

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS
PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL JUVENIL



con la colaboración de:
unicef 

**ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS
PARA LA IMPLEMENTACIÓN
DE UN SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL**

Esta publicación fue realizada por la Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Directora Nacional: Lic. Victoria Martínez

Equipo Técnico:

Dra. Daniela Vetere, asesora jurídica
Dra. María Lucila Passini, asesora jurídica
Dra. Constanza Argentieri, asesora jurídica
Dra. Natalia Dasso, asesora jurídica
Dra. Valeria Monópoli, asesora jurídica

Colaboración en la edición:

Lic. Nuria Bril, socióloga
Lic. Alberto Celesia, sociólogo

Edición, diseño y diagramación: Área de Comunicación y Prensa de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Buenos Aires, noviembre 2007

ÍNDICE

■	Presentación	5
■	Marco normativo	9
	I. Constitución Nacional.....	11
	II. Normas jurídicas que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:	11
	III. Normas del derecho interno	16
	III.I. Efectos de la Sanción de la Ley 26.061 en el fuero penal de menores.....	24
■	Derechos y garantías sustantivas y procesales	27
	I. Garantías sustantivas. Concepto. Enumeración.....	31
	II. Garantías procesales. Concepto. Enumeración	34
	III. Garantías de Ejecución.....	40
■	Solución alternativa de conflictos. La llamada “Justicia Restaurativa”	41
	I. Análisis y Fundamentos.....	43
	II. Criterio de oportunidad.....	45
	III. Institutos Procesales. Definición. Características	46
	IV. Intervención de los equipos interdisciplinarios en mecanismos de Justicia Restaurativa.....	54
■	Características del nuevo régimen penal juvenil	57
	I. Destinatarios del sistema.....	59
	II. Edad mínima de responsabilidad penal.....	60
	III. Justicia especializada.....	62
	III.I. Marco normativo.....	62
	III. II. El principio de especialidad y el rol de los actores en el proceso.....	65
■	Medidas cautelares durante el proceso: Estándares para su aplicación	73
	I. Marco Normativo. Antecedentes Jurisprudenciales.....	75
	II. Requisitos para la aplicación de la prisión preventiva.....	78
■	Sanciones	81
	I. El principio educativo en el derecho penal juvenil.....	83
	II. Sanciones no privativas de libertad.....	85
	III. Sanciones no privativas de libertad. Conceptos. Enumeración. Características... ..	88
	IV. Sanciones restrictivas de libertad ambulatoria. Excepcionalidad de su aplicación.....	90

■ Jurisprudencia	97
I. Sistema Universal	99
II. Sistema Interamericano	102
III. Jurisprudencia Nacional	112
IV. Jurisprudencia Provincial	122
■ Anexos	129
• Observación General N°10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño al Estado Argentino “Los Derechos del Niño en la Justicia de menores”.....	131
• Plazos máximos de detención preventiva aplicada a personas menores de 18 años. Tabla comparativa de 15 países de América Latina	159
• Topes de pena de prisión aplicada a personas menores de 18 años. Tabla comparativa de 15 países de América Latina.....	161
• Recomendaciones y Observaciones al Estado Argentino por parte de los organismos internacionales de protección de derechos humanos.....	162

PRESENTACIÓN

La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación presenta un nuevo documento de trabajo en el marco de sus competencias de promoción de la protección de los derechos, la asistencia en la planificación de planes, programas y defensa de los derechos humanos, la coordinación de todo lo relacionado con el cumplimiento de las normas que reconozcan y reglamenten los derechos fundamentales en el país, la formulación de políticas, proyección de normas y ejecución de programas que garanticen la igualdad de oportunidades y la no discriminación de grupos y personas.

La primera edición del documento que aquí se presenta, se realizó en el año 2004, y se denominó "Estándares Mínimos de Derechos Humanos para una nueva ley de Justicia Penal Juvenil", mediante el mismo se buscó elaborar un insumo de trabajo que brinde herramientas a juristas, legisladores y otros actores con responsabilidad en la reforma legal y la modificación de las prácticas respecto de la infancia y juventud.

Su propósito fue enunciar los estándares de derechos humanos que surgen de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y muy especialmente de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Dichos instrumentos son el "piso" del cual se debe partir para debatir una nueva ley de justicia juvenil que, una vez sancionada, pondrá al Estado argentino a la altura de las obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional y dará cumplimiento al respeto de los derechos fundamentales de los jóvenes que se acuse de infringir las leyes penales.

La idea de elaborar un trabajo de esas características por parte de esta Secretaría con la cooperación de UNICEF Argentina, surge de su función de dar seguimiento a la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y asimismo velar por el cumplimiento de tales derechos.

El trabajo publicado en el año 2004 aportaba estándares de derechos humanos en la materia, con el propósito de promover la reforma del régimen actual y su sustitución por un nuevo sistema de justicia penal juvenil.

En esta oportunidad consideramos oportuno continuar con aquel propósito completando y actualizando el contenido en tanto se han producido una serie de cambios y avances que ameritan una revisión de lo publicado en ese momento, así como también generar conciencia sobre la obligatoriedad de la aplicación directa de los estándares internacionales de derechos humanos en esta materia.

El 28 de septiembre de 2005 se sancionó la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que trajo aparejado un importante avance en lo que a la condición jurídica de la infancia y adolescencia se refiere.

Además, se observa una interesante tendencia en el proceso de la construcción de un sistema de justicia penal juvenil. Cabe destacar que cuando se inició la actual gestión existía, al igual que hoy, una gran cantidad de proyectos legislativos que pretendían modificar el actual Régimen Penal de la Minoridad.

Sin embargo, mientras la mayoría de los proyectos buscaba establecer pequeñas reformas, o introducir a los niños al régimen penal de adultos desde edades más tempranas, hoy se observa que una amplia mayoría pretende derogar el sistema actual para instalar un régimen penal juvenil que, en mayor o menor medida, se adecua a los principios emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño. En los proyectos actualmente con estado parlamentario se observan importantes puntos de acuerdo y voluntad política de dejar atrás el viejo sistema arbitrario y violatorio de derechos fundamentales.

Sin embargo, y a pesar de estos importantes avances, existe un debate todavía difícil de saldar. En tal sentido, se percibe que todavía existe un temor fundado que, una vez modificada la ley, no se logre instalar un nuevo sistema y que las viejas prácticas tiñan nuevamente de intervenciones punitivas la vida de los jóvenes.

Por otro lado, hay quienes sostienen la necesidad de comprender que el nuevo régimen - donde la sanción de la ley es sólo el primer paso - debe ser un límite a la intervención penal del Estado.

La implementación de un nuevo régimen, entonces, garantizará el inicio de una mejora sustantiva en la condición jurídica de la infancia y de la adolescencia.

Para ello, el nuevo sistema deberá caracterizarse por ser de intervención mínima, respetuoso de garantías procesales y sustantivas, e implementarse prioritariamente medidas que no impliquen restricción a la libertad cuando se apliquen sanciones, recurriendo a dispositivos diversos entre los que se encuentren la reparación del daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad vigilada, etc.

Además, cuando se aplique una medida de privación de libertad, sólo debiera utilizarse de manera excepcional, para los delitos más graves, taxativamente enumerados, y por tiempo determinado, cuando no resulte posible aplicar otras medidas.

Por otra parte, esta transformación está siendo acompañada de importante jurisprudencia a nivel nacional e internacional que también se analiza en el texto de esta publicación. Debe reconocerse que la jurisprudencia ha efectuado avances en materia de justicia penal juvenil y ha dictado contundentes fallos brindando criterios para la aplicación directa de los estándares de la Constitución Nacional, de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos de derechos humanos.¹

Todo este interesante proceso de transformación nos ha hecho replantear la necesidad de actualizar este cuadernillo, recogiendo estos cambios, buscando además en esta oportunidad aportar herramientas en la implementación de la nueva ley de justicia penal que esperamos sea próximamente sancionada.

¹ Entre otros, corresponde destacar: Incidente de Incompetencia en autos: Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005” G.F.D. y O. s/ expediente tutelar - 06/12/06 Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, sala 1ª.

Por tanto, en esta edición además de enunciar las normas internacionales que deben tenerse presente para estructurar el nuevo régimen, pretendemos desarrollar algunos nuevos institutos que surgen del derecho comparado y de los proyectos con estado parlamentario, así como también observar los avances jurisprudenciales en materia de justicia penal juvenil.

De esta manera, se espera que esta publicación resulte un aporte más, que contribuya a que Argentina continúe avanzando en el camino ya emprendido, dando cumplimiento y haciendo realmente efectivos los derechos humanos de niños, niñas y jóvenes.

Dr. Eduardo Luis Duhalde
Secretario de Derechos Humanos
Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos de la Nación

The image features a minimalist, abstract design. A thick vertical black line runs down the left side of the page. Several horizontal grey lines of varying lengths and positions intersect this vertical line. One prominent horizontal grey line spans the width of the page, passing through the text. Another horizontal grey line is positioned below it, and a third, shorter one is further down. A small, light grey rectangular block is located to the left of the text, partially overlapping the vertical line.

MARCO NORMATIVO

A fin de situar el estado actual en la Argentina del régimen aplicable a personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal, se consideró importante realizar una descripción del marco jurídico vigente. Para ello, se efectúa un recorrido por las normas de jerarquía superior - la Constitución Nacional (CN) y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos - para luego describir las normas *infra* constitucionales que completan el actual ordenamiento jurídico en Argentina.

Asimismo, es necesario especificar que esta descripción se realiza desde una mirada crítica, en donde se considerará que la Constitución y los instrumentos sobre derechos humanos marcan el estándar mínimo que el Estado debe respetar cuando efectúa intervenciones en la vida de las personas sujetas a su jurisdicción, y especialmente al momento de legislar sobre asuntos penales. Estos estándares deben ser aplicados por todos los operadores del sistema, jueces, fiscales, defensores, o cualquier otro agente del Estado, sin perjuicio de la reforma normativa que deba efectuarse, ya que surgen de aquellas normas con máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino.

I. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En lo que la Constitución Nacional se refiere, cabe mencionar los artículos 16, 18 y 19, que marcan claros límites a la intervención estatal coercitiva sobre la vida de las personas. El artículo 16 reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 18 consagra las garantías del derecho penal de acto y establece las garantías constitucionales que rigen el debido proceso, y el artículo 19, por su parte, reconoce el derecho a la intimidad, delimitando la intervención coercitiva del Estado en la vida de los seres humanos.

II. NORMAS JURÍDICAS QUE SURGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito internacional, han surgido una serie de instrumentos que la República Argentina ha ratificado en uso de su soberanía, que marcan el piso mínimo al cual la legislación interna del Estado debe adecuarse y los estándares de protección de derechos que el Estado se encuentra obligado a respetar.

Los instrumentos internacionales mencionados a continuación tienen distintos niveles de obligatoriedad para Argentina, ya sea un tratado o bien otro tipo de instrumentos que aun siendo en principio no vinculantes, como las Reglas o Directrices, constituyen un modo de interpretación y aplicación de dichos tratados y, por lo tanto, forman un *corpus iuris* que fija el contenido y los alcances de los deberes que incumben al Estado. Esto ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de su jurisprudencia.

Respecto al valor de esa jurisprudencia², la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha establecido:

“11. Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2º) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr, arts.75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054).”³

Estos estándares mínimos de derechos humanos en general, y de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, en particular, surgen de tratados internacionales, algunos de los cuales en nuestro país tienen jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22. Esencialmente, debemos destacar la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.

En otro orden de cosas, existen instrumentos internacionales que, si bien su naturaleza jurídica no es la de tratado, resultan de gran importancia al momento de velar por el cumplimiento de los derechos allí reconocidos. Como se mencionara, conforman un *corpus iuris* que ayuda a una mejor interpretación de los instrumentos, a la vez que permite establecer pautas muy concretas de aplicación. El Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité) advirtió que “esos instrumentos complementa las disposiciones de la Convención y proporcionan orientación para la aplicación de los derechos reconocidos en ella⁴...”

En el caso de justicia penal juvenil podemos destacar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

² Caso Villagrán Morales y Otros. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. N° 63, párrafo 188 Corte interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos del Niño, párrafo 23 y 24; Sentencia “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 148.

³ “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación- causa 32/93” - CSJN - 07/04/1995.

⁴ Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el décimo período de sesiones, octubre/noviembre de 1995, CRC/C/46, para. 214.

a) Convención sobre los Derechos del Niño

Este instrumento internacional fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, Argentina lo ratificó en 1990 y le otorgó rango constitucional en el año 1994 en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. A partir de la Convención, Argentina asumió el compromiso de respetar y hacer respetar los derechos allí reconocidos, adecuando además su legislación interna, como sus instituciones a los estándares internacionales en materia de infancia que fija este documento de derechos humanos.

En este sentido, la Convención sienta las bases de una relación jurídica entre el Estado y la sociedad con las personas menores de 18 años de edad, fortaleciendo el reconocimiento del niño como sujeto de derecho y dejando de lado su anterior consideración como objeto de tutela.

Siguiendo estos lineamientos, la Convención reconoce al niño los mismos derechos que tienen todas las personas, más algunos derechos que les son propios por su condición particular de sujeto en una etapa de desarrollo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que:

“(...) Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.”⁵

En lo que refiere a la temática de justicia penal juvenil, los artículos específicos que establecen las bases al respecto son el 12, 25, 37 y 40.

En primer lugar, el artículo 12 en tanto reconoce el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte y el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos, materializando de esta forma su derecho a la defensa material.

El artículo 25 resulta de interés en este cuadernillo en tanto establece que cualquier niño sometido a una medida, tiene derecho a un examen periódico del tratamiento al que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de la aplicación de tal medida.

Los artículos 37 y 40, por su parte, establecen los estándares mínimos de derechos humanos aplicables en el sistema penal para las personas menores de 18 años. Estos artículos reconocen todas las garantías sustantivas y procesales del debido proceso, la excepcionalidad de la privación de libertad, así como también el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos del Niño, párrafo 54.

b) Reglas y Directrices

Reglas de Beijing:

Las Reglas *Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores*⁶, anteriores a la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño, surgieron en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente celebrado en Caracas (Venezuela) en el año 1980 y fueron aprobadas el 29 de noviembre de 1985 en las reuniones preparatorias regionales para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas celebradas en Beijing.

Allí se formularon varios principios básicos que sirven como modelo para el tratamiento de jóvenes que cometan acciones tipificadas como delitos en el ámbito local.

Las reglas se deben aplicar con imparcialidad, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, o cualquier otra condición, promoviendo el bienestar del niño, a fin de reducir al mínimo los perjuicios que ocasiona cualquier tipo de intervención estatal.

En todas las etapas del proceso penal, las Reglas fijan estándares de garantías procesales que deben respetarse asegurando el debido proceso.

Reglas para la protección de los menores privados de libertad:

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad fueron aprobadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990 bajo resolución 45/113.

El objeto de las presentes Reglas es establecer las normas mínimas que deben ser aceptadas y respetadas por los Estados Partes para la protección de los jóvenes a los cuales se les haya aplicado una sanción privativa de la libertad.

Dichas reglas tienen por finalidad contrarrestar los efectos perjudiciales de la detención en todas sus formas y fomentar la integración social.

Las mismas deben aplicarse a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo en donde haya personas menores de 18 años privadas de libertad.

Cabe destacar la importancia que este instrumento reviste, en tanto define la privación de libertad. En tal sentido, la Regla 11.b expresa:

“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

⁶ Resolución 40/33 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985.

Este concepto también fue recogido en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y, a nivel interno, en el Decreto 415/06 que reglamenta la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Reglas de Tokio:

*Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad*⁷ sientan los principios básicos para la promoción de la aplicación de medidas que no impliquen la privación de la libertad o que sean sustitutivas de la prisión.

El objeto de las Reglas es proporcionar a los Estados opciones para introducir en sus ordenamientos jurídicos medidas no privativas de la libertad a fin de reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal.

Estas Reglas establecen que cada Estado Parte deberá fijar en su legislación interna una amplia serie de medidas, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, siguiendo las bases del principio de mínima intervención estatal.

Este instrumento resulta de gran utilidad a fin de garantizar que la privación de libertad se aplique como una medida de último recurso, en cumplimiento con lo exigido por la CDN.

Directrices de Riad:

Las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*⁸ fueron aprobadas con posterioridad a la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Las mismas establecen los criterios y estrategias que deben fijarse para prevenir la “delincuencia” de jóvenes como parte esencial de la prevención del delito.

Las directrices enfatizan en la necesidad de procurar un desarrollo armonioso de la personalidad a partir de la primera infancia, debiéndose centrar la atención en el niño, procurando su función activa y participativa.

Asimismo, se reconoce la necesidad y la importancia de aplicar una política progresiva de prevención basada en la elaboración de medidas que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no cause graves perjuicios a su desarrollo ni perjudique a los demás.

Las políticas de prevención que cada país adopte deben favorecer la socialización e integración eficaz de los niños y jóvenes, en particular en su familia y en la comunidad.

⁷ Resolución 45/110 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990.

⁸ Resolución 45/112 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990.

III. NORMAS DEL DERECHO INTERNO

En este apartado, como en publicaciones anteriores, se procede a describir sucintamente el funcionamiento del llamado “sistema tutelar”, puesto que bajo esta lógica funcionaron, y en cierta medida funcionan, las normas jurídicas aplicables a las personas menores de edad en el ámbito de la justicia penal.

El sistema jurídico aplicable a la infancia se presenta como un entramado complejo de leyes, instituciones y prácticas, que ha subsistido durante casi un siglo. En el año 1919 se sancionó la Ley 10.903, también llamada de Patronato de Menores, que dio inicio a la construcción de lo que la doctrina llamaría “sistema tutelar”.

Durante su vigencia, hasta la sanción de la Ley 26.061 en septiembre de 2005, se discutió ampliamente si esta ley revestía carácter local o nacional. Por tal motivo, con posterioridad a la sanción de la ley, algunas provincias sancionaron sus propias leyes provinciales, con disposiciones similares basadas en la misma lógica tutelar, otras, en cambio, aplicaron directamente la Ley 10.903

La Ley de “Patronato de Menores” disponía que ante el hecho de que una persona menor de 18 años de edad (llamada directamente “menor” en el texto) se encontrara en un supuesto “peligro material o moral”, se daría intervención al Juez de la jurisdicción criminal y correccional (artículo 14).

Según la lógica implícita en la ley, en primer lugar, estos “menores” en “situación irregular” eran todos aquellos que se perciben como en riesgo o abandonados, quienes frecuentan sitios “inmorales” o son incitados por sus padres a realizar actos perjudiciales para su salud, quienes practican la mendicidad, la vagancia, etc. (tal como se describiera en el artículo 21) y, en segundo lugar, eran “menores delincuentes” todos aquellos a quienes se les imputa un delito o infracción a la ley penal.

Es decir, las situaciones en las que el Juez puede intervenir, bajo este encuadre normativo, incluyen tanto aquellas situaciones en las que un “menor” era víctima de algún delito o violación a sus derechos económicos y sociales; como aquellas situaciones en las que éste resulta imputado de un delito.

Frente a los “menores de edad” en tales situaciones, la ley establecía para el Estado la función de tutelar a través del Juez de Menores (perteneciente al fuero penal), quien cumpliría su rol, no desde el plano estrictamente jurídico, sino desde un plano moral y social, asimilable en un aspecto informal a “un buen padre de familia” que, sin embargo, se encontraba indisolublemente unido, en el sentido formal, al poder coercitivo del Estado.

La intervención del Juez implicaba, por lo tanto, su propia definición respecto de quiénes serían sus “objetos de protección” y requerirían de su “tutela”; frente a quienes tenían la facultad de “disponer”, encontrando como único límite a su intervención que los “menores” alcanzaran la mayoría de edad (21 años en el ordenamiento jurídico argentino).

Entre sus decisiones respecto de “los menores de edad” podía incluso aplicar la privación de libertad, eufemísticamente llamada “internación” o “medidas tutelares”, entre otros.

Este modelo de intervención discrecional del Estado actuaba a través de sus órganos (judicial y/o administrativo) bajo el argumento de la protección. Es así que mediante mecanismos de “tutela” que se estimaban de “reeducación” o “resocialización”, la persona menor de edad seleccionada por la agencia judicial era separada en muchos casos de su medio familiar y comunitario porque éste era considerado un factor de su “desviada formación”. De esta manera se evitaba - según este argumento - que se convirtiera en un futuro delincuente adulto.

Sin embargo, esta práctica solo logró aquello que pretendía evitar: la separación de los niños y niñas de sus familias y su consecuente institucionalización que, lejos de evitar problemas, fue una profecía auto-cumplida. Incluso las prácticas en algunos institutos o “reformatorios” han contribuido a generar en los niños y adolescentes conductas delictivas.

En este contexto, la justicia actuó en cada caso como ejecutora de política asistencial, lo que resulta incompatible con las funciones jurisdiccionales y con la lógica de una política pública. Intervenciones discrecionales de este tipo son incompatibles con los derechos y garantías fundamentales que todo ser humano posee en un Estado de Derecho.

a) El Régimen Penal de la Minoridad de 1980. Decreto-Ley N° 22.278/22.803

El sistema hasta aquí descrito no se agotaba con la Ley de Patronato (actualmente derogada por la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), sino que el mismo continúa funcionando, en parte, a través del Régimen Penal de la Minoridad creado por el Decreto - Ley N° 22.278 de 1980 (modificado por el Decreto - Ley N° 22.803), aprobado por la última dictadura militar. Esta norma impone una actuación diferenciada según las diferentes franjas etarias de que se trate:

a) hasta los 16 años: la norma establece que los niños, niñas y adolescentes son “no punibles”⁹. La no punibilidad - es decir, la imposibilidad jurídica, aunque no fáctica, de aplicar pena - se establece para aquellos niños, niñas y adolescentes que no hubieran cumplido los 16 años, con la posibilidad de disponer del “niño” hasta los 21 años si se encuentra en “peligro material o moral” según la impresión personal del juez, y no como reproche estatal derivado del presunto hecho ilícito cometido.

Sin embargo, la segunda parte de este artículo habilita a los jueces de menores a intervenir discrecionalmente, adoptando medidas que pueden resultar restrictivas de derechos. Además, y pese a tratarse de medidas supuestamente proteccionistas, no se respetan las garantías que toda persona posee, lo cual viola lo establecido en los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución de la Nación, los artículos 12, 37 y 40 de la

⁹ Y hasta los 18 años de edad en el caso de delitos de acción privada y con pena menor a dos años de prisión.

Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 9, 14 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

En general, esta disposición tutelar puede ser dictada por tiempo indeterminado e incluso consistir en privación de libertad, en los términos de lo establecido en la Regla 11.b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.¹⁰

b) 16 y 17 años: para los adolescentes comprendidos en esta franja de edad se establece un régimen de punibilidad en los mismos términos que para los adultos, para los delitos de acción pública con más de dos años de prisión. Esto significa que, pese a que existe un llamado Régimen Penal de la Minoridad, no existe distinción entre las penas aplicables a los adolescentes de 16 y 17 años y las aplicables a los adultos. Como consecuencia de ello, en la Argentina se han dictado penas de prisión y reclusión muy extensas e incluso hasta perpetuas por delitos cometidos por jóvenes antes de cumplir los 18 años de edad. Por otra parte, aunque las disposiciones de la prisión preventiva no son aplicables a las personas menores de 18 años durante el proceso¹¹, a estos adolescentes se los priva de libertad, denominando “internación” o “medida de protección”, o “tratamiento tutelar” a las medidas que se les aplican.

El Régimen Penal de la Minoridad no tiene en cuenta la imputación de un delito con el fin de disponer de una persona menor de edad, ya que las medidas son tomadas independientemente de la declaración de responsabilidad penal, por sus características personales, su supuesta “peligrosidad”, su situación familiar, etc., todos indicadores que surgen de numerosos estudios que se realizan previamente en su persona. Este funcionamiento responde a los principios de lo que la doctrina conoce como “derecho penal de autor”, y de ningún modo se corresponde con el principio de culpabilidad por el acto, establecido en la Constitución de la Nación y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

El sistema actual ha generado numerosas críticas. Se ha afirmado que:

“El sistema que se aplica en la Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras, no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre personas menores imputadas de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de sobre argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal”¹².

¹⁰ La Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad expresa: “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

¹¹ El Código Procesal Penal de la Nación establece en el artículo 315: “Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica”.

¹² Beloff, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”; en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Año 6, N° 1 octubre de 2005; pág. 102.

En el mismo sentido, con gran claridad se ha señalado que:

“En el curso del siglo XX, se configuró un derecho del menor (en sentido objetivo) de discutible autonomía científica, pero que ha cuajado en varios cuerpos. La ideología tutelar que lo generó cumplió la función de ocultar la carencia de políticas sociales respecto de la infancia y la juventud, mediante los conceptos de situación irregular y abandono material y moral, que habilitaron una indiscriminada intervención judicial o sólo administrativa. [...] Las medidas impuestas a adolescentes y a niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados, porque son mucho peores en sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona. [...] En la Argentina, la legislación de niños y adolescentes no está codificada sino dispersa en la ley civil, laboral, provisional, en la ley de facto 22.278, etc. Los aspectos penales que lindan el derecho penal se hallan regulados por la ley de facto 22.278, que modificó la ley 14.394 y que, a su vez, fue modificada por las leyes 22.803, 23.264 y 23.742, caracterizadas todas por su fuerte ideología tutelar, en abierta contradicción con las disposiciones del derecho internacional y, además, de la Constitución (inc. 22 del art. 75). Por consiguiente, muchas de sus normas son inconstitucionales.¹³”

Cabe destacar que por ello han sido efectuadas diferentes recomendaciones y observaciones a la Argentina respecto de la legislación y prácticas vigentes en esta materia, ya sea en el ámbito del sistema universal, como también del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En primer lugar, se puede mencionar al Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas que, en ocasión de las observaciones finales efectuadas a Argentina en virtud del art. 44 de la CDN, ha expresado:

“62... el Comité reitera su profunda preocupación por el hecho de que la Ley N° 10.903¹⁴, de 1919, y la Ley N° 22.278, que están vigentes y se basan en la doctrina de la “situación irregular”, no distinguen claramente entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia. A este respecto, el Comité observa que el Congreso está debatiendo varios proyectos de ley para reformar el sistema de justicia de menores, en virtud de los cuales un juez puede ordenar la detención de un niño sin las debidas garantías procesales únicamente por su condición social, y que esa decisión no puede apelarse...”. Por tal motivo recomendó que Argentina “a) Revise sus leyes y prácticas relativas al

13 Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Derecho Penal. Parte General, 2da. Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, ps. 186/188.

14 Actualmente derogada por la Ley 26.061.

sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); b) Acelere el proceso mencionado en a), entre otras cosas asignando suficientes recursos humanos y financieros; c) Se asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección; d) Recorra a la prisión, incluso la prisión preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breves posible y no superen la duración del período previsto por la ley, y garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos; e) Aplique medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad, cuando ello sea posible; f) Incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, sobre todo para que esos menores puedan utilizar procedimientos de denuncia eficaces que abarquen todos los aspectos del trato que reciban; g) Adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento; h) Teniendo en cuenta el artículo 39, adopte las medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de los niños que han pasado por el sistema de justicia de menores; i) Solicite asistencia, entre otras entidades, al ACNUDH, el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito, la Red internacional sobre justicia de menores y el UNICEF, por conducto del Grupo de Coordinación sobre Asesoramiento y Asistencia Técnicos en Materia de Justicia de Menores.¹⁵

Por otra parte, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas manifestó en ocasión de la visita realizada a la Argentina en 2003 que:

“73. Particular atención debe prestarse al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo relativo a la práctica de arresto y detención de menores. Debe respetarse lo establecido por los instrumentos internacionales respecto a la edad mínima de responsabilidad penal. Debe revisarse la práctica de detener niños en razón de su supuesta protección, de detener niños mendigos, de detener “niños de la calle”, y erradicarse su envío a comisarías de policía. El poder judicial debe ser invitado a revisar la actuación de los jueces que mantienen niños en detención durante meses sin haberles escuchado. El poder ejecutivo debe revisar la situación de los niños en los institutos de menores. Debe distinguirse el tratamiento reservado a los niños en conflicto con la ley con aquél reservado a los menores en situación de riesgo o en situación irregular y el reservado a los niños que sufren carencias particulares, y sobre todo revisarse la necesidad y conveniencia de disponer la detención de dichos menores”¹⁶.

15 Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/C/15/Add.187, párrafos 62 y 63..

16 Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resumen de su visita a la Argentina, 23 de diciembre de 2003. E/CN.4/2004/3/Add.3.

En el marco del sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia en el Caso Bulacio del 18 de septiembre de 2003 decidió que:

“5. el Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁷”

A esto se debe agregar que existen algunas instancias de solución amistosa actualmente en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la aplicación de sentencias de prisión y reclusión perpetua a personas por delitos cometidos antes de cumplir 18 años de edad, en las cuales la Argentina se encuentra trabajando a fin de lograr una solución viable a este conflicto.

Asimismo, recientemente, se ha celebrado una audiencia de situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en Argentina ante la Comisión Interamericana en la que participaron ONG's y funcionarios del Estado con el fin de debatir la situación de este sector de la población y las acciones que la Argentina realiza en este sentido.

En síntesis, se reafirmó el compromiso de trabajar para implementar políticas públicas activas, e impulsar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para garantizar los derechos de las personas menores de 18 años que se encuentren en situación de encierro, comprometiéndose la CIDH a dar seguimiento a la implementación de estas medidas.

Con el correr de los años, la jurisprudencia ha ido recogiendo esas numerosas críticas que se le efectuaron al sistema. En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la aplicación de penas de prisión y reclusión perpetua a personas por delitos cometidos antes de los 18 años de edad. En tal sentido dijo:

“25) Que, una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del art. 2 de la ley mencionada sino también de la hermeneútica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903, conocida como “Ley Agote” (art. 21).-

26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente,

17 Bulacio, Walter, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia 18 de septiembre de 2003

han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la “libertad ambulatoria”, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias.-

27) Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio ¹⁸. ”

También otros tribunales inferiores han establecido similares cuestionamientos a la normativa vigente en distintas jurisdicciones del país, de lo cual puede inferirse una tendencia creciente de la jurisprudencia. Estos cuestionamientos que se han venido efectuando desde ámbitos doctrinarios, académicos, etc., poco a poco han ido impactando en la jurisprudencia, ello trajo aparejado la aplicación de estándares de derechos humanos, aun contando con un marco normativo adverso. En síntesis, garantizar los derechos de las personas no puede reducirse a contar con el marco normativo propicio, sino que en un Estado de Derecho todos los agentes del Estado se encuentran obligados a hacer cumplir las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Por todo lo expuesto, se concluye este apartado expresando que, para adjudicar consecuencias jurídicas a los adolescentes por actos que sean declarados en la ley como delitos, debe seguirse un proceso que contemple el pleno respeto de las garantías constitucionales del debido proceso, dentro de un régimen diferenciado del de los adultos, donde la privación de libertad sea una sanción excepcional. Antes de ésta, se debe contemplar la aplicación de un abanico de sanciones, tales como reparación del daño, órdenes de orientación, prestación de servicios a la comunidad, entre otras. En este sentido, se ha expresado que:

“la persona que resulta imputada como autor de un delito o partícipe en él es tratada como inocente por el orden jurídico - y debe ser tratada de esa manera, en el caso concreto, por los funcionarios competentes del Estado que la persiguen o juzgan - hasta tanto una sentencia firme no declare la necesidad de someterla a una pena o a una medida de seguridad o corrección ¹⁹”.

b) Ley N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Desde la incorporación, en 1990, de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) al derecho positivo interno, e incluso con el otorgamiento de jerarquía constitucional en 1994, la discusión desatada sobre la necesaria adecuación legislativa a este documento ha sido extremadamente ardua.

¹⁸ Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005”...

¹⁹ Maier, Julio B. J “Los niños, como titulares del derecho al debido proceso”, en Justicia y Derechos del Niño N° 2, UNICEF, Buenos Aires, octubre de 2001, págs. 9 y 10.

Finalmente, el país ha dado este paso fundamental en defensa de los derechos humanos al sancionar la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

La ley sancionada tiene - felizmente - vocación universal y apunta a establecer el marco jurídico adecuado, otorgando lineamientos generales para la planificación de políticas públicas efectoras de derechos. Este espíritu es el que se corresponde con los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos: universalidad, indivisibilidad, no discriminación, *pro homine*, irrenunciabilidad e interdependencia.

La nueva ley otorga el marco normativo necesario para realizar las reformas profundas que deben emprenderse, para empezar a poner al país a la altura de lo que las nuevas generaciones demandan y para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas al ratificar los instrumentos de derechos humanos, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño. Cabe destacar entre sus aspectos fundamentales:

- Se establece que tiene por finalidad la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 1).
- Se desarrolla el principio rector del interés superior del niño, entendido éste como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos (artículo 3). Este punto reviste vital importancia, ya que en reiteradas ocasiones el concepto de interés superior ha sido muy criticado por su carácter ambiguo, indeterminado e impreciso.
- Se observa que en el Título II Principios, Derechos y Garantías se reitera un catálogo de derechos que ya habían sido reconocidos en la Constitución Nacional y en los diferentes instrumentos de derechos humanos. Sin embargo, algunos de ellos han sido reconocidos de forma más amplia por la presente ley.
- Se hace una distinción fundamental de la situación ante la que se encuentra el niño, con el fin de saber qué respuesta debe darse conforme a la CDN.
- Se crea el Sistema de Protección Integral de Derechos, que establece una organización mediante la cual las instituciones administrativas o judiciales se encuentran dotadas de dispositivos que se activarán ante la violación o amenaza de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La ley crea la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia** como institución interministerial cuyo fin será establecer los lineamientos y parámetros de las políticas públicas de infancia, teniendo como meta efectivizar los derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes.

Para darle un verdadero carácter federal, se crea el **Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia**, que estará presidido por quien ejerza la titularidad de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, e integrado por los representantes de los órganos de Protección de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia existentes o a crearse en cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, se crea, en el ámbito del Poder Legislativo, la figura del **Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes**.

III. I. EFECTOS DE LA SANCIÓN DE LA LEY 26.061 EN EL FUERO PENAL DE MENORES

Uno de los puntos fundamentales a considerar respecto de los efectos de la sanción de la Ley 26.061 es la derogación expresa de Ley 10.903 denominada “Ley de Patronato”.

La ley 26.061 deroga la Ley 10.903 de manera expresa a través del art. 76, y por lo tanto, la facultad judicial de “disponer” de un niño, niña o adolescente por los motivos antes señalados. Es decir, el Estado actúa como garante de los derechos que niños, niñas y adolescentes pudiesen tener vulnerados o amenazados, y abandona la intromisión arbitraria en la vida de ellos.

Es así que la ley 26.061 se ocupa específicamente de establecer qué órganos estatales son competentes para abocarse a la llamada “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, y prescribe qué medidas, y con qué límites, podrá tomar el Estado para garantizar la restitución de los derechos de niños, niñas y adolescentes ante una situación de vulneración.

En este orden de ideas, se considera que al estipularse una órbita de competencia específica en el marco de la Administración para el abordaje estatal de la protección ante la amenaza o vulneración de derechos, ha cesado toda competencia que pudiera haberle correspondido al juez de menores quedando reservado a los magistrados pertenecientes al fuero de familia el control de legalidad de las medidas de protección adoptadas (Conf. Arts. 33 a 41 Ley 26.061).

Por otra parte, la ley 26.061 no sólo deroga la facultad de disposición sino que incluso establece en el art. 19 –con el fin de terminar con los eufemismos utilizados hasta ese momento-, la definición de privación de libertad en un sentido amplio conforme la Regla 11 b de las Reglas de Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad, ya comentada. Asimismo, debe destacarse el artículo 27 en tanto establece las garantías mínimas en cualquier procedimiento judicial o administrativo que afecte a un niño, niña o adolescente.

