño logra cada vez mejor, controlar sus emociones, comprender sus estados de angustia e ira, verbalizarlos y discutirlos. Se vuelve menos egocéntrico y menos impulsivo.

El desarrollo social, es el que nos permite entendernos con otras personas y buscar la compañía de los demás y los intercambios positivos basados en una cierta confianza en uno mismo y en el resto de las personas.

Cuando no se tiene la suerte de haber crecido en un ambiente sano pues bien, a veces los profesionales, como psicólogos, trabajadores sociales, educadores, pueden ayudarnos a encontrar maneras de apoyar a estas personas para reponer sus carencias, para reponer su retraso en el desarrollo psicológico para ayudarles a entender las reglas que deben seguir para comprender los códigos sociales sutiles que caracterizan las relaciones entre personas.

Esto es especialmente cierto para niños, jóvenes y adolescentes que están en conflicto con la ley penal. Tenemos que hacerlo con estos jóvenes tan pronto como sea posible, en cuanto surjan problemas y de la mejor manera posible, sabiendo que se trata de un trabajo colectivo de distintos profesionales, llevado a cabo en un espíritu de comunidad.

En el caso de los jóvenes en conflicto con la ley penal que han tenido experiencias traumáticas en la infancia es importante no mezclar el comportamiento del mismo con su identidad. Se debe respetar quienes son y también sus derechos. Se debe intervenir sin reemplazar las medidas por la terapia, dado que uno necesita al otro.

- **Interdisciplinarietà, informes e importancia del plan del trabajo**

El principio de especialización recomendado por todos los instrumentos internacionales a partir de las normas de Beijing de 1985 supone que todos los profesionales que tratan en la justicia juvenil desde el primer momento deben tener una especialización que no solamente debe ser en el derecho específico o en cada una de las ramas en las que intervienen sino también una necesidad añadida en derechos y necesidades de los niños y adolescentes.

Como nos explicara brillantemente el Dr. Atilio Alvarez, el mejor procedimiento puede hacer daño en manos de personas que no estén realmente empapadas de los principios fundamentales del derecho juvenil.

Todos los profesionales que intervienen en el proceso que se inicia a partir del conflicto de los jóvenes con la ley penal tienen la responsabilidad de cumplir con el interés superior del niño.

La etapa tutelar nos ha dejado como aporte positivo la aparición de profesionales especializados, dado que allí aparecen en los órganos de aplicación de la justicia juvenil la presencia de trabajadores sociales, de psicólogos, médicos, etc, que comienzan multidisciplinariamente o sea uno sobre otro, en la conciencia de que

la decisión a tomar sobre un niño/a o adolescente no debe ser solamente jurídica.

En el derecho juvenil se tiene en cuenta el hecho antecedente pero la prioridad está en una proyección de futuro para pensar que va a ser lo mejor para que esos niños se reintegren en acciones positivas en la sociedad.

Es decir, el proceso penal juvenil tiene una mirada en lo que paso pero mucho mas mira lo que va a pasar, se basa en un hecho pero se agrega un juicio de posibilidad en cuanto al Interés Superior del Niño y de la sociedad misma a quién le interesa y le conviene la recuperación de relaciones positivas con ese adolescente que transgredió.

Ahora bien, con esa finalidad, el proceso restaurativo no desecha lo multidisciplinario del tutelarismo sino que lo transforma en interdisciplinario y lo profundiza, porque requiere la actuación de los operadores especializados no solamente con el niño sino también con su familia y con la comunidad incluso con la víctima, su familia y la comunidad.

Y aquí necesariamente debo mencionar la especialización, sin poder adentrarme en su análisis, no se puede dejar de observar que la misma se complementa con la interdisciplina y con el principio de separación de la justicia penal de adultos de la justicia aplicable a adolescentes en conflicto con la ley y este trípode hace a la justicia juvenil propiamente dicha.

Necesariamente la interdisciplinarietà implica el trabajo coordinado de los profesionales con un objetivo común, el saber trabajar con otro, que no resulta una tarea fácil de implementar en la práctica. Incluso debemos hablar del trabajo interinstitucional, dado que fuera cual fuere la medida implementada, sea esta privativa a o no de la libertad, debieran empezar a actuar en relación al joven no solo distintos profesionales, sino que incluso se suele dar la actuación de distintas instituciones, y no siempre todos los profesionales dependen de la misma institución, por ende, esa coordinación resulta indispensable.