Sustentando el criterio incorporado por esta ley, la justicia criminal y correccional federal ha establecido que:

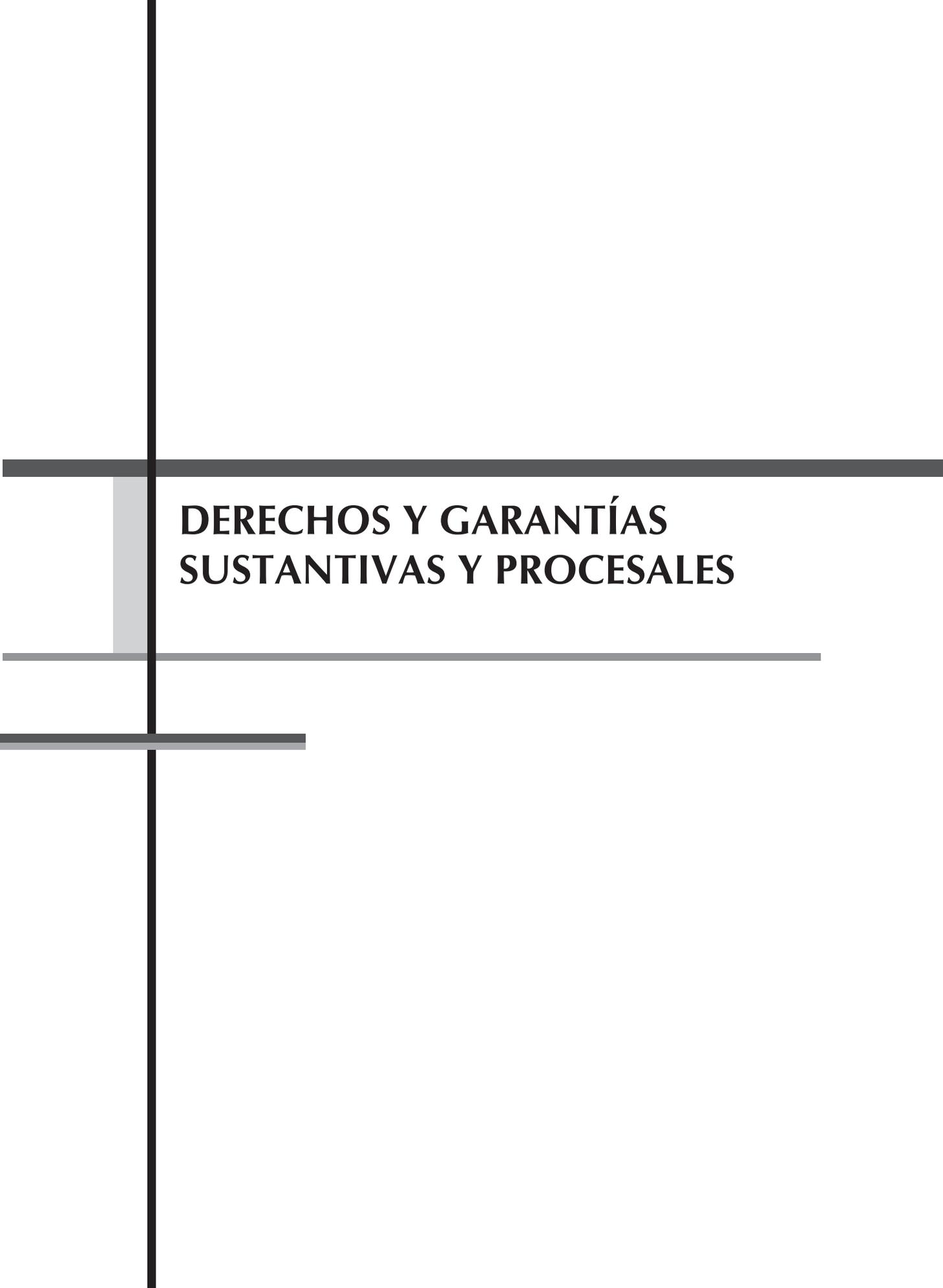
“Ningún sistema legislativo puede sostener su vigencia en confrontación con los principios y reglas constitucionales. Derogada la ley 10.903, la subsistencia del régimen penal de minoridad en su actual configuración es contraria a las nuevas reglas y principios que gobiernan toda práctica estatal sobre la materia, y así debe ser declarado para ser consistente con los compromisos asumidos por el Estado... Por ende, comprobada la abierta contradicción del artículo 1º de la ley 22.278 y del artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación, normas sobre las cuales basa su existencia el presente expediente tutelar, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional-, según las

condiciones de su vigencia -cfr. art. 75, inc. 22, C.N.- (Fallos 318:514), su inconstitucionalidad debe ser declarada de oficio. Este proceder significa privar de validez a lo actuado en base a aquel régimen tutelar e impone la necesidad de dar intervención inmediata al organismo específico que prevé la ley 26.061, tal como con acierto propicia la Sra. Fiscal General Adjunta, Dra. Eugenia Anzorreguy²⁰.

En síntesis, el espíritu de la ley resulta acorde a los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, resulta evidente que se ha dado un gran paso en todo aquello que se refiere a la condición jurídica de la infancia.

Finalmente, la sanción de la nueva Ley 26.061 debe ser el inicio de otras reformas pendientes, entre las que se encuentra la sanción de un sistema de justicia penal juvenil que derogue al Régimen Penal de la Minoridad.

20 C. 39.520 - “Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. s/expediente tutelar” - CNCRIM Y CORREC FED - Sala I - 06/12/2006.

The page features a minimalist design with a vertical black line on the left side. Several horizontal bars of varying lengths and shades of gray intersect this line. The title is positioned to the right of the vertical line, between two horizontal bars.

**DERECHOS Y GARANTÍAS
SUSTANTIVAS Y PROCESALES**

En este capítulo se intentan esbozar algunos conceptos básicos en relación a los derechos y garantías en el proceso penal. Para ello, debe tenerse presente que la Constitución Nacional determina cómo debe ser el accionar y la respuesta del Estado, y cuáles serán sus límites frente a la afectación de bienes jurídicos protegidos legalmente.

El derecho penal es la herramienta máxima con la que se puede contar ante una conducta calificada como disvaliosa –previamente descrita en la ley– que afecta derechos de terceros. Es por tal motivo, que su utilización deberá ser restrictiva y respetuosa de derechos individuales reconocidos. La facultad de aplicar sanciones penales, además, solo podrá efectuarse luego de la tramitación de un proceso acorde a las pautas y principios que la Constitución establece.

En tal sentido, la doctrina expresa que los derechos *“son facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres”*²¹, mientras que las garantías *“son instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos.”*²²

Las garantías constitucionales tienen como finalidad proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, son *“vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”*²³. En otras palabras, son definidas como los medios o instrumentos que la Constitución Nacional pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales²⁴.

Las llamadas garantías penales, por su parte, se constituyen como los límites que la Constitución Nacional establece frente al poder punitivo del Estado. Conforme ello, es el derecho procesal penal el encargado de aplicar y poner en práctica las aludidas garantías.

Las garantías procesales entonces son *“las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos”*.²⁵

En lo que hace a la temática de justicia penal juvenil, la nueva concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho exige, indudablemente, el reconocimiento y estricto respeto del conjunto de derechos y garantías que en el sistema tutelar les fue denegado por incluirlos dentro de la categoría de incapaces o considerarlos meros objetos de protección.

21 Bidart Campos, Germán “Manual de Derecho Constitucional Argentino” Segunda Edición Actualizada, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1974, pág., 185.

22 Oo. Cit. Pág. 185.

23 Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1995.

24 Valcarce, Arondin “El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia”, JA, 1996 - I, p. 737.

25 Conf. Bidart Campos, Germán, “Manual de derecho constitucional argentino”, p. 195 citado EDWARDS, Carlos Enrique “Garantías constitucionales en el proceso penal”, ob. cit., p. 4.

Al niño, como a toda persona, le corresponden todos los derechos y las garantías que tanto nuestra Constitución, especialmente en los artículos 16, 18 y 19, como los instrumentos internacionales de derechos humanos le reconocen.

Específicamente, los artículos 3, 12, 25, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, establecen el piso mínimo de derechos y garantías que deben ser respetados cuando se alegue, acuse o declare culpable a algún niño, niña y/o adolescente de haber infringido la ley penal.

Así lo ha expresado la Corte Suprema al establecer que *“(...) los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición (...)”*²⁶.

Se debe destacar que si bien nuestro sistema de gobierno es de carácter federal, y por tanto la legislación procesal es una facultad no delegada conforme surge de nuestra Carta Magna, existe un núcleo federal de garantías al cual la legislación procesal deberá adecuarse. Este núcleo surge de la propia Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme el Art. 75 inc. 22, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de muy reconocida doctrina en materia de derecho constitucional²⁷. Asimismo, las garantías mínimas de procedimiento específicas en esta materia se encuentran establecidas en el artículo 27 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En este marco, una ley de justicia penal juvenil deberá respetar estrictamente los estándares que surgen del ordenamiento jurídico, y además deberá crear un sistema de justicia con algunas características especiales, que sucintamente se intentarán enunciar en esta publicación. No obstante ello, resulta fundamental destacar, que si bien la reforma legal en materia penal juvenil se encuentra pendiente, esta situación en modo alguno habilita a los operadores a aplicar medidas coactivas respecto de niñas, niños y adolescentes incumpliendo las garantías vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, las reformas procesales pueden producir un gran impacto en la construcción de un nuevo régimen, algunas lo han hecho, incorporando institutos procesales en su legislación que permiten modificar sustantivamente el régimen aplicable, son ejemplo de ello la regulación de la suspensión del proceso a prueba, la incorporación del principio de oportunidad, la mediación, entre otros.

Finalmente, así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al expresar que:

26 Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005.

27 Ver entre otros, Maier, Julio B.J, op. cit, pág. 9; Bidart Campos, Germán, “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires 1972.

“los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”²⁸.

I. GARANTÍAS SUSTANTIVAS. CONCEPTO. ENUMERACIÓN.

a) Principio de legalidad (Arts. 18 CN, 37 y 40 CDN): Este principio conocido como *nullum crimen, nulla poena sine lege* supone la existencia de una ley anterior al hecho del proceso que tipifique un comportamiento reprochable en forma taxativa, no permitiendo juicios de valor por parte del juez. Ninguna persona puede ser sometida a un proceso ni sancionada por un hecho que al tiempo de su ocurrencia, no esté previamente definido de manera expresa e inequívoca como delito en la ley. En síntesis, tanto el delito, como la pena deben estar determinados en una ley anterior al hecho cometido por la persona, prohibiéndose la utilización de cualquier tipo de analogía. El principio de legalidad también implica que no se podrá imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, si existe un cambio legislativo se debe aplicar siempre la pena más leve y beneficiar al niño con dicho cambio.²⁹

b) Principio de igualdad ante la ley (Art. 16 CN): Durante la tramitación del proceso se debe garantizar a la persona menor de dieciocho años el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación. Esto significa que deben respetarse todos los derechos y garantías de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, independientemente de la raza, color, sexo idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, condición económica, discapacidad o cualquier otra condición del niño o de su familia.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a

28 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002.

29 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, Pág. 14

*quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.*³⁰

Específicamente en lo que respecta a niños, niñas y adolescentes, cabe manifestar que:

*“La CDN es justamente un tratado contra una especie de discriminación, la de no considerar a los niños dentro de la categoría de las personas humanas. Por ello, el primer criterio debe ser que se les deben reconocer a los niños, niñas y adolescentes todos los derechos que les corresponden a los adultos a no ser que exista un derecho fundamental específico de los niños que resultara más favorable (...).”*³¹

c) Principio de culpabilidad (Arts. 18 CN y 40 CDN): La aplicación de este principio implica la prohibición de perseguir penalmente a una persona según sus características personales, su eventual “peligrosidad”, su situación familiar, social, política, entre otras, sino que la tarea judicial se agota en la averiguación de la verdad sobre el hecho delictivo y la aplicación de la ley penal. De esta manera, se impide la intervención del órgano judicial cuando ello no guarde relación con lo acontecido en el proceso, garantizando que cualquier intervención coactiva que se aplique antes de la sentencia se encuentre fundada estrictamente en cuestiones de carácter procesal.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado:

*“11) Que, en principio, no corresponde a la competencia de esta Corte interpretar el alcance específico de la expresión “peligrosidad” contenida en el art. 41 del Código Penal. Sin embargo, lo que no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al non bis in idem. En efecto, la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la “peligrosidad”, pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal.”*³²

d) Principio de lesividad (Art. 5 Directrices de Riad): Este principio es conocido como el “principio de insignificancia o bagatela”, según el cual los hechos que representen afectaciones mínimas a los bienes jurídicos no comportan el grado mínimo de lesión necesario para generar la reacción justificada del *ius puniendi* estatal en un Estado de Derecho.

30 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC - 4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

31 Cillero Bruñol, Miguel, “Los Derechos del Niño: de la Proclamación a la Protección Efectiva”, Justicia y Derechos del Niño, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, pág.50.

32 Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005”.

Al respecto se ha expresado que:

*“resultarán insignificantes aquellos hechos que por su mínima lesión al bien jurídico, o su escasa entidad desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el **ius punendi** estatal”.*³³

Ninguna persona menor de 18 años puede ser sancionada conforme las previsiones de la ley penal juvenil si no se comprueba que su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico protegido.

El principio de lesividad puede ser interpretado, tanto como el criterio de oportunidad procesal reglado, como una causa que obsta el inicio de la persecución penal. Ambas interpretaciones, prima facie, parecieran adecuarse a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de infancia y adolescencia.

e) Principio de racionalidad y proporcionalidad de las sanciones (artículo 40 CDN): Las sanciones que se impongan a las personas condenadas por la comisión de un delito deben ser racionales y proporcionales al hecho cometido y al daño causado. No podrán imponerse, por ningún tipo de circunstancia sanciones indeterminadas.

Específicamente en materia de infancia se prevén dos disposiciones: la Regla N° 5 de las Reglas de Beijing que establece que el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de los niños y garantizará que cualquier respuesta será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito y, el artículo 37 inciso b de la CDN que establece que la privación de la libertad de las personas menores de 18 años debe ser siempre la excepción y el último recurso.

En tal sentido el Comité de Derechos del Niño ha expresado que:

“70. Tras la celebración de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se adopta una decisión sobre las medidas que se habrán de imponer al menor al que se haya declarado culpable de un delito. Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).

71. El Comité desea subrayar 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

³³ Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro y Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002, pag. 494/9.

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 (véanse párrafos 5 a 14 supra).”³⁴

f) Principio de humanidad (Art. 37 inciso a y c de la CDN): Ninguna persona puede ser sometida a torturas, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A su vez, el objetivo de la sanción, en el caso de los adolescentes condenados por la comisión de un delito, es el respeto por la dignidad humana y el fortalecimiento por el respeto del niño por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros, como así también fomentar su sentido de la dignidad y valor:

*“El Comité reitera que las penas de castigos corporales son contrarias a estos principios y al artículo 37, en el que se prohíben toda forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (véase también la Observación general N° 8 (2006) del Comité -El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes). Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho, y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones. En el caso de los menores, siempre prevalecerá sobre estas consideraciones la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social”.*³⁵

II. GARANTÍAS PROCESALES. CONCEPTO. ENUMERACIÓN

a) El Debido proceso (Arts. 18 CN, 37 y 40 CDN): Se entiende por debido proceso al conjunto de derechos y garantías enumerados en la Constitución y normas internacionales que, sólo al ser respetados, permiten considerar como válido el juzgamiento de una persona por un órgano competente y la decisión que sea su consecuencia.³⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en tal sentido ha expresado que:

“115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal: el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto

³⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, Pág. 21.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, Pág. 21.

³⁶ Maier, Julio B., “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en Justicia y Derechos del Niño, N° 2, UNICEF, Buenos Aires, octubre de 2001.

de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional (El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra nota 8, párr. 117).³⁷

Los artículos 16, 18, 19 de la Constitución Nacional, los artículos 12, 25, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 9, 14 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, establecen las bases del sistema en el cual se garantizan los principios rectores de todo proceso penal, incluido el nuevo proceso penal juvenil.

En lo que refiere a los derechos del niño la Corte Interamericana ha expresado que:

"116 Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.

117. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo (supra 103)".³⁸

Entre estos principios podemos mencionar, el principio de inocencia, la doble instancia y recurso efectivo, el Non bis in idem (o prohibición de la doble persecución penal), derecho a ser informado, Juez natural, imparcial e independiente, derecho de abstenerse de declarar, principio contradictorio, aplicación de la ley penal más benigna, entre otros.

Los adolescentes, que infrinjan la ley penal como se mencionara, gozan de todas las garantías que rigen para el proceso de adultos, así como también de un aquellas garantías procesales específicas por ser personas menores de 18 años de edad.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos del Niño, párrafo 115.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos del Niño, párrafo 116 y 117.

A continuación se desarrolla el contenido específico de ciertas garantías.

c) Principio de inocencia (Arts. 18 CN y 40 CDN) Este principio establece que toda persona se presumirá inocente hasta tanto se le compruebe, por medios establecidos en la ley, su responsabilidad en los hechos que se le atribuyen.

Consecuentemente, esta garantía exige que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena (artículo 40 inciso 2.b.I. de la CDN).

Es de destacar que este principio es uno de los más vulnerados en el sistema actual. En tal sentido, las medidas coactivas aplicables a los adolescentes, llamadas tutelares, se determinan sin la existencia de una declaración de responsabilidad de la comisión o participación en el delito.

Asimismo, se observa frecuentemente en los nuevos regímenes de justicia penal juvenil, e incluso en los proyectos de ley que hoy se encuentran en discusión en la Argentina, que al momento de regular la situación de los niños que no hubieren cumplido la edad mínima de responsabilidad penal, generalmente se permite la aplicación de **medidas que no obstante carecer de naturaleza penal son igualmente coactivas**.³⁹ Esto ha sido motivo de preocupación, puesto que no destierra por completo el sistema tutelar, y vuelve a habilitar la intervención del Estado sin respetarse el debido proceso.

El Comité de Derechos del Niño, al respecto dijo que:

*“La presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos del niño que tenga conflictos con la justicia. Esto significa que la carga de la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación”.*⁴⁰

d) Derecho a contar con asistencia letrada especializada (Art. 40 CDN) La CDN contempla tanto la defensa material, referida al ejercicio de los derechos establecidos por las garantías mencionadas, así como la defensa **técnica**.

Esta última se funda, básicamente, en la noción de “asistencia jurídica” (principio de inviolabilidad de la defensa). Este derecho debe estar garantizado por el Estado en forma gratuita, debe ser representado por un profesional del derecho especializado en la materia y debe prever la facultad de elección (artículo 40 inciso 2.b.II de la CDN).

En este sentido el Comité de Derechos del Niño manifestó que:

“Conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, el niño y la persona que le preste asistencia debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Las comunicaciones entre el niño y la persona que le asiste, bien sea por

³⁹ Se ha observado que en varios de los proyectos de creación de un sistema penal juvenil, se prevé respecto de niños y niñas no punibles la remisión de su situación de manera “casi automática” al organismo administrativo local a fin de que éste aplique las medidas de protección que considere.

⁴⁰ CRC/C/GC/10 página 15.

escrito u oralmente, deberán realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente su confidencialidad, de conformidad con lo previsto en el inciso vii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención, y el derecho del niño a no ser objeto de injerencias en su vida privada y su correspondencia (artículo 16 de la Convención)".⁴¹

e) Derecho a ser oído (Art. 18 CN, 12 CDN): El derecho a ser oído de niños y adolescentes, es el aspecto material del derecho de defensa, exige el conocimiento previo por parte del niño de los hechos que se le imputan para poder ejercerlo adecuadamente. La CDN lo regula en el artículo 12, estableciendo que "... se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño...". Así, el Art. 12 de la normativa internacional mencionada no "obliga" al niño a manifestar sus opiniones.

Este derecho implica que el niño además de expresar sus opiniones tendrá derecho a participar del proceso activamente, presentar pruebas, impugnar las decisiones que lo afecten, etc.

f) Plazo Razonable (Arts.8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3.C. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40 CDN): El "plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible".⁴²

Así, el derecho de todo imputado a que el proceso penal al que se haya sometido finalice definitivamente dentro de un plazo razonable se halla consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en la República Argentina.

De esta manera, y a título ilustrativo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, rezan respectivamente:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella..."⁴³

"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (...) c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas..."⁴⁴

A esta situación de excesiva duración del procedimiento penal debe prestársele especial atención cuando el imputado resulta ser un adolescente. Así lo han reconocido diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente aquellos que regulan específicamente los derechos los niños, niñas y adolescentes.

41 CRC/C/GC/10 página 16.

42 Pastor, Daniel R., Plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones, Ed. AD-HOC, 2002, Buenos Aires, Argentina, p.47.

43 Cf. Art.8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

44 Cf. Art. 14.3.C. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Establece así la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se le acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: (...) iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley...”

En este sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) expresan en la Regla: “Prevención de demoras innecesarias.20.1. Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias.”

En el comentario a esta regla se precisa que:

*“la rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra”.*⁴⁵

De esta manera, desde el orden jurídico internacional, se ha impuesto a los Estados la obligación de garantizar el derecho de toda persona y, en particular, de todo adolescente sometido a un proceso penal a que la resolución final del mismo tenga lugar sin demora, lo contrario implicará entonces, un proceso irrazonable.

g) Principio de privacidad (Art. 40 CDN): Toda persona menor de dieciocho años de edad tiene derecho a que se respete su vida privada y la de su familia y a que no se divulgue la identidad al ser sometida a proceso o sancionada.

Los jueces competentes deben garantizar que la información que brinden sobre estadísticas judiciales no contravenga el principio de confidencialidad ni el derecho a la privacidad (artículo 40 inciso 2.b.VII de la CDN y 22 de la Ley 26.061).

h) Participación de los padres o responsables en el proceso (Art. 40 CDN): Los padres, responsables o personas a las que la persona menor de dieciocho años adhiera afectivamente, sí así lo requiere, pueden tomar conocimiento de la evolución de las actuaciones e intervenir en el proceso participando de las audiencias.

i) Privación de libertad durante el proceso como medida excepcional (Arts. 18 CN, 40 CDN) La organización federal del Estado Argentino ha dejado en las autonomías provinciales la facultad de regular los procedimientos que hagan aplicable la ley de fondo sancionada por el Congreso Nacional. En este sentido la privación de la libertad durante el proceso, esto es, requisitos para su procedencia, duración, etc corresponde a las jurisdicciones locales. No obstante ello, consideramos necesario mencionar los estándares que prevén los instrumentos internacionales específicos de infancia sobre esta cuestión a fin de que sean aplicados en las legislaciones locales.

⁴⁵ Cf. Comentario a la regla 20.1 de las Reglas de Beijing.

La Regla 11 B de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁴⁶ establece el concepto de “privación de libertad”, habiéndose recogido dicho concepto por el Decreto 415/06 que reglamenta la Ley 26.061. El art. 37 inc. b CDN establece que los Estados velarán por que *“ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.”*

Por su parte, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establecen su Regla N° 6. *La prisión preventiva como último recurso*, cuyo punto 6.1 señala que en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

A su vez la jurisprudencia ha aplicado estos estándares y ha dicho que:

“En el ámbito penal, este es el sentido del principio de inocencia, que supone que toda persona acusada de haber cometido un delito goza de un estado de inocencia y este estado sólo es posible desvirtuarlo luego de un juicio en el que se presente la acusación, se posibilite el derecho de resistir a aquélla, se produzcan las pruebas de cargo y de descargo, y finalmente se dicte una sentencia por un tribunal imparcial en base a los elementos presentados ante él. Antes de que ello se produzca no es posible justificar una intervención coactiva por parte del estado.

Sin embargo, los derechos de la persona imputada de la comisión de un delito pueden ser restringidos eventualmente con motivo del proceso penal seguido en su contra, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Así, en primer lugar la medida coercitiva debe estar prevista por una ley que establezcan en forma clara y precisa los requisitos que deben observarse en el dictado de dicha medida; por otra parte, estas medidas deben ser proporcionales y adecuadas a los fines que se persigan. En este sentido, aún cuando esté autorizada legalmente, no cualquier medida es constitucionalmente válida sino que ésta debe ser la adecuada para lograr el fin perseguido y debe ser la menos restrictiva posible en términos de limitación de derechos.

Particularmente, en relación con la libertad ambulatoria nuestra Carta Magna restringe aún más las posibilidades de limitarla coactivamente extremando de este modo los requisitos exigidos. Así, en su artículo 14, CN, consagra el derecho de toda persona a la libertad personal y el 18 autoriza su limitación sólo cuando sea consecuencia de la imposición de la pena estatal a través de un “juicio justo”.

Sin embargo, este derecho puede ser restringido excepcionalmente en el marco de un proceso penal cuando se reúnan ciertas circunstancias, a saber: sospecha fundada de que el imputado ha participado en un hecho reprimido con pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento; prueba de que en caso de que el imputado permanezca en libertad se

⁴⁶ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

*pondrá en peligro los fines del proceso; y prueba de que dichos fines no pueden ser resguardados mediante una medida menos restrictiva. Es decir que, una vez probado el peligro procesal en el caso concreto, es necesario advertir que la privación de la libertad de una persona debe decretarse sólo como ultima ratio, cuando hayan fracasado otras medidas asegurativas del proceso y quede demostrado que los fines perseguidos no pueden ser alcanzados mediante una medida menos lesiva de los derechos de las personas”.*⁴⁷

A su vez y, atento al carácter del adolescente como persona en una etapa de desarrollo y el efecto negativo que esta medida por su naturaleza, y por su permanencia tiene sobre su crecimiento y personalidad es que, las leyes provinciales deberían establecer su absoluta excepcionalidad, (para los delitos más graves y cuando exista un peligro real de fuga o entorpecimiento de la investigación) y por un plazo determinado lo más breve posible.

Particularmente en referencia a las personas menores de edad, la jurisprudencia expresa que:

*“Del conjunto de normas que rigen el proceso penal seguido contra una persona menor de edad en nuestro país se desprende que cualquier medida que implique la reclusión de aquélla en un establecimiento de régimen cerrado del que no pueda ausentarse voluntariamente supone privación de la libertad (cualquiera sea el nombre que se le de a la medida que así lo dispone: encarcelamiento preventivo, internación, etc.). Atento a ello, la persona sometida a dicha medida tiene derecho a que un tribunal competente controle la legalidad del encerramiento. Por otra parte, se colige de las normas citadas que la privación de la libertad del imputado sólo puede justificarse por motivos cautelares, y que es excepcional -es decir, sólo es aplicable cuando resulte probado que otras medidas menos restrictivas hayan fracasado o vayan a fracasar- y procede por el tiempo más breve.”*⁴⁸

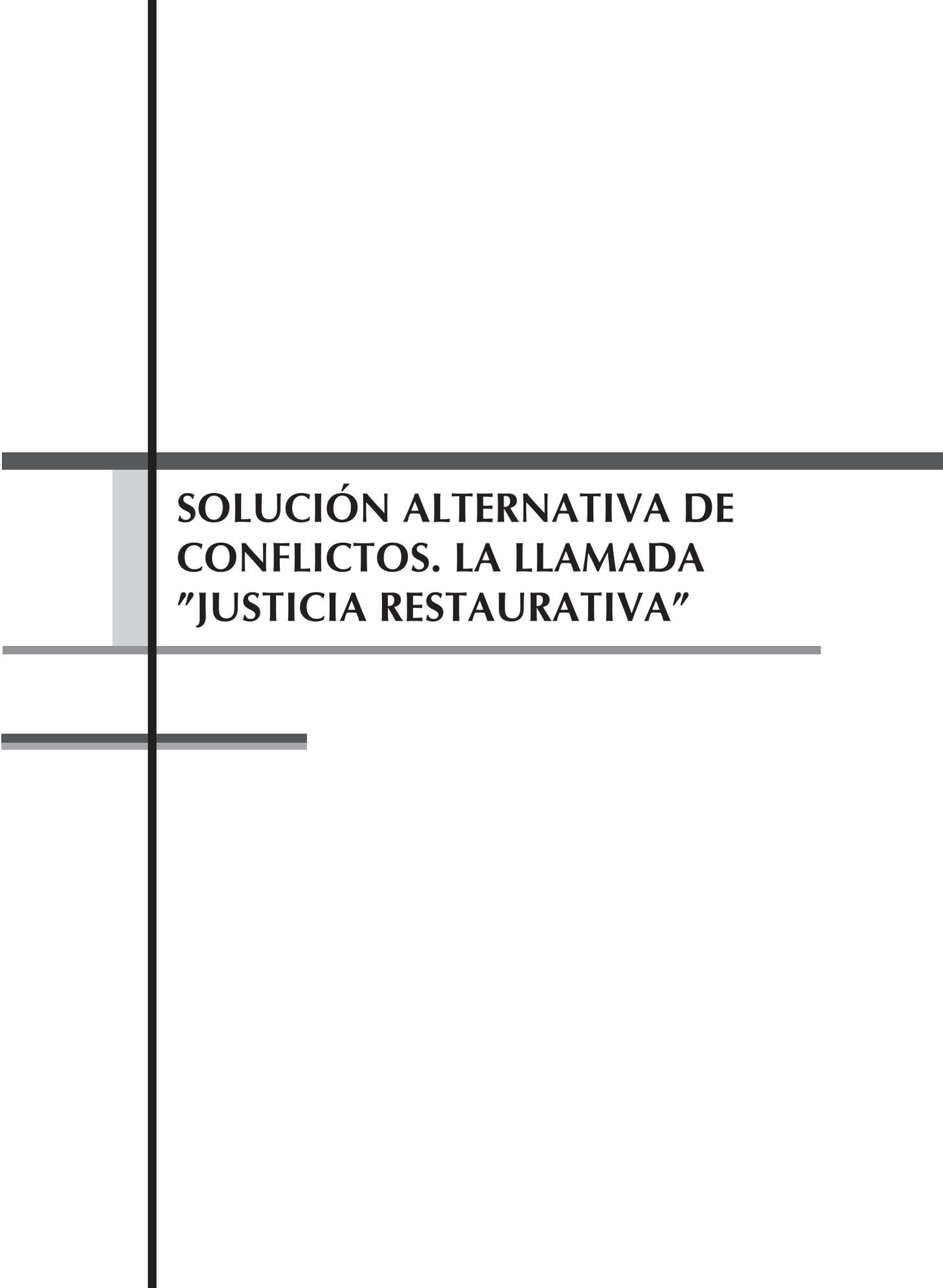
Por todo lo dicho entendemos que la privación provisional de libertad como medida cautelar al ser de carácter excepcional y medida de ultima ratio sólo procedería cuando el delito fuera grave y pudiera ser sancionado con pena privativa de libertad en centro especializado siempre que exista peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación por parte del adolescente imputado.

III. GARANTÍAS DE EJECUCIÓN

Este punto se desarrollará en el capítulo referido a “sanciones” atento a que al explicar las diferentes sanciones que se podrían aplicar a un adolescente en caso de que reciba una condena, se abordarán las garantías que corresponden en la ejecución de las mismas.

⁴⁷ C.22.909 “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación” CNCRIM Y CORRECC de la Capital Federal. Sala I, del 17 de marzo de 2004.

⁴⁸ “Ob. Cit.”

A decorative graphic consisting of a vertical black line on the left side of the page. Three horizontal bars cross this line: a dark grey bar at the top, a light grey bar in the middle, and a dark grey bar at the bottom. The text is positioned to the right of the light grey bar.

**SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE
CONFLICTOS. LA LLAMADA
"JUSTICIA RESTAURATIVA"**

I. ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS

En este apartado se intenta introducir un debate sobre algunas cuestiones que se han ido desarrollando en los últimos tiempos. Como ya es sabido, existe una corriente de pensamiento que cuestiona fuertemente el sistema penal tradicional, especialmente sus efectos negativos y el escaso logro de los fines de la pena, cualquiera de ellos a los que se adhiera, especialmente se cuestiona la pena de privación de libertad como sanción principal.

Así fue que surgieron nuevas formas de solución de conflictos que no siguen las estructuras tradicionales de los procedimientos en materia penal. Es allí donde encuentran mayor desarrollo las prácticas de “justicia restaurativa” o “justicia reparadora”.

La justicia restaurativa o reparadora se basa fundamentalmente en la idea de solución de conflictos sociales y no en el concepto tradicional de delito. Esto conlleva nuevos resultados, como son el rol activo que se le asigna a la víctima, que se traduce en un mayor protagonismo dentro de la resolución del conflicto, en la posibilidad que se ofrece al ofensor de reflexionar sobre las consecuencias de sus propias acciones y finalmente en los bajos niveles de reincidencia que ello genera.

Se ha expresado que la justicia restaurativa “consiste en un proceso en el que todos los afectados por la injusticia tienen la oportunidad de juntarse a analizar dicha injusticia y ver que se puede hacer al respecto para sanearla”.⁴⁹

Los “Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” definen este tipo de procesos como aquellos en que las distintas partes que se han visto afectadas por un delito participan, a menudo con ayuda de un facilitador, en la solución de las cuestiones dimanantes de ese delito, haciendo hincapié en las necesidades individuales y colectivas y en la reintegración de la víctima y el responsable penal.⁵⁰

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sostiene que:

*“Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones surgidas del delito, a menudo con la ayuda de un tercero justo e imparcial. Ejemplos de procesos restaurativos son la mediación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias”.*⁵¹

49 Solar, María de los Ángeles, “Seminario, Justicia Restaurativa con Adolescentes infractores de Ley Penal en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en Revista de Derechos del Niño, Número dos/2003. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, pág. 254.

50 Pedro R. David, Justicia Reparadora, restitutiva, restaurativa; mediación penal y probation, comentario corresponde al Prólogo del Libro Publicado por la Ed. LexisNexis, Bs. As. 31/10/2005).

51 Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social. E/2000/INF/2/Add.2, Pág. 35.

Por ello, se considera que dentro de las características especiales que debe tener el sistema de justicia penal juvenil, los procesos de justicia restaurativa han pasado a ser importantes alternativas a los procesos tradicionales de enjuiciamiento y adquirieron un rol protagónico en la complementariedad de los procesos más formales en el derecho comparado.

En tal sentido, se ha expresado que “Hoy en día, la experiencia de muchos países es que la mayoría de las víctimas y de los infractores tomarán parte del proceso de justicia restaurativa, si se les ofrece dicha oportunidad, y que la apreciarán. Ambos consideran que el proceso restaurativo es mucho más justo y humano que el proceso ante los tribunales, ya que se ha demostrado que reducen significativamente el miedo al crimen entre las víctimas y disminuyen la reincidencia, tanto en la comisión de contravenciones o faltas como delitos.”⁵²

La Convención sobre los Derechos del Niño no hace mención expresa al término “justicia restaurativa”, concepto que como tal, es posterior a ella y procedente del derecho anglosajón. Sin embargo, el artículo 40 3 b) expresa que “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”

Es así que, del juego armónico de sus disposiciones, especialmente los artículos 12, 37 y 40, y su interpretación a la luz de las reglas y directrices de las Naciones Unidas en materia de niñez y adolescencia, cabe coincidir en la obligatoriedad de su regulación en la legislación interna en los casos de adolescentes acusados de la comisión de un delito.

El contenido de los mecanismos de justicia restaurativa, así como los momentos procesales para su aplicación, las consecuencias o efectos que se derivan de las decisiones y cumplimiento de los acuerdos arribados, son cuestiones relativamente novedosas. Por ello, el mayor desafío que se presenta radica en velar porque en la implementación de los programas no se afecten garantías constitucionales, tales como la presunción de inocencia, la inviolabilidad de la defensa, etc.

Se observa que distintos institutos responden a los principios y postulados de la llamada justicia restaurativa, entre ellos, el instituto de la “remisión del caso”, la “mediación”, la “suspensión del proceso a prueba” y la “conciliación”. Si bien todas ellas constituyen alternativas al modelo punitivo retributivo, las características de cada una muchas veces no están claramente definidas, se confunden, o superponen, por lo que se intentará definir y conceptualizar alguna de ellas.

Sin embargo, existen puntos comunes que caracterizan estos procesos de solución de conflictos. Ejemplo de ello es el claro posicionamiento respecto de los efectos negativos y estigmatizantes que producen el paso por instancias formales de control social y la aplicación de una sanción o pena, en particular la privación de libertad.

⁵² Master, Guy, “Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional de la Justicia Restaurativa”, en Revista de Derechos del Niño, Número uno/2002. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, pág. 240.

Estas prácticas intentan dar respuesta al delito de un modo más constructivo que las respuestas brindadas por el sistema punitivo tradicional y contribuyen a lo que se conoce como prevención terciaria, planes diseñados para evitar que los adolescentes entren innecesariamente en contacto con el sistema de justicia, y cometan nuevos delitos.

Los procesos “restaurativos” constituyen un paradigma que enfatiza en la reparación, quebrando los principios de la justicia ordinaria, la cual se basa en el pronunciamiento de sanciones que se extienden, incluso, hasta la privación de la libertad.⁵³ Además, los procesos restaurativos generan una participación fundamental de la comunidad en la construcción de la respuesta al delito.

Desde el punto de vista procesal penal, estas prácticas pueden aplicarse a través del **principio de oportunidad procesal**, que podrá ser o no reglado. En tal sentido, la remisión o la mediación podrán solicitarse por medio del pedido del Ministerio Público, desistiendo de continuar la acción penal o suspendiéndola y como corolario del principio de intervención mínima.

También podrá preverse que se utilicen mecanismos restaurativos durante todo el trámite procesal, así, por ejemplo, la conciliación o la suspensión del juicio a prueba pueden tener lugar durante la sustanciación del proceso.

En síntesis, existen diversos modos e instancias para la aplicación de los mecanismos, pero cualquiera sea su implementación, se puede sostener que atento la experiencia, y los resultados obtenidos en los programas, la aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos con adolescentes imputados penalmente, parece ser una alternativa propicia para generar en ellos la responsabilidad por sus propias acciones, y la conciencia de las consecuencias ante los demás.

II. CRITERIO DE OPORTUNIDAD

Los funcionarios del Ministerio Público Fiscal son titulares de la acción penal pública de oficio en los casos en los que sea procedente conforme al sistema procesal penal de cada jurisdicción. Sin embargo, la introducción de este principio de intervención propone que en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, los representantes del Ministerio Público Fiscal, titulares de la acción, soliciten a la autoridad judicial que prescinda, total o parcialmente, de la acción penal (antes o luego de haber sido ejercida), la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho.

En términos generales, se entiende que debería proceder esta solicitud para aquellos hechos que, por su insignificancia no afecten el interés público. A su vez, procede para delitos cuya pena máxima no sea elevada, siendo necesario el consentimiento del ofendido.

53 Muzio, Mariano Ezequiel, “La experiencia en la Provincia de Buenos Aires” en “Conceptos, Debates y Experiencias en Justicia Penal Juvenil”, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, junio 2007.

Si bien en muchas legislaciones se utiliza como supuesto para la aplicación de este principio, la existencia de un perjuicio físico o psíquico en la persona del autor menor de edad, se podría entender que esto no necesariamente debe ser un requisito, puesto que lo que orienta su introducción en el sistema de justicia penal juvenil es, además de responsabilizar al adolescente, fomentar el respeto por los derechos fundamentales y su formación integral. Tales supuestos no guardan vinculación con estos objetivos.

Como se expresara, la Convención sobre los Derechos del Niño, procura el establecimiento de este tipo de institutos de acuerdo al sentido que le brinda al proceso penal juvenil para la vida del adolescente.⁵⁴

Por su parte, la Directriz 5 de las Directrices de Riad establece que:

“Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás...”.

Al hablar de despenalización o desjudicialización se hace referencia al conjunto de medidas que pretenden no incorporar al circuito judicial a un determinado número de casos, procurando evitar los efectos disvaliosos del proceso penal.

III. INSTITUTOS PROCESALES. DEFINICIÓN. CARACTERÍSTICAS.

a) Remisión del caso

El instituto de la “remisión” se encuentra previsto en la Regla 11 de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia (Beijing). La misma expresa:

11. Remisión de casos.

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.

11.2 La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

⁵⁴ Artículo 40 inc.3 b CDN.

11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

Cabe destacar que esta Regla es anterior a la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ello se deben precisar algunos puntos.

De la redacción de la Regla y su comentario, parece inferirse que la derivación que se pretende es a los servicios “apoyados por la comunidad.”

Así, el comentario expresa:

“la remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos...Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.”

En este sentido se ha expresado que “la diferencia fundamental entre la remisión y el criterio de oportunidad es que la primera va acompañada justamente de la **remisión a programas de apoyo.**”⁵⁵

Entonces, la remisión implica la supresión del procedimiento ante la justicia penal y la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, puede utilizarse en cualquier etapa del proceso y especialmente en los delitos que no tienen carácter grave o por su insignificancia no afecten el interés público.

Se ha expresado en tal sentido que:

“11. Una primera línea de soluciones se enmarca dentro de lo que en inglés se denomina diversion. En caso de que ocurra un hecho subsumible en principio en un tipo penal, esto es, ocurra un hecho considerado un “crimen” por una comunidad, es posible derivar el asunto, idealmente sin ninguna clase de contacto previo con el ámbito penal, siquiera policial (aunque es casi imposible de implementar con tal alcance en la práctica), a una instancia comunitaria de solución de esta clase de conflictos. Esta alternativa requiere mecanismos comunitarios muy afianzados y probablemente sólo sea susceptible de ser llevada a cabo en comunidades pequeñas, ya que la dinámica de las relaciones sociales y la vida en grandes centros urbanos no facilitan la utilización de esta opción. Se presenta como una alternativa complicada frente a la

⁵⁵ Maxera, Rita, “Mecanismos Restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamericana y España”, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente - ILANUD -, en www.ilanud.org.cr.

respuesta penal, pero aún así puede resultar posible experimentarla y desarrollarla en los contextos adecuados. Los tipos de pedagogía e intervenciones sociales que pueden implementarse en el marco de la diversión son muy ricos, porque no están contaminados por la lógica penal o, por lo menos, no deberían estarlo. Los mejores ejemplos de diversión a nivel mundial son los que presenta Nueva Zelanda bajo las formas de asambleas, grupos o círculos familiares. En estos casos, la ingeniería institucional sobre la cual se montan esos procedimientos no penales está altamente desarrollada, es adecuada a los fines que se persiguen y encarga a los servicios sociales (no a la policía) la tarea de concretar las soluciones alternativas”.⁵⁶

Este instituto se encuentra también previsto por la ya citada Directriz N° 5 y por la Directriz 58 de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Riad) que expresa:

“Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal”.

Estos mecanismos de salida anticipada del proceso penal sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de adolescentes.

Como requisito fundamental para que opere la remisión será necesario el consentimiento del adolescente, en tanto, los programas a donde se deriva el caso son instancias que se caracterizan por no ser de aplicación coactiva.

Para finalizar, cabe preguntarse si este método alternativo de solución de conflictos permitirá a los adolescentes presuntos infractores reconocer su responsabilidad y visualizar el daño causado. Sin dejar de reconocer sus ventajas comparativas, en tanto proceso más informal y corto, deberá velarse por no incurrir en ciertas interpretaciones al momento de su aplicación por medio de las cuales se derive a los adolescentes a instancias de protección de derechos, cometiéndose injerencias arbitrarias en su vida. Es decir, desjudicializar y remitir un caso, no podrá –o no deberá– traducirse en la aplicación de medidas ante la amenaza o vulneración de derechos, sino remitir el caso a mecanismos comunitarios donde el conflicto pueda resolverse de un modo menos formal, menos traumático o estigmatizante para el niño, como por ejemplo instancias escolares, o de mediación comunitaria, etc.

En conclusión, es de suma importancia en este tipo de mecanismos definir de manera concreta las características de las medidas aplicables, el momento procesal para su implementación, los delitos que pueden ser comprendidos, y la institución que puede

⁵⁶ Beloff, Mary, ¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?, en “Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil”, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, junio de 2007, op cit. pág 37.

instrumentar dichos procedimientos y controlarlas, velando siempre por el respeto de los derechos y garantías de los adolescentes.

b) Mediación

La mediación es la expresión más extendida de la Justicia Restaurativa e implica una disminución del poder punitivo del Estado y un mayor ejercicio en la búsqueda de la solución de conflictos. Constituye una adecuada alternativa para los jóvenes que se encuentren en conflicto con la ley penal.

Además la mediación se ajusta al **principio de proporcionalidad** que, como ya fuera explicado en el presente trabajo, es necesario para establecer medidas o sanciones que tengan relación con el injusto provocado, de forma de evitar sanciones punitivas que excedan la gravedad del hecho cometido, quedando asegurado además de esta forma, que la respuesta frente a los delitos cometidos por adolescentes sea la más adecuada.

La mediación ha sido definida como “un proceso, la mayor de las veces formal, en el cual un tercero neutral intenta, facilitando el intercambio de las partes, que aquellas confronten sus propios puntos de vista y, con su ayuda, encuentren una solución al conflicto que los opone”.⁵⁷

En el marco jurídico internacional la Directriz N° 57, de las Directrices de Riad, recomienda establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses.⁵⁸

También en este tipo de mecanismos se puede observar el cumplimiento de varios objetivos esenciales que surgen de la CDN y de otros instrumentos internacionales, tales como la desjudicialización de los conflictos, el fomento de la dignidad de los adolescentes, el fomento de respeto por los derechos propios y de terceros, la importancia de la reintegración del niño y de la asunción de un papel constructivo en la sociedad y el valor pedagógico al que debe aspirar el derecho penal juvenil.

Con el procedimiento de la mediación, se produce un cambio fundamental en el objeto de la reacción punitiva del Estado, quedando enfocada esta reacción en el conflicto mismo y no dirigido en el autor como sucede en el sistema tradicional. Este cambio en el objeto permite que el esfuerzo de los actores esté dirigido a restablecer las condiciones entre las partes previas al conflicto, en lugar de la confrontación del sistema penal con el infractor sin más objetivo que arribar a una sentencia.

Cabe destacar que los procesos de mediación tienen ciertas ventajas comparativas en tanto, la víctima tiene un rol más activo y una participación más protagónica en la resolución del conflicto. Pero además también resulta un modo de fortalecer los

57 Bonafe-Schmidt, La médiation pénale en France et aux États-Unis cit. En Justicia Restaurativa, Posible Respuesta para el Delito Cometido por Adolescentes, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Ed. Rubinzal Kulzoni 2004 pág. 277.

58 “Mediación Penal con Jóvenes Imputables”, Dr. Arsenio F. Mendoza, disertación realizada en las VII Jornadas Nacionales de Mediación, organizadas por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, agosto de 2005.

procesos de construcción y de pacificación de la sociedad, ya que permite ver a quién causó un daño como un sujeto, que como tal tiene una historia, necesidades, una familia, etc. El proceso de mediación ayuda a que, quien sufre una ofensa, pueda visualizar a su ofensor como un otro, igual y a la vez capaz de reparar aquel daño que causó. Es de destacar que en gran cantidad de casos, la víctima no se ve satisfecha por el castigo impuesto al ofensor por el sistema de justicia tradicional, sino que delega en dicho sistema, que le es ajeno, la resolución de un conflicto que deja de pertenecerle.

Para el joven, también puede ser un proceso constructivo, en tanto puede visualizar el daño que causó y tener la oportunidad de repararlo. En tal sentido, muchas veces, por no decir mayoritariamente, quien sufre la aplicación de una pena, no la percibe como una oportunidad de “resocialización”, sino más bien como un castigo que le es impuesto por la infracción. Esto no les permite tomar conciencia de que sus acciones afectaron derechos de terceros, o visualizar a quien sufre el daño como un sujeto.

De esta forma, la mediación tiene como finalidad generar un cambio en la forma de administrar los conflictos y la participación más activa de la víctima, quien ha sido desplazada dentro del sistema penal actual, y desvinculada del proceso.

En definitiva, se estima que este mecanismo puede promover un sentido de mayor solidaridad que pretende contribuir a fomentar lazos, mediante la apropiación del conflicto por las propias partes y la comunidad.

En el procedimiento de la mediación penal debe tenerse en cuenta el derecho del adolescente a expresar su opinión en cualquier etapa del mismo, generándose de esta manera, un medio de diálogo, reflexión y consenso, reforzándose el sentido de la responsabilidad mediante la exposición oral de los hechos y la oportunidad de rectificarse.

La doctrina ha sostenido como características esenciales del proceso de mediación⁵⁹ :

Voluntariedad en la mediación

- Debe existir el libre consentimiento de las partes, tanto para iniciar como para abandonar la mediación en cualquier momento.
- Especialmente, se debe tener en cuenta la voluntad del joven imputado en tanto se presupone que las medidas que se deriven del resultado del proceso serán de cumplimiento voluntario. Debe permitirse la participación activa de las dos partes en la solución del conflicto, especialmente derecho el niño a expresar sus opiniones en los términos del art. 12 de la CDN y de la víctima a expresarse.
- Además, debe preverse la participación activa del abogado defensor técnico del niño de modo de velar por el respeto irrestricto de las garantías penales.
- Se podrá facilitar la participación de los padres o representantes legales del niño en el proceso de mediación, sin que ello implique una exigencia sine qua non

⁵⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el Delito cometido por Personas Menores de Edad”. Ed. Rubinzal Kulzoni 2004 pág. 292.

para llevar a cabo el proceso. La participación de los padres o representantes legales, debe ser tomada solo a modo de acompañamiento durante el proceso, siendo protagónica la decisión y voluntad del adolescente como sujeto de derecho.

Confidencialidad en el procedimiento

- La confidencialidad de la mediación se debe prever, de modo tal que no pueda utilizarse lo allí debatido como prueba de culpabilidad en el procedimiento penal. En tal sentido, en el proceso solo podrán constar si se ha arribado a un acuerdo o no.

Neutralidad del Mediador

- Cabe destacar que el facilitador no resuelve el conflicto, sino que debe acercarse a las partes, buscando conciliar las posiciones de ambas, fomentando el diálogo, pero sin interferir en la decisión final, puesto que los resultados deben ser contruidos entre las partes.
- El mediador deberá realizar un trabajo con las partes de manera separada, potenciando el encuentro entre víctima y victimario una vez que se obtienen las garantías mínimas de que el encuentro pueda funcionar, impidiendo de esta forma que la víctima se encuentre nuevamente re-victimizada, o que al adolescente se lo haga enfrentar a una situación realmente irreparable.
- El mediador colabora en la definición y concreción del problema, en la toma de acuerdos y podría incluso dar seguimiento a su cumplimiento. El mediador se posiciona como garante del acuerdo al que lleguen ambas partes y mantiene su neutralidad e imparcialidad, motivo por el cual la mediación no puede ser realizada por el juez ni por ningún otro representante directo del sistema de justicia.
- Sería aconsejable establecer quiénes pueden solicitar la apertura de la mediación. En tal caso, debieran estar facultados el Ministerio Público Fiscal, la víctima, el adolescente o su abogado defensor.
- Respecto del momento procesal para solicitar la mediación, se estima que también debiera quedar consignado en la norma y tratar de establecer la mayor amplitud posible. Si bien existen divergencias doctrinarias sobre el momento procesal en que se puede solicitar, se considera recomendable estar habilitado desde el inicio formal de la apertura del expediente hasta el período de debate oral. Sin perjuicio de ello, sería importante que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el proceso de mediación sea razonable.
- En relación con los acuerdos a los que se arribe como resultado de la mediación, los mismos podrán orientarse a la reparación o compensación del daño, pedido de disculpas o acciones en beneficio de la víctima o de la comunidad. Este contenido debe ser preciso y concreto, quedando determinado de manera explícita el tipo de actividad, el tiempo y la forma de llevarla a cabo, impidiendo que se genere en el adolescente una situación de incertidumbre procesal. Esta

característica de claridad conlleva a la factibilidad de que lo pactado pueda ser implementado y se cumpla realmente.

- Una dificultad que se observa respecto del resultado de los acuerdos, radica en que los mismos no pueden ser idénticos a los establecidos en la legislación como sanciones. En tal sentido se ha expresado:

*“15. ¿Cuál tiene que ser el contenido de la reparación (sea introducida por la vía procesal, sea introducida como pena)? Esta pregunta es muy importante ya que si el contenido de la salida reparatoria sin juicio (por aplicación del principio de oportunidad, por ejemplo) es similar a la que acontecería luego de un juicio donde se debata y pruebe la responsabilidad del adolescente en los hechos, el modelo tiene un problema, por lo menos en términos pedagógicos, que es una finalidad propia de todo proceso penal juvenil (como los maestros italianos enseñan). El modelo tendría así una seria dificultad en términos de su justificación. En consecuencia, las sanciones reparatorias no pueden tener el mismo contenido que aquellas medidas reparatorias ordenadas antes del juicio de responsabilidad. Las dificultades prácticas son evidentes, pero es preciso tener claras las diferencias teóricas para introducir reformas”.*⁶⁰

- También deben determinarse las consecuencias precisas ante el cumplimiento o incumplimiento de las medidas fijadas en el proceso de mediación y los efectos de la apertura del proceso de mediación, especificándose que ésta implica la suspensión del plazo de prescripción.
- Es necesario tener en cuenta que este proceso de mediación debe aplicarse a delitos con cierta entidad impidiendo que estos programas se conviertan en un ejercicio del control social.
- Estos procesos no debieran preverse para delitos que quedarían archivados sin más trámite, como es el caso de los delitos de menor gravedad (bagatela/insignificancia).
- Por último, si bien entendemos que la mayor cantidad de delitos deberían poder ser sometidos a la instancia de mediación, el debate actual está centrado sobre los tipos de delito a incluir y la gravedad de los mismos. En este sentido, dentro de los tipos penales que mayor objeción recibe respecto de su inclusión dentro de esta forma de solución de conflicto, son aquellos que afectan la integridad sexual - por la situación de vulneración en que se encuentra la víctima- o aquellos delitos contra la vida de mayor gravedad como lo es el homicidio.

c) Conciliación

La conciliación es un acto jurisdiccional voluntario en el cual se genera un acuerdo entre el autor y la víctima con el fin de componer el conflicto. Acuerdo que tiene lugar en el ámbito del proceso penal y es llevado a cabo por el juez.

⁶⁰ Beloff, Mary. ¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?, en Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, junio de 2007, op cit. pág 38.

La conciliación es una posible solución jurisdiccional fundada en el principio de que la justicia penal debe ser utilizada como *ultima ratio* para la solución de los conflictos. Este proceso se materializa a través de una convocatoria a audiencia que realiza el juez luego de haber sido formulada la acusación y hasta tanto la causa no sea elevada a juicio.

El arreglo conciliatorio puede proceder de oficio, a instancia de parte, o a petición del ofendido o de la víctima. Los adultos responsables pueden acompañar al adolescente durante la audiencia de conciliación y apoyar el acuerdo o asumir obligaciones que consten en el mismo, pero no sustituir la voluntad del adolescente.

En la conciliación, el juez penal juvenil debe ir orientando la discusión con la finalidad de lograr el acuerdo. En el caso de que se cumplan las obligaciones pactadas en el acuerdo de conciliación, se extinguen las acciones legales derivadas del hecho delictivo. El juez lo hará constar de esa forma en una resolución que da por terminado el proceso. Incumplidas las obligaciones que se pactaron en el arreglo conciliatorio, se continuará con el procedimiento por la vía penal.⁶¹

d) Suspensión del proceso a prueba

La suspensión del procedimiento a prueba es un instituto procesal mediante el cual se produce la extinción de la acción penal mediante el sometimiento del adolescente al cumplimiento de determinadas reglas de conducta fijadas por el juez durante un plazo de tiempo determinado. Cumplidas las mismas satisfactoriamente, se produce la extinción de la acción penal. Pero si éstas no son cumplidas el tribunal tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él.

El instituto de la suspensión del proceso a prueba, se encuentra actualmente previsto en nuestro ordenamiento jurídico y en tal sentido la jurisprudencia ha considerado su implementación en los procesos penales seguidos a personas menores de 18 años de edad.⁶²

Dicho instituto tiene una doble finalidad, en primer lugar limitar los efectos estigmatizantes de la reacción penal y la carga del proceso generan en los adolescentes.

En segundo lugar, se constituye como un instrumento eficaz para remediar el congestionamiento de la organización judicial y descomprimir la administración de justicia evitando que los tribunales vean perturbado su funcionamiento por el tratamiento de las causas más leves.

La aplicación del instituto constituye una búsqueda de medios alternativos de pena que resulten menos gravosos que la privación de la libertad. En este sentido, es una solución alternativa a la que se refieren los artículos 37 y 40 de la CDN.

61 Prof. Carlos Tiffer Sotomayor, "De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: nueva ley de justicia penal juvenil" en <http://www.cinterfor.org.uy>.

62 Causa N° 8364 "CH.M. J. y C. G. N. M. p/robo agravado por su comisión en poblado y en banda", T.O.M. N°3 Suspensión del Juicio a Prueba, Buenos Aires, febrero 17 de 2006.

Los **presupuestos** que deben tenerse en cuenta al momento de conceder la suspensión del proceso a prueba son:

- Claridad en las reglas de conducta: las reglas de conducta u obligaciones fijadas por el juez deben ser claras, precisas y por tiempo determinado. Por tratarse de personas que gozan del derecho a ser tratados como inocentes que se desprende el principio de inocencia, estas reglas deben ser aplicadas en forma restrictiva.
- Fijación de un plazo de tiempo determinado y razonable: El lapso de tiempo en el cual el adolescente queda sujeto a prueba, debe ser determinado y proporcional a la gravedad del hecho imputado.
- Voluntariedad en la decisión de parte del adolescente: debe existir una manifestación expresa de la voluntad del imputado y el joven debe prestar su consentimiento para someterse al procedimiento.
- Garantía de la presencia del abogado de confianza o de oficio del adolescente en la audiencia: para ello el abogado debe contar con toda la información en poder del tribunal o del ministerio público relevante para la decisión acerca de la suspensión del procedimiento.

Cabe manifestar que este instituto fue introducido al ordenamiento jurídico nacional mediante Ley N° 24.316 y se encuentra previsto en los artículos 27 bis, 76 bis, ter y quáter del Código Penal de la Nación y en el artículo 293 del Código Procesal Penal de la Nación. La ley no limita la aplicación del instituto a las personas mayores de edad, podría ser una herramienta útil a fin de adecuar las prácticas a los postulados de la CDN en materia de justicia penal. A pesar de ello, se observa que su utilización es muy escasa. Esta diferencia en la aplicación de este instituto a los procesos de adultos y de adolescentes, en desmedro de los adolescentes, implica una violación a la garantía de no discriminación e igualdad ante la ley.

IV. INTERVENCIÓN DE LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS EN MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La intervención de estos equipos no sólo debe limitarse a aquellos casos en que un delito le es imputado a un adolescente y comienza contra él un proceso penal que culmina en la realización de un juicio oral, sino que es de fundamental importancia su participación en las distintas instancias que propone la justicia restaurativa, como por ejemplo la mediación.

El funcionamiento y límites que estos equipos deberían tener en esta instancia, han sido muy claramente resueltos por la Ley Orgánica 5/2000 de España, que regula la responsabilidad penal de los adolescentes y establece la incorporación de equipos interdisciplinarios en la instancia de mediación con las siguientes características:

- En primer lugar, estos equipos brindan un informe a pedido del fiscal sobre la “situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social” y, en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en ley.

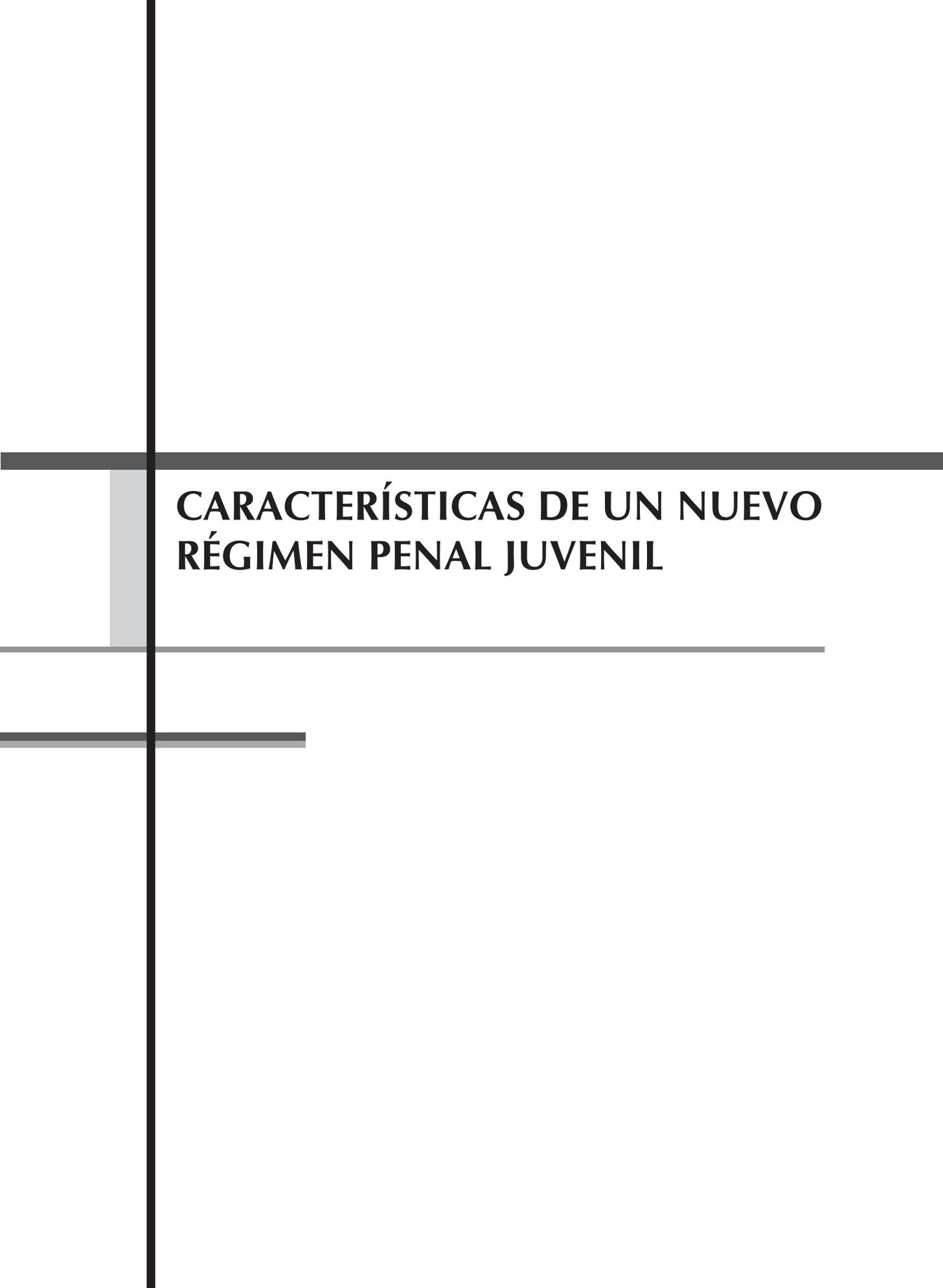
-El equipo técnico informa, si lo considera conveniente, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, conforme las normas que rigen el instituto de la mediación, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad, no siendo necesario en este caso, elaborar un informe que solicita el fiscal.

-El equipo multidisciplinario no siempre tiene la obligación de realizar informes en relación al adolescente y su medio toda vez que, el fiscal comunica al equipo cuál es, en principio, el destino que el Ministerio Público considera darle a la causa, es decir, si irá o no a juicio y si admite la instancia de mediación o no. Ello implica que para el supuesto que sea informada la viabilidad de la mediación, no será necesaria la formulación de un informe sino que solamente intervendrá un psicólogo o trabajador social pero en su carácter de mediador.

Resulta interesante el sistema establecido por la ley española en el sentido que no se establece como regla en todos los casos en que un adolescente resulte imputado de un delito la necesaria intervención de un equipo interdisciplinario para la elaboración del informe individual y familiar, sino que sólo será realizado en caso de no ser posible la instancia de mediación o en caso que fracase lo comprometido en dicha instancia.

Otro punto atractivo de la ley es que posibilita que la instancia de mediación sea sugerida por estos equipos justificando de manera específica su contenido y finalidad, lo que conlleva a que en caso de ser aceptada, no se realice informe alguno sobre el adolescente.

Por otra parte se impide, al no poder desempeñarse los mediadores como “realizadores de informes” ni viceversa, que se vulnere el derecho de defensa del adolescente y el deber de imparcialidad con el que deben contar los mediadores.

The page features a minimalist design with a vertical black line on the left side. Several horizontal bars of varying lengths and shades of gray intersect this line. The title is centered within the space defined by these lines.

**CARACTERÍSTICAS DE UN NUEVO
RÉGIMEN PENAL JUVENIL**

I. DESTINATARIOS DEL SISTEMA⁶³

Para iniciar este apartado, y a fin de enunciar las principales características que deberá tener el nuevo régimen de justicia penal juvenil, cabe recordar que el marco constitucional exige la separación entre las causas penales y aquellas cuestiones relativas a la protección y asistencia de niñas, niños y adolescentes.

En tal sentido, el Comité de Derechos del Niño (en adelante CRC) ha expresado que se debe efectuar *“una clara distinción, en cuanto a procedimiento y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección”*.⁶⁴

Para aquellos niños, niñas y adolescentes que vean amenazados o vulnerados sus derechos se aplican las disposiciones de la Ley N° 26.061 (y sus Decretos Reglamentarios N° 415/06 y 416/06) que regulan exhaustivamente las medidas aplicables para resguardar tales derechos conforme la respuesta que deba ser dada. Además, se deberá aplicar la normativa de cada jurisdicción provincial referida a la protección de la infancia y adolescencia acorde a los principios de la mencionada ley nacional.

El principio rector en esta materia es que ninguna persona debe ser alcanzada por el sistema penal, en tanto no se le impute un hecho tipificado como delito.⁶⁵

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en ocasión de un caso sobre niños detenidos en Honduras, insistió en que:

“la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia hondureña. El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (Art. 7 CDN)”.⁶⁶

Asimismo, a juicio del CRC, es inaceptable la privación de libertad en el caso de niños que necesitan protección por parte del Estado.⁶⁷

Del mismo modo, conforme se explicara en el capítulo sobre la llamada Justicia Restaurativa, todas las garantías de la administración de justicia deben igualmente aplicarse a los procedimientos que no involucren una sanción penal. Así, la Regla 3 de las Reglas de Beijing, que regulan la administración de la justicia de menores, dispone que las mismas se aplicarán no sólo a los jóvenes imputados de delito, sino también en todos los procedimientos que puedan afectar o restringir derechos de niños, niñas o adolescentes.

⁶³ En la elaboración de este capítulo participó el Dr. Martiniano Terragni.

⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Argentina, CRC/C/15/Add.187, para. 63 c).

⁶⁵ Unión inter-parlamentaria y UNICEF, Child protection, Handbook for Parliamentarians No 7, SRO-Kundig, Suiza, 2004, p. 135.

⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.491 “Menores Detenidos v. Honduras”, Informe No. 41/99, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 573 (1998), 10.03.1999.

⁶⁷ Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, preparado para UNICEF, art. 37, p.522. En adelante: Manual de Aplicación de la Convención.

Por lo tanto, los destinatarios del sistema de Justicia Penal Juvenil sólo deberán ser las personas menores de 18 años de edad al momento del hecho investigado respecto de las cuales se acuse o declare culpables de haber cometido hechos considerados como delitos por el ordenamiento jurídico. La existencia de un conflicto con la ley penal es lo que debe marcar la posibilidad del aparato estatal punitivo de tomar intervención en el caso.

II. EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL

De conformidad con el Art. 40.3 de la CDN y la Regla 4 de las Reglas de Beijing, el Estado se ha obligado a establecer una edad mínima debajo de la cual se presumirá que los niños y niñas no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

En particular, y de acuerdo a la Regla 4.1 el comienzo de esta edad mínima no deberá fijarse en una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual del niño. Este principio tiene su fundamento en el concepto de responsabilidad, el que perdería todo sentido si se fija la edad en la cual niño no pueda comprender las consecuencias de sus actos o si no se estableciera edad mínima alguna.

La fijación de la edad mínima es una de las cuestiones más debatidas al momento de lograr un consenso para la sanción de la ley penal juvenil. El debate gira en torno a distintas cuestiones. En primer lugar, se discute cuál debe ser esa edad mínima. En segundo lugar, se debate sobre el alcance de tal límite, esto es, si se limita la persecución penal o solamente se establece la imposibilidad de imposición de pena.

La consecuencia en el primero de los casos sería que, al renunciar el Estado a la persecución penal debajo de cierta edad, es decir, no se inicia a la acción penal, no pudiendo realizarse juicio alguno de responsabilidad ni aplicarse medidas coactivas en virtud de tal hecho. Por otra parte, en el segundo de los supuestos, el Estado investiga la posible comisión de un delito y su autoría, gozando el niño o niña imputado o imputada de las garantías del debido proceso, como por ejemplo el derecho a ser oído, pero en este caso, no podrían recibir pena alguna.

Por otra parte, es necesario aclarar que la imposibilidad de aplicar medidas coactivas penales por debajo de la edad penal no implica propiciar la exclusión de los niños del sistema de protección de derechos, sino que no se debe considerar que todo niño al que se acuse o impute la comisión de un delito se encuentra necesariamente vulnerado en sus derechos y por tanto debe aplicársele una medida de protección por parte de la autoridad administrativa.

En principio, pareciera que tal lógica no resulta acorde a los principios de la CDN. Establecer que por debajo de la edad mínima se remitirá el caso automáticamente al sistema de protección de derechos haría incurrir nuevamente al Estado en las prácticas del sistema que se pretende derogar.

En tal sentido, se ha expresado que “si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido delito, lo único que podría habilitarlo

a intervenir - y no coactivamente- es un presupuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trata. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado, responde a la lógica tutelar.⁶⁸

Por tal motivo, no es posible en este marco la automática derivación del caso a instancias administrativas de protección de la infancia. Así también, se ha considerado que "... como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con esta derivación automática, habría que verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuar la derivación".⁶⁹

En este sentido, es importante destacar que la solicitud de intervención de la autoridad administrativa a fin de garantizar derechos vulnerados, por ejemplo sociales, económicos y/o culturales, procede no sólo respecto de aquellos niños y niñas que se encuentren por debajo de la edad mínima establecida por la ley penal juvenil, sino de todas las personas menores de 18 años, se les imputare o condenare por la comisión de un delito o no.

Por otra parte, por encima de esa edad mínima y hasta cumplir los 18 años, los jóvenes acusados de cometer un delito deberán ser tratados conforme a su edad, esto significa la prohibición absoluta de tratarlos, juzgarlos y sancionarlos como personas adultas. Argentina, también en esto, presenta una deuda pendiente, ya que no sólo se prevé la prisión como casi la única pena aplicable y recibir condena en igual forma que un adulto por un delito que cometió antes de los 18 años, sino que además existen casos donde se han aplicado condenas de prisión elevadas, y hasta de prisión perpetua a jóvenes por delitos cometidos antes de cumplir los 18 años, existiendo un conflicto con lo establecido en la CDN. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado:

*"Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto".*⁷⁰

68 Beloff, Mary: "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de Justicia Latinoamericanos", Justicia y Derechos del Niño N° 3, UNICEF, Buenos Aires, diciembre 2001, pág. 25.

69 Beloff, Mary "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos", Justicia y Derechos del Niño N° 2, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pág. 83.

70 Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1022. XXXIX, causa N° 1174C 'Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado', considerando 40, del 07/12/2005.

III. JUSTICIA ESPECIALIZADA

El principio de especialidad que rige en esta materia se relaciona directamente con la especificidad⁷¹ de un sistema de justicia penal diferenciado del sistema de adultos. Esta especialización, sin embargo, no tiene las mismas características del tradicional sistema tutelar, en tanto no se encuentra al margen de lo establecido en la Constitución Nacional sino que es respetuosa de todos los derechos y garantías que la misma establece.

La especialización estará dada entonces por normas, procedimientos, juzgados y tribunales diferenciados de los previstos en el sistema de justicia penal de adultos. Los juzgadores, en este nuevo sistema resuelven los conflictos jurídicos apuntando a que los adolescentes involucrados en estos procesos puedan comprender el daño causado, y que las eventuales consecuencias jurídicas derivadas de su acto no violen el principio de proporcionalidad, aplicando en primer lugar las sanciones no privativas de la libertad, y utilizando sólo esta sanción como medida de último recurso y por el menor tiempo posible.

En esta inteligencia, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que todos los funcionarios que tengan contactos con niños en el ámbito del sistema de justicia de menores reciban una formación adecuada.⁷²

III.I. MARCO NORMATIVO

La CDN establece el principio de especialidad que debe signar tanto el contenido como el procedimiento de la justicia penal juvenil. Así, establece:

*"...los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes..."*⁷³

Dicho principio también surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que establece en su artículo 5.5 "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento."

Como consecuencia de lo mencionado, los principios que deberá respetar la ley de responsabilidad penal juvenil se traducen en:

- Los procesos penales seguidos contra adolescentes deberán contar con una ley de fondo, un procedimiento, y actores procesales especializados

71 Art. 40.3 d) CDN; Regla 22 de las Reglas de Beijing; Unión inter-parlamentaria y UNICEF, Child protection, Handbook for Parliamentarians No 7, SRO-Kundig, Suiza, 2004, p. 136.

72 Manual de Aplicación, Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/C/15/Add.35, para. 18, 15 de febrero de 1995.

73 Cf. Artículo 40 inc. 3 de la CDN.

en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la ley penal, lo cual conlleva necesariamente al conocimiento de otras disciplinas relacionadas con la materia.