El trabajo en red es muy importante en el modelo de la justicia restaurativa y a la vez es muy difícil de implementar, dado que no sólo es un tema de técnicas, sino como bien nos explicara el Dr. Enrique Arnanz Villalta, es un tema de actitudes

Y esa importancia del trabajo en red esta dada por la necesidad de compaginar el análisis de todas las miradas del prisma que conforma al joven, la psicológica, la jurídica, la educativa, la familiar, etc.

Socializar la información de cada una de las disciplinas entre sí, coordinadamente, permite optimizar el trabajo realizado y a realizar.

La red tiene que tener un objetivo común y estratégico de intervención, un sentido de lo colectivo dado que, el trabajo en red es una forma necesaria e inteligente de situarse en procesos educativos en relación a los jóvenes.

Ahora bien, dicha actuación profesional tiene su corolario con la producción de los informes que realizan los profesionales intervinientes y que deben dar cuenta no sólo del trabajo implementado con el joven sino también de la evolución del mismo y de la eficacia o no de la medida que se ha tomado en relación a éste.

El objetivo en cuanto a la actuación profesional en relación al adolescente debe basarse en el trabajo a realizar con el mismo a fin de promover sus capacidades y competencias para que puedan desarrollar una vida normalizada conviviendo con sus pares en la sociedad a la que pertenecen y a la que normalmente incluso deben convivir con quien ha sido víctima de su accionar e incluso con la familia y grupo de referencia de éste.

Existen distintos tipos de informes todos de ellos importantes al momento de poder analizar la intervención en relación al joven, entre ellos podemos mencionar los que recaban la información del joven previo a la comisión del hecho ilícito, en relación a la vida del adolescente, los informes psicosociales que van a contener los componentes socio familiares, económicos del adolescente, el informe periódico que se debe emitir y que debe dar cuenta del cumplimiento de la medida impuesta, y los informes finales que suponen una evaluación definitiva del cumplimiento o no de aquellos objetivos impuestos en la resolución judicial y deben servir para la modificación de la medida o el cierre del expediente, etc.

Por último haré referencia al plan de trabajo individual, que se debe diagramar en relación al niño/ niña o adolescente. Este documento incorpora todas las propuestas de intervención psicosocial, terapéutica, educativa que persigue una medida.

Cuando hablamos de un plan individual hacemos referencia a que con él se puede gestionar tanto una medida privativa como no privativa de la libertad, dado que algunos planes están hechos para medidas que requieren solamente una supervisión o una prohibición de algún derecho, y hay planes individuales que están derivados por ejemplo de medidas que significan un plan terapéutico del adolescente-

Cuando se diseña un plan individual hay que tener en cuenta los centros donde va a interactuar el adolescente, a donde se lo va a derivar debiendo recibir de dichas instituciones los correspondientes informes a fin de adjuntar al plan al momento de enviarlo a la autoridad competente.

Un plan individual no puede restringir derechos que no estén contemplados en la sentencia o en la resolución judicial.

Para elaborar un plan individual van a ser muy importantes dos elementos: 1) que tiene que ver con el estudio documental de la sentencia, ver las medidas y las restricciones que ha impuesto la autoridad competente; y, 2) otro elemento restaurativo que es considerar aquellos elementos que el adolescente tiene la capacidad de cumplir, dado que debe ser posible para el adolescente y para su familia.

La característica restaurativa es considerar las condiciones socio-económicas del adolescente, su entorno, más aún considerar aquellos elementos que están en la comunidad donde el adolescente va a ir a cumplir la medida porque muchos de esos elementos están en la comunidad, esas redes comunitarias, centros comunitarios van a coadyuvar a la ejecución del plan.

A la vez es importante que del estudio que se hace debe derivar una fecha de iniciación y una de conclusión.

La formulación del plan individual debe concretar el principio del interés superior del niño porque se retoman todos aquellos datos bio psicosociales más el conocimiento que se tiene de su entorno social y las potencialidades de él para elaborar una propuesta al juez que sea garante de este sujeto de derecho que es el adolescente.

III.- Medidas privativas de la libertad

Es importante realizar en este punto una primera aclaración y especificar que me voy a referir a medidas privativas de la libertad de niños/as o adolescentes declarados responsables de infringir una ley penal.

Sabido es que las garantías convencionales de las cuales gozan los adultos sometidos al derecho penal deben ser ampliadas y profundizadas en el caso de que dichos procesos penales sean seguidos contra niños/as o adolescentes. Ello es así dado que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado²¹

El caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala”²² tratado por la CIDH, resultó ser el antecedente directo de la Opinión Consultiva N° 17/02, denominada Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño en la cual se pone de resalto la obligatoriedad estatal de atender a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.

Ingresando en el análisis de las medidas privativas de la libertad, ocurre muy a menudo que en este campo se soslayan principios y garantías establecidos en el corpus iuris internacional y, como consecuencia se dictan medidas privativas de la libertad con referencia a la “protección del niño” que no se condicen con los estándares procesales establecidos en dicho corpus.

La transformación operada a pleno en el ámbito jurídico consiste en la introducción de límites que el sistema internacional de los derechos humanos impone al Estado dotando y reconociendo a los niños/as y adolescentes garantías procesales y sustanciales, y en especial el concepto técnico jurídico, en su triple dimensión, del Interés Superior del Niño²³

Se consideran medidas privativas de la libertad a toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del

²¹ Corte Sup., “Maldonado Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7/12/2005, Párr.32; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”, 44 período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25/4/2007, párr.40.

²² Corte IDH Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Fondo. 19/11/1999. Serie C, nro.63.

²³ Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Directora Silvia Eugenia Fernandez, TIII, pág. 3527, Editorial Abeledo Perrot, Junio de 2015.

que no se permita salir al menor de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública²⁴.

Toda medida ordenada en un proceso administrativo o judicial referidas a niños/as o adolescentes tiene que centrarse en el objetivo del sistema penal juvenil que como ya hemos mencionado consiste en promover la reintegración de los niños en conflicto con la ley brindándoles las oportunidades necesarias para que puedan asumir un papel constructivo en la sociedad.

Vemos que el objetivo mismo de la justicia penal juvenil se contrapone con un uso generalizado de la privación de la libertad.

El marco normativo que determina la procedencia y extensión de las medidas privativas de la libertad se encuentra limitado en primer término por los principios generales de aplicación a procesos penales juveniles, por cuanto se erigen en un piso mínimo normativo a través de los cuales, en segundo término y en su proyección particular, se fijan lo estándares a los cuales deben ajustarse las medidas privativas de la libertad.

A continuación mencionaré de modo muy sintético dichos principios, los que deben guiar el criterio de aplicación de la medida a fin de no soslayar los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes:

1. Principio de legalidad: como lo ha sostenido en reiteradas ocasiones la CIDH, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias específicamente tipificadas en la ley, pero además con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma²⁵
2. Principio de excepcionalidad y última ratio: limita la intervención del sistema penal juvenil a aquellos casos en que no existan otras alternativas que eviten el contacto con el poder punitivo del Estado. Asimismo, se relaciona con la imposición de que los plazos sean más breves que los del sistema de adultos. La excepcionalidad tiene como fin evitar las consecuencias negativas de la institucionalización en la vida de los niños. En este sentido el Comité de los Derechos del Niño expresa que la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su

²⁴ Reglas para Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (La Habana), Regla 11 b. Corte UDH, caso "Mendoza v. Argentina", párr.187 (2003)

²⁵ CIDH, Informe Justicia Penal y Derechos Humanos con referencia a la Corte IDH. Caso "Gangaram Panday v. Surinam" (1994), párr.47; Caso de los "Niños de la calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (1999) r.131; Caso "Durand y Ugarte v. Peru" (2000), párr.85; Caso "Bulacio v. Argentina" (2003), párr.125, entre otros casos.

reintegración a la sociedad²⁶ Esto obliga a los estados a generar legislación y programas de medidas alternativas a la privación de la libertad para quienes hayan infringido leyes penales.