- Los adolescentes serán sometidos a esta justicia especial, mientras que en el caso de encontrarse imputados personas adultas por el mismo hecho, deberán ser juzgadas por la justicia penal ordinaria.⁷⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el criterio de especificidad y, a través de la Opinión Consultiva N° 17, fijó la condición de los niños, niñas y adolescentes por la cual se debe crear una justicia penal juvenil con el alcance antes mencionado, y al respecto establece:

*“... los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad...”*⁷⁵

Siguiendo este criterio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal de nuestro país, al determinar que los niños, niñas y adolescentes por su condición tienen derechos específicos, adopta el llamado principio de “autonomía progresiva”.

Este principio ha sido tomado por la Corte, expresando que:

“...la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente, desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. En términos simples, esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por ello, el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (...) De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento.”

Asimismo, continúa diciendo:

⁷⁴ En este sentido, la idea que guía este ordenamiento de competencias se relaciona con que en casos de imputación conjunta los jóvenes no siempre sean llevados a audiencias de juicio, sino que ese conflicto penal pueda ser resuelto por vías alternativas.

⁷⁵ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/2002, párrafo 109.

“32) Que, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado - como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo (...) 33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar “la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD) (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004).”⁷⁶

En igual línea, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, reafirmó el principio de especialidad explicando uno de sus alcances:

“...el artículo 40, inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño refiere que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones “específicos” para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declara culpable de haber infringido esas leyes; y en forma concordante con esa disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales, distintos de los correspondientes a los mayores de edad (O.C. n° 17/2002) (...) En consecuencia, es desacertado supeditar la efectivización del principio de que los menores de edad sean juzgados por tribunales especializados a una eventual modificación de las reglas de distribución de competencia que contiene la ley procesal, toda vez que corresponde también a los tribunales locales el

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa N° 1174C”, sentencia del 7 de diciembre de 2005.

deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado.”⁷⁷

En paralelo y en relación directa con la especificidad de la justicia juvenil, el Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Capital Federal afirmó:

“...el Tribunal (...) remarca (...) la indudable jerarquía constitucional de las medidas de protección de niños y adolescentes a que se encuentra obligado el Estado argentino, y el respeto debido a las características del proceso penal de menores y la especialidad de tal proceso, pues tal principio integra el llamado bloque de constitucionalidad federal plasmado en el Art. 75 Inc. 22, en particular por la expresa mención de tales principios en la Convención Americana (Art. 5 y Art. 19) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 10 ap. 2b y 24 ap.1)”⁷⁸

III.II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y EL ROL DE LOS ACTORES EN EL PROCESO

a) El juez

En razón de los principios constitucionales que deben regir el sistema, es necesario esclarecer algunas cuestiones que deberán tenerse en cuenta en el diseño de la justicia penal juvenil.

En primer término, el juez debe hacer cumplir la ley penal juvenil, debiendo abstenerse de tomar intervención en cuestiones ajenas al hecho motivo del proceso. Es decir, debe ceñirse a investigar estrictamente si el hecho tipificado como delito se ha cometido o no y, si el adolescente imputado del mismo es penalmente responsable.

Esto implica que todas aquellas cuestiones relativas a la vida privada del joven, de su familia, de la comunidad, o las medidas de protección que sean necesarias aplicar ante la violación de sus derechos, no deben ser competencia del juez penal juvenil (en virtud de los artículos 16, 18, 19 CN y 40 1y 2 a) de la CDN).⁷⁹

⁷⁷ Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, causa n° 22.821, “Incidente de incompetencia de L.Y.A.”, del 28/12/2005.

⁷⁸ Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Capital Federal, causa n° 3995, “Incidente de incompetencia promovido por el Defensor en la causa 3995 seguida a N. Q.”, del 8/6/2006.

⁷⁹ Art. 18 CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...)” Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” Art. 16 CDN: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. Art. 40 inc. 1 y 2 a) Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se

En relación a este punto, que será desarrollado en mayor profundidad más adelante, se estima que el juez podrá tomar conocimiento de ciertos aspectos de la vida personal del joven imputado, a raíz de la evaluación que realicen los equipos interdisciplinarios, pero luego de declarada la responsabilidad del adolescente y al sólo efecto de establecer una sanción proporcionada, acorde a las reales posibilidades de cumplimiento por parte del joven. Debe destacarse además que el contenido del informe sobre el adolescente y su medio no podrá jamás agravar su situación posibilitando la aplicación de una sanción más gravosa.

Por otra parte, es necesaria la utilización de un lenguaje comprensible para los adolescentes durante la tramitación del proceso (audiencias, resoluciones, etc.), evitando excesivos formalismos que hagan imposible para ellos la comprensión de lo que se resuelve en las causas en las que se encuentran involucrados.

Los magistrados tienen la responsabilidad de hacer comprensible lo que sucede en el proceso y las consecuencias del mismo; por lo tanto deben expresarse de un modo tal que el adolescente entienda por sí mismo aquello que lo afecte en sus derechos para así también poder defenderse adecuadamente, contando para ello con el auxilio del defensor especializado.

Estos principios emanan del ordenamiento jurídico referido a la temática de justicia penal juvenil en los cuales se señala la carga que se impone a los magistrados, la que debe hacerse extensiva al resto de los sujetos procesales y operadores del sistema, en particular a quienes tienen a su cargo la tarea acusatoria.⁸⁰

Las “Reglas de Beijing” expresan así: “El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustentará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente” (Regla 14.2).

La doctrina procesal penal más destacada también se ha referido en el sentido mencionado al establecer que *“(...) tanto la imputación originaria como la acusación sean ampliamente conocidas y comprendidas por el imputado. Para dar cumplimiento a este requisito se debe tener en cuenta tanto el grado de comprensión como el grado de preparación propio de cada imputado (...)”*.⁸¹

acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se accuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se accuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

80 Así, el Art. 40 inc. 1 de la CDN

81 Binder, A., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

En otro orden de cosas, el nuevo rol del juez debe diferenciarse claramente del que le era asignado en el sistema tutelar. La justicia penal juvenil no puede ser un fuero "menor" - es decir, regido por principios no jurídicos - dentro del sistema de justicia penal⁸². El sistema tutelar ha sido criticado fuertemente porque se asignaba a los magistrados un alto grado de discrecionalidad, que podría dar lugar a situaciones arbitrarias en tanto se alegaba que ejercían una función proteccional o tuitiva. Por el contrario, en un sistema de justicia penal juvenil, el juez se encarga exclusivamente de la resolución de conflictos jurídicos en el marco de un proceso contradictorio. Así, el reconocimiento de los derechos de los niños como límite a la acción del Estado es muy dispar, habilitándose la disposición tutelar de los menores "desviados" o con conductas antisociales (estas medidas, además, restringen o privan de distintos derechos, entre ellos la libertad).

En igual sentido se ha dicho que "el imaginario que orienta a muchos operadores del derecho (...) es que el juez de la justicia de la niñez y la juventud no está dentro de la "nobleza del mundo jurídico", pues considera que trata cuestiones no jurídicas, no científicas, en la línea de que esta jurisdicción es una jurisdicción subalterna"⁸³.

El desafío del nuevo paradigma reside entonces en que todos los agentes del Estado -judiciales o administrativos- y la propia sociedad comprendan que "el juez" actúa con pleno ejercicio de la jurisdicción, cumpliendo el papel de juzgador de conflictos en la órbita penal.⁸⁴

En tal sentido, el comentario a la Regla N° 22 de las Reglas de Beijing, especifica que es necesaria para los operadores no sólo una formación en derecho sino también - aunque de forma mínima - en sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento.

Respecto del expediente "actuario" y el "tutelar" resulta necesario efectuar una mención que hace a la independencia judicial, teniendo en cuenta el rol que debiera desarrollar el juez en el sistema penal juvenil. Recordemos que el régimen penal de la minoridad instaurado por el decreto - ley N° 22.278 y modificado por la ley N° 23.803 establece la facultad de juez para disponer de un niño, niña o adolescente.

Esto implica en la actualidad que, junto con el expediente "actuario" en el que se investiga el hecho que se le imputa al adolescente y su responsabilidad, donde se describe la acción típica y antijurídica incorporando elementos que sustentan la acción imputada o que demuestra la inexistencia de la misma, existen también abiertas desde el mismo inicio del proceso actuaciones "tutelares". Estas últimas contienen informes sobre la persona del imputado, sus condiciones socio-ambientales, las características de la familia, y la comunidad que lo rodea, los exámenes psicológicos que los operadores le realizan, etc.

82 De hecho, esta visión de la actual justicia juvenil se refleja en los apartados o limitados espacios físicos que ocupa en las oficinas de justicia y la inadecuada estructura edilicia para atención al público, situación que debe ser modificada.

83 Costa Saraiva, Joao, Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Buenos Aires, año 2000, pág. 44.

84 Costa Saraiva, Joao, Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Buenos Aires, año 2000, pág. 44.

Se entiende que la apertura del expediente tutelar vulnera el principio de imparcialidad que surge de la Constitución Nacional, y de diversos instrumentos internacionales distanciándose del “perfil del juez” que el nuevo sistema de justicia penal requiere.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que:

“...la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia”⁸⁵.

Así por ejemplo lo expresa Ferrajoli: “es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos (...) esta imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal como institucional”.⁸⁶

Asimismo, el conocimiento por el juez o tribunal de la vida personal del imputado así como información que pueda surgir en los informes que sobre él o su familia se realicen (psicológicos, socio ambientales, entre otros), afecta la garantía de imparcialidad judicial. No obstante, dicha información, podría ser utilizada en beneficio del imputado como correctivo de su culpabilidad, por ejemplo al momento en que se resuelva la imposición de la sanción.

No obstante, para el caso que el imputado sea declarado responsable y luego de esta declaración, podrá el Tribunal contar con el informe realizado por el equipo interdisciplinario a fin de imponer la sanción que considere más acorde a la situación del mismo.

b) El Ministerio Público Fiscal

El funcionamiento del Ministerio Público Fiscal está establecido en las Directrices sobre la Función de los Fiscales.⁸⁷ Entre las mismas interesa destacar especialmente tres de ellas:

“2.b) Los fiscales tendrán una formación y capacitación adecuadas y serán conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional”

De esta Directriz se desprende necesariamente que la formación y capacitación será “adecuada” cuando la misma sea realizada de manera específica en la materia de ejercicio del fiscal. Esto es, si el fiscal ejerce su magistratura en el fuero penal juvenil, su formación sólo será adecuada cuando tenga conocimientos sobre los contenidos de este fuero, junto con conocimientos sobre otras disciplinas que tienen lugar en esta

⁸⁵ CSJN, Llerena Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal” sentencia del 17 de mayo de 2005.

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, trad. Ibáñez, Prefecto Andrés, Trotta, Madrid, 1995, pág. 581.

⁸⁷ Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

temática. Es decir, el Estado deberá fijar rigurosamente los conocimientos y requisitos que deberán ser exigidos a la hora que un abogado pretenda postularse como fiscal penal juvenil.

En otro orden de cosas expresan las directrices:

“18. De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión.

19. En los países donde los fiscales están investidos de facultades discrecionales para pronunciarse sobre el enjuiciamiento de un menor, deberá tenerse especialmente en cuenta el carácter y la gravedad del delito, la protección de la sociedad y la personalidad y los antecedentes del menor. Cuando se pronuncien, los fiscales tendrán especialmente en cuenta las posibles alternativas del enjuiciamiento de conformidad con las leyes y procedimientos pertinentes en materia de justicia de menores. Los fiscales harán todo lo posible por emprender acciones contra menores únicamente en los casos que sea estrictamente necesario.”

Estas Directrices brindan al Estado el criterio a seguir al momento de legislar. Cabe recordar que forman parte del “corpus iuris” de derechos humanos, pero además se encuentran en concordancia con el principio *pro-homine*. Consecuentemente la nueva legislación, para estar acorde a todas las normas internacionales señaladas, debiera incorporar el principio de oportunidad reglado con el alcance y finalidad descriptos.

En definitiva, el Ministerio Público Fiscal, en su función de “parte del proceso” debe tener en cuenta en sus peticiones

“...los intereses sociales indisponibles relativos a la seguridad como también los intereses indisponibles del adolescente, sobre todo su libertad, en procura de la solución más adecuada para la composición del conflicto.”⁸⁸

c) El abogado defensor

Quienes ejerzan la defensa de los adolescentes en conflicto con la ley penal, deberán ajustarse a las normas y a principios básicos que rigen el ejercicio de la profesión

⁸⁸ Garrido de Paula, Paulo Alfonso, El Ministerio Público y los Derechos del Niño y del Adolescente en el Brasil, Justicia y Derechos del Niño N° 2, UNICEF, año 2000 pág. 70.

en general, además de tener un conocimiento específico de la ley penal, de la ley penal juvenil específicamente, y de los temas principales en materia de infancia y adolescencia para de esta manera ejercer una correcta defensa.

Los principios básicos sobre la función de los abogados surgen del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. En lo que a esta materia respecta interesa remarcar dos de los principios allí enunciados:

1. Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y los defienda e todas las fases del procedimiento penal.

Este primer punto garantiza necesariamente que el adolescente cuente con una defensa letrada y la posibilidad de que la misma sea elegida por él de forma voluntaria.

9. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

En materia de infancia y adolescencia, así como le son exigidos conocimientos específicos a los integrantes del poder judicial que van más allá de lo estrictamente jurídico, igual obligación deberá ser exigida en la designación de los defensores técnicos oficiales a fin de que la defensa sea adecuada, permitiendo plantear estrategias que sean eficientes y eficaces para hacer valer los derechos del joven imputado.⁸⁹

Finalmente, sancionada la nueva ley que recoja los principios de la CDN y de los instrumentos complementarios,⁹⁰ regulando de manera eficaz los derechos de los adolescentes sometidos a proceso penal, la función del defensor será entonces la de velar por la aplicación y el cumplimiento de los derechos de su defendido en el marco del proceso penal juvenil.

d) Los Equipos multidisciplinarios

La CDN no establece la creación de equipos multidisciplinarios en el marco del proceso penal seguido contra adolescentes. Si bien de su texto, especialmente de los

⁸⁹ Ley N° 26.061. Artículo 27.: Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

⁹⁰ Directrices de Riad, N° 58 “(...) Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño”.

artículos 37 y 40, surgen los derechos y garantías en el proceso penal, no se encuentra entre ellos prevista expresamente la conformación de estos equipos.

No obstante, su intervención está establecida en las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores instrumento que forma parte del “corpus iuris”⁹¹ de los derechos humanos en materia de infancia.

En el mismo sentido, la creación de una nueva justicia penal implica la necesaria redefinición de las funciones y límites de los equipos multidisciplinarios, señalando particularmente la etapa del proceso en que deberán desempeñarse.

Las funciones y límites de estos equipos en los instrumentos internacionales surgen de las Reglas de Beijing que establecen lo siguiente:

Reglas N° 16: Informes sobre investigaciones sociales ⁹². *Del contenido de esta regla se desprende que deben existir equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil que brinden al juez la información necesaria sobre el adolescente imputado de la comisión de un delito para arribar a una “solución justa”.*

La Regla N° 22 refiere a la necesidad de personal especializado y capacitado y establece que:

“22.1) Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de los adolescentes, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción”.

Es necesario distinguir entre las funciones del equipo, aquellas que apuntan a la elaboración de informes que permiten adoptar al juez “una decisión justa”, de aquellas que se desempeñan en las instancias de ejecución de una pena.

Así se ha dicho que:

“El diseño legal que incorpore equipos multidisciplinarios a la nueva justicia penal para adolescentes, el diseño institucional, los perfiles y los roles de los profesionales que integren los equipos (...) deben estar (...)”

⁹¹ Cabe recordar que la Corte ha definido el concepto “corpus iuris”: “El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). (CIDH, Opinión Consultiva OC-16/1999, Pág. 115). En este sentido reitera la existencia del “corpus iuris” en el caso Villagrán Morales y otros y hace referencia a las Directrices de Riad y Reglas de Beijing no como fuente de obligaciones para el Estado, pero sí se refiere al contenido de ciertas reglas y directrices como descriptivas de deberes que incumben al Estado.

⁹² 16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una nueva resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

*claramente definidos a partir de una concepción garantista (...) se acepte como tal y sea consecuencia de la determinación de la responsabilidad penal del adolescente”.*⁹³

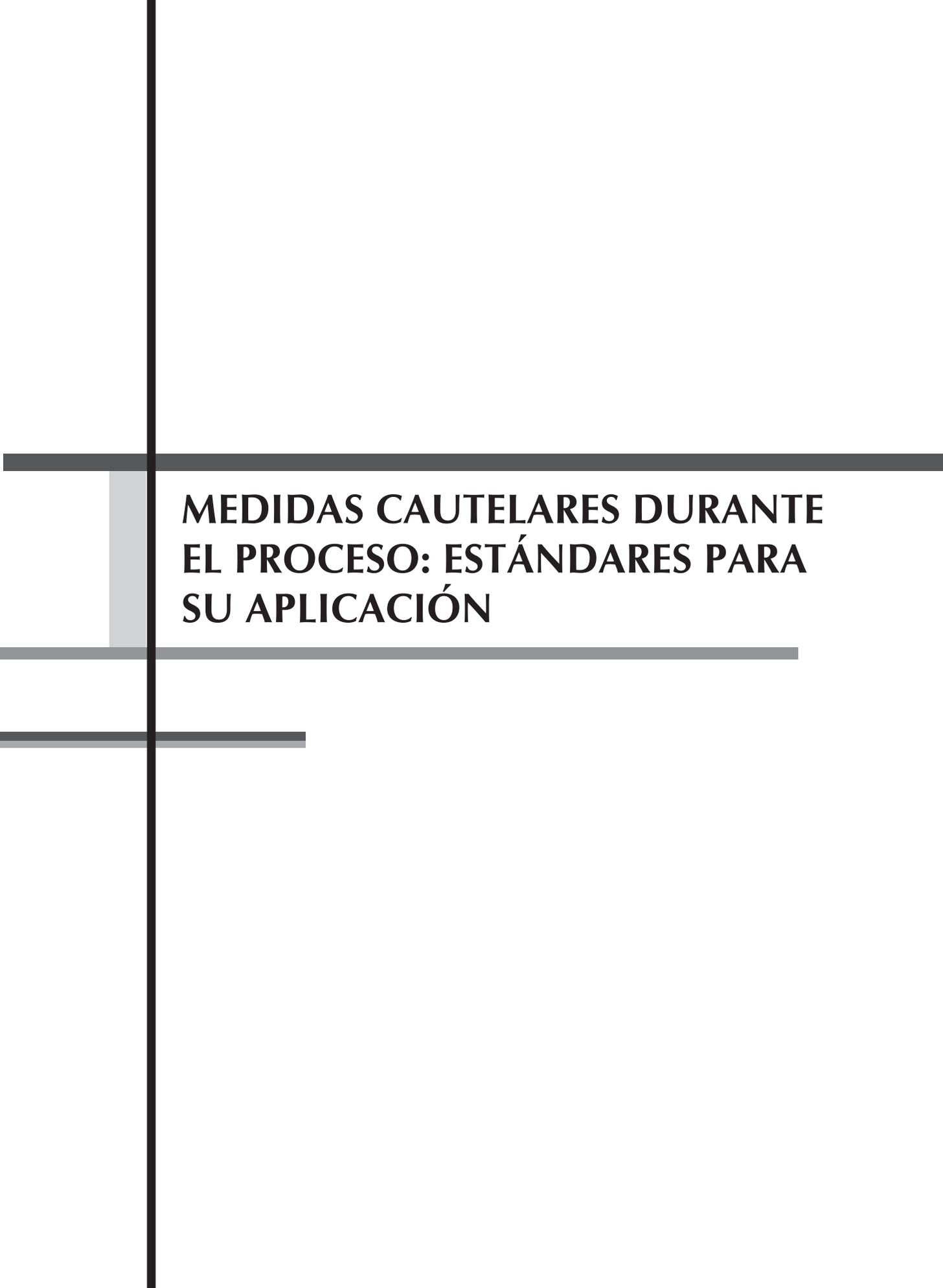
Cabe destacar respecto de la realización y utilización de los informes realizados por los equipos que, si bien el juez tendrá acceso a la información necesaria respecto de las circunstancias personales de los adolescentes a quienes debe juzgar, la utilización de esta información sólo puede tener como finalidad brindarle al Tribunal un panorama amplio sobre las condiciones y situaciones en las que el adolescente cometió el delito al momento de fijar la pena.

Con el fin de que la información que conozca el juez o tribunal no vulnere las garantías del adolescente imputado, debería tenerse presente lo siguiente:

- Sólo podría utilizarse respecto del joven para mejorar su situación, como correctivo de la culpabilidad.
- El juez podrá contar con la información elaborada por el equipo multidisciplinario sobre el adolescente imputado, preferentemente una vez resuelta la responsabilidad del joven, para determinar la sanción a aplicar y siempre que esto redunde en beneficio del mismo.

En otro orden de cosas, aquellos equipos multidisciplinarios que se desempeñen durante la ejecución de las sanciones deberán también ser estrictamente respetuosos de los derechos de los jóvenes, debiendo tener roles definidos y funciones establecidas previamente, a fin de evitar injerencias ilícitas en la vida de los adolescentes.

⁹³ Beloff, Mary, “Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos”, Justicia y Derechos del Niño, N° 4, UNICEF, Buenos Aires, 2002, pág. 50

A decorative graphic consisting of a vertical black line on the left side of the page. Three horizontal bars cross this line: a dark grey bar at the top, a medium grey bar in the middle, and a dark grey bar at the bottom. A light grey vertical bar is positioned to the left of the text, overlapping the middle horizontal bar.

**MEDIDAS CAUTELARES DURANTE
EL PROCESO: ESTÁNDARES PARA
SU APLICACIÓN**

Es garantía de toda persona perseguida penalmente permanecer en libertad durante la tramitación de su proceso penal.

Cabe recordar que el principio de presunción de inocencia expresa que toda persona debe ser tratada como tal hasta tanto sea declarada penalmente responsable del hecho que se le imputa.

Solo excepcionalmente, la privación de la libertad procede durante la sustanciación del proceso (como medida cautelar) para lo cual la ley exige estrictos recaudos formales y sustanciales.

Es necesario aclarar que lo referido a las medidas cautelares es una cuestión procesal que debe ser regulada por las provincias en sus códigos procesales, respetando los estándares de derechos humanos que surgen de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

I. MARCO NORMATIVO. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

En lo que refiere a niños, niñas y adolescentes, el artículo 315 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) para el ámbito nacional y federal dispone que no rigen las disposiciones sobre prisión preventiva con respecto a los menores de 18 años.

No obstante ello, el mismo cuerpo legal en el artículo 411 dispone que:

“la detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones. En tales casos el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de los mayores, donde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social. Toda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores”.

Considerando las prescripciones del código, resulta que éste no prevé expresamente la prisión preventiva para los adolescentes imputados de delitos. Sin embargo, sí establece la privación de libertad durante el proceso, estableciendo como requisitos tres supuestos:

- 1- no cumplirá la orden de citación,
- 2- intentará destruir los rastros del hecho y
- 3- se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

Es decir, que se aplica la privación de libertad a los adolescentes, aunque no se denomine estrictamente “Prisión preventiva”. Queda claro además que procede, en principio, ante los

mismos presupuestos que rigen para adultos. En este sentido se expresó el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Comentario General N° 13 en el que sostuvo que los adolescentes deben gozar al menos de las mismas garantías y protección que le son acordados a los adultos en los términos del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por tanto un adolescente no puede estar nunca en una situación más perjudicial que un adulto en iguales circunstancias en el marco de un proceso.

Ahora bien, si la privación de libertad constituye una medida excepcional en el proceso penal de adultos, mayor excepcionalidad debiera existir a la hora de privar a un niño de su libertad (art. 29 incisos b y d y artículo 37 inc. b, c y d) teniendo en cuenta el “plus de derechos” del que gozan los adolescentes por su condición de tal.

Es necesario destacar que las disposiciones del CPPN mencionadas y de la CDN han sido escasamente utilizadas por los jueces nacionales de menores, quienes justificaban la privación de libertad de los niños, niñas y adolescentes mediante la utilización de eufemismos tales como la denominada “internación” o “tratamiento tutelar” aplicando la Ley 22.278/22.803, sobre la cual ya se ha formulado una amplia crítica en capítulos anteriores.

Esto ha traído como corolario una incipiente jurisprudencia por parte de algunos tribunales, los cuales han aplicado el art. 411 del CPPN⁹⁴. Cabe destacar, en este sentido, el reciente Fallo Plenario N° 12 de la Cámara Nacional de Casación Penal en el que se asimila la “internación” a privación de libertad.

En este precedente se resuelve aplicar las regulaciones del instituto de la prisión preventiva previstas en la Ley N° 24.390, a la “internación” de adolescentes sometidos a proceso⁹⁵, y en tal sentido se sostuvo que “...toda internación tutelar en instituciones cerradas, dispuesta judicialmente respecto del menor de 16 a 18 años de edad sometido a juicio penal, constituye privación de libertad...”

Teniendo en cuenta la situación actual, la nueva norma deberá regular este punto y establecer si se podrán aplicar medidas cautelares a personas menores de 18 años por la imputación de un delito. Debe tenerse en cuenta que la regulación de las medidas aplicables será materia de competencia del derecho procesal local, la cual no ha sido derivada a la Nación. Por ello, y teniendo presente el núcleo federal de garantías que se encuentran reconocidas en la Constitución Nacional, una ley de justicia penal juvenil podrá establecer ciertas pautas y lineamientos generales en lo que se refiere a la aplicación de medidas durante el proceso.

La Regla 17 de las Reglas para la protección de menores privados de libertad, en su primera parte, establece que *“Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales”*.

94 Tribunal Oral de Menores S, F.O. legajo disposicional Nro. 2495.

95 Plenario N° 1229 de junio de 2006. Recurso de inaplicabilidad de ley admitido en la causa N° 5908 del registro de la Sala I del Cuerpo, caratulada “C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley”, para resolver sobre el siguiente temario: “Si corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley N° 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley N° 22.278)” DECLARAR como doctrina plenaria que, corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley N° 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley N°22.278).

La imposición de medidas cautelares únicamente puede fundamentarse en razones procesales: para asegurar la comparencia del adolescente a los actos procesales esenciales y para que el adolescente no interfiera u obstaculice de otra manera en el desarrollo de las investigaciones judiciales.

Este objetivo procesal de evitar poner en peligro los fines del proceso es el único legítimo para la aplicación de una medida cautelar, máxime cuando normativamente las mismas no poseen un carácter socioeducativo. Si estos requisitos no se respetan, la medida cautelar se convertirá en una pena anticipada en violación al principio de estado de inocencia.

La Regla 17 continúa diciendo que *“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 sustitutorias”*.

Se desprende entonces que la nueva regulación deberá prever la aplicación de medidas cautelares e incluso podría prever la aplicación de una medida restrictiva de la libertad.

Respecto de las medidas cautelares no restrictivas de la libertad, pueden citarse como ejemplo las órdenes de no concurrir a determinados lugares, no injerir ciertas sustancias o no frecuentar ciertas compañías, realizar tratamientos, entre otras. La Regla 13.2 de las Reglas de Beijing expresa que *“Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa”*.

Debiera además, siempre tenerse en cuenta los fundamentos que habilitan la aplicación de una medida cautelar y la importancia de delimitar su aplicación a un plazo determinado.

En lo que respecta a la privación de libertad como medida cautelar, la Regla 13.1 de las Reglas de Beijing dispone que *“Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”*.

En los proyectos que actualmente tienen estado parlamentario se observa que un número significativo establece como requisito para la detención preventiva que el delito imputado sea susceptible de ser penado con pena de privación de libertad efectiva. Esto no se relaciona con la gravedad de la infracción sino con la obligatoriedad de que la infracción sea objeto de una sanción de iguales características a las que se está imponiendo como medida cautelar.

Además, la detención de un joven durante el proceso como medida cautelar sólo debiera poder realizarse cuando se cumplen los requisitos previstos en el artículo 411 del CPPN, ya mencionados.

Cabe recordar que también el art. 37 inc. b) de la CDN establece que la privación de la libertad debe ser dispuesta como último recurso y durante el período más breve posible. Siendo este principio aplicable a la privación de libertad cuando se establece

como sanción, en mayor medida debe velarse por su cumplimiento cuando es establecida como medida cautelar y no existe aun declaración de responsabilidad.⁹⁶

El requisito “último recurso” significa que la detención no se justifica a menos que no exista otra manera de evitar un riesgo sustancial de fuga, la comisión de delitos adicionales o la falsificación de pruebas⁹⁷ y siempre deberá ser por el período más breve que proceda.

Debe preverse, también, un plazo máximo de duración para las medidas cautelares privativas de libertad, tales como el arresto domiciliario o la internación provisoria. Así, en el supuesto de haber transcurrido el plazo previsto sin que se hubiere dictado sentencia, debe dejarse sin efecto la medida, recuperando el adolescente su libertad inmediata de pleno derecho. Los proyectos con estado parlamentario prevén plazos que van desde los 2 a los 3 meses.

Esto genera la obligación de parte de los tribunales de atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de los casos en los que se recurra a la detención preventiva como medida precautoria⁹⁸.

Asimismo, deberá evaluarse la aplicación de ciertos institutos del derecho procesal que pueden afectar derechos fundamentales, como por ejemplo la posibilidad de recuperar la libertad bajo fianza, ya que resulta discriminatorio y violatorio del principio de igualdad respecto de jóvenes de escasos recursos.

II. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Se debe también observar la protección de los derechos de los adolescentes en situación de prisión preventiva que surgen del art. 37 de la CDN y de las mencionadas Reglas 13 y 17. Allí se establece que en aquellos casos donde se ordene la prisión preventiva deberán observarse los siguientes requisitos:

- Que sea por el plazo más breve posible y como último recurso ;⁹⁹
- Que se realice en un lugar especializado para adolescentes: separándose a jóvenes de adultos, a hombres de mujeres y a procesados de condenados;

96 Palummo Lantes, Javier: El proceso penal juvenil en el Uruguay a partir del código de la niñez y la adolescencia, el segmento judicial del sistema penal juvenil, en Justicia y Derechos del Niño, número 8, UNICEF, Buenos Aires, 2006.

97 Unión inter-parlamentaria y UNICEF, Child protection, Handbook for Parliamentarians No 7, SRO-Kundig, Suiza, 2004, p. 130 - 131.

98 La ya citada Regla 17 de las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad expresa que “Cuando (...) se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.”

99 Ver en ANEXO II, cuadro comparativo de legislación en América Latina.

Asimismo se debe:

- Velar por el cumplimiento de la prohibición absoluta de tortura y de toda forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;¹⁰⁰
- Velar por la aplicación de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas
- Mínimas para el Tratamiento de Reclusos ;¹⁰¹
- Notificar en forma inmediata a los padres o tutores;
- Realizar obligatoriamente un examen médico inmediato de toda persona menor de dieciocho años que sea detenida por cualquier motivo;
- Respetar la prohibición expresa de incomunicación.
- Respetar su integridad sexual, su integridad física y su integridad psíquica;
- Respetar su libertad de conciencia, opinión y religión;
- Brindar asistencia médica, psicológica y física;
- Velar por la continuidad en la educación formal y promoción de la educación no formal, enseñanza y capacitación profesional, u otra forma de asistencia útil y práctica que le permita desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad;
- Garantizar el acceso a actividades sociales, culturales, deportivas y recreativas;
- Garantizar el asesoramiento jurídico, si es necesario gratuito, la comunicación regular y confidencial con sus asesores.

A modo de síntesis, la posibilidad jurídica de dictar una medida privativa de la libertad durante el procedimiento no será incompatible con los estándares de derechos humanos, pero ésta deberá ser siempre excepcional y lo más breve posible, además se debe verificar que no se pueda arribar al mismo resultado de otra manera, menos perjudicial para el adolescente imputado.

100 Llamada “violencia institucional” contra niños en comisarías argentinas criticada por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Finales: Argentina, CRC/C/15/Add.187, para. 36-37.

101 Resolución 663 CI [XXIV], 31 julio 1957.



SANCIONES

Este capítulo pretende analizar las distintas sanciones o consecuencias jurídicas aplicables a quien sea declarado responsable de la comisión de un delito en el marco de un proceso penal juvenil. También pretende analizar la modalidad de su utilización, a partir de la finalidad que debería perseguirse en este tipo de procesos.

En un régimen de responsabilidad penal juvenil, solo podrán aplicarse sanciones a aquellos jóvenes menores de 18 años que sean declarados penalmente responsables de la comisión de un delito por un tribunal competente y después de un proceso donde se hubieran respetado las garantías sustantivas y procesales. Estas sanciones deben ser diferentes a las de los adultos puesto que su responsabilidad es distinta en tanto le es exigible una conducta conforme a su edad, desarrollo y maduración.

La piedra angular que diferencia un sistema de justicia juvenil del sistema tutelar es que:

*“no se puede y no se debe promover la (des)responsabilización técnica del que ha sido judicialmente considerado responsable de determinado delito. La función del educador es comprender y no absolver. Forma parte del desarrollo personal y social del joven en conflicto con la ley, el proceso de confrontación con su propia realidad personal y social; y en ella, por supuesto, están incluidos sus delitos”.*¹⁰²

I. EL PRINCIPIO EDUCATIVO EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Dado que los menores de 18 años son personas que se encuentran atravesando una etapa de crecimiento y desarrollo, las consecuencias jurídicas que devienen de la responsabilidad de sus actos siempre deberán tener un fin socioeducativo. Esto significa que su objetivo será promover la capacidad de responsabilización del adolescente, incorporando mecanismos que le permitan el manejo cognitivo y emocional de los factores que inciden en su conducta y la previsión de las consecuencias de la misma. También se ha expresado “¿Cuál es la naturaleza de esa medida socio-educativa? Esta debe responder a dos órdenes de exigencias, o sea, debe ser una reacción punitiva de la sociedad al delito cometido por el adolescente y, al mismo tiempo, debe contribuir a su desarrollo como persona y como ciudadano”.¹⁰³

En tal sentido, el Instituto Interamericano del Niño ha señalado que resulta necesario establecer programas con énfasis en la responsabilización, que propongan un proceso en el cual se promueva la asunción por parte del adolescente de la responsabilidad y de las consecuencias de la infracción, en particular de las vinculadas al daño generado a la víctima. Por ejemplo: servicio comunitario, reparación a la víctima¹⁰⁴, etc.

102 Gómez Da Costa, Antonio Carlos, “Pedagogía y Justicia”, en “Infancia, Ley y Democracia”, Emilio García Méndez - Mary Beloff, Compiladores, Ed. Depalma, Santa Fé de Bogotá - Buenos Aires, 1999, pág. 65.

103 Gómez Da Costa, Antonio Carlos, ob. cit. pág.63.

104 Instituto Interamericano del Niño, Prototipo Base: Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia, marzo 2003.

Asimismo, respecto del abordaje del adolescente que cometió una infracción a la ley penal se ha dicho que:

“El camino más correcto a nuestro modo de ver, consiste en crear condiciones -a través de la presencia de educadores en su entorno, dispuesto a mantener con él una relación de apertura, reciprocidad y compromiso- para que él, sintiéndose comprometido y aceptado, tome conciencia de la naturaleza y extensión de sus actos”.¹⁰⁵

Teniendo en cuenta ello, cabe realizar algunas reflexiones sobre la finalidad del proceso penal juvenil ya que se ha discutido ampliamente sobre sus fines y el de las sanciones penales.

Mientras que en un principio se hablaba de la finalidad “re-socializadora”, “de reinserción”, o “reeducación”, “tratamiento”, etc., de la pena, más recientemente se atribuyó a las sanciones en el derecho penal juvenil una finalidad socioeducativa. Ello motivó a que en ciertas legislaciones comparadas se evitara llamar “sanción” o “pena” a las consecuencias jurídicas que traía la declaración de responsabilidad penal en los procesos contra adolescentes, denominándoselas “medidas socio-educativas”. Esto también es atribuible al pasaje de un sistema donde sobreabundaban los eufemismos, con la irresponsabilidad que ello implica para el Estado y los actores del sistema, a otro sistema donde el paradigma es el de respeto de los derechos humanos y la consecuente responsabilidad del Estado y sus agentes.