3. Principio de especialización: exige que todos los operadores del sistema tengan conocimiento especializado en procedimientos, conductas y psicología de la infancia y adolescencia de manera de asegurar un trato adecuado y alcanzar el objetivo del sistema penal juvenil. Por ende también se exigen tribunales especializados.
4. Principio de Igualdad y no discriminación: los niños/as o adolescentes gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos, con especial atención a su condición de personas en desarrollo que impone a los Estados un plus protectorio de derechos. Ello implica una distinción del sistema juvenil con el sistema de adultos.
5. Principio de no regresividad: como inherente al sistema internacional de los derechos humanos, este principio importa que los Estados al ratificar tratados internacionales de derechos humanos se comprometen a hacer efectivo en su territorio el derecho contemplado en ellos. Importa no sólo la obligación de realizar todas las acciones positivas necesarias para asegurar el piso mínimo de derechos incorporados, sino y especialmente, que en adelante podrán reconocer más derechos y/o avanzar en su efectiva implantación en su territorio pero no pudiendo desconocerlos o bajar el mínimo de estándares internacionalmente aceptados²⁷
6. Principio de máxima brevedad de las penas y proporcionalidad: la Corte Interamericana ha sostenido que los principios de ultima ratio y la máxima brevedad implican que debe delimitarse el tiempo de privación de libertad desde el momento de su imposición, por lo cual las penas indeterminadas o que impliquen privación de dicho derecho de forma absoluta no pueden ser aplicadas a los niños²⁸.

El principio de proporcionalidad debe reflejarse en la relación entre la gravedad del hecho y la sanción punitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del niño conforme lo establece la Convención de los Derechos del Niño²⁹

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007) párr.11

²⁷ Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Directora Silvia Eugenia Fernandez, TIII, pág. 3535, Editorial Abeledo Perrot, Junio de 2015.

²⁸ Corte IDH, caso "Mendoza v. Argentina" (2013).

²⁹ Convención de los Derechos del Niño, art.40.

La Observación General N° 10 indica que a tal fin debe analizarse la edad, la menor culpabilidad, las necesidades del niño, así como las diversas necesidades de la sociedad.

Las penas perpetuas contradicen el sistema internacional penal juvenil³⁰

7. Derecho a una sentencia fundada en el interés superior del niño: en el caso de la imposición de una pena privativa de libertad, la resolución que la imponga deberá ajustarse a una estricta fundamentación que dé cuenta de la ponderación que el sentenciante ha realizado de la situación particular del niño y la consecuente determinación de la sanción en atención a su interés superior conforme los parámetros y el objetivo de la Justicia Penal Juvenil.

Se impone además como una garantía del ISN la revisión permanente de la medida de privación de la libertad impuesta.

8. Pedido e imposición de medidas privativas de la libertad que se ajusten al objetivo de la justicia juvenil conforme informes técnicos interdisciplinarios: en este paradigma los organismos administrativos deben enfocar su actividad en informar al fiscal sobre las necesidades socioeducativas del niño a efectos de que este funcionario solicite como sanción, la medida que más se ajuste al Interés Superior del Niño y el objetivo que persigue el estado mediante el sistema penal juvenil. Estos informes deben tener una proyección interdisciplinaria enfocada en las medidas que a futuro debieran aplicarse de acuerdo al objetivo del sistema penal juvenil, pero en ningún caso deben referir a otras circunstancias que hacen a la vida privada del niño. A dichos informes debe tener acceso la defensa a los fines de su impugnación o pedidos de ampliación o explicaciones y a efectos de informar al niño sobre las mismas para que pueda emitir opinión fundada al respecto.³¹

9. La argumentación jurídica: la resolución que prive de la libertad a un niño, debe hacer referencia a la ultima ratio de la medida y el análisis y argumentación pormenorizada acerca del Interés Superior del Niño y su relación con la medida impuesta.

10. Derecho al recurso: el derecho al recurso comprende el derecho a impugnar la condena, la extensión y la modalidad de la ejecución de la sanción. El recurso debe ser accesible, sencillo y constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea³².