En este sentido se ha sostenido que:

“para superar el modelo tutelar es necesario asumir que estos sistemas de responsabilidad son sistemas penales, y como tales, implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido, pero eso no le hace perder el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, y de reproche”. Continúa diciendo que “(...) “ayudar” no puede ni debe ser la justificación del sistema de justicia penal juvenil. Por lo demás, todo adolescente imputado de la comisión de un delito o encontrado responsable y condenado a una sanción penal juvenil es titular de todos los derechos sociales, económicos y culturales de los que toda persona menor de 18 años es titular. Sólo es restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado (...)”.¹⁰⁶

Ahora bien, cabe aclarar que la pena o sanción dará como resultado el aprendizaje de los jóvenes de ciertos principios, especialmente se pretenderá fomentar el respeto del joven por los derechos y libertades de terceros (art. 40 CDN). Debe dejarse en claro que esta finalidad educativa difiere del concepto tal como es entendido por las ciencias de la educación y la pedagogía.

¹⁰⁵ Gómez Da Costa, Antonio Carlos ob. cit., pág.66.

¹⁰⁶ Beloff, Mary “Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos” en Justicia y Derechos del Niño N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, páginas 37 y 38.

En este sentido, se ha expresado que:

“A diferencia de esta educación “a través de la pena”, que requiere de - y cuenta con - el contexto coactivo de la justicia penal, la educación de la que se habla en la pedagogía y en las ciencias de la educación aspira al desarrollo de la personalidad, contando con su autonomía y participación, y considerando plenamente su subjetividad...La “educación” en el derecho penal de adolescentes, en cambio, tiene un único objetivo sostenible desde el punto de vista constitucional, cual es la “dirección parcial del comportamiento”, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal.” Y luego se agrega que “...la educación del derecho penal de adolescentes, como advierte Albretch (...) es entendida como un efecto de la pena, ya sea en el sentido de una intimidación individual (a través del “efecto educativo de la retribución”) ya en el sentido de una “re-socialización” (art. 40 CDN).¹⁰⁷

Es entonces el fin (re)socializador, o de reintegración y fomento del respeto de los derechos de terceros, aquel que persiguen los regímenes penales juveniles. La Convención sobre los Derechos del Niño expresa que cuando se acuse o declare culpable a un adolescente de haber infringido las leyes penales deberá procurarse que la pena “fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros y (...) que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y que este asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40).

II. SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Es imperioso que exista una variada gama de medidas aplicables como sanción, donde las penas no restrictivas de libertad sean la regla, y la pena privativa de libertad constituya una excepción.

En primer lugar el fundamento para la implementación de estas sanciones se encuentra en el artículo 40.4 de la CDN que expresa: “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”.

Por su parte la Regla 18.1 de las Reglas de Beijing establece la necesidad de implementar una pluralidad de medidas resolutorias. En tal sentido expresa:

“Para mayor exhibición y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones,

¹⁰⁷ Couso, Jaime “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil, página 51, en Justicia y Derechos del Niño N° 8, UNICEF, Buenos Aires, 2006.

algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes... Comentario: La regla 18.1 constituye un intento de enumerar algunas de las respuestas y sanciones importantes a que se ha recurrido hasta la fecha y cuyos buenos resultados han podido comprobarse en diferentes sistemas jurídicos. En general, constituyen opciones prometedoras que convendría difundir y perfeccionar... Los ejemplos citados en la regla 18.1 tienen en común, ante todo, el hecho de que se basan en la comunidad y apelan a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas. Las correcciones aplicadas en la comunidad son una medida tradicional que asume en la actualidad múltiples facetas. Por ello debería alentarse a las autoridades pertinentes a que prestaran servicios de base comunitaria...".

En tercer lugar, cabe agregar que el artículo 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio expresa:

"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".

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño en sus últimas Observaciones Finales para la Argentina recomendó aplicar medidas alternativas a la privación de la libertad, siempre que ello sea posible.¹⁰⁸

También el Comité en la Observación General N° 10 ha expresado que:

"Tras la celebración de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención sobre los

¹⁰⁸ Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/C/15/Add.187, para. 63 e). Año 2002.

Derechos del Niño, se adopta una decisión sobre las medidas que se habrán de imponer al menor al que se haya declarado culpable de un delito. Las leyes deben ofrecer al tribunal / juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).¹⁰⁹

Los ejemplos mencionados en los instrumentos internacionales tienen en común, ante todo, el hecho de que se basan en su realización en la misma comunidad y apelan a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas.¹¹⁰ Asimismo tienen como objetivo evitar los contraproducentes efectos de una sanción privativa de la libertad.

Desde esta concepción, será necesario establecer una diferencia clara entre las medidas aplicables como consecuencia de la declaración de responsabilidad penal y aquellas otras que se deriven de la terminación anticipada del proceso. Ello, en tanto, las primeras son sanciones y por tanto más gravosas que las segundas.

Asimismo, debe efectuarse una aclaración que también se ha señalado¹¹¹. Deberá tenerse especial cuidado respecto de la aplicación de las sanciones no privativas de libertad, en tanto pueden no reflejar el propósito despenalizador buscado, sino que a veces, se pueden presentar como nuevas formas “encubiertas” de intervención por parte del sistema judicial y de control social. Para lograr diferenciar ambas intenciones, se debe valorar la finalidad con la que se decide la aplicación de la medida; es decir, si lo que se busca es evitar la internación del joven en centros de reclusión, o si el objetivo es la actividad judicial por encima de la tarea que le compete a la familia, a la escuela o a los servicios sociales.

En el caso de delitos leves, eventuales y sin antecedentes judiciales; las sanciones no privativas de la libertad, que se aplican dentro de un contexto institucional, fundadas solo en la necesidad de resocialización y educación del niño o adolescente, pueden tener un matiz intervencionista que no se ajusta a la finalidad a la que debieran responder y que replica el sistema tutelar que se pretende derogar.

Distinto es el caso de delitos más graves, o de reincidencia, en los que la aplicación de medidas no privativas de la libertad aparece, en principio, como una forma de evitar el encarcelamiento del adolescente y las consecuencias negativas que acarrea. Quizá sea éste el mejor resultado del principio de reintegración, visto desde su sentido negativo: esto es, el evitar los efectos desocializadores y las consecuencias estigmatizantes de la privación de la libertad.

109 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007, párrafo 70.

110 Comentario oficial a la Regla 18.1 de las Reglas de Beijing.

111 Couso, Jaime, ob.cit, pág 51.

Por estas razones resulta importante detectar cuál es el delito que está en juego y cuál es el contexto en el que se desarrolla la aplicación de la sanción.

III. SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CONCEPTOS. ENUMERACIÓN. CARACTERÍSTICAS

Conforme surge de los diversos proyectos con estado parlamentario, se esbozan algunas definiciones conceptuales a modo de ejemplo, y sin perjuicio de la aplicación de otras medidas, es necesario resaltar que todas deben ser por tiempo determinado a fin de evitar violar derechos constitucionalmente reconocidos:

a) Amonestación:

La amonestación es una llamada de atención realizada por el juez al adolescente, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para el propio adolescente, instándole a cambiar de comportamiento y formulándole recomendaciones para el futuro.

Sin perjuicio de ello, el juez deberá tomar contacto con los padres, tutores o guardadores a efectos que ejerciten las obligaciones derivadas de su calidad de tales.

b) Advertencia con apercibimiento:

La advertencia con apercibimiento consiste en un reproche que el juez efectúa en forma verbal al adolescente en presencia de sus padres o responsables y su defensor, con notificación que en caso de cometer un nuevo delito se le podrá aplicar una sanción más rigurosa, que incluso puede afectar su libertad personal.

c) Órdenes de orientación o supervisión:

Las órdenes de orientación y supervisión consisten en mandatos o prohibiciones establecidas por el Juez o Tribunal para imponer determinadas pautas de conducta al adolescente. Si se incumple cualquiera de estas obligaciones, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, modificar la orden impuesta.

d) Disculpas personales ante la víctima:

Para el cumplimiento de la medida de disculparse personalmente del daño o lesión causada a la víctima del delito, el juez requerirá previamente la opinión del adolescente, del fiscal y el consentimiento de la víctima. A los fines de su cumplimiento, se podrá labrar un acta en donde se dejará constancia de las partes presentes, sus manifestaciones, de las disculpas ofrecidas y de su aceptación.

e) Reparación del daño:

Consiste en resarcir, restituir o reparar el daño causado por el delito, en forma integral y a satisfacción de la víctima, la que deberá prestar su consentimiento y conformidad con la misma. La sanción de reparación del daño comprende:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;
- II. La indemnización por el daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean neces-

rios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos necesarios para la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

La sanción se considerará cumplida cuando el Juez determine, previa consulta a la víctima, que el daño se ha reparado en la mejor forma posible.

f) Servicios en beneficio de la comunidad:

Consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general, en entidades de asistencia, públicas o privadas como hospitales, escuelas, parques u otros establecimientos similares. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de la persona menor de dieciocho años, quien las cumplirá preferentemente en tiempo libre a fin de no perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. En ningún caso podrán implicar riesgo o peligro para ella, ni menoscabo de su dignidad.

En los casos en que sea posible, la naturaleza del servicio prestado por el adolescente deberá estar relacionada con la especie del bien jurídico lesionado.

Dentro del plan individualizado de ejecución, la unidad administrativa para el cumplimiento de la sanción deberá contener:

- I.El lugar donde se deberá realizar el servicio;
- II.El tipo de servicio que se deberá prestar;
- III. El encargado del adolescente dentro de la entidad donde se va a prestar el servicio, y
- IV. La duración del servicio que va a prestar.

g) Inhabilitación:

La inhabilitación consistirá en la prohibición de asistir a determinados lugares o frecuentar determinadas personas, así como la de conducir vehículos si el hecho se hubiere cometido por utilización de los mismos.

h) Órdenes de tratamiento:

Consiste en la obligación de someterse a un tratamiento médico o psicológico. Si el juez considera necesario imponer un tratamiento médico o psicológico, solicitará previamente un informe pericial. Si el informe lo aconseja, el juez instruirá al profesional o centro especializado que asuma la tarea, sobre el deber de informar periódicamente los resultados de la misma.

i) Otras reglas de conducta:

La imposición de reglas de conducta consiste en la determinación de obligaciones y prohibiciones ciertas y determinadas que deberán tener relación con las circunstancias que rodearon al hecho, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos. Se podrán adoptar en forma sucesiva, simultánea o progresiva, las siguientes:

- a) Fijar residencia en lugar determinado;
- b) Abstenerse de concurrir a determinados lugares, realizar alguna actividad o relacionarse con determinadas personas (inhabilitación);
- c) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas;
- d) Presentarse periódicamente al juzgado, delegación de minoridad u otro centro similar;

- e) Adoptar una ocupación u oficio si su capacidad, edad o disponibilidad horaria lo permiten;
- f) Someterse a un tratamiento médico y/o psicológico, previo informe que acredite su necesidad (órdenes de tratamiento).

IV. SANCIONES RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD AMBULATORIA. EXCEPCIONALIDAD DE SU APLICACIÓN

a) Libertad asistida:

La libertad asistida es la disposición judicial aplicable a un adolescente autor de un ilícito penal que le permite permanecer en su núcleo de origen; posibilitando, mediante la amplia tarea de un operador social, la revisión de sus condiciones de inserción en el medio comunitario y fortaleciéndolas con el objeto de disuadirlo de la futura comisión de conductas sancionadas. Consiste en cumplir programas educativos y recibir orientación y seguimiento por parte del Juez interviniente o, a su requerimiento, de la autoridad administrativa con competencia en materia de protección de la niñez y de la adolescencia o de organizaciones no gubernamentales habilitadas, con la asistencia de especialistas. Podrán incluirse en dicho plan medidas como la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, de visitar determinados lugares o aproximarse a la víctima, a sus familiares o a otras personas, u otras condiciones similares. Debe ser, en suma, una medida judicial eficaz para insertar al adolescente en un proyecto de vida enmarcado en principios de convivencia social que debe desarrollarse a partir de acciones acordadas con el joven, tendientes a promover la recuperación de su capacidad para desarrollarse como persona. Debe quedar claro que cuando se dice que la libertad asistida es una medida aplicable por una autoridad judicial y por tiempo determinado, se está haciendo mención a que ella se origina en un proceso legal, y por ello tiene el carácter de decisión judicial. No se trata de un contrato terapéutico en el que un paciente decide buscar un tratamiento y tiene la libertad de abandonarlo cuando quiera. Por el contrario, su cumplimiento es compulsivo.

b) Libertad asistida especial:

Esta modalidad de libertad asistida deberá asegurar la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario, que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable. En la resolución que apruebe el plan, el tribunal fijará la frecuencia y duración de los encuentros obligatorios y las tareas de supervisión que ejercerá.

c) Libertad vigilada:

La libertad vigilada es aquella que se otorga al adolescente que ha cumplido parcialmente la sanción privativa de libertad. Consiste en la imposición de reglas de conducta cuyo efectivo cumplimiento será responsabilidad del órgano técnico descentralizado a través de operadores especializados en la materia.

d) Privación de libertad en centro especializado y domiciliaria:

Conforme se ha expresado a lo largo del presente trabajo, la privación de la libertad se podrá aplicar como sanción alternativa, excepcional, de último recurso y por el período más breve, solo para delitos graves que la ley taxativamente debe enumerar.

El art. 37 inc. b de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve posible.

Estas características de *última ratio* y de mínima duración de la privación de la libertad implican la utilización previa de otras sanciones no privativas de la libertad o de “diversas medidas”¹¹² tal como son llamadas por la normativa internacional.

La excepcionalidad viene dada por la aplicación de la privación de la libertad a hechos excepcionalmente graves y violentos. De ahí que debe preverse expresamente, sin dejar espacio a interpretaciones, cuáles son los delitos que pueden llegar a dar lugar a sanciones privativas de la libertad para un adolescente infractor.

Es necesario fijar como estándar mínimo para la aplicación de una sanción que implique privación de la libertad, ya sea en el domicilio, durante los fines de semana o en centros especializados, la necesidad de que sea un imperativo para el juez el fundamentar de manera precisa los motivos que llevaron a la no implementación de una sanción menos gravosa.

La resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas ha fijado como límite a la pena privativa de la libertad la no existencia de otra respuesta adecuada, restringiendo el aislamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad (último recurso) y en tiempo (el más breve plazo posible).

La pena privativa de libertad deberá tener un tope significativamente inferior a la que resulte aplicable al sistema de adultos por los mismos delitos. Cabe destacar que en la gran mayoría de los proyectos de ley con estado parlamentario la pena máxima aplicable a los adolescentes es de 3 años para los jóvenes de 14 y 15 años, y de 5 para los jóvenes de 16 y 17 años ¹¹³.

Para finalizar este apartado, es necesario recordar que la aplicación de una pena restrictiva de la libertad ambulatoria no implica la restricción de otros derechos de los jóvenes.

Los instrumentos internacionales que reconocen los derechos de las personas privadas de la libertad, en particular de los jóvenes, son:

112 Art. 40 inciso 4 CDN.

113 Proyectos: 6789 -D- 2005 Diputado Emilio García Méndez, 1727 -S- 2006 Senadora María C. Perceval, 995 -S- 2006 Senadora Sonia Escudero, 841-S-2006 Senadora María L. Leguizamón, 391 -S- 2006 Senadora Vilma Ibarra.

- El Art. 37 CDN
- Art. 25 CDN
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y Reglas de Beijing. (El Comité de Derechos del Niño en sus observaciones finales efectuadas al Estado argentino, expresamente recomendó a la Argentina incorporar esas Reglas en sus leyes nacionales y en las prácticas)¹¹⁴.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N.GAOR Supp. (No. 51) p. 97, ONU Doc. A/39/51 (1984) y su Protocolo Facultativo recientemente ratificado por la República Argentina.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente). En tal sentido, en la Regla 27 de las Reglas de Beijing se prevé explícitamente la aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos .¹¹⁵
- Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (GA Res 43/179, 9.12.1988).

Garantías para adolescentes privados de libertad

Es necesario destacar que la privación de libertad no restringe otros derechos constitucionalmente reconocidos. En tal sentido la Corte IDH expresó:

“153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.

154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática” .

¹¹⁴ Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/C/15/Add.187, para. 63 f).

¹¹⁵ En particular, el comentario oficial correspondiente reconoce que algunos principios fundamentales relativos a los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios están recogidos ya en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (cuartos destinados al alojamiento, características arquitectónicas de los locales, camas, ropas, quejas y peticiones, contactos con el mundo exterior, alimentación, atención médica, servicios religiosos, separación por edades, personal, trabajo, etc.), así como los relativos a las medidas punitivas, disciplinarias y de coerción aplicables a los delincuentes peligrosos.

Continúa diciendo:

*“161. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen que: 13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”.*¹¹⁶

De los instrumentos internacionales de derechos humanos ya mencionados en el presente trabajo puede destacarse el reconocimiento de algunas de las garantías del joven privado de libertad, entre ellas:

Privación de Libertad en Centro Especializado:

Separación de jóvenes y adultos en detención, entre procesados y condenados: Art. 37 c) CDN; Regla 26.3 Reglas de Beijing; Regla 8 d) Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos; Art. 10.2 b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La pena privativa de la libertad debe llevarse a cabo necesariamente en un centro especializado separado de los adultos, además debe existir separación entre aquellos jóvenes que se encuentren en el centro como medida cautelar y aquellos que se encuentren cumpliendo una sanción.

El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución N° 4, sobre la elaboración de normas de justicia de menores, especifica que no debe mantenerse a ningún niño en una institución donde sea vulnerable a las influencias negativas de reclusos adultos.

El comentario de la Regla N° 19.1 de Beijing remarca las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario ejerce inevitablemente sobre el individuo, el cual es difícil de neutralizar. Esto sucede sobre todo en el caso de los niños y adolescentes, los cuales son especialmente vulnerables a las influencias negativas debido a la etapa de desarrollo en que ellos se encuentran.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor de Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas especificó que la separación de los jóvenes de los adultos constituye una exigencia incondicional del Pacto: "A juicio del Comité de Derechos Humanos, según se desprende del texto del Pacto, el incumplimiento por los Estados Partes de las obligaciones enunciadas en el apartado b) del párrafo 2 no puede justificarse cualquiera que sean las consideraciones que se aleguen."¹¹⁷

La prohibición absoluta y expresa de la tortura y de toda forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Art. 25, 37 a CDN, del Art. 7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo):

En lo que a este punto se refiere, debe aclararse que no es la naturaleza misma del acto sino el impacto en la víctima lo que determinará si un acto es considerado como tortura. Las características de la víctima, como su edad, son fundamentales para este análisis. Así, por ejemplo, se ha establecido que el confinamiento solitario constituye un trato cruel, inhumano o degradante cuando se aplica a jóvenes.

El Comité ha destacado la importancia del establecimiento, en especial para los niños colocados en instituciones, de procedimientos de denuncia¹¹⁸. El Comité especificó en sus Recomendaciones para la Argentina la necesidad de un *"mecanismo de presentación de denuncias al que se pueda recurrir fácilmente y que tenga en cuenta los intereses del niño"*.¹¹⁹

El CRC al respecto ha expresado que:

*"Todo niño tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta; los niños deben tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente. Deberá facultarse a inspectores calificados e independientes para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciativa; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con los menores en condiciones de confidencialidad".*¹²⁰

Prohibición absoluta del castigo corporal (Art. 37 y 19 CDN; Regla 17.3 Reglas de Beijing; Regla 67 Reglas para la protección de los menores privados de libertad; Art. 54 Directrices de Riad.):

También existe una observación explícita del Comité en este punto que recomienda a la Argentina que prohíba expresamente los castigos corporales en todas las instituciones¹²¹

¹¹⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N° 9 sobre el Artículo 10, HRI/GEN/1/Rev.2, para.2.

¹¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Orientaciones Generales para los informes periódicos, para. 61; Manual de Aplicación de la Convención, p. 515.

¹¹⁹ Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/C/15/Add.187, para. 37 f).

¹²⁰ Op. Cit. Párrafo 89.

¹²¹ Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/C/15/Add.187, para 38 - 39.

Los adolescentes alojados deben tener un trato justo y adecuado a su edad y condiciones dignas de detención.

Prohibición expresa de incomunicación, derecho de visitas, privacidad contacto familiar:

Es de vital importancia el contacto del joven con su familia y vínculos significativos. Esto genera, en primer lugar, que el joven pueda atravesar su sanción sin ser privado de este derecho, pero además también implica el control para la prevención de malos tratos o cualquier forma de tortura. En tal sentido, expresó el CRC:

“Todo niño privado de libertad tiene derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas. Para facilitar las visitas, se internará al niño en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia. Las circunstancias excepcionales en que pueda limitarse ese contacto deberán estar claramente establecidas en la ley y no quedar a la discreción de las autoridades competentes”.¹²²

Acceso a servicios educativos, los que no pueden ser suspendidos en ningún caso:

Resulta fundamental que todos los adolescentes puedan finalizar su educación y que ella no se vea interrumpida por la aplicación de una sanción. Esto brindará mayores herramientas al joven para su desenvolvimiento en la vida. Es de vital importancia que se pueda continuar la escolaridad en instituciones extramuros, es decir, de la comunidad. Si esto resultara imposible será necesario que los certificados emitidos no hagan referencia a la privación de libertad del joven a fin de evitar discriminaciones en su contra por parte de otras instituciones educativas o inserción en la vida laboral.

En este aspecto el CRC ha expresado que:

“Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Además, siempre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo.”¹²³

Derecho a atención médica y psicológica adecuada:

Es de destacar que resulta fundamental que los adolescentes que se encuentren privados de libertad deben tener garantizado su acceso a la salud, a los servicios odontológicos y de salud mental como cualquier otro joven en libertad. El Comité de Derechos del Niño ha expresado al respecto:

“Todo menor tiene derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores/correccional y a

¹²² Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007, párrafo 87.

¹²³ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007, párrafo 89.

*recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad".*¹²⁴

Capacitación del personal (Regla 22, Reglas de Beijing):

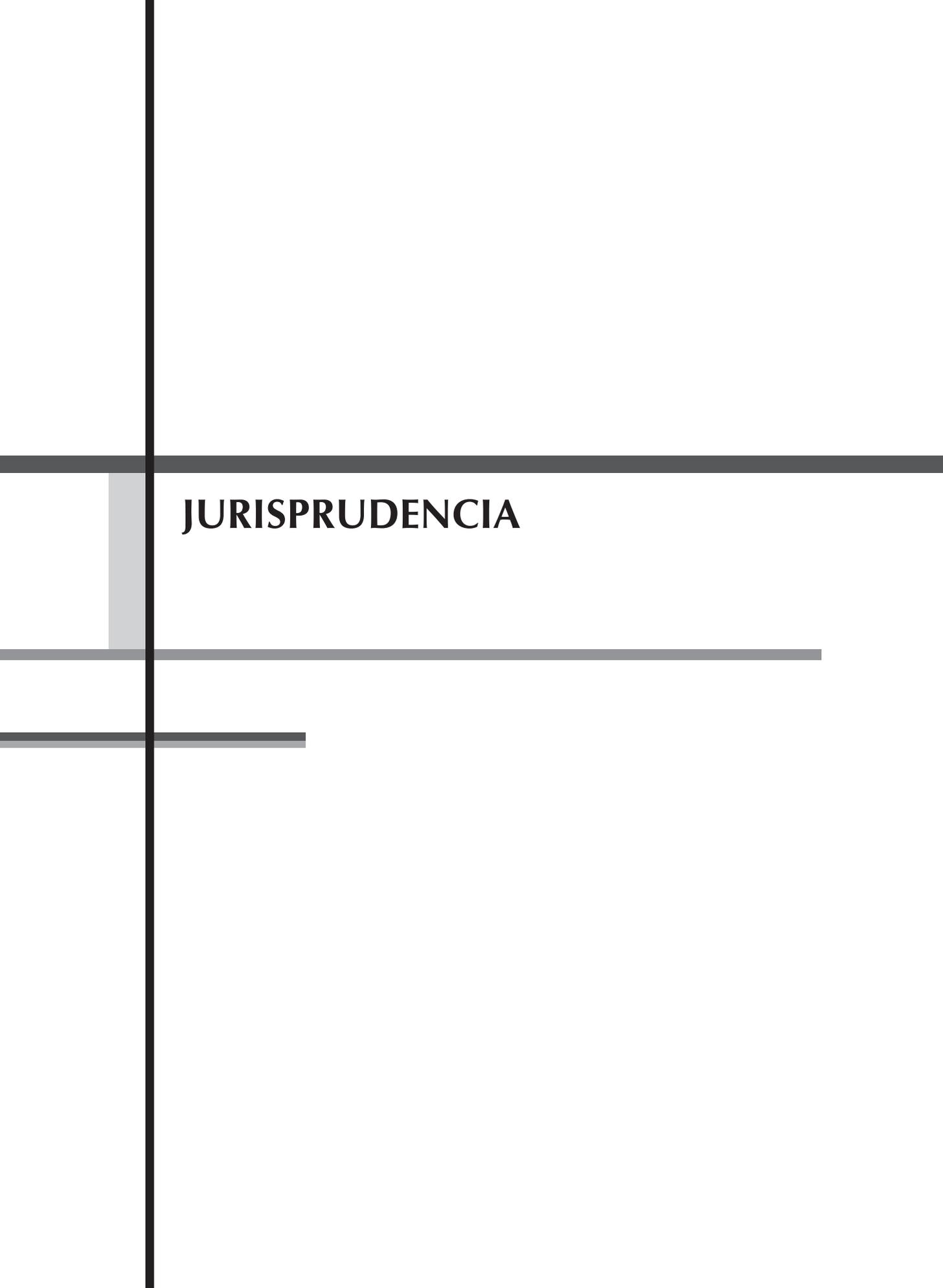
El personal que se desempeñe en estas instituciones deberá estar debidamente capacitado para el trabajo con adolescentes. Deberá procurarse además que exista suficiente personal profesional para el trabajo con los jóvenes, intentando que el personal destinado a la seguridad no sea el que prevalezca. Se deberá procurar que los profesionales que trabajen con los adolescentes estén destinados a la realización de cursos de formación, talleres de arte, capacitación para el empleo, y cualquier otra actividad que pudiera agregarse a la educación formal.

Frecuente y pronta concesión de libertad condicional (Regla 28, Reglas de Beijing)

Es indispensable que la sustitución de una sanción que se le aplica al niño no sea por una medida más gravosa. Dejar abierta la posibilidad de la aplicación de una medida más gravosa por el incumplimiento o cumplimiento retardado de las sanciones socioeducativas, llegando incluso a la privación de la libertad, implica la pérdida de ésta de su carácter excepcional y una palmaria vulneración del principio de prohibición de agravamiento de la situación procesal del niño.

De esta forma debe quedar eliminado el supuesto de incumplimiento de otras sanciones como habilitación para la aplicación de la privación de la libertad.

¹²⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007, párrafo 89.



JURISPRUDENCIA

En este capítulo se busca ilustrar cómo se ha ido conformando aquello que se ha denominado **“la condición jurídica de la infancia”**, ya sea desde la jurisprudencia a nivel internacional, la jurisprudencia nacional, o a través de otras resoluciones de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

La Convención sobre los Derechos del Niño produjo un gran impacto que permitió dar mayor visibilidad a la temática de niñez y adolescencia. Esto en parte ha generado e impulsado la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes tanto a nivel internacional como nacional.

En el primero de los niveles mencionados, y en lo que a justicia penal juvenil se refiere, se ubican las recomendaciones emitidas por los órganos que monitorean la aplicación de distintos tratados de Derechos Humanos en el sistema universal (CRC, CAT, HRC), así como también las recomendaciones y observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que promueven el efectivo goce de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que rigen la materia.

A nivel nacional, el avance en el reconocimiento de los derechos y garantías de la infancia y adolescencia en materia penal ha sido lento, puesto que continúa vigente el régimen penal de la minoridad que responde a la lógica del sistema tutelar de la minoridad. No obstante ello, los máximos tribunales del país han comenzado hace algún tiempo atrás a aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) al resolver las cuestiones que se planteaban en torno a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes sometidos al régimen penal, marcando el estándar mínimo de derechos y garantías que deben respetarse en todo proceso penal en el que estén involucrados.

Muchos de los fallos y recomendaciones ya han sido mencionados a lo largo de esta publicación, aunque se estima que es de gran utilidad la presente sistematización, para una mayor comprensión.

I. SISTEMA UNIVERSAL

Corresponde a su vez mencionar recomendaciones formuladas por organismos internacionales de importante valor a la hora de definir la política penal juvenil.

El Comité de Derechos del Niño efectuó la Recomendación N° 10 en el mes de febrero de 2007 **“Derechos del Niño en la Justicia de menores”**, en virtud de la competencia que le asigna el art. 45 inc. d, CDN.

Los puntos que interesan destacar son los siguientes:

- Alentar a los Estados Partes en el desarrollo e implementación de un sistema de justicia penal juvenil para la prevención de la delincuencia juvenil basado en lo previsto por la Convención;
- Proveer a los Estados de una guía útil para el contenido de este sistema de justicia, con especial atención en la prevención de la delincuencia juvenil, la introducción de medidas alternativas que respondan a la delincuencia juvenil por fuera del proceso judicial;
- Promover la incorporación de estándares internacionales previstos en distintos instrumentos, en particular las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de La Habana.

La Recomendación establece los principios del derecho penal juvenil y los estándares que deben tenerse en cuenta como mínimo para no incumplir con los postulados de la CDN en la materia.

Sostiene la Recomendación que no sólo deberán tenerse en cuenta las garantías que surgen de los artículos 37 y 40, sino que es de suma importancia el respeto de los derechos y garantías que surgen de los arts. 2, 3, 6 y 12 de la CDN y de los instrumentos complementarios (Reglas de Beijing, Directrices de Riad, Reglas de La Habana).

Por otra parte, menciona los aspectos a tener en cuenta al momento de regular el nuevo sistema de justicia penal juvenil:

- **Prevención:** Recomienda a los Estados Partes integrar en sus políticas de justicia juvenil con fines preventivos, las Directrices de Riad basadas en la participación de la familia, de la comunidad, de la escuela y de las organizaciones voluntarias.
- **Incorporar institutos propios de un sistema de justicia restaurativa,** como alternativas a los procesos de enjuiciamiento en materia de justicia penal, específicamente el instituto de la "Remisión del Caso". (art. 40 inc. 3 b CDN, Reglas 11 y 14 de las Reglas de Beijing)
- **Edad Mínima:** El Comité consideró la necesidad de proveer a los Estados Partes claras recomendaciones y guías para fijar la edad mínima de punibilidad toda vez que se detectan variedades muy amplias en los mínimos de edad fijados por los Estados Partes.

La pauta está fijada por el Art. **40 apartado 3 inciso a de la CDN** que significa que por debajo de la edad mínima el niño no puede ser declarado responsable en un proceso penal, pudiendo, de ser necesario, aplicarse medidas de protección para su interés superior. Sobre dicha edad, los adolescentes pueden ser formalmente sometidos a proceso penal.

La Regla 4 de Beijing recomienda que el comienzo de la edad mínima no debe fijarse a una edad muy temprana. Consecuentemente, la edad por debajo de los 12 años no es aceptada internacionalmente como edad mínima.

Los Estados Partes que hayan fijado una edad por debajo de los 12 años deben elevarla a dicho mínimo, debiendo continuar este incremento de edad a un nivel más elevado y, el Comité solicita a los Estados Partes que tengan edades más elevadas, no disminuirla a 12 años.

La edad máxima para la aplicación de leyes penales juveniles está fijada hasta los 18 años al momento de la comisión del delito motivo por el cual, es recomendación del Comité que los Estados Partes que consideran a los niños de entre 16 y 17 años como jóvenes adultos aplicándoles la normativa de adultos, modifiquen esta práctica.

Garantías durante el proceso: Las garantías para un proceso justo están contenidas principalmente en el art. **40 inciso 2** de la CDN. Este artículo enumera una lista de garantías que los Estados Partes deben respetar y garantizar para que los niños a los cuales se les impute que hayan cometido algún delito tengan un proceso justo.

El Comité destaca que es condición clave para una efectiva implementación de las garantías la **calidad de las personas involucradas** en la administración de la justicia juvenil. Consecuentemente es importante el entrenamiento y capacitación de los profesionales que intervienen en todo el proceso penal de niños.

Asimismo, el Comité reconoce que las garantías previstas en el art. 40 inciso 2 de la CDN establecen el piso mínimo, debiendo los Estados Partes fijar estándares más elevados. Entre las garantías mencionadas, se encuentran:

- a) Presunción de inocencia,
- b) Información de los cargos: el Comité opina que proveer la información del niño a sus padres o representantes legales no es una alternativa para comunicarse con el niño. La información debe ser suministrada de manera directa al niño. El Comité recomienda que los Estados Partes fijen plazos límites para los períodos entre la comisión del acto y la finalización de la etapa de investigación policial, la decisión del fiscal de imponer cargos contra el niño y la decisión final de tribunal.
- c) Defensa técnica u otra asistencia,
- d) Decisiones sin dilaciones y en presencia de sus padres: estos plazos deben ser más cortos que los de los adultos y los niños deben contar en todas las etapas del proceso, empezando por el interrogatorio en sede policial, con una defensa técnica u otra asistencia adecuada,
- e) Libertad para declararse culpable: el Comité recomienda que cuando haya confesión voluntaria de parte del niño se tome en cuenta su edad, la duración del interrogatorio y la presencia del abogado o asistencia, de los padres o representantes legales. Asimismo, el Comité recomienda el entrenamiento y capacitación de las autoridades policiales u otra autoridad de investigación para evitar prácticas que conlleven a los testimonios o confesiones inducidas,
- f) El derecho de apelar,
- g) Asistencia gratuita de un intérprete y
- h) El Respeto a su vida privada.

Formas alternativas de finalización del proceso: El Comité enfatiza las posibilidades de las autoridades competentes, específicamente los órganos de persecución penal, de fomentar la aplicación de formas alternativas de finalización del proceso penal.

En dichos procesos alternativos deben aplicarse las mismas garantías que las previstas en el art. 40 de la CDN para los procesos penales.

La organización de la Justicia Juvenil: A fin de implementar todas las garantías enumeradas precedentemente es necesario el establecimiento de una efectiva organización de la justicia juvenil, tal como lo prevé el art. 40 inciso 3 de la CDN en cuanto a las leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños.

Leyes y procedimientos: El Comité considera que queda librado a los Estados Parte decidir si las leyes de niños deben incluirse en un capítulo separado a la ley general penal y procesal penal o si sancionan una ley específica de justicia penal juvenil.

Autoridades e instituciones: La justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas como policías, tribunales, fiscales y defensores.

El Comité recomienda a los Estados Partes incluir a las ONGs en el proceso activo de desenvolvimiento e implementación de la política de justicia juvenil y de proveerlos de los recursos necesarios para ello.

Obtención de datos, evaluaciones e investigaciones: El Comité solicita a los Estados Partes la recolección constante de información relevante y la realización de investigaciones sobre las prácticas de la administración de la justicia juvenil.

II. SISTEMA INTERAMERICANO

En primer lugar interesa a los efectos de este apartado hacer una mención respecto de las resoluciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que son de trascendental importancia a fin de establecer los estándares de derechos humanos que deben ser aplicados por los Estados.

Roach y Pinkerton. CASO 9647. Informe 3/87

Tema: Aplicación de las normas Ius Cogens en el Derecho Interno

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) basó su decisión en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, en tanto el Estado denunciado no es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su petición ante la CIDH los peticionantes alegaron que los Estados Unidos violaron el derecho a la vida, derecho especial de protección a la infancia y la prohibición contra penas crueles, infamantes o inusitadas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al ejecutar a personas por crímenes cometidos antes de la edad de dieciocho años.

Recomendación de la Comisión

La CIDH manifiesta en primer lugar que "Los Estados Unidos son Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos, pero no son un Estado Parte de la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, no puede opinarse que esté en contravención del Artículo 4 (5) de la Convención.” (párr. 47)

Como consecuencia de los artículos 3 j, 16, 51 e, 112 y 150 de la Carta –de la OEA-, las disposiciones de otros instrumentos de la OEA sobre los derechos humanos adquirieron fuerza obligatoria. Tales instrumentos, aprobados con el voto del Gobierno de Estados Unidos, son los siguientes:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948).
- Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Al fundar la decisión la Corte analizó que al haber Estados en los Estados Unidos que penan con la muerte a los niños y otros que no, el Estado federal no garantiza, y por lo tanto viola, el derecho a la vida en condiciones de igualdad en todos los Estados de la federación.