³⁰ Corte IDH caso "Mendoza v. Argentina", párr.364.

³¹ Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Directora Silvia Eugenia Fernandez, TIII, pág. 3560, Editorial Abeledo Perrot, Junio de 2015

³² Corte IDH, caso "Mendoza v. Argentina" (2013), párr.247.

11. Principio de revisión periódica y evaluación de la medida en la vida del niño: todos los operadores del sistema de justicia juvenil deben tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de este que es apropiado para su bienestar, por ende necesariamente debemos mencionar el principio de flexibilidad que se encuentra vigente tanto al momento de elegir la medida como en el momento de su ejecución, y este principio exige tener en cuenta en cada momento del procedimiento todo aquello que sea favorable al menor.
- Durante el transcurso de la medida y conforme el resultado de la ejecución de la misma, como así también de los informes que realicen los profesionales interdisciplinariamente en relación al joven, dicha medida puede ser sustituida por otra menos gravosa, todo ello en pos del interés superior del niño.
- Esta modificación de ningún modo es contraria al principio de legalidad, pero ello no es así dado la naturaleza misma de las medidas restaurativas, y nunca se va a poder modificar agravando la medida.
- El Juez tienen la posibilidad de optar por establecer una medida privativa de la libertad y suspender su ejecución u optar por intervenir en medio abierto y siempre le queda la posibilidad de que si incumple se tome una medida privativa de la libertad como sustitución de la medida de medio abierto. Esta modificación deberá hacerse por el medio adecuado para evitar ir en contra del principio de seguridad jurídica o intangibilidad o proporcionalidad de las resoluciones judiciales.

IV.- Medidas no privativas de la libertad.

Las reglas de Tokio³³ son un ejemplo claro de una postura, que en pro de los derechos humanos y de la dignidad humana buscan sustitutos a la pena privativa de la libertad. Estas reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad pretenden humanizar el derecho punitivo del estado, buscar hacer más efectivo la idea de no castigar la conducta ilícita. Esa es la propuesta, solo falta que realidad social, política social y cultural de los Estados apuesten por ella.

Desde una perspectiva psicológica, David, sostiene que la rehabilitación del joven solo puede lograrse proveyéndole la oportunidad de hacerlo dentro del marco comunitario, y no dentro del asilamiento de instituciones carcelarias, donde el joven que ha delinquido es tratado como un caso individual, generalmente como un caso patológico, y con los métodos de una psicología que se satisface en aplicar variadas técnicas a un caso sin reparar que la delincuencia juvenil expresión de la inserción del joven con las normas, valores y tradición de un grupo delinencial o subgrupo que el menor aún considera como su grupo de referencia y cuyas normas y valores han internalizado³⁴

Queda claro que, en virtud del interés superior del niño, la imposición de una medida privativa de la libertad debe ser el último recurso, debiendo siempre priorizar medidas alternativas al encierro.

El derecho a la libertad personal conlleva importantes particularidades en el caso de niños menores de 18 años. Como ha expresado la Corte Interamericana, el contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse, como decíamos del interés superior del niño, razón por la cual requiere la adopción de medidas especiales para su protección en atención a su condición de vulnerabilidad³⁵

³³ Reglas de Tokio. Artículo 8. Imposición de sanciones 8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. 8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes: a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; b) Libertad condicional; c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) Incautación o confiscación; f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) Suspensión de la sentencia o condena diferida; h) Régimen de prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

³⁴ David, Pedro R., Sociología criminal juvenil, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003 , pág.129

³⁵ Corte CIDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. No.112, parr.225.

Las medidas sustitutivas o alternativas a la privación de la libertad es la forma de respetar los derechos de los niños en los casos en que éstos hayan infringido las leyes penales.

El art. 40.4 de la CDN expresamente menciona que se dispondrá de diversas 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 niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

En este mismo sentido el Comité de los Derechos del Niño ha observado que los Estados Partes deben disponer de un conjunto de alternativas eficaces para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud del apartado b) del artículo 37 de la Convención de utilizar la privación de la libertad tan sólo como medida de último recurso³⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte que entre las medidas alternativas que más se aplican en los Estados de América Latina podemos mencionar:

1. Programas de libertad vigilada o asistida: los primeros suelen requerir que un profesional del área social tome contacto regular con el niño, su familia y su comunidad; el programa de libertad asistida implica por lo general la concurrencia del niño/a o adolescente a un programa socioeducativo.
2. Las advertencias y las amonestaciones: las medidas alternativas también suelen incluir advertencias formuladas por el juez con respecto a los perjuicios causados y las consecuencias de no enmendar su conducta; o amonestaciones para intimar al niño a no reincidir en la conducta ilícita.
3. Observancia de Reglas de conducta: tales como la prohibición de asistir a determinados lugares, o de conducir vehículos, etc.
4. Las medidas alternativas también incluyen sanciones como la orientación y apoyo mediante la incorporación a programas de tipo socioeducativo. Asimismo es común que la norma incluya sanciones con contenido restaurativo tales como

³⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10,25 de abril de 2007, párr.80.

la prestación de servicios a la comunidad, la obligación de reparar el daño o la obligación de darle satisfacción a la víctima³⁷

A la vez la Comisión hace referencia a la falta de programas comunitarios para que los niños cumplan la medida alternativa, la falta de financiamiento adecuado para los programas que implementen medidas alternativas; la falta de coordinación entre las autoridades responsables de los niños en conflicto con la ley penal y los limitados mecanismos para supervisar el cumplimiento de esas medidas.

Las Reglas de Tokio establecen que las medidas alternativas deben ser proporcionales a la gravedad del delito y los antecedentes del delincuente y reflejar los principios establecidos para la imposición de sentencias. También se prohíbe la experimentación médica o psicológica con los niños infractores, así como las medidas que impliquen un riesgo indebido de daños físicos o mentales. Según éstas reglas la decisión de aplicar una medida sustitutiva debe someterse a revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del infractor, y su dignidad será protegida en todo momento.

Advierte la Comisión que deben aplicarse con extrema precaución algunas de las medidas que involucran alguna forma de justicia restaurativa por ejemplo exigir que el niño compense a las víctimas por el daño causado, ya que obligar a los niños a devolver lo robado por ejemplo podría ser una medida aplicable, pero obligarlos a compensar financieramente a las víctimas del delito, aunque esa compensación sea simbólica, también puede tener como resultado que los niños se vean en la obligación de trabajar para percibir ingresos, exponiendo a los mismos a situaciones de vulnerabilidad.

³⁷ Justicia Juvenil y derechos humanos en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. OEA/Ser L/V/II. Doc.78 13 de Julio 2011. Internet: www.cidh.org, pág.85-90.

V.- Conclusión.

Por último y a modo de corolario del presente trabajo considero importante mencionar un tema central relacionado directamente con la comprensión de la aplicación del sistema de justicia restaurativa y que resurge por momentos no sólo como consecuencia de la reacción social, provocada en gran parte por la influencia de los medios de comunicación en el inconsciente colectivo, sino también con los resabios de políticas tutelaristas centradas en la implementación de políticas de “mano dura”

Obviamente la aplicación de penas privativas de la libertad y la baja de imputabilidad a tal fin es una respuesta puntual que se da desde algunos sectores políticos como respuesta a un requerimiento mediático que no resiste bajo ningún punto de vista un análisis que se realice desde la óptica del respeto por los derechos y la dignidad de los niños/as y adolescentes conforme impone el corpus iuris de los derechos de la infancia.

Dada las características de este acápite no sería posible profundizar específicamente en este tema, pero considero que no puedo dejar de mencionarlo y dejarlo planteado a fin de suscitar inquietudes.

Lo que en realidad se deberían implementar desde el Estado son políticas de inclusión, reconociendo las situaciones de inequidad, exclusión y pobreza que necesariamente acompañan la comisión de delitos y el conflicto de los jóvenes con la ley penal.

Para ello, es necesario primero tener datos certeros que permitan dar estadísticas ciertas. Ello va a facilitar la implementación de políticas públicas adecuadas, que den respuestas a las necesidades sociales sin pretender tapar el sol con una mano, distorsionando la realidad con una conciencia poco inocente.