Así concluyó: “El hecho de que el Gobierno de los Estados Unidos deje a discreción de cada Estado de la Unión la aplicación de la pena de muerte al menor de edad ha producido un mosaico de leyes que sujetan la severidad del castigo no a la naturaleza del crimen sino al lugar donde éste se cometió. El ceder a las legislaturas estatales la decisión de si un menor de edad puede ser o no ejecutado no es equivalente a dejar a discreción de cada Estado de la Unión la determinación de la mayoría de edad para adquirir bebidas alcohólicas o para contraer matrimonio. La falla del gobierno federal consiste en no haberse adueñado de la legislación del más fundamental de todos los derechos, el derecho a la vida. De ahí que los Estados Unidos tengan un muestrario de legislación arbitraria que trae como consecuencia la aplicación arbitraria de la privación de los derechos a la vida y a la igualdad ante la Ley, lo cual es contrario a los artículos I y II de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente”. (párr. 63)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Villagrán Morales y Otros”, 19 de noviembre de 1999

Tema: Valor de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de la Infancia

La Comisión Interamericana presentó ante la Corte Interamericana una demanda contra la República de Guatemala. La demanda se fundamenta en la violación por el Estado Guatemalteco de los arts. 1.1, 7, 4, 5.1, 5.2 8.1, 25, 19 de Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El hecho que origina dicha presentación, se refiere a dos jóvenes y tres niños que vivían en la calle de un barrio carenciado de Guatemala que fueron secuestrados, torturados y asesinados por personal de las fuerzas policiales nacionales. A su vez, todos los procesados por el hecho fueron absueltos por los Tribunales que componen el Poder Judicial de dicho Estado al considerar que no existían pruebas suficientes.

Desarrollo

La Corte dio por probado los hechos denunciados y resolvió que el Estado Guate-

malteco había violado los arts. 1.1, 4, 5.1, 5.2, 7, 19, 8.1, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, para lo cual sostuvo:

“La interpretación evolutiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte como la Corte Europea han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (...)” (considerando 193)

*“(...) Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un **muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños** que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la Convención Americana” (considerando 194) (el resaltado no está en el original)*

Opinión Consultiva OC 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 28 de agosto de 2002.

Tema: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

En el año 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) en respuesta a la solicitud efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) y, en ejercicio de su función consultiva de acuerdo al art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dictó la Opinión Consultiva N° 17 por la cual sentó ciertos criterios en torno a la condición jurídica de la Infancia así como de sus derechos y garantías en los procedimientos tanto administrativos como judiciales en los que sus intereses se encuentren comprometidos.

Respecto a la condición jurídica de los niños, la Corte se ha expresado, fijando los siguientes criterios:

En relación a los instrumentos jurídicos que deben ser utilizados para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la Corte sostuvo:

“(...) el Tribunal destacó la existencia de un “muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana”. (párr. 24)

A su vez, la Corte ha expresado:

“(...) Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los De-

rechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos - y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.” (párr. 54)

En cuanto a las garantías que rigen los procesos judiciales o administrativos ha establecido lo siguiente:

“Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.” (pto. 10)

En materia penal juvenil y respecto de los temas que han sido expuestos, la Corte ha establecido lo siguiente:

“(...) el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia (...) la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (...)” (párr. 97)

En cuanto al principio de legalidad penal surge:

“La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. (...) el principio de legalidad penal “implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños.” (párr. 108)

“(...) la conducta que motive la intervención del Estado (...) debe hallarse descrita en la ley penal (...) otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas.” (pto. 12 del decisorio)

Garantía Procesal de especialidad-especificidad:

“Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma dife-

renciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.” (párr. 109)

“Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallen en juego los intereses de los menores de edad. (...)” (párr. 135)

Bulacio, Walter, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia 18 de septiembre de 2003

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra la República Argentina y solicitó a la Corte que declarara la violación en perjuicio de Walter David Bulacio de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 19 (Derechos del Niño), así como los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) en detrimento de aquél y sus familiares, todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana. Igualmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar diversas reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

Finalmente 26 de febrero de 2003, ante el reconocimiento del Estado de su responsabilidad internacional por la violación a los derechos humanos de Walter David Bulacio y su familia y reconoce que Walter David Bulacio fue víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado ejercicio del deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales, se firmó el acuerdo de solución amistosa entre el Estado, la Comisión y los representantes de los familiares de la presunta víctima. En este sentido la Corte estableció las medidas a cumplir por parte del Estado tanto pecuniarias como no pecuniarias.

En este último supuesto corresponde resaltar las siguientes consideraciones realizadas al Estado Argentino:

A) Investigación y Sanción de los Responsables

Respecto de este punto la Corte establece que:

*“110. Esta Corte ha señalado en diversas ocasiones que el Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado.”*¹²⁵

*111. La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia.”*¹²⁶

*112. Esta Corte ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse “con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”¹²⁷. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación “[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.*¹²⁸

115. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

118. De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación.

119. Además, conviene destacar que el Estado ha aceptado su responsabilidad internacional en el presente caso por la violación de los artículos 8 y 25 de la

¹²⁵ Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 184; Caso del Caracazo, Reparaciones, supra nota 5, párr. 115; Caso Las Palmeras, Reparaciones, supra nota 5, párr. 66; Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, supra nota 30, párr. 99; Caso Bámaca Velásquez, Reparaciones, supra nota 30, párrs. 76 y 77; y Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, supra nota 30, párrs. 69 y 70.

¹²⁶ Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 110; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 30, párr. 172; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144-145. En igual sentido, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 3, supra nota 123; María Fanny Suárez de Guerrero v. Colombia. Comunicación No. R.11/45 (5 de febrero de 1979), U.N.Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) en 137 (1982), pág. 137.

¹²⁷ Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 144; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 30, párr. 212; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 69, párr. 226.

¹²⁸ Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 144; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 30, párr. 212; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 69, párr. 226.

Convención Americana, que consagran los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, respectivamente, en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares (supra 31-38). Asimismo, esta Corte ha tenido como probado (supra 69.C.6) que a pesar de haberse iniciado varios procesos judiciales, hasta la fecha más de doce años después de los hechos nadie ha sido sancionado como responsable de éstos. En consecuencia, se ha configurado una situación de grave impunidad.

120. La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.¹²⁹

121. A la luz de lo anterior, es necesario que el Estado prosiga y concluya la investigación del conjunto de los hechos y sancione a los responsables de los mismos. Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Los resultados de las investigaciones antes aludidas deberán ser públicamente divulgados, para que la sociedad argentina conozca la verdad sobre los hechos (supra 96)."

B) Garantía de no repetición de los hechos lesivos

El Tribunal realizó algunas consideraciones relacionadas con las condiciones de detención de los niños y, en particular, acerca de la privación de la libertad a los niños.

"124. Como lo ha señalado en ocasiones anteriores, esta Corte reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de "garantizar su seguridad y mantener el orden público".¹³⁰ Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho.

130. Por otra parte, el detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada.

¹²⁹ Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párrs. 143 y 185; Caso Las Palmeras, Reparaciones, supra nota 5, párr. 53.a); y Caso del Caracazo, Reparaciones, supra nota 5, párrs. 116 y 117.

¹³⁰ Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 86; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párr. 101; y Caso Bámaca Velásquez, supra nota 30, párr. 174; y Caso Durand y Ugarte, supra nota 30, párr. 69. Vid., en un sentido parecido, Caso del Caracazo, supra nota 3, párr. 127.

132. *Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos,¹³¹ que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores. Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores, es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones.*¹³²

134. *Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.*¹³³

135. *En este sentido, se han formulado diversas consideraciones específicas sobre la detención de niños, que, como lo ha señalado esta Corte y se reconoce en diversos instrumentos internacionales, debe ser excepcional y por el período más breve posible.*¹³⁴

136. *Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido¹³⁵. Finalmente, el derecho de los detenidos de establecer comunicación con terceros, que les brindan o brindarán asistencia y defensa, se corresponde con la obligación de los agentes estatales de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aún cuando éste no lo haya solicitado.*¹³⁶

137. *La Corte considera probado que en la época de los hechos se llevaban a cabo en la Argentina prácticas policiales que incluían las denominadas razzias, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de policía. El Memorandum 40 facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos (supra 69.A.1). Las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener - salvo en hipótesis de flagrancia - y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.*

C) Adecuación de la normativa interna a la normativa de la Convención Americana

“141. De conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, los Estados Partes se encuentran en la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos

131 Cfr., Eur. Court HR, *Dougoz v. Greece* Judgment of 6 March 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-II, párrs. 46 and 48. Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, European Union. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], párrs. 33 - 34.

132 Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 189; y Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Reparaciones, supra nota 30, párr. 203.

133 Cfr., Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 4, párr. 56.

134 Cfr., Artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; y reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985).

135 Cfr., Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 4, párr. 78.

136 Cfr., Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, 9th General Report [CPT/Inf (99) 12], para. 21.

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención”.

Finalmente, en lo que atañe al presente trabajo, la Corte decidió que:

4. El Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados, en los términos de los párrafos 110 a 121 de la presente Sentencia.

5. El Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 122 a 144 de la presente Sentencia.”

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, 2 de septiembre de 2004

Tema: Análisis de los derechos de niñas, niños y adolescentes sometidos a proceso

El 20 de mayo de 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra el Estado del Paraguay solicitándole que declarara la violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos ellos en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Coronel Panchito López” de dicho Estado, entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, y de aquellos que posteriormente fueron remitidos a las penitenciarías de adultos del país.

La Corte comienza el desarrollo de la sentencia remarcando que los niños, al igual que los adultos, “poseen los derechos humanos 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 Estado”, lo que debe entenderse como un derecho adicional, complementario, teniendo en cuenta que se trata de seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial.

En relación a los derechos de los niños que se encuentran privados de su libertad, la Corte destaca que “... quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal...”. Es decir que, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, debiendo asumir una serie de responsabilidades particu-

lares y debiendo tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse, como el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso "... el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana..."

Asimismo, es de suma importancia lo referido por Corte en tanto deja establecido que no responde a los estándares de derechos humanos restringir otros derechos, el cual el Estado debe garantizar, y en tal sentido manifiesta que:

"153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.

154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.

155. La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad".

A su vez la sentencia analiza el alcance de las obligaciones que asume un Estado al momento de la ratificación un tratado de derecho internacional y establece que:

"... una norma consuetudinaria universalmente aceptada prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados..."

Privación de la libertad: medida excepcional

La Corte comienza remarcando que “...el contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad.”

La Corte destaca la excepcionalidad de la prisión preventiva, la que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En el caso de niños, la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma general debe ser la aplicación de medidas alternativas a la misma. Entre las medidas que señala la Corte, se encuentran: la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. Este precepto está regulado en diversos instrumentos y reglas internacionales, entre ellas en el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La sentencia de la Corte establece la responsabilidad del Estado del Paraguay por la violación de los artículos 2, 4.1, 5.1, 5.2, 5.6, 8.1 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de todos los niños internados en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.

III. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Se estima que como punto de inicio que marcó un importante cambio en la jurisprudencia nacional, es relevante mencionar los considerandos más importantes brindados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Ekmekdján c/ Sofovich dictado en el año 1992 antes de la reforma constitucional argentina que data del año 1994. Este fallo fue de trascendental importancia pues fija el valor que instrumentos del sistema interamericano tienen en nuestro derecho interno.

Entre otros considerados la Corte establece:

“que (...) la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse”.

“(...) que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865 - confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado inter-

nacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta Convención ha alterado la situación que el ordenamiento jurídico argentino contempla en los precedentes (...), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena (...)"

"Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27(...)".

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Maldonado, Daniel E. y otro, CSJN, 7 de diciembre de 2005

Tema: Derechos y Garantías de los Adolescentes sometidos a proceso penal. Regla para la imposición de pena.

El 7 de diciembre de 2005 la Corte dicta este importante antecedente jurisprudencial que tiene lugar a partir de los pronunciamientos del Tribunal Oral de Menores N° 2 y de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Los hechos:

Daniel E. Maldonado fue juzgado por los delitos cometidos cuando contaba con dieciséis años y diez meses de edad, declarado coautor penalmente responsable el 5/5/2000, a los diecinueve años cuando se hallaba bajo tratamiento tutelar, y condenado por el Tribunal Oral de Menores el 5/11/2002 a la pena de catorce años de prisión cuando ya había cumplido veintiún años.

Contra ese fallo, el fiscal general interpuso recurso de casación y la sala 1ª de la Cámara decidió casar la sentencia y condenar al nombrado a la pena de prisión perpetua, siendo decisivo para ello el argumento del fracaso del tratamiento tutelar por el que atravesó el adolescente.

La cuestión versa sobre si el régimen penal de menores vigente, al que confluyen las mencionadas normas de derecho internacional y de derecho interno, permite la aplicación de la prisión perpetua o si su reducción según la escala de la tentativa, conforme al artículo 4 de la ley N° 22.278, resulta un imperativo constitucional.

Los puntos esenciales que el fallo toma en consideración son: la edad del infractor como un factor determinante, el respeto al principio de culpabilidad, el respeto a las garantías básicas procesales más el plus de garantías correspondientes a las personas en desarrollo, el derecho a ser oído, la proporcionalidad de la pena y el fin resocializador de la pena.

“ (...) Si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a los adolescentes en conflicto con la ley les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal. En este orden de ideas, la ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados, y la Opinión Consultiva de la Corte IDH, en su párrafo 54 dispone que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.”

“Estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa.”

“Es decir, que cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente a la de los adultos, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente. En el caso de los menores de dieciocho años cualquier elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquiere una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena, la que debe ser proporcional a la culpabilidad del autor”.

Garantía a ser oído antes de que se lo condene:

Atendiendo a los artículos 41, inc. 2, in fine (el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del condenado) y 4 de la ley N° 22.278, la Corte concluye que una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada. Así entiende que la impresión directa que se lleve el juez de la entrevista con el procesado es un imperativo del ordenamiento argentino, reforzado por la CDN en su art. 12. Agrega que se trata de un derecho fundamental al tratarse de menores porque se encuentra en juego la posibilidad de que en virtud de esa entrevista se atenúe la pena.

Sanción aplicable:

En este punto la Corte ha establecido que al momento de que el Estado determine la sanción aplicable a una persona que cometió un delito cuando tenía entre 16 y 18 años, la reacción punitiva debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto fijado que es deber para los jueces. Por ello ha dicho:

“Que, en apariencia, es cierto que la circunstancia de que Maldonado fuera menor ya es un requisito necesario para la aplicación de la escala atenuada y que, en consecuencia, no aporta nada para decidir la alternativa planteada por el art. 4 Ver Texto ley 22278, aplicable sólo respecto de menores. De acuerdo con esta norma, una vez cumplidos los dieciocho

años, la decisión acerca de si habrá de aplicarse pena respecto del menor previamente declarado responsable incluye, en este último supuesto, la posibilidad de atenuar la pena que normalmente se aplica a los mayores, de acuerdo con la escala reducida de la tentativa. En este sentido, para que la alternativa exista, el hecho debe haber sido cometido entre los dieciséis y los dieciocho años” (párrafo 7) y que “cuando se trata de hechos cometidos por menores, (...), en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente” (párrafo 14)

Asimismo sostuvo que:

“(...) “necesidad de la pena” a que hace referencia el régimen de la ley 22278 en modo alguno puede ser equiparada a “gravidad del hecho” o a “peligrosidad” (...). Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de dieciocho años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40 Ver Texto inc. 1)” (párrafo 22)

“Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5 Ver Texto inc. 6 CADH.) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10 Ver Texto inc. 3 PIDCyP.) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más restrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento” (párrafo 23)

“Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.” (párrafo 40)

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal Juicio de Menores. LEY 22.278. Art. 1. Art. 412 CPPN. Inconstitucionalidad (C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª; G. F. D. y O; 06/12/2006; SJA 7/2/2007)

Tema: Inconstitucionalidad Régimen Penal de la Minoridad. Decreto-ley 22.278 Con fecha 6 de diciembre de 2006, la Sala 1ª de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2,3 y 4 del decreto-ley N° 22.278.

Entre sus fundamentos más importantes se encuentran los siguientes:

“Este modelo de intervención, conocido como “la doctrina de la situación irregular”, se basa fundamentalmente en la idea de un Estado paternalista, que habilita la intervención de sus órganos (judicial y administrativo) bajo el argumento de protección mediante mecanismos de tutela dirigidos a resocializar al menor.”

“La exégesis de las leyes 10.903, 22.278 y el artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación revela que la doctrina de la situación irregular encierra un grave defecto: no logra distinguir entre la atención de situaciones de desprotección, desamparo o abandono y la persecución y juzgamiento de hechos calificados como delitos por la ley penal. La confusión en la que incurre es la responsable de que se vulneren las garantías de las que goza, sin importar la edad, toda persona sujeta a proceso penal.”

“(…) el tratamiento especial que importan las medidas tutelares es impuesto, con independencia de la declaración de responsabilidad penal, en base a las características personales del menor, su eventual “peligrosidad” y su situación familiar, como resultado de diversos estudios que se realizan previamente sobre él. De este modo, la culpabilidad por el acto, de raigambre constitucional, es desplazada en la práctica por un “derecho penal de autor.”

“Respecto de las medidas que la ley penal de minoridad lleva a adoptar durante los procesos seguidos a menores imputados de cometer delitos, es posible afirmar que todas confluyen en la opción de disponer definitivamente o no del menor, vulnerando el principio constitucional de inocencia. La utilización de eufemismos, tales como “tutelar” o “institucionalización”, ofrece una visión distorsionada de la realidad (…)”

“La nueva concepción de la niñez importa la exigencia de que los niños infractores de la ley sean tratados respetando el sentido de su dignidad, que en principio se traduce en la imposibilidad de que se encuentren en peor situación que un adulto que hubiese realizado la misma conducta delictiva.”

“(…) El rol del Estado, es entonces, el de ser garante de los derechos del niño, ya que en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado no sólo debe reconocer sino, sobretudo, garantizar los derechos de los individuos bajo su protección.”

C. 22.821 - 'Incidente de incompetencia de L., Y. A.' - C.N. Crim. y Correc. Fed. - Sala II - 28/12/2005

Tema: Especialidad y Especificidad del proceso penal seguido contra personas menores de edad (Art. 40 inc.3 CDN)

La defensa sostiene que la presente causa en la que se encuentra imputada Y. L. por el delito previsto en el artículo 14, primer párrafo, de la ley N° 23.737, debe ser remitida a la justicia de menores pues ese fuero especializado es un ámbito más adecuado que la justicia federal para intervenir en situaciones en que una persona menor de edad entra en conflicto con la ley penal.

La Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal analiza los art. 3 inc. 1 y art. 40 inc. 3 y la Opinión Consultiva N° 17 explicando la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino al comprometerse, de acuerdo a estas disposiciones a promover la creación de leyes, procedimientos e institucionales "específicas" para los niños, brindándoles un trato diferenciado del que reciben los adultos también comprometidos con la ley penal.

Para resolver haciendo lugar al recurso y remitir la causa al Juzgado de Menores en turno, sostuvo:

"(...), es desacertado supeditar la efectivización del principio de que los menores de edad sean juzgados por tribunales especializados a una eventual modificación de las reglas de distribución de competencia que contiene la ley procesal, toda vez que corresponde también a los tribunales locales el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado (ver en ese sentido. CSJN, Fallos 318:514, y causa E. 224.XXXIX. Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David- 23/12/04, voto del Dr. Antonio Boggiano."

"No puede sobreponerse al establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el tratamiento de la problemática delictiva de menores de edad, el interés en una administración de justicia unificada en procura de mayor eficiencia en la represión de todas las actividades vinculadas con estupeficientes, que persigue el artículo 34 de la ley N° 23.737 atribuyendo competencia federal en todos los casos en atención a que supeestamente siempre se encontraría comprometida la seguridad nacional (CSJN, Fallos 292:534), el que hoy en día puede considerarse relativizado con la reciente sanción de la ley N° 26.052."

Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal Famoso, Elizabeth y otro s/ procesamiento e internación" - C.N. Crim. y Correc. de la Capital Federal - Sala I - 17/03/2004 C. 22.909

Tema: Disposición provisional y garantías del debido proceso

La defensa oficial del joven imputado, ante la resolución judicial por la cual se dispone la internación del joven, interpuso un recurso de apelación fundado principalmente en que la medida adoptada estaba fundamentada sobre la base de apreciaciones

subjetivas e imprecisas, y que estas consideraciones violarían el principio de reserva (artículo 19, CN). Asimismo, la letrada cuestionó la exégesis que la Jueza realiza de la CDN, en relación con la procedencia de la disposición y el internamiento decretados. En este sentido, la Sra. Defensora entiende que el dictado de dicha medida no surge del texto del tratado y, más aún, que éste hace referencia a medidas tutelares no judiciales, medidas alternativas a la institucionalización.

Ante esta situación, la Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso y sostuvo que:

"(...) Sin embargo, dicho derecho - libertad ambulatoria - puede ser restringido excepcionalmente en el marco de un proceso penal cuando se reúnan ciertas circunstancias, a saber: sospecha fundada de que el imputado ha participado en un hecho reprimido con pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento; prueba de que en caso de que el imputado permanezca en libertad se pondrá en peligro los fines del proceso; y prueba de que dichos fines no pueden ser resguardados mediante una medida menos restrictiva. Es decir que, una vez probado el peligro procesal en el caso concreto, es necesario advertir que la privación de la libertad de una persona debe decretarse sólo como ultima ratio, cuando hayan fracasado otras medidas asegurativas del proceso y quede demostrado que los fines perseguidos no pueden ser alcanzados mediante una medida menos lesiva de los derechos de las personas."

"Además, la medida restrictiva de la libertad procede por un tiempo breve y siempre y cuando no hayan desaparecido las circunstancias que la justificaron. En este sentido es de aplicación, a su vez, el criterio sentado por esta Sala in re: "Barbará, R. R. s/exención de prisión", causa No 21.143, rta., 10/12/03."

"Estos principios, que se desprenden de la excepcionalidad de la restricción de la libertad durante el proceso penal, rigen independientemente de la edad de la persona sometida a proceso. De hecho el CPPN los ha positivizado en sus artículos 280 y 411. Cabe señalar que, en contraposición con lo afirmado por la jurisprudencia anterior de esta Cámara (cfr., entre otros. Sala V, causa No 20.977, "Romero, Nelson A.", rta. 7/3/03), no es óbice para la aplicación del artículo 411 - que exige "motivos para presumir que [el joven] no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones"- la disposición contenida en el artículo 315 del mismo cuerpo legal. Este último debe interpretarse de manera tal que se resguarden los derechos y garantías de los que son titulares los imputados menores de edad. Esto supone, entre otras cosas, el respeto por el derecho a la libertad personal y el principio de inocencia del adolescente "sometido a proceso".

"En este sentido cabe señalar que el argumento según el cual las disposiciones referentes a la prisión preventiva no se aplican a los menores de edad y que por lo tanto no rigen respecto de una medida tutelar -por ejemplo, el internamiento- los límites impuestos a aquélla son insosteni-

bles. Ello pues en tanto, como lo hemos afirmado precedentemente, dicha medida supone la restricción de la libertad del imputado menor de edad, independientemente de los motivos que la justifiquen. Por "privación de la libertad" se entiende "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública" (cfr., regla 11.b, de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, incorporadas a la legislación actualmente vigente en la Ciudad de Buenos Aires por la ley 114, artículo 12).

"De esta interpretación que la Corte Interamericana ha realizado del instrumento interamericano y de los demás tratados sobre derechos humanos - cuya jurisprudencia ha sido reputada como guía de interpretación de los preceptos de la Convención Americana, por la Corte Suprema nacional en el fallo "Giroldi", del 7/4/95-, se desprende que cualquier medida que se adopte durante el proceso respecto de un joven imputado de la comisión de un hecho sancionado por el Código Penal como delito - incluida la internación - sólo puede justificarse por motivos cautelares. Particularmente, los de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; [g]arantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la investigación penal; [a]segurar la ejecución penal" (del voto del juez Donna en la citada causa "Barbará") "Cualquier otra circunstancia que se alegue para decretarla convertirá a la medida en cuestión en ilegal".

Del conflicto que se plantea entre la Constitución Nacional y las normas de jerarquía inferior a ésta, surge que

"(...) tanto los artículos 2 y 3 de la ley 22.278/22.803, como el artículo 412, segundo párrafo, CPPN, autorizan al juez penal -en la primera norma más bien es un mandato- a disponer provisoriamente de la persona menor de 18 años de edad imputada de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad superior a los dos años. Esta medida se justifica en la necesidad de cumplir tempranamente el tratamiento tutelar exigido por el artículo 4 de dicha norma para aplicar la pena correspondiente o acceder a los beneficios allí enumerados. Además, se autoriza al juez a adoptar una disposición definitiva del joven cuando "de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta" (cfr., artículo 2, ley N° 22.278/22.803). Tanto una como otra implica la restricción de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el discernimiento de la guarda del joven dispuesto, y supone amplias facultades discrecionales en cabeza del órgano jurisdiccional para adoptar cualquier tipo de medida - incluso la internación- (cfr., artículo 3, ley citada). En igual sentido, el segundo párrafo del artículo 412, CPPN, le confiere al juez amplias atribuciones: desde la entrega del joven para el cuidado y educación de sus padres o a otra persona o institución".

“Estas disposiciones evidentemente entran en coalición con el derecho al debido proceso y el principio de inocencia, que exigen que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena. Ello en tanto según el artículo 18, CN, cualquier intervención coactiva que se aplique antes de tal resolución definitiva -particularmente cuando se trate de una medida restrictiva de la libertad- debe estar fundada estrictamente en cuestiones de carácter procesal debidamente probadas y debe cubrir una serie de exigencias (mérito sustantivo, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, por el tiempo más breve que proceda), que no aparecen enunciadas en las normas antes citadas”.

“Estas circunstancias, por lo demás, afectan gravemente el principio de estricta legalidad (artículo 18, CN), que rige sólo para la ley penal -por afectar ésta la libertad personal de los individuos-, la que “está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican. Esta es la garantía estructural que diferencia al derecho penal en el estado ‘de derecho’ del derecho penal; de los estados simplemente ‘legales’, en los que el legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley” (Luigi Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trola, Madrid, 2000, p.379).

Alagastino, A. L; C.N.Crim. y Correc. Sala I, causa: 24.158, Rta: 27/08/2004.

Tema: Derecho a contar con defensa técnica en el expediente tutelar

La defensa técnica del joven interpuso un recurso de apelación contra la decisión del Juzgado de Menores que denegó la posibilidad del adolescente de contar con un abogado de confianza para su defensa en el expediente tutelar, por entender el Juez que el adolescente se hallaba representado por el Defensor Público de Menores e Incapaces.

La Cámara Criminal y Correccional de la Capital hizo lugar al recurso y sostuvo que:

“Si del auto que rechaza la propuesta efectuada por el padre del menor, no surge fundamento jurídico que habilite al juez para realizarlo, máxime si se tiene en cuenta que, pese a tratarse de dos legajos materialmente distintos, tanto el tutelar como el principal versan sobre una persona única, el derecho de defensa en juicio del imputado ha sido vulnerado. La Convención sobre los Derechos del Niño garantiza a los niños imputados de delitos la asistencia jurídica u otra que sea apropiada para su defensa (art. 40.2, b, ii), sin que ello implique la imposición de cierto tipo de asistencia por parte del Estado. Las garantías constitucionales deben jugar en favor del menor en el expediente tutelar, ya que es ahí donde puede verse afectada su libertad. Es en ese trámite donde deben otorgársele, por intermedio de quien corresponda, el ejercicio de sus derechos constitucionales, como ser, entre otros, el derecho de ser oído, nombrar un abogado defensor, e interponer los recursos pertinentes.

Tribunal Oral de Menores de la Ciudad de Buenos Aires. Legajo disposicional Nro. 2495 del Tribunal Oral de Menores 2 respecto de “S.F.O.” Año 2004.

Tema: Principios que rigen la privación de libertad durante el proceso/ Medidas de coerción procesal.

La defensa técnica del adolescente solicitó en el expediente tutelar su libertad por la aplicación de su legislación específica: art. 411 CPPN y art. 37 CDN. Estas disposiciones son las que establecen las garantías mínimas a respetar para la internación de un adolescente. Establecen que la privación de la libertad es una medida excepcional, de ultima ratio, determinada y que sólo procede por el plazo más breve posible. Sostuvo a su vez que la internación con fines tutelares es un agravante del instituto de la prisión preventiva al no cumplir con estas garantías básicas.

Lo trascendente del fallo es que si bien se deniega el pedido de libertad, éste se hace en consideración al “riesgo procesal” es decir, a lo establecido en el art. 411 CPPN¹³⁷ que los supuestos por los cuales los adolescentes pueden ser privados de su libertad, norma que hasta ese momento, había sido dejada de lado por los magistrados quienes disponían y privaban de libertad a los jóvenes por cuestiones tutelares en base al art. 2° del decreto ley N° 22.278.

El Tribunal de Menores N° 2 respecto del cual se hallaba dispuesto el joven argumentó su decisorio sosteniendo que:

“ Analizando la posibilidad de que el menor F.O.S abuse de su libertad para impedir por su fuga la sustanciación completa del proceso o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer, supuestos de peligro únicos en que estaría justificada su privación de libertad durante el mismo, habida cuenta que si bien esta última durante el proceso posee raigambre constitucional, no lo es menos que el art. 18 de la CN autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente (...) cabe concluir que verificándose tales extremos en la especie y acudiendo a las normas establecidas por el art. 411 primer supuesto, del CPPN, la ley 23.849, art. 37 incs. “b” y “c” en concordancia con el art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estimo conveniente mantener por el momento la internación dispuesta en su oportunidad.”

Causa n° 3995 seguida a N.E.Q. – Tribunal Oral de Menores N° 3 – 8 de junio de 2006

Tema: Especialidad y Especificidad del proceso penal seguido contra personas menores de edad (Art. 40 inc.3 CDN)

La Comisión de Derecho Penal Juvenil del Centro de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) que asumió la defensa técnica de la adolescente imputada, solicitó la declaración de incompetencia del Tribunal

¹³⁷ Art. 411 CPPN primer párrafo: La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

Oral de Menores respecto de la otra persona procesada en la causa mayor de edad y, remitir la causa de este último a un Tribunal Oral en lo Criminal que resulte desinsaculado para que continuara en el conocimiento de la causa, por afectar el juzgamiento de mayores y menores conjuntamente la garantía de justicia especializada establecida en el art. 40 inc.3 CDN y art. 28 CPPN.

El Tribunal Oral de Menores resolvió hacer lugar a la misma y declararse incompetente para entender en el proceso que se le sigue a la persona mayor de edad en el mismo proceso. Para resolver así entendió:

“La actual competencia atribuida al sistema penal de menores, en base a la actual redacción del art. 24 de la ley 24.050 arrastra un error sistemático y metodológico que ha llevado la situación actual de la justicia penal de menores a una paradoja: el dispositivo judicial-penal de menores conoce en la investigación y juzgamiento de menores y mayores de edad vinculados en la misma hipótesis delictual, violando de esta manera la especialidad del régimen minoril reconocido por las más recientes teorías nacionales e internacionales, y, por lo demás, contrariando lo normado en el art. 28 del Código Procesal Penal de la Nación que, con buen criterio, fija la competencia de estos Tribunales Orales exclusivamente en el juzgamiento de menores de dieciocho años de edad.”

“De tal modo, la contradicción se completa: en la realidad, y por exclusión, la justicia especializada en materia penal es, en verdad, la que conoce y juzga solamente a los mayores de dieciocho años; es decir, constituye una justicia especializada para adultos -aunque resulte un poco raro el concepto-, en tanto que la justicia de menores, en numerosos casos, deja de serlo para convertirse en un sistema mixto, sin que ello signifique beneficio alguno para los menores y los mayores sometidos a tal régimen, como podrá verse.”

“El sistema establecido desde entonces no solo perjudicó a los menores sometidos a proceso penal, ante la relativa desatención de sus situaciones conforme las características del régimen penal juvenil (...)”

IV. JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

A nivel provincial también se ha comenzado a generar una tendencia jurisprudencial que cuestiona el actual Régimen- Penal de la Minoridad. En este sentido, tanto la Justicia de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, como la Justicia de la Provincia de Mendoza, han declarado la inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 22.278. En este sentido, el último de los fallos mencionados aporta dos cuestiones interesantes. En primer lugar, no sólo cuestiona la constitucionalidad del decreto-ley nacional N° 22.278/22.803, sino que además cuestiona la ley provincial N° 6.354 de Protección Integral de Derechos Niños, Niñas y Adolescentes por cuanto mantiene similares características al Régimen Penal de la Minoridad, específicamente en cuanto a la facultad de disposición judicial respecto de niños y niñas no punibles. En segundo lugar, clarifica cuál es el alcance de la sanción de la ley N° 26.061 en el ámbito de la justicia penal de menores.

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires A.R.M Privación Ilegal de la Libertad - Violación - Homicidio. 29 de marzo de 2007

Tema: Inconstitucionalidad del art. 36 del decreto ley 10.067/1983.

La Corte de la Provincia de Buenos Aires por unanimidad declaró la inconstitucionalidad del art. 36 decreto ley 10.067 toda vez no prevé la intervención del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal previa al dictado del auto de responsabilidad y de la sentencia consecuente.¹³⁸ En este sentido ha entendido que:

" (...)el procedimiento de enjuiciamiento de menores infractores al derecho penal sustantivo "no contiene una diferenciación entre la función jurisdiccional y la función acusatoria" (en tanto el mismo órgano jurisdiccional es quien investiga, reúne y valora la prueba de cargo, dicta auto de procesamiento y de responsabilidad y eventualmente impone pena. (...)

"(...)La necesidad de la existencia de acusación como elemento integrativo de la garantía innominada del debido proceso ha sido postulada en innumerables oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. "El respeto a la garantía del debido proceso ha dicho el Máximo Tribunal invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio como por los demás actores del proceso [...] consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia"

"(...) en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, la necesidad de formal acusación no sólo es un mandato que debe cumplir la magistratura al momento de tramitar un proceso criminal, sino también que es un imperativo que el legislador debe honrar al regular el enjuiciamiento criminal, para que el mismo cubra los recaudos del due process of law en esta materia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos -Opinión Consultiva Nro 17- ha sostenido que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal (...)"

"Si bien es cierto que las particularidades de la con ictividad que es materia de conocimiento en los casos de delitos en los que resultan partícipes niños, tornan adecuado contemplar respuestas procesales específicas, no lo es menos que estas soluciones no pueden implicar un apartamiento de las pautas básicas que rigen el debido proceso penal en desmedro del tutelado (...)"

"Es decir, que las garantías vigentes para enjuiciar a los mayores son un umbral mínimo que debe tomarse como punto de partida para, de ser necesario,

¹³⁸ Es importante destacar que en la Provincia de Buenos Aires si bien con anterioridad al fallo comentado se sancionaron las leyes 13.298 y 13.634 que incluyen la figura del Ministerio Público y se le encomienda al agente Fiscal la persecución penal, el decreto 10.067/1983 mantiene su vigencia hasta el 1° de diciembre de 2007.

complementarlo con engranajes específicos de tutela de la situación de la minoridad. De otro modo, bajo el manto de la “especificidad” o del carácter sui generis del ritual, se pueden encubrir las más retrógradas transgresiones a las garantías reconocidas por nuestra Constitución.”

Finalmente resulta interesante destacar que si bien la resolución de la mayoría fue declarar la inconstitucionalidad de los citados artículos y anular lo actuado, la opinión en disidencia en respeto a las garantías constitucionales sostuvo que la “solución adecuada es la absolución del encausado.

En ese sentido he de plegarme a la posición minoritaria del Juez Petracchi en el precedente de la Corte federal “T., E. A. s/estafa reiterada en concurso real con falsificación de documento” (vid. C.S.J.N., t. 31 XXXIV., sent. del 10-XII-1998), cuyas partes pertinentes a continuación se transcriben:

“... En efecto, la defensa en juicio impone que en el proceso penal se sucedan acusación, defensa, prueba y sentencia, de modo tal que cada uno de los tres primeros de estos actos constituya el presupuesto del siguiente (Fallos: 305: 1701). La restricción que de esta regla se efectúa en punto a la existencia de nulidades queda, a su vez, circunscripta por su propio fundamento, el cual debe ser tenido en cuenta al momento de su aplicación. De tal manera, resultaría contrario a la garantía que se pretende proteger si, so pretexto de asegurar la defensa en juicio se autorizara a que el Estado, a través del Ministerio Público Fiscal, pudiera corregir sus errores funcionales a expensas del derecho del imputado a procurar y obtener un pronunciamiento que defina su situación (...) y que “... las relaciones entre los principios constitucionales mencionados (debido proceso, defensa, progresividad y preclusión, derecho a un pronunciamiento que ponga fin al proceso) limitan las facultades anulatorias de los tribunales en tanto se ejerzan para dejar sin efecto actuaciones ya cumplidas...”.

Provincia de Buenos Aires. Tribunal de Menores N° 3 causa “XX- XH – Mar del Plata”, Expte. n° XP” mayo de 2005.

Tema: Inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 22.278/22.803

En la misma, la Juez de Menores sostuvo que:

“la ley 22278 de aplicación al fuero minoril, con acento tutelar y pedagógico, aplica para la disposición provisoria de los jóvenes en conflicto con la ley penal, aspectos asistenciales y de índole penal a la vez, de acuerdo a la doctrina sentada por el fallo “Famoso, Elizabeth y otros” entiendo considerando a los jóvenes como objeto y no como sujeto de derecho, como marca la CDN, por ende por aplicación de los arts. 2 y 3 de la ley 22278 puede quedar sometido a una medida tutelar sin ningún tipo de limitación teniendo como tope la mayoría de edad.”

“Que corresponde a la suscripta el control de constitucionalidad de las normas a aplicar en el caso en estudio en orden a las obligaciones inter-

nacionales asumidas por el Estado argentino en el cumplimiento de los derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN y 27 y 31 CV.) (...) En un Estado constitucional de derecho la ciencia jurídica no puede limitarse a efectuar tareas de sistematización, el jurista debe efectuar un juicio de validez de las normas infra constitucionales”.

Asimismo la Jueza hizo referencia a la jurisprudencia existente en la materia y sostuvo:

“(...) El mismo tribunal ha dicho que “cualquier actuación que afecte los derechos materiales y procesales de un niño tiene que estar motivada y conforme a ley de lo que se desprende que cualquier medida que se adopte durante el proceso respecto de un joven imputado de la comisión de un hecho sancionado con la ley penal debe estar motivada, conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad, de lo que se desprende que cualquier medida que “se adopte durante el proceso respecto de un joven imputado de la comisión de un hecho sancionado por la ley penal como delito INCLUIDA LA INTERNACION, sólo puede justificarse por motivos cautelares, particularmente los de :asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, garantizar la investigación en debida forma por los órganos de la investigación penal y asegurar la ejecución penal (Voto del Dr. Donna en la causa Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión” - CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala I - 10/11/2003)”

“Los derechos establecidos en la Constitución Nacional son para todos los habitantes sean mayores o menores (art. 16 y 18), por lo que la Constitución no distingue categorías de habitantes en virtud de la edad.”

“Se ha dicho que la inconstitucionalidad del sistema de menores se basa en someter a los mismos en situación penal a un régimen llamado desde hace casi un siglo “tutelar” y en función de ello separarlos del privilegio que constitucionalmente les es debido en su condición de sujetos de derechos. “No se lleva a cabo un juicio contradictorio entre los intereses del mismo y los del Estado, sino un juicio tutelar donde el Estado como tal velará por el menor y la protección de sus derechos... con la vocación proteccionista tutelar reiteradamente se han violado sus derechos y garantías constitucionales (Fellini Zulita, “Derecho Penal de Menores”, pág.62 y 63).”

Mendoza. Juzgado de Menores de Tunuyán. EXPTE. N° 3.786. “M., G. A. R. P/ Medidas de protección”. 18 de diciembre de 2006.

Tema: Inconstitucionalidad art.1 Decreto Ley N° 22.278/22.803 e inconstitucionalidad art. 114 inc. e de la ley provincial 6354

El fallo fue dictado con motivo del proceso en el que se investigaba la intervención de un adolescente de trece (13) años de edad en un delito contra la propiedad.

El Juzgado en lo Penal de Menores resolvió tener por acreditada la participación del adolescente en el hecho investigado y sobreseerlo por encontrarse comprendido en la causal de inimputabilidad prevista por Código Procesal Penal, aplicable en forma supletoria al proceso penal de menores. En cuanto a la imposición de medidas de protección, decidió modificar el criterio mantenido hasta ese momento y “declarar la inconstitucionalidad del art. 1° de la Ley N° 22.278/22.803 en cuanto faculta a la autoridad judicial a disponer provisional o definitivamente de las personas menores de edad “no punibles” respecto de las cuales existiere imputación de un delito; y del art. 114 inc. “e” de la Ley N° 6.354 de la provincia de Mendoza en cuanto habilita al Juez en lo Penal de Menores a tomar medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas”. En consecuencia, resuelve “declinar la competencia para entender en esta causa (...) y remitir la misma en forma definitiva al Juzgado de Familia en turno...” Los argumentos a destacar son los siguientes:

“La norma de mención (ley N° 26.061) deroga en su art. 76 la cuestionada ley N° 10.903 y con ello elimina claramente el instituto del “Patronato del Estado”, cuyas ramificaciones se extendían a la ley N° 22278/22803. Consecuentemente suprime toda potestad de los jueces de disponer de la persona de niños, niñas y adolescentes por motivos tutelares, sea que se encuentren en peligro material o moral, sea que presenten problemas de conducta, o sea que se les atribuya haber protagonizado hechos delictivos”.

“Que la eliminación del Patronato de la Infancia coloca al Régimen Penal de la Minoridad, en cuanto se refiere a la figura de la disposición judicial, y especialmente respecto de las personas menores de edad “inimputables” o “no punibles”, en el terreno de la ilegalidad, en tanto colisiona abiertamente no solamente con la ley 26.061 sino también con las garantías constitucionales consagradas en el cap. 1 de la Constitución Nacional y con el bloque de constitucionalidad federal que incluye la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos.”

“Ello así pues el art. 1° de la ley 22.278/22.803 importa una disposición tutelar por tiempo indeterminado que no obedece a garantías procesales ni principios fundamentales del derecho derivados del debido proceso legal y que la enfrenta decididamente con el ordenamiento constitucional (...)”

“Actualmente no existe fundamento jurídico alguno que justifique el cerceamiento de derechos o en el peor de los casos la privación de libertad de una niña, niño u adolescente no punible en el marco del Régimen Penal de la Minoridad, pues el art. 40.3 CDN establece la obligación para los Estados Parte de: “a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” y “b) Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales...”. Es por este motivo que el Comité de los Derechos del Niño celebra en su informe del año 2002 la aprobación de un proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil que establece límites de acuerdo con lo dispuesto

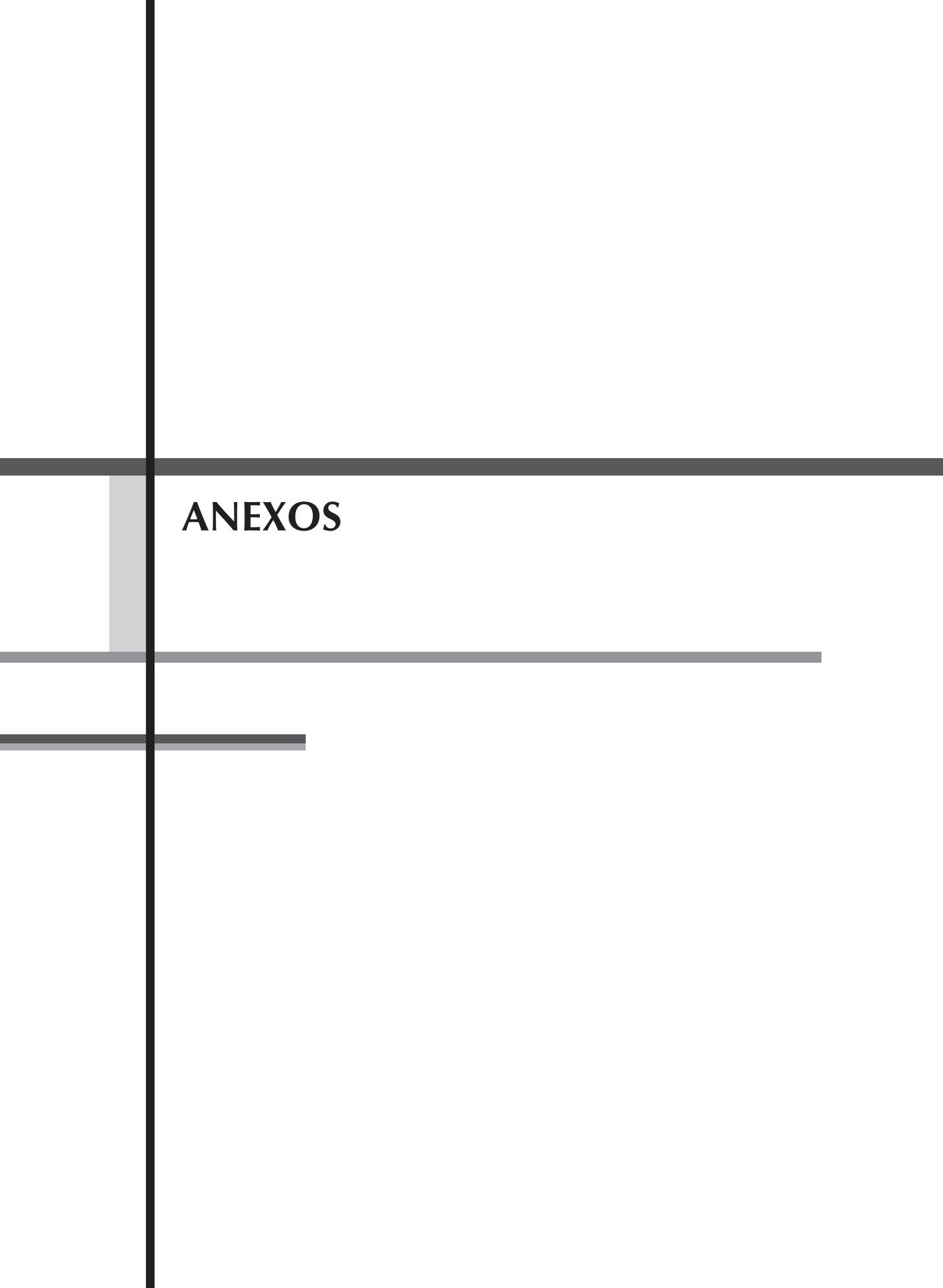
en el párr. 3º del art. 40 CDN y denuncia en contrapartida la continuidad de la ley 22.278 basada en la doctrina de la situación irregular”.

“La ley 26.061 viene entonces a cumplir con este mandato constitucional y en buena medida con la recomendación del Comité, pues como regla general aparta los procedimientos judiciales para los casos de niños presuntamente protagonistas de una conducta penalmente ilícita que no tienen capacidad para infringir las leyes penales -entre otras situaciones- y ubica en su lugar procedimientos y medidas administrativas revisables judicialmente pero ajenas a la atmósfera punitiva propia de la justicia penal de Menores, satisfaciendo de esta manera el principio del interés superior del niño (...).”

“Que a modo de síntesis puede aseverarse que en tanto el Patronato del Estado tuvo su partida de defunción con la sanción de la ley 26.061, no existe tampoco más disposición tutelar en el Régimen Penal de la Minoridad, pero aun cuando algún apasionado seguidor de la “situación irregular” pretenda adjudicar “vida propia” a la tutela de la ley 22.278 /22.803, debe decirse que ésta colisiona abiertamente - en primer lugar - con la ley 26.061, por cuanto ella suprime la potestad judicial de aplicar medidas propias de la política social usando perversamente la coerción del derecho penal y prohíbe también el empleo de la privación de libertad como medida de protección de derechos(...).”

“Que la inconstitucionalidad se extiende a la normativa provincial, en razón de que la ley 6.354 concede al juez en lo Penal de Menores la potestad de “tomar las medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas” (art. 114 inc. e ley 6.354) y en particular le atribuye la facultad de ordenar privaciones de libertad (internaciones) de niñas, niños y adolescentes “no punibles” o “inimputables” cuando “se tratare de un acto infractor cometido mediante grave amenaza a la integridad física o violencia en las personas” o “por incumplimiento reiterado e injustificado de las medidas impuestas en virtud del art. 180 de la presente ley”.

“Es que aunque en la ley provincial se instituyen derechos y garantías (arts. 1, 9 y 11) inexistentes en el orden nacional, igualmente se reproduce la misma lógica de la “disposición tutelar” (art. 1 ley 22278/22803) contradictoria del ordenamiento constitucional, en tanto frente a actos infractores a la ley penal responde el legislador con un engendro de medidas penales y asistenciales en el que resulta mínima la presencia de proporcionalidad y vasto el margen de arbitrariedad e irrazonabilidad.”



ANEXOS

OBSERVACIÓN GENERAL N° 10 (2007). LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA JUSTICIA DE MENORES

Distr. General CRC/C/GC/10
25 de abril de 2007

Comité de los derechos del niño
44° período de sesiones
Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007

I. Introducción

1. En los informes que presentan al Comité sobre los Derechos del Niño (en adelante, el Comité), los Estados Partes a menudo proporcionan información muy detallada sobre los derechos de los niños de quienes se alega que han infringido las leyes penales o a quienes se acusa o declara culpables de haber infringido esas leyes, a los cuales también se denominan “niños que tienen conflictos con la justicia”. De conformidad con las orientaciones generales del Comité relativas a la presentación de informes periódicos, la información facilitada por los Estados Partes se concentra principalmente en la aplicación de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo la Convención). El Comité observa con reconocimiento todos los esfuerzos desplegados para establecer una administración de justicia de menores conforme a la Convención. Sin embargo, muchos Estados Partes distan mucho de cumplir cabalmente la Convención, por ejemplo en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales, y privación de libertad únicamente como medida de último recurso.

2. También preocupa al Comité la falta de información sobre las medidas que los Estados Partes han adoptado para evitar que los niños entren en conflicto con la justicia. Ello puede deberse a la falta de una política general en la esfera de la justicia de menores, o tal vez pueda explicarse también porque muchos Estados Partes sólo proporcionan información estadística muy limitada sobre el trato que se da a los niños que tienen conflictos con la justicia.

3. La información reunida sobre la actuación de los Estados Partes en la esfera de la justicia de menores ha dado lugar a la presente observación general, por la que el Comité desea proporcionar a los Estados Partes orientación y recomendaciones más precisas para el establecimiento de una administración de justicia de menores conforme a la Convención. Esta justicia, que debe promover, entre otras cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia reformativa, ofrecerá a los Estados Partes la posibilidad de abordar la cuestión de los niños que tienen conflictos con la justicia de manera más eficaz en función no sólo del interés superior del niño, sino también de los intereses a corto y largo plazo de la sociedad en general.

II. Los objetivos de la presente observación general

4. En un principio, el Comité desea subrayar que, de acuerdo con la Convención, los Estados Partes deben elaborar y aplicar una política general de justicia de menores, lo cual significa que no deben limitarse a aplicar las disposiciones específicas contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención, sino tener en cuenta también los principios generales enunciados en los artículos 2, 3, 6 y 12 y en todos los demás artículos pertinentes de la Convención, por ejemplo los artículos 4 y 39. Por tanto, los objetivos de esta observación general son los siguientes:

- Alentar a los Estados Partes a elaborar y aplicar una política general de justicia de menores a fin prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil sobre la base de la Convención y de conformidad con ella, y recabar a este respecto el asesoramiento y apoyo del Grupo interinstitucional de coordinación sobre la justicia de menores, que está integrado por representantes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y organizaciones no gubernamentales (ONG), y fue establecido por el Consejo Económico y Social en su resolución 1997/30;
- Ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones con respecto al contenido de esa política general de justicia de menores, prestando especial atención a la prevención de la delincuencia juvenil, la adopción de otras medidas que permitan afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales, e interpretar y aplicar todas las demás disposiciones contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención;
- Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (“Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”).

III. La justicia de menores: principios básicos de una política general

5. Antes de examinar más detenidamente las exigencias de la Convención, el Comité enunciará los principios básicos de una política general de justicia de menores. Los Estados Partes deberán aplicar sistemáticamente en la administración de ésta los principios generales contenidos en los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención, así como los principios fundamentales proclamados en los artículos 37 y 40.

No discriminación (artículo 2)

6. Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de he-

cho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes). A este respecto, es importante, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores (véase párr. 97 infra) y, por la otra, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización.

7. Muchos niños que tienen conflictos con la justicia también son víctimas de discriminación, por ejemplo cuando tratan de acceder a la educación o al mercado de trabajo. Es necesario adoptar medidas para prevenir esa discriminación, entre otras cosas, prestando a los menores ex delincuentes apoyo y asistencia apropiados a efectos de su reintegración en la sociedad y organizando campañas públicas en las que se destaque su derecho a desempeñar una función constructiva en la sociedad (art. 40 1).

8. Es muy corriente que los códigos penales contengan disposiciones en los que se tipifique como delito determinados problemas de comportamiento de los niños, por ejemplo el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Es motivo de especial preocupación que las niñas y los niños de la calle frecuentemente sean víctimas de esta forma de criminalización. Esos actos, también conocidos como delitos en razón de la condición, no se consideran tales si son cometidos por adultos. El Comité recomienda la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley. A este respecto, el Comité también se remite al artículo 56 de las Directrices de Riad, que dice lo siguiente: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven".

9. Además, comportamientos como el vagabundeo, la vida en la calle o las escapadas del hogar deben afrontarse mediante la adopción de medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y adoptando medidas que afronten las causas básicas de ese comportamiento.

El interés superior del niño (artículo 3)

10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La pro-

tección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)

11. Este derecho intrínseco a todo niño debe servir de guía e inspirar a los Estados Partes para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el desarrollo del niño. Además, este derecho básico debe traducirse en una política que afronte la delincuencia juvenil de manera que propicie el desarrollo del niño. La pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación están expresamente prohibidas en virtud del apartado a) del artículo 37 de la Convención (véanse párrafos 75 a 77 infra). El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo (véanse párrs. 78 a 88 infra).*

El respeto a la opinión del niño (artículo 12)

12. El derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten se respetará y hará efectivo plenamente en cada etapa del proceso de la justicia de menores (véanse párrafos 43 a 45 infra). El Comité observa que las opiniones de los niños involucrados en el sistema de justicia de menores se está convirtiendo cada vez más en una fuerza poderosa de mejora y reforma y para el disfrute de sus derechos.

Dignidad (artículo 40.1)

13. La Convención contiene un conjunto de principios fundamentales relativos al trato que debe darse a los niños que tienen conflictos con la justicia:

- Un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño. Este principio se inspira en el derecho humano fundamental proclamado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Este derecho inherente a la dignidad y el valor, al que se hace referencia expresa en el preámbulo de la Convención, debe respetarse y protegerse durante todo el proceso de la justicia de menores, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño.

* Obsérvese que los derechos de un niño privado de libertad se aplican, de conformidad con la Convención, a los niños que tienen conflictos con la justicia y a los niños internados en instituciones para su cuidado, protección o tratamiento, incluidas instituciones de salud mental, educativas, de desintoxicación, de protección de la infancia o de inmigración.

- Un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros. Este principio está en armonía con la consideración que figura en el preámbulo de que el niño debe ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas. También significa que, dentro del sistema de la justicia de menores, el trato y la educación de los niños debe orientarse a fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades (artículo 29 1 b) de la Convención y Observación general N° 1 sobre los objetivos de la educación). Es indudable que este principio requiere el pleno respeto y la aplicación de las garantías de un juicio justo, según se reconoce en el párrafo 2 del artículo 40 (véanse párrafos 40 a 67 infra). Si los principales agentes de la justicia de menores, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?

- Un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. Este principio se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato con el niño, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño. Todo el personal encargado de la administración de la justicia de menores debe tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de éste, qué es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño.

- El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en contacto con la justicia. Los informes recibidos por el Comité indican que hay violencia en todas las etapas del proceso de la justicia de menores: en el primer contacto con la policía, durante la detención preventiva, y durante la permanencia en centros de tratamiento y de otro tipo en los que se interna a los niños sobre los que ha recaído una sentencia de condena a la privación de libertad. El Comité insta a los Estados Partes a que adopten medidas eficaces para prevenir esa violencia y velar por que se enjuicie a los autores y se apliquen efectivamente las recomendaciones formuladas en el informe de las Naciones Unidas relativo al estudio de la violencia contra los niños, que presentó a la Asamblea General en octubre de 2006 (A/61/299).

14. El Comité reconoce que la preservación de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial. Sin embargo, considera que la mejor forma de lograr ese objetivo consiste en respetar plenamente y aplicar los principios básicos y fundamentales de la justicia de menores proclamados en la Convención.

IV. La justicia de menores: elementos básicos de una política general

15. Una política general de justicia de menores debe abarcar las siguientes cuestiones básicas: prevención de la delincuencia juvenil; intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales; edad mínima a efectos de responsabilidad penal y límites de edad

superiores para la justicia de menores; garantías de un juicio imparcial; y privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la condena.

A. Prevención de la delincuencia juvenil

16. Uno de los objetivos más importantes de la aplicación de la Convención es promover el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño (preámbulo y arts. 6 y 29). Debe prepararse al niño para asumir una vida individual y responsable en una sociedad libre (preámbulo y art. 29), en la que pueda desempeñar una función constructiva con respecto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (arts. 29 y 40).

A este respecto, los padres tienen la responsabilidad de impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Teniendo en cuenta estas y otras disposiciones de la Convención, evidentemente no es conforme al interés superior del niño su crianza en condiciones que supongan un mayor o grave riesgo de que se vea involucrado en actividades delictivas. Deben adoptarse diversas medidas para el ejercicio pleno y en condiciones de igualdad de los derechos a un nivel de vida adecuado (art. 27), al disfrute del más alto nivel posible de salud y de atención sanitaria (art. 24), a la educación (arts. 28 y 29), a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental (art. 19) y explotación económica o sexual (arts. 32 y 34), así como a otros servicios apropiados de atención o protección de la infancia.

17. Como se ha señalado más arriba, una política de justicia de menores que no vaya acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil comporta graves limitaciones. Los Estados Partes deben incorporar en su política nacional general de justicia de menores las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

18. El Comité apoya plenamente las Directrices de Riad y conviene en que debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños, en particular en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Esto significa, entre otras cosas, que en los programas de prevención debe otorgarse atención prioritaria a la prestación de apoyo a las familias más vulnerables, a la enseñanza de los valores básicos en las escuelas (en particular, la facilitación de información sobre los derechos y los deberes de los niños y los padres reconocidos por la ley) y la prestación de un cuidado y atención especiales a los jóvenes que están en situación de riesgo. A este respecto, también debe concederse atención especial a los niños que abandonan los estudios o que no completan su educación. Se recomienda utilizar el apoyo de grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares y una activa participación de los padres. Los Estados Partes también deberán establecer servicios y programas de carácter comunitario que respondan a las necesidades, problemas, intereses e inquietudes especiales de los niños, en particular de los que tienen continuos contactos con la justicia, y que ofrezcan asesoramiento y orientación adecuados a sus familias.

19. Los artículos 18 y 27 de la Convención confirman la importancia de la responsabilidad de los padres en lo que respecta a la crianza de sus hijos, aunque al mismo tiempo se requiere que los Estados Partes presten la asistencia necesaria a los padres (u otras personas encargadas del cuidado de los niños) en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales. Las medidas de asistencia no deberán concentrarse únicamente en la prevención de situaciones negativas, sino también y sobre todo en la promoción del potencial social de los padres. Se dispone de mucha información sobre los programas de prevención basados en el hogar y la familia, por ejemplo los programas de capacitación de los padres, los que tienen por finalidad aumentar la interacción padres-hijos y los programas de visitas a los hogares, que pueden iniciarse cuando el niño es aún muy pequeño. Además, se ha observado que existe una correlación entre la educación de los niños desde una edad temprana y una tasa más baja de violencia y delincuencia en el futuro.

A nivel de la comunidad, se han obtenido resultados positivos en programas como Communities that Care (Comunidades que se preocupan), una estrategia de prevención centrada en los riesgos.

20. Los Estados Partes deben promover y apoyar firmemente la participación tanto de los niños, de acuerdo con el artículo 12 de la Convención, como de los padres, los dirigentes de la comunidad y otros agentes importantes (por ejemplo, los representantes de ONG, los servicios de libertad vigilada y los asistentes sociales) en la elaboración y ejecución de programas de prevención. La calidad de esa participación es un factor decisivo para el éxito de los programas.

21. El Comité recomienda que los Estados Partes recaben el apoyo y el asesoramiento del Grupo interinstitucional de coordinación sobre la justicia de menores para elaborar programas de prevención eficaces.

B. Intervenciones/remisión de casos (véase también la sección E infra)

22. Las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes: medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales y medidas en el contexto de un proceso judicial. El Comité recuerda a los Estados Partes que deben tener sumo cuidado en velar por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos del niño y las garantías legales.

23. Los niños que tienen contacto con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (artículos 40 1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso (art. 37 b)). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (art. 40 4).

Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales

24. De acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tratarán de promover medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable. Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes 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 (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.

25. El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías. De acuerdo con los principios enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico.

26. Los Estados Partes deben adoptar medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales en el marco de su sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos de los niños y las garantías legales (art. 40 3 b)).

27. Queda a la discreción de los Estados Partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación. Sin embargo, de acuerdo con la información contenida en los informes de los Estados Partes, es indudable que se han elaborado diversos programas basados en la comunidad, por ejemplo el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia restitutiva, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas. Otros Estados Partes deberían beneficiarse de estas experiencias. Por lo que respecta al pleno respeto de los derechos humanos y las garantías legales, el Comité se remite a las partes correspondientes del artículo 40 de la Convención y hace hincapié en lo siguiente:

- La remisión de casos (es decir, medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de

que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.

- El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años.

- La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación.

- Debe darse al niño la oportunidad de recibir asesoramiento jurídico y de otro tipo apropiado acerca de la conveniencia e idoneidad de la remisión de su caso ofrecida por las autoridades competentes y sobre la posibilidad de revisión de la medida.

- La remisión efectiva de un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un “registro de antecedentes penales”, y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.

Intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales

28. Cuando la autoridad competente (por lo general la fiscalía) inicia un procedimiento judicial, deben aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo (véase sección D infra). Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda (art. 37 b)). Esto significa que los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad.

29. El Comité recuerda a los Estados Partes que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad, por ejemplo la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa. Para que el trato de un niño que tenga conflictos con la justicia promueva su reintegración se requiere que todas las medidas propicien que el niño se convierta en un miembro de pleno derecho de la sociedad a la que pertenece y desempeñe una función constructiva en ella.

C. La edad de los niños que tienen conflictos con la justicia

Edad mínima a efectos de responsabilidad penal

30. Los informes presentados por los Estados Partes ponen de manifiesto la existencia de un amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 ó 16 años. En un número bastante considerable de Estados Partes hay dos edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Se considerará que los niños que tienen conflictos con la justicia que en el momento de la comisión del delito tuvieran una edad igual o superior a la edad mínima menor, pero inferior a la edad mínima mayor, incurren en responsabilidad penal únicamente si han alcanzado la madurez requerida a ese respecto. La evaluación de la madurez incumbe al tribunal/magistrado, a menudo sin necesidad de recabar la opinión de un psicólogo, y en la práctica suele resultar en la aplicación de la edad mínima inferior en caso de delito grave. El sistema de dos edades mínimas a menudo no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales al tribunal/juez, que pueden comportar prácticas discriminatorias. Teniendo en cuenta este amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal, el Comité considera que es necesario ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones claras con respecto a la mayoría de edad penal.

31. En el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención se dispone que los Estados Partes deberán tratar de promover, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, pero no menciona una edad mínima concreta a ese respecto. El Comité entiende que esa disposición crea la obligación para los Estados Partes de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP). Esa edad mínima significa lo siguiente:

- Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños.
- Los niños que tengan la EMRP en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero tengan menos de 18 años (véanse también los párrafos 35 a 38 infra), podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a

un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención, según se expresa en la presente observación general.

32. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la EMRP no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable. Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola.

33. Al mismo tiempo, el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales. A este respecto, los Estados Partes deben incluir en sus informes información detallada sobre el trato que se da a los niños que no han alcanzado todavía la EMRP fijada por la ley cuando se alegue que han infringido las leyes penales o se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y qué tipo de salvaguardias legales existen para asegurar que reciban un trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal.

34. El Comité desea expresar su preocupación por la práctica de prever excepciones a la EMRP, que permite la aplicación de una edad mínima menor a efectos de responsabilidad penal en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber cometido un delito grave o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro para considerársele responsable penalmente. El Comité recomienda firmemente que los Estados Partes fijen una EMRP que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor.

35. Si no se dispone de prueba de la edad y no puede establecerse que el niño tiene una edad igual o superior a la EMRP, no se considerará al niño responsable penalmente (véase también el párrafo 39 infra).

El límite de edad superior para la justicia de menores

36. El Comité también desea señalar a la atención de los Estados Partes el límite de edad superior para la aplicación de las normas de la justicia de menores. Esas normas, que son especiales tanto por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, deberán aplicarse, a partir de la EMRP establecida en el país, a todos los niños que, en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido aún 18 años.

37. El Comité desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores.

38. Por lo tanto, el Comité recomienda a los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 ó 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción.

39. Por último, el Comité desea subrayar la importancia decisiva de una plena aplicación del artículo 7 de la Convención, en el que se exige, entre otras cosas, que todo niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento con el fin de fijar límites de edad de una u otra manera, que es el caso de todos los Estados Partes. Un niño que no tenga una fecha de nacimiento demostrable es sumamente vulnerable a todo tipo de abusos e injusticias en relación con la familia, la educación y el trabajo, especialmente en el marco del sistema de la justicia de menores. Deberá proporcionarse gratuitamente a todo niño un certificado de nacimiento cuando lo necesite para demostrar su edad. Si no hay prueba de edad, el niño tiene derecho a que se le haga un examen médico o social que permita establecer de manera fidedigna su edad y, en caso de conflicto o prueba no fehaciente el niño tendrá derecho a la aplicación de la norma del beneficio de la duda.

D. Garantías de un juicio imparcial

40. El párrafo 2 del artículo 40 de la Convención contiene una importante lista de derechos y garantías, que tienen por objeto garantizar que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes reciba un trato justo y sea sometido a un juicio imparcial. La mayoría de esas garantías también se reconocen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, el Pacto), que el Comité de Derechos Humanos examinó y sobre el que formuló comentarios en su Observación general Nº 13 (1984) (Administración de justicia), que actualmente está siendo objeto de consideración. Sin embargo, el respeto de esas garantías para los niños tiene algunos aspectos específicos que se expondrán en la presente sección. Antes de hacerlo, el Comité desea subrayar que el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia de menores. Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular

del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, los niños con discapacidad, los desplazados, los niños de la calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo (véanse párrafos 6 a 9 supra). Teniendo en cuenta que probablemente se hará caso omiso de las niñas en el sistema de la justicia de menores porque sólo representan un pequeño grupo, debe prestarse particular atención a sus necesidades específicas, por ejemplo, en relación con malos tratos anteriores y sus necesidades especiales en materia de salud. Los profesionales y demás personal deberán actuar, en toda circunstancia, de manera acorde con el fomento del sentido de la dignidad y el valor del niño y que fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y promueva la reintegración del niño y su asunción de una función constructiva en la sociedad (art. 40 1). Todas las garantías reconocidas en el párrafo 2 del artículo 40, que se examinarán a continuación, constituyen normas mínimas, es decir, que los Estados Partes pueden y deben tratar de establecer y observar normas más exigentes, por ejemplo en materia de asistencia jurídica y con respecto a la participación del niño y sus padres en el proceso judicial.

Justicia de menores no retroactiva (artículo 40 2 a))

41. En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención se dispone que la regla de que nadie será declarado culpable de haber cometido un delito por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran delictivos según las leyes nacionales o internacionales, también es aplicable a los niños (véase también artículo 15 del Pacto). Esto significa que ningún niño puede ser acusado o condenado, a tenor de la legislación penal, por actos u omisiones que en el momento de su comisión no estuvieran prohibidos por las leyes nacionales o internacionales. Teniendo en cuenta que muchos Estados Partes recientemente han reforzado y/o ampliado su legislación penal a efectos de la prevención y lucha contra el terrorismo, el Comité recomienda que los Estados Partes velen por que esos cambios no entrañen un castigo retroactivo o no deseado de los niños. El Comité también desea recordar a los Estados Partes que la regla de que no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, enunciada en el artículo 15 del Pacto, está en relación con el artículo 41 de la Convención, que es aplicable a los niños en los Estados Partes en el Pacto. Ningún niño será castigado con una pena más grave que la aplicable en el momento de haberse cometido la infracción de la ley penal.

Si con posterioridad a la comisión del acto se produce un cambio legislativo por el que se impone una pena más leve, el niño deberá beneficiarse de ese cambio.

La presunción de inocencia (artículo 40 2 b) i))

42. La presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos del niño que tenga conflictos con la justicia. Esto significa que la carga de la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación. El niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tendrá el beneficio de la duda y sólo se le declarará culpable de los cargos que se le imputen si éstos han quedado demostrados más allá de toda duda razonable. El niño tiene derecho a recibir un trato acorde con esta presunción, y todas las autoridades públicas o de otro tipo tienen la obligación de abstenerse

de prejuzgar el resultado del juicio. Los Estados Partes deben proporcionar información sobre el desarrollo del niño para garantizar que se respete en la práctica esa presunción de inocencia. Debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

El derecho a ser escuchado (artículo 12)

43. En el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención se establece que se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la legislación nacional.

44. No hay duda de que el derecho de un niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser escuchado es fundamental para un juicio imparcial. También es evidente que el niño tiene derecho a ser escuchado directamente y no sólo por medio de un representante o de un órgano apropiado, si es en el interés superior del niño. Este derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, desde la fase instructora, cuando el niño tiene derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez de instrucción, hasta las fases resolutoria y de ejecución de las medidas impuestas. En otras palabras, debe darse al niño la oportunidad de expresar su opinión libremente, y ésta deberá tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y la madurez del niño (art. 12 1), durante todo el proceso de la justicia de menores. Esto significa que el niño, para poder participar efectivamente en el procedimiento, debe ser informado no sólo de los cargos que pesan sobre él (véanse párrafos 47 y 48 infra), sino también del propio proceso de la justicia de menores y de las medidas que podrían adoptarse.

45. Se debe dar al niño la oportunidad de expresar su opinión sobre las medidas (sustitutivas) que podrían imponerse, y deberán tenerse debidamente en cuenta los deseos o preferencias que el niño pueda tener al respecto. Afirmar que el niño es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones relativas a la respuesta más apropiada que debe darse a las alegaciones de que ha infringido la ley penal (véase párrafo 46 infra). Huelga decir que incumbe a los jueces adoptar las decisiones. Pero el hecho de tratar al niño como objeto pasivo supone no reconocer sus derechos y no contribuye a dar una respuesta eficaz a su comportamiento. Esta afirmación también es aplicable a la ejecución de la medida impuesta. Las investigaciones demuestran que la participación activa del niño en la ejecución de las medidas contribuirá, la mayoría de las veces, a un resultado positivo.

El derecho a una participación efectiva en los procedimientos (artículo 40 2 b) iv)

46. Para que un juicio sea imparcial es preciso que el niño de quien se alega que ha infringido las leyes penales o a quien se acusa de haber infringido esas leyes pueda participar efectivamente en el juicio y para ello necesita comprender las acusacio-

nes y las posibles consecuencias y penas, a fin de que su representante legal pueda impugnar testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan. El artículo 14 de las Reglas de Beijing estipula que el procedimiento se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente. La edad y el grado de madurez del niño también pueden hacer necesario modificar los procedimientos y las prácticas judiciales.

Información sin demora y directa de los cargos (artículo 40 2 b) ii)

47. Todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tiene derecho a ser informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él. Sin demora y directamente significan lo antes posible, es decir, cuando el fiscal o el juez inicien las actuaciones judiciales contra el niño. Sin embargo, cuando las autoridades deciden ocuparse del caso sin recurrir a procedimientos judiciales, el niño también debe ser informado de los cargos que puedan justificar este criterio. Esta exigencia forma parte de la disposición contenida en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención en el sentido de que se deberán respetar plenamente las garantías legales. El niño deberá ser informado en unos términos que pueda comprender. Para ello podrá requerirse que la información se presente en un idioma extranjero, pero también una "traducción" de la jerga jurídica oficial que a menudo se usa en las imputaciones penales contra menores en un lenguaje que el niño pueda comprender.

48. A menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Las autoridades no deben dejar esta tarea a cargo de los padres o los representantes legales o de quien preste asistencia jurídica o de otro tipo al niño. Incumbe a las autoridades (es decir, policía, fiscal, juez) asegurarse de que el niño comprende cada cargo que pesa contra él. El Comité opina que la facilitación de esa información a los padres o los representantes legales no debe excluir su comunicación al niño. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias.