La Observación General Nº 10 menciona en relación a la edad de imputabilidad que hay una gran variedad en las edades, pero que en este momento no se acepta ningún sistema que tenga edades inferiores para la incriminación penal a los doce años; pero también dice la idea es que no sea inferior a 14 o 16 años y por último indica que los que tienen edades de imputabilidad más altas no deben bajarlas.

No obstante ello, cada vez existe una mayor tendencia en muchos países de reducir la edad de imputabilidad.

El Comité Económico y Social Europeo ha dicho que la delincuencia juvenil se configura como uno de los fenómenos que ha ido ganando espacio en la preocupación de la sociedad y es uno de los problemas criminológicos a los que se viene prestando una

permanente observación en diferentes ámbitos internacionales, y refiere a la vez que las conductas protagonizadas por los jóvenes obtienen en la mayoría de las ocasiones una relevancia social mayor que la realizada por los adultos especialmente cuando tiene carácter negativo generándose así una percepción social adversa a los menores infractores.

Ello aunque la mayoría de los delitos cometidos por menores son de menor gravedad, donde no tienen carácter violento la presión a los políticos con el “mano dura” ha ido aumentando progresivamente el rigor del sistema penal juvenil aduciendo un incremento de delincuencia, de conductas violentas, algo que no se corresponde con la realidad.

Soplan vientos fuertes en este sentido y considero que es obligación de los operadores del sistema mantenernos firmes en nuestras convicciones y es nuestra responsabilidad social transmitir los conocimientos pertinentes a los fines de brindar a la sociedad la información necesaria para que pueda tomar decisiones adecuadas, ajustadas a derecho, respetuosas de la dignidad humana, pero sobre todo para que puedan pensar libremente dado que ello conducirá necesariamente al bien común y a la aplicación de un sistema de justicia restaurativo que permita aplicar medidas justas y adecuadas en pos de la sociedad.

Asimismo, considero de suma importancia la formación permanente de todos los operadores del sistema a fin de poder brindar respuestas adecuadas a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

Ello en el convencimiento de que la especialización es una condición sine qua non en relación a la justicia juvenil restaurativa.

Y por último entender la necesidad de poder brindar nuevas respuestas ante el accionar de los jóvenes que se relacionan por la comisión de un delito con el sistema penal, a través de métodos restaurativa que contemplen la situación del joven como así también la necesidad de reparación del daño causado, teniendo en cuenta a la vez a la víctima, implementando medidas que permitan la reinserción social de ese joven de forma adecuada y lícita tanto para él mismo como para el resto de la sociedad.

Tener en cuenta que en el derecho penal juvenil rige el principio educativo, y que las consecuencias jurídicas que devienen de la responsabilidad de los actos cometidos por menores de dieciocho años siempre deberán tener un fin socioeducativo, promoviendo la capacidad de responsabilización del adolescente, incorporando mecanismos que le permitan el manejo cognitivo y emocional de los factores que incidan en su conducta y la previsión de las mismas.

No estamos actualmente ante una mera situación dogmática o de diferentes posturas doctrinales, estamos ante una realidad que no podemos negar, de la que debemos hacernos cargo y encontrar las soluciones adecuadas a fin de resguardar los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes, la experiencia y la historia nos demuestran hoy que la justicia restaurativa es el camino. Señores y Señoras es el momento de asumir responsabilidades, no perdamos más tiempo y canalicemos nuestras energías tras ello.

VI.- Bibliografía.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la Niñez. *Justicia Juvenil y derechos humanos en las Americas*, OEA/SerL L/V/II. Doc.78, 13 de Julio de 2011.
- David, Pedro R. , *Sociología Criminal Juvenil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.
- Fernández, Silvia Eugenia (Directora) *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2015.
- Frega, Gerardo Lucas (Director), Grappasonno, Nicolás (Coordinador) *Responsabilidad Penal Juvenil – Garantías Procesales Penales*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2010.
- Herrera Marisa, Kemelmajer de Carlucci Aída, Lloveras Nora (Directoras) -De La Torre Natalia (Coordinadora) *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes*, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- Terragni, Martiniano *Proceso Penal Juvenil Práctica y Jurisprudencia*. La Ley, Buenos Aires, 2015