Asistencia jurídica u otra asistencia apropiada (artículo 40 2 b) ii)

49. Debe garantizarse al niño asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. En la Convención se dispone que se proporcionará al niño asistencia, que no tendrá por qué ser siempre jurídica, pero sí apropiada. Queda a la discreción de los Estados Partes determinar cómo se facilitará esa asistencia, la cual deberá ser gratuita. El Comité recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos. Es posible otra asistencia apropiada (por ejemplo, de asistentes sociales), si bien esas personas deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de menores y haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia.

50. Conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, el niño y la persona que le preste asistencia debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Las comunicaciones entre el niño y la persona que le asiste, bien sea por escrito u oralmente, deberán realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente su confidencialidad, de conformidad con lo previsto en el inciso vii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención, y el derecho del niño a no ser objeto de injerencias en su vida privada y su correspondencia (artículo 16 de la Convención). Varios Estados Partes han formulado reservas con respecto a esta garantía (artículo 40 2 b) ii) de la Convención), aparentemente partiendo del supuesto de que sólo se requiere la prestación de asistencia jurídica y, por lo tanto, los servicios de un abogado. No es así, y dichas reservas pueden y deben retirarse.

Decisiones sin demora y con la participación de los padres (artículo 40 2 b) iii))

51. Hay consenso internacional en el sentido de que, para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado. A ese respecto, el Comité también se refiere al apartado d) del artículo 37 de la Convención, a tenor del cual todo niño privado de su libertad tendrá derecho a una pronta decisión sobre su acción para poder impugnar la legalidad de la privación de su libertad. El término “pronta” es más fuerte -lo que se justifica dada la gravedad de la privación de libertad- que el término “sin demora” (artículo 40 2 b) iii) de la Convención), que a su vez es más fuerte que la expresión “sin dilaciones indebidas”, que figura en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

52. El Comité recomienda que los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos. Pero al mismo tiempo, las decisiones que se adoptan sin demora deben ser el resultado de un proceso en el que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las garantías legales. En este proceso de pronta adopción de decisiones, deben estar presentes quienes presten asistencia jurídica u otra asistencia apropiada. Esta presencia no se limitará al juicio ante un tribunal u otro órgano judicial, sino que se aplica también a todas las demás fases del proceso, a partir del interrogatorio del niño por la policía.

53. Los padres u otros representantes legales también deberán estar presentes en el proceso porque pueden prestar asistencia psicológica y emotiva general al niño. La presencia de los padres no significa que éstos puedan actuar en defensa del niño o participar en el proceso de adopción de decisiones. Sin embargo, el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño o de su representante legal u otra representación apropiada, o porque no vaya en el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención), limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el procedimiento.

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

55. Al mismo tiempo, el Comité lamenta la tendencia observada en algunos países a introducir el castigo de los padres por los delitos cometidos por sus hijos. La responsabilidad civil por los daños derivados del acto de un niño puede ser apropiada en algunos casos limitados, en particular cuando se trate de niños de corta edad (que tengan menos de 16 años). Sin embargo, la criminalización de los padres de niños que tienen conflictos con la justicia muy probablemente no contribuirá a una participación activa de los mismos en la reintegración social de su hijo.

Decisiones sin demora y con la participación de los padres (artículo 40 2 b) iv))

56. En armonía con lo establecido en el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, la Convención dispone que no se obligará a un niño a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable. Esto significa, en primer lugar -y desde luego- que la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño (artículo 37 a) de la Convención) y totalmente inaceptable.

Ninguna admisión o confesión de ese tipo podrá ser invocada como prueba (artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

57. Hay muchos otros medios menos violentos de obligar o inducir al niño a una confesión o a un testimonio autoinculpatorio. El término “obligado” debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirle a confesar lo que no es cierto. Esa actitud puede ser aún más probable si se le promete una recompensa como “podrás irte a casa en cuanto nos digas la verdad”, o cuando se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad.

58. El niño sometido a interrogatorio debe tener acceso a un representante legal u otro representante apropiado y poder solicitar la presencia de sus padres. Deberá hacerse una investigación independiente de los métodos de interrogatorio empleados para velar por que los testimonios sean voluntarios y no resultado de la coacción, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y que sea creíble. El tribunal u otro órgano judicial, al considerar el carácter voluntario y la fiabilidad de una admisión o confesión hecha por un niño, deberá tener en cuenta la edad de éste, el tiempo que ha durado la detención y el interrogatorio y la presencia de un abogado u otro asesor jurídico, los padres, o representante independientes del niño. Los policías y otros agentes encargados de la investigación deberán haber sido entrenados para no emplear técnicas y prácticas de interrogatorio de las que se deriven confesiones o testimonios poco creíbles y hechos bajo coacción.

Presencia y examen de testigos (artículo 40 2 b) iv))

59. La garantía reconocida en el inciso iv) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención pone de relieve que debe observarse el principio de igualdad entre las partes (es decir, condiciones de igualdad o paridad entre la defensa y la acusación) en la administración de la justicia de menores. La expresión “interrogar o hacer que se interrogue” hace referencia a la existencia de distinciones en los sistemas jurídicos, especialmente entre los juicios acusatorios y los juicios inquisitorios. En estos últimos, el acusado a menudo puede interrogar a los testigos, si bien rara vez se hace uso de ese derecho, quedando esa tarea a cargo del abogado o, en el caso de los niños, de otro órgano apropiado. Sin embargo, sigue siendo importante que el abogado u otro representante informe al niño acerca de la posibilidad de interrogar a los testigos y de que puede expresar sus opiniones a este respecto, las cuales se tendrán debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño (art.12).

El derecho de apelación (artículo 40 2 b) v))

60. El niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia. Esta garantía es análoga a la formulada en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El derecho de apelación no se limita a los delitos más graves.

61. Ésta parece ser la razón por la que bastantes Estados Partes han formulado reservas con respecto a esta disposición a fin de limitar el derecho de apelación del niño a los delitos más graves y a las sentencias de prisión. El Comité recuerda a los Estados Partes en el Pacto que el párrafo 5 del artículo 14 de éste contiene una disposición análoga. En relación con el artículo 41 de la Convención, a tenor de ese artículo se deberá reconocer a todo niño procesado el derecho de apelar contra la sentencia. El Comité recomienda que los Estados Partes retiren sus reservas a la disposición contenida en el inciso v) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención.

Asistencia gratuita de un intérprete (artículo 40 2 vi))

62. Si un niño no comprende o no habla el idioma utilizado por el sistema de justicia de menores tiene derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete. Esta asistencia no deberá limitarse a la vista oral, sino que también se prestará en todos los pasos del proceso. También es importante que se haya capacitado al intérprete para trabajar con niños, debido a que el uso y la comprensión de su lengua materna podría ser diferente de los adultos. La falta de conocimientos y/o de experiencias a ese respecto podría impedir que el niño comprendiera cabalmente las preguntas que se le hicieran y dificultar el ejercicio de su derecho a un juicio imparcial y a una participación efectiva. La condición que empieza con “si”, a saber, “si no comprende o no habla el idioma utilizado”, significa que un niño de origen extranjero o étnico, por ejemplo, que además de su lengua materna comprende y

habla el idioma oficial, no tiene necesidad de que se le proporcione gratuitamente los servicios de un intérprete.

63. El Comité también desea señalar a la atención de los Estados Partes los niños que tienen problemas del habla y otras discapacidades. De acuerdo con el espíritu del inciso vi) del párrafo 2 del artículo 40, y de conformidad con las medidas de protección especial previstas en el artículo 23 para los niños con discapacidades, el Comité recomienda que los Estados Partes proporcionen a los niños con problemas del habla u otras discapacidades asistencia adecuada y efectiva por medio de profesionales especializados, por ejemplo en el lenguaje de los signos, cuando sean objeto de un proceso de justicia de menores (a este respecto, véase también la Observación general N° 9 (Los derechos de los niños con discapacidad) del Comité de los Derechos del Niño).

Pleno respeto de la vida privada (artículos 16 y 40 2 b) vii))

64. El derecho de un niño a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento se inspira en el derecho a la protección de la vida privada proclamado en el artículo 16 de la Convención. “Todas las fases del procedimiento” comprenden desde el primer contacto con los agentes de la ley (por ejemplo, petición de información e identificación) hasta la adopción de una decisión definitiva por una autoridad competente o el término de la supervisión, la libertad vigilada o la privación de libertad. En este contexto, el objetivo es evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación causen daño. No se publicará ninguna información que permita identificar a un niño delincuente, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales. Deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados por medio de esos comunicados de prensa. Los periodistas que vulneren el derecho a la vida privada de un niño que tenga conflictos con la justicia deberán ser sancionados con medidas disciplinarias y, cuando sea necesario (por ejemplo en caso de reincidencia), con sanciones penales.

65. Con el fin de proteger la vida privada del niño, rige en la mayoría de los Estados Partes la norma -algunas veces con posibles excepciones- de que la vista de una causa contra un niño acusado de haber infringido las leyes penales debe tener lugar a puerta cerrada. De acuerdo con esa norma, pueden estar presentes expertos u otros profesionales que hayan recibido un permiso especial de la corte. El juicio público en la justicia de menores sólo debe ser posible en casos muy precisos y previa autorización por escrito del tribunal. Esa decisión deberá poder ser apelada por el niño.

66. El Comité recomienda que todos los Estados Partes establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra un niño que tenga conflictos con la justicia se celebren a puerta cerrada. Las excepciones a esta regla deben ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley. El veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública sin revelar la identidad del niño. El derecho a la vida privada (art. 16) exige que todos los profesionales que intervengan en

la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente mantengan confidencial, en todos sus contactos externos, toda la información que pueda permitir identificar al niño. Además, el derecho a la vida privada también significa que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros, excepto por las personas que participen directamente en la investigación y resolución del caso. Con miras a evitar la estigmatización y/o los prejuicios, los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente (véanse las Reglas de Beijing Nos. 21.1 y 21.2), o como base para dictar sentencia en esos procesos futuros.

67. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños delincuentes cuando éstos cumplan 18 años, o, en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño, a petición de éste, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la última condena).

E. Medidas (véase también el capítulo IV, sección B supra)

Medidas alternativas a la sentencia

68. La decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal. De acuerdo con las observaciones formuladas en la sección B, el Comité desea subrayar que las autoridades competentes -el fiscal, en la mayoría de los Estados- deben considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria. En otras palabras, deben desplegarse esfuerzos continuos para concluir la causa de una manera apropiada ofreciendo medidas como las mencionadas en la sección B. La naturaleza y la duración de las medidas propuestas por la fiscalía pueden ser más severas, por lo que será necesario proporcionar al menor asistencia jurídica u otra asistencia apropiada. La adopción de la medida de que se trate deberá presentarse al menor como una manera de suspender el procedimiento penal de menores, al que se pondrá fin si la medida se ha llevado a cabo de manera satisfactoria.

69. En este proceso de oferta por el fiscal de alternativas al pronunciamiento de una sentencia por el tribunal, deberán respetarse escrupulosamente los derechos humanos y las garantías procesales que asisten al menor. En este sentido, el Comité se remite a las recomendaciones que figuran en el párrafo 27 supra, que también son aplicables a estos efectos.

Disposiciones adoptadas por el juez/tribunal de menores

70. Tras la celebración de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (véase capítulo IV, sec. D supra), se adopta una decisión sobre las medidas que se habrán de imponer al menor al que se haya declarado culpable de un delito. Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial

competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).

71. El Comité desea subrayar 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 (véanse párrafos 5 a 14 supra). El Comité reitera que las penas de castigos corporales son contrarias a estos principios y al artículo 37, en el que se prohíben toda forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (véase también la Observación general N° 8 (2006) del Comité -El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes). Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho, y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones. En el caso de los menores, siempre prevalecerá sobre estas consideraciones la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social.

72. El Comité observa que si la aplicación de una disposición penal depende de la edad del menor y las pruebas de la edad son contradictorias, refutables o poco fidedignas, el menor tendrá derecho a que se le aplique la norma del beneficio de la duda (véanse también párrafos 35 y 39 supra).

73. Se dispone de amplia experiencia en el uso y la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad y la internación en instituciones. Los Estados Partes deberían aprovechar esa experiencia y desarrollar y aplicar dichas alternativas adaptándolas a su cultura y tradiciones. Huelga decir que debe prohibirse expresamente toda medida que comporte trabajo forzoso, tortura o tratos inhumanos o degradantes, y que deberá enjuiciarse a los responsables de esas prácticas ilegales.

74. Tras estas observaciones generales, el Comité desea señalar a la atención las medidas prohibidas en virtud del apartado a) del artículo 37 de la Convención, y la privación de libertad.

Prohibición de pena capital

75. En el apartado a) del artículo 37 de la Convención se reafirma la norma internacionalmente aceptada (véase, por ejemplo, artículo 6 5 del Pacto) de que no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por menores de 18 años. A pesar de la claridad del texto, algunos Estados Partes presuponen que esa norma prohíbe únicamente la ejecución de menores de 18 años. Sin embargo, el criterio explícito y decisivo que inspira esa norma es la edad en el momento de la comisión del de-

lito, lo que significa que no se impondrá la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena.

76. El Comité recomienda al reducido número de Estados Partes que aún no han hecho a abolir la pena capital para todos los delitos cometidos por menores de 18 años y a suspender la ejecución de todas las sentencias a la pena capital pronunciadas contra esas personas hasta que se hayan promulgado las medidas legislativas necesarias para abolir la aplicación de la pena capital a menores. La pena de muerte deberá conmutarse por otra pena que sea plenamente compatible con la Convención.

Ninguna condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional

77. No se condenará a cadena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o libertad condicional a ningún joven que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el delito. Con respecto a las sentencias dictadas contra menores, 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, 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. El Comité recuerda a los Estados Partes en los que se condenan a menores a la pena de cadena perpetua con la posibilidad de la puesta en libertad o de libertad condicional que esta pena debe estar plenamente en armonía con los objetivos de la justicia de menores consagrados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención y fomentar su consecución. Esto significa, entre otras cosas, que el menor condenado a esta pena debe recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. También requiere que se examinen de manera periódica el desarrollo y la evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad. Teniendo en cuenta la probabilidad de que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, el Comité recomienda firmemente a los Estados Partes la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años.

F. Privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la sentencia

78. En el artículo 37 de la Convención se enuncian los principios fundamentales que rigen la privación de libertad, los derechos procesales de todo menor privado de libertad, y las disposiciones relativas al trato y las condiciones aplicables a los menores privados de libertad.

Principios básicos

79. Los principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más

breve que proceda; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. 80. El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del artículo 37 de la Convención. Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces (véase capítulo IV, sec. B supra) para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no “ampliar la red” de menores condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva. El hecho de utilizar esta medida como castigo atenta contra la presunción de inocencia. La legislación debe establecer claramente las condiciones requeridas para determinar si el menor debe ingresar o permanecer en prisión preventiva, especialmente con el fin de garantizar su comparecencia ante el tribunal, y si el menor constituye un peligro inmediato para sí mismo o para los demás. La duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico.

81. El Comité recomienda que los Estados Partes velen por que se ponga en libertad, lo antes posible, a los menores que se encuentren en prisión preventiva, a reserva de ciertas condiciones si fuera necesario. Toda decisión relativa a la prisión preventiva, en particular sobre su duración, incumbe a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y el niño deberá contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

Derechos procesales (artículo 37 d))

82. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

83. Todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. El Comité también recomienda 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 menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor 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. El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los Estados Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación.

84. El derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad no sólo incluye el derecho de apelación, sino también el derecho a dirigirse a un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuando la privación de libertad haya sido una decisión administrativa (por ejemplo, la policía, el fiscal u otra autoridad competente). El derecho a una pronta decisión significa que la decisión debe adoptarse lo antes posible, por ejemplo, en un plazo de dos semanas a partir de la fecha de la impugnación.

Tratamiento y condiciones (artículo 37 c))

85. Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos. No se privará a un menor de libertad en una prisión u otro centro de adultos. Hay muchas pruebas de que el internamiento de niños en prisiones u otros centro de detención de adultos pone en peligro tanto su seguridad básica y bienestar como su capacidad futura de no reincidencia y de reintegración social. La excepción contemplada en el párrafo c) del artículo 37 de la Convención, en el sentido de que la separación deberá efectuarse “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, debe interpretarse de manera restrictiva; la alusión al interés superior del niño no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados Partes. Éstos deberán crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales en favor de los menores.

86. Esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro.

87. Todo niño privado de libertad tiene derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas. Para facilitar las visitas, se internará al niño en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia. Las circunstancias excepcionales en que pueda limitarse ese contacto deberán estar claramente establecidas en la ley y no quedar a la discreción de las autoridades competentes.

88. El Comité señala a la atención de los Estados Partes las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. El Comité insta a los Estados Partes a aplicar plenamente esas reglas, teniendo en cuenta al mismo tiempo, cuando proceda, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (véase también la regla 9 de las Reglas de Beijing). A este respecto, el Comité recomienda que los Estados Partes incorporen esas reglas en sus leyes y reglamentos nacionales y las difundan en los idiomas nacionales o regionales correspondientes, entre todos los profesionales, ONG y voluntarios que participen en la administración de la justicia de menores.

89. El Comité quiere destacar que, en todos los casos de privación de libertad, son aplicables, entre otros, los siguientes principios y normas:

- El medio físico y los locales para menores deben responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento.
- Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Además, siempre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo.
- Todo menor tiene derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores/correccional y a recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad.
- El personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del menor con la comunidad en general, en particular comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia.
- Sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando el menor presente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. El uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo. Deberá informarse al personal del centro de las normas aplicables, y se sancionará adecuadamente a los que hagan uso de la coerción o la fuerza vulnerando esas normas.
- Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; deben prohibirse terminantemente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, en particular los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del menor.
- Todo niño tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta; los niños deben tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente.
- Deberá facultarse a inspectores calificados e independientes para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciati-

va; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con los menores en condiciones de confidencialidad.

V. La organización de la justicia de menores

90. A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.

91. En la presente observación general se han expuesto las características que deberían reunir las disposiciones básicas de esas leyes y procedimientos. Queda a la discreción de los Estados Partes las demás disposiciones, lo cual también se aplica a la forma de esas leyes y procedimientos. Podrán establecerse en capítulos especiales de los instrumentos generales del derecho penal y procesal, o reunirse en una ley independiente sobre la justicia de menores.

92. Un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

93. El Comité recomienda que los Estados Partes establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes. Cuando no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos, los Estados Partes velarán por que se nombre a jueces o magistrados especializados de menores.

94. Asimismo, deben establecerse servicios especializados, por ejemplo, de libertad vigilada, de asesoramiento de supervisión, y también centros especializados, como centros diurnos y, según proceda, centros de atención y tratamiento de menores delincuentes en régimen de internado. En un sistema de justicia de menores de este tipo deberá fomentarse de manera continua la coordinación efectiva de las actividades de todas estas unidades, servicios y centros especializados.

95. De muchos informes de los Estados Partes se desprende claramente que las ONG pueden desempeñar, y de hecho desempeñan, un importante papel no sólo de prevención de la delincuencia juvenil, sino también en la administración de la justicia de menores. Por consiguiente, el Comité recomienda que los Estados Partes traten de que esas organizaciones participen activamente en la elaboración y aplicación de sus políticas generales de justicia de menores y les faciliten los recursos necesarios para ello.

VI. Concienciación y formación

96. Los medios de comunicación suelen transmitir una imagen negativa de los niños que delinquen, lo cual contribuye a que se forme un estereotipo discriminatorio y negativo de ellos, y a menudo de los niños en general. Esta representación negativa o criminalización de los menores delincuentes suele basarse en una distorsión y/o deficiente comprensión de las causas de la delincuencia juvenil, con las consiguientes peticiones periódicas de medidas más estrictas (por ejemplo, tolerancia cero, cadena perpetua al tercer delito de tipo violento, sentencias obligatorias, juicios en tribunales para adultos y otras medidas esencialmente punitivas). Para crear un ambiente más propicio a una mejor comprensión de las causas básicas de la delincuencia juvenil y a un planteamiento de este problema social basado en los derechos, los Estados Partes deben llevar a cabo, promover y/o apoyar campañas educativas y de otro tipo para que se tomen conciencia de la necesidad y la obligación de tratar al menor del que se alegue que ha cometido un delito con arreglo al espíritu y la letra de la Convención. En este sentido, los Estados Partes deben recabar la colaboración activa y positiva de los parlamentarios, las ONG y los medios de comunicación y respaldar sus esfuerzos encaminados a lograr una mejor comprensión de la necesidad de dispensar un trato a los niños que tienen o han tenido conflictos con la justicia basado en los derechos. Es fundamental que los niños, sobre todo los que ya han pasado por el sistema de la justicia de menores, participen en esta labor de concienciación.

97. La calidad de la administración de la justicia de menores depende decisivamente de que todos los profesionales que participan, entre otras cosas, en las labores de orden público y las actuaciones judiciales, reciban una capacitación adecuada que les informe del contenido y el significado de las disposiciones de la Convención, y en particular de las que están directamente relacionadas con su labor cotidiana. Esta capacitación debe ser sistemática y continua, y no debe limitarse a informar de las disposiciones legales nacionales e internacionales aplicables en la materia. También debe incluir información, entre otras cosas, sobre las causas sociales y de otro tipo de la delincuencia juvenil, los aspectos psicológicos y de otra índole del desarrollo de los niños (prestando especial atención a las niñas y a los menores indígenas o pertenecientes a minorías), la cultura y las tendencias que se registran en el mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades en grupo, y las medidas disponibles para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia, en particular medidas que no impliquen el recurso a procedimientos judiciales (véase capítulo IV, sec. B supra).

VII. Recopilación de datos, evaluación e investigación

98. Preocupa profundamente al Comité la falta de datos desglosados, ni siquiera básicos, sobre cuestiones como el número y el tipo de delitos cometidos por los menores, la utilización de la prisión preventiva y el promedio de su duración, el número de menores a los que se han aplicado medidas distintas de los procedimientos judiciales (remisión de casos), el número de niños condenados y el tipo de penas que se les han impuesto. El Comité insta a los Estados Partes a recopilar sistemáticamente datos desglosados sobre la administración de la justicia de menores, que son

necesarios para la elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de prevención y de respuesta efectiva, de conformidad con los principios y disposiciones de la Convención.

99. El Comité recomienda que los Estados Partes evalúen periódicamente, preferentemente por medio de instituciones académicas independientes, el funcionamiento práctico de su justicia de menores, en particular la eficacia de las medidas adoptadas, incluidas las relativas a la discriminación, la reintegración social y la reincidencia. La investigación de cuestiones como las disparidades en la administración de la justicia de menores que comporten discriminación, y las novedades en ese ámbito, por ejemplo programas efectivos de remisión de casos o nuevas actividades de delincuencia juvenil, indicará en qué aspectos clave se han logrado resultados positivos y en cuáles la situación es preocupante. Es importante que los menores participen en esa labor de evaluación e investigación, en particular los que han estado en contacto con partes del sistema de justicia de menores. Debe respetarse y protegerse plenamente la intimidad de esos menores y la confidencialidad de su cooperación. A ese respecto el Comité señala a la atención de los Estados Partes las actuales directrices internacionales sobre la participación de niños en la investigación.

PLAZOS MÁXIMOS DE DETENCIÓN PREVENTIVA APLICADA A PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS

TABLA COMPARATIVA DE 15 PAÍSES DE AMÉRICA LATINA		
PAÍS		PLAZO MÁXIMO DE PRISIÓN PREVENTIVA
Argentina		Depende de la legislación provincial
Bolivia	Art. 236 del Código del Niño, Niña y Adolescente, Ley 2.026	45 días
Brasil	Art. 108 del Estatuto del Niño y del Adolescente, Ley 2.026	45 días
Chile	Ley 20.084	No tiene plazo
Colombia	Art. 181, párrafo 2 de la Ley 1.098	4 meses (prorrogable por un mes, con fundamentación)
Costa Rica	Art. 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley 7.576	2 meses (prorrogable como máximo por 2 meses)
Ecuador	Art. 331 del Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100	90 días
El Salvador	Art.17 de la Ley del Menor Infractor, Decreto Legislativo N° 863	90 días
Guatemala	Art. 208 del Código de la Niñez y la Juventud, Decreto 78	45 días
Honduras	Art. 207 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 73/96	No prevé un plazo
Nicaragua	Art. 142-144 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 87	No prevé plazo. La duración del proceso no puede exceder de 3 meses

PAÍS	PLAZO MÁXIMO DE PRISIÓN PREVENTIVA
Panamá Art. 66 Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley 40	2 meses
Perú Art. 209-211 del Código de los Niño y Adolescente, Ley 27.337	No prevé plazo. La duración del proceso no puede exceder de 34 días
República Dominicana Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 14-94	No prevé un plazo
Uruguay Art. 76.5.5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823	60 días
Venezuela Art. 581 para.2 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	3 meses

TOPES DE PENA DE PRISIÓN APLICADA A PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS

TABLA COMPARATIVA DE 15 PAÍSES DE AMÉRICA LATINA		
PAÍS	EDAD	PENA MÁXIMA
Argentina	16 a 18 años	Prisión y reclusión perpetua
Brasil	12 a 18 años	3 años
Bolivia	13 a 15 años	5 años
	16 a 21 años	Legislación ordinaria con protección especial
Chile	14 a 15 años	5 años
	16 a 18 años	10 años
Colombia	14 a 18 años	8 años
Costa Rica	15 a 17 años	15 años
Ecuador	12 a 18 años	4 años
El Salvador	16 a 18 años	7 años
Guatemala	15 a 18 años	5 años
Honduras	12 a 18 años	8 años
Nicaragua	15 a 18 años	6 años
Panamá	16 a 18 años	7 años
Perú	16 a 18 años	3 años
República Dominicana	16 a 18 años	5 años
Venezuela	14 a 17 años	7 años

RECOMENDACIONES Y OBSERVACIONES REALIZADAS POR ORGANISMOS INTERNACIONALES AL ESTADO ARGENTINO CON RELACIÓN A ASPECTOS VINCULADOS A LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Argentina es parte de diversos tratados sobre Derechos Humanos, algunos de los cuales imponen obligaciones al Estado en materia de justicia penal juvenil.

A los fines de supervisar la aplicación de esos instrumentos internacionales existen distintos órganos de control.

El sistema universal para la promoción y la protección de derechos humanos, por ejemplo, está compuesto por dos tipos principales de órganos: aquellos creados en virtud de la carta de la ONU y aquellos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos (órganos de tratados). Cabe destacar que no se cuenta en este ámbito con una instancia judicial que posea jurisdicción ante la alegada violación de derechos humanos.

Entre los primeros se puede señalar a la Comisión de Derechos Humanos (hoy Consejo de Derechos Humanos), que bajo la denominación "Procedimientos Especiales" ha creado los mecanismos extraconvencionales como los Grupos de Trabajo temáticos o por país, formados por expertos independientes.¹

Entre los segundos, se puede mencionar al Comité de los Derechos del Niño, al Comité contra la Tortura o al Comité de Derechos Humanos, que cuentan entre los mecanismos previstos para cumplir su mandato, con el sistema de informes.

En el sistema interamericano, por su lado, se encuentran la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre los mecanismos que posee la Comisión para desarrollar su trabajo existe el sistema de peticiones individuales alegando violaciones de los derechos humanos, mientras que la Corte ejerce su jurisdicción respecto de un reclamo que ya tramitó por el sistema de peticiones.²

En el presente anexo, se consideró que era de utilidad poder recopilar las recomendaciones más recientes realizadas por estos órganos al Estado argentino con el objeto de propiciar la adecuación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la normativa interna y, también, de las prácticas vinculadas a la justicia penal juvenil.

1. Comisión de Derechos Humanos - Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria

La Comisión fue un órgano creado en 1946 en virtud de la Carta de la ONU. Dependía del Consejo Económico y Social. Este organismo disuelto por resolución de la Asamblea General en 2006 y sucedido por el Consejo de Derechos Humanos, de quien depende actualmente el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, creado en 1991 por la mencionada Comisión.

1 <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm>

2 Pinto Mónica, Temas de derechos humanos, pág. 125, Editores del Puerto, 1997, Buenos Aires, Argentina.

Este Grupo visitó la República Argentina del 22 de septiembre al 2 de octubre de 2003 en respuesta a una invitación extendida por el Gobierno argentino. En el informe relativo a dicha visita recomendó:

*“Particular atención debe prestarse al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo relativo a la práctica de arresto y detención de menores. Debe respetarse lo establecido por los instrumentos internacionales respecto a la edad mínima de responsabilidad penal. Debe revisarse la práctica de detener niños en razón de su supuesta protección, de detener niños mendigos, de detener “niños de la calle”, y erradicarse su envío a comisarías de policía. El poder judicial debe ser invitado a revisar la actuación de los jueces que mantienen niños en detención durante meses sin haberles escuchado. El poder ejecutivo debe revisar la situación de los niños en los institutos de menores. Debe distinguirse el tratamiento reservado a los niños en conflicto con la ley con aquél reservado a los menores en situación de riesgo o en situación irregular y el reservado a los niños que sufren carencias particulares, y sobretodo revisarse la necesidad y conveniencia de disponer la detención de dichos menores”.*³

2. Comité de los Derechos del Niño

Este organismo es el encargado de supervisar la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño. En su 31º período de sesiones examinó el segundo informe periódico presentado el 12 de agosto de 1999 en virtud del art. 44 de la CDN por el Estado Argentino, aprobando sus observaciones finales en octubre de 2002. Con respecto a la Administración de Justicia Juvenil manifestó:

“El Comité recomienda al Estado Parte que:

a) Revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad);

b) Acelere el proceso mencionado en a), entre otras cosas asignando suficientes recursos humanos y financieros;

c) Se asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección;

d) Recurra a la prisión, incluso la prisión preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breves posible y no superen

³ E/CN.4/2004/3/Add.3, párrafo 73.

la duración del período previsto por la ley, y garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos;

e) Aplique medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad, cuando ello sea posible;

f) Incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, sobre todo para que esos menores puedan utilizar procedimientos de denuncia eficaces que abarquen todos los aspectos del trato que reciban;

g) Adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento;

h) Teniendo en cuenta el artículo 39, adopte las medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de los niños que han pasado por el sistema de justicia de menores;

i) Solicite asistencia, entre otras entidades, al ACNUDH, el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito, la Red internacional sobre justicia de menores y el UNICEF, por conducto del Grupo de Coordinación sobre Asesoramiento y Asistencia Técnicos en Materia de Justicia de Menores”.⁴

3. Comité contra la Tortura

Este es el órgano de control de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Examinó el cuarto informe periódico presentado por el Estado argentino en virtud del art. 19 de la Convención, aprobando las conclusiones y recomendaciones el 10 de diciembre de 2004. Entre estas últimas se exhorta al Estado Argentino a que:

“g) Garantice, como fue asegurado por la delegación del Estado Parte para el caso de la provincia de Buenos Aires, lo siguiente: la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por “motivos asistenciales” en todo el territorio nacional;”⁵

4. Comité de Derechos Humanos

El Comité es el órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El 15 de noviembre de 2000 publicó las observaciones finales al informe presentado por el Estado Argentino en virtud del art. 40 del Pacto. Pese a que las recomendaciones relativas a justicia penal no se dirigieron específicamente al

⁴ CRC/C/15/Add. 187, párrafo 63.

⁵ CAT/C/CR/33/1, párrafo 7, punto g.

ámbito juvenil, a continuación se transcriben las mismas por entender que, como el nombre lo indica, el sistema de justicia penal juvenil es una parte del sistema de justicia penal argentino y por lo tanto, no está exento de las críticas generales.

"10. En lo que respecta a los artículos 9 y 14 del Pacto, el Comité reitera su honda inquietud ante el hecho de que el Estado Parte no garantice plenamente el principio de la presunción de inocencia en el proceso penal. A este respecto, el Comité considera motivo de preocupación que la duración de la prisión preventiva venga determinada por la posible longitud de la sentencia después de la condena y no por necesidad de enjuiciar al detenido y destaca a este respecto que la imposición de la prisión preventiva no debe ser la norma y sólo se debe recurrir a ella como medida excepcional y en el grado necesario y compatible con las debidas garantías procesales y con el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto. A este respecto, no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria la prisión preventiva.

Se deben reformar todos los aspectos del sistema de prisión preventiva de conformidad con los requisitos del artículo 9 y el principio de la presunción de inocencia del artículo 14.

11. Preocupa hondamente al Comité que las condiciones reinantes en las cárceles no se ajusten a las previstas en los artículos 7 y 10 del Pacto y considera que la gran superpoblación y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, como la alimentación, la ropa y la asistencia médica, son incompatibles con el derecho de toda persona a un trato humano y con el respeto de la dignidad inherente al ser humano. Se ha establecido además la existencia de abusos de autoridad por los funcionarios de prisiones, que se manifiestan en tortura y malos tratos, corrupción y otras prácticas.

Aunque observa que hay planes en curso para la construcción de nuevas instalaciones penitenciarias, el Comité recomienda que se preste atención inmediata a la necesidad de satisfacer debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad. En relación con las reclamaciones por malos tratos o tortura, recomienda que el Estado Parte incluya en su próximo informe datos detallados sobre el número de reclamaciones recibidas, con mención de los recursos a disposición de los reclamantes, el resultado de las reclamaciones hasta la fecha, el tipo de sanción disciplinaria o punitiva que se impone a los culpables reconocidos de estas prácticas y las responsabilidades precisas de todos los órganos pertinentes del Estado.

12. Además, en relación con el artículo 7 del Pacto, el Comité lamenta que en el presente informe no se aborden debidamente las cuestiones de la tortura y del uso excesivo de la fuerza por los miembros de la policía. El Comité está preocupado ante las alegaciones que ha recibido y que indican que se trata de un problema general y que los mecanismos gubernamentales establecidos para resolverlo son inadecuados.

El Comité recomienda que el Estado Parte incluya en su próximo informe datos detallados acerca del número de reclamaciones recibidas por tortura y malos tratos infligidos por la policía, incluidos los recursos y posibilidades de apelación de que disponen los reclamantes, el resultado de las reclamaciones, el tipo de sanción disciplinaria o punitiva que se impone a los culpables reconocidos de esas prácticas y las responsabilidades específicas de todos los órganos pertinentes del Estado en los planos federal y provincial.”⁶

5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es uno de los órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos. Su reglamento prevé, en el capítulo VI, la posibilidad de celebrar audiencias por iniciativa propia o a solicitud de la parte interesada. En este marco, el 6 de marzo de 2007 se celebró una audiencia solicitada por el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia, una coalición de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción y protección de los derechos de la infancia y adolescencia. A la misma fue convocado el Estado Argentino a los fines de brindar información sobre el estado de situación de los niños y adolescentes privados de libertad en el país.⁷

Una vez escuchadas las partes, la CIDH exhortó al Estado a tomar medidas por la situación de adolescentes alojados en comisarías y solicitó información sobre las medidas preventivas que se estaban adoptando para prevenir situaciones como las ocurridas en Salta o Mendoza.

Se expresó preocupación especial por la institucionalización debido a causas no penales, entendiéndose que esto no respondía a los estándares internacionales y denotaba una política de internamiento sistemático.

La CIDH cerró la audiencia señalando la importancia que para ella revestía el tema y solicitando al Gobierno la mantuviera informada sobre el avance en las políticas adoptadas para revertir el estado actual de la cuestión. También prometió dar seguimiento y realizar visitas para monitorear los avances realizados en la materia.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto. Fue establecida en 1979.⁸

En el caso *Bulacio vs. Argentina* (sentencia de 18 de septiembre de 2003) este organismo decidió admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y aprobó el acuerdo sobre el fondo y algunos aspectos sobre reparaciones suscrito entre el Estado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los familiares de la víctima y sus representantes legales.

⁶ CCPR/CO/70/ARG, párr. 11/12/13.

⁷ <http://www.cidh.org/audiencias/seleccionar.aspx>

⁸ <http://www.corteidh.or.cr/>

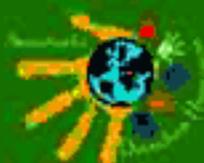
También declaró que, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuados por el Estado, éste violó los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio, y los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 38 de la sentencia.

Por ello decidió:

“que el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados, en los términos de los párrafos 110 a 121 de la presente Sentencia.

El Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 122 a 144 de la presente Sentencia.”⁹

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bulacio c/Argentina, parte XV, Puntos resolutivos, párrafo 162 en adelante.



25 de Mayo 544
Ciudad de Buenos Aires
Tel. (54-11) 5167-6500
www.defisuramh.jus.gov.ar

unicef 

Junín 1940 PB
Ciudad de Buenos Aires
Tel. (54-11) 5005-7100
www.unicef.org/argentina