

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

*Javier Llobet Rodríguez*¹

Sumario. 1. Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia penal juvenil. 2. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho de la Infancia. 3. El nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil. 4. El principio educativo del Derecho Penal Juvenil. 5. El sistema de sanciones del Derecho Penal Juvenil como lo característico de éste. 5.1. Prevenir antes que sancionar. 5. 2. Principio de desformalización o desjudicialización de la justicia penal juvenil. 5.3. Principio de preferencia de las sanciones no privativas de libertad. 5.4. Preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia penal juvenil

El tratamiento especializado del Derecho de la infancia dentro del marco de las Naciones Unidas se inicia con la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de dicho organismo el 20 de noviembre de 1959 (resolución 1386 (XIV))², de contenido claramente proteccionista. Sin embargo, debe reconocerse que la declaración universal de derechos humanos, aprobada por la ONU en 1948, con un afán también proteccionista dijo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (Art. 25 inciso 2). En el mismo sentido se había pronunciado la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (artículo VII), que había sido aprobada unos meses antes.

La declaración de derechos del niño de 1959 tiene como antecedente la declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, que contiene cinco puntos. Debe tenerse en cuenta que ésta se aprobó por la Sociedad de las Naciones en su V Asamblea General,

¹ Profesor Asociado de la Universidad de Costa Rica.

² Véase el texto en: Pacheco, Máximo (Editor) (1987), pp. 616-619.

sobre todo como consecuencia de la preocupación de las consecuencias para la infancia de la primera guerra mundial y de la revolución rusa, ello a iniciativa de la organización “Save the Children International Union”, creada por la inglesa Eglantyne Jebb³. Se trata de un texto de una gran generalidad, lo que no es sino una consecuencia del poco desarrollo que había tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴. Debe resaltarse de esta declaración expresiones como para los niños lo mejor y los niños primero, antecedentes del principio de interés superior del niño⁵, que hoy día se considera que se expresa a través del principio educativo.

En 1978 Polonia presentó un proyecto de Convención de derechos del niño, que en una versión modificada fue presentada a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La Convención que se elaboró con base en ello fue aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 44/25 del 5 de diciembre de 1989, entrando en vigencia el 2 de setiembre de 1990⁶. La aceptación que ha recibido de la Comunidad Internacional dicha convención no encuentra paralelo en ninguna otra, llegando a ser ratificada por la casi totalidad de los países, con la excepción de dos de ellos, Estados Unidos de América, cuya política es no ratificar tratados de derechos humanos, y Somalia. En lo atinente al consenso internacional que ha existido en la aceptación de la Convención de Derechos del Niño es importante citar lo dicho por la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002:

“29. La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia. Valga destacar, que los diversos Estados del continente han adoptado disposiciones en su legislación, tanto constitucional como ordinaria, sobre la materia que nos ocupa (...)”.

³ Sobre esta declaración: Ochaíta, Esperanza/Espinoza, María Angeles (2001), pp. 53-54; Montenegro, Marianella (1999), p. 65.

⁴ Cf. Ochaíta, Esperanza/Espinoza, María Angeles. El menor como sujeto de derechos (2001), pp. 53-54.

⁵ Sobre dicho principio: Llobet Rodríguez, Javier (2002), pp. 103-141.

⁶ Véase el texto de la convención en: Tiffer Sotomayor, Carlos (1996), pp. 225-247; Saborío Valverde, Rodolfo (Editor) (1993), pp. 54-67.

Con anterioridad a la Convención de Derechos del Niño, la ONU por resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985 aprobó las reglas mínimas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como reglas de Beijing⁷. Además con posterioridad a la convención se aprobaron las reglas para la protección de los menores privados de libertad por resolución de la Asamblea General de la ONU 45/113 del 14 de diciembre de 1990⁸. En la misma fecha, por resolución 45/112, se aprobaron también por dicha Asamblea las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, denominadas directrices de Riad⁹.

Con respecto a los instrumentos internacionales es importante mencionar en lo relativo al Derecho Penal Juvenil la resolución (78) 62 del 29 de noviembre de 1978, tomada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que se refiere a la transformación social y delincuencia juvenil. Igualmente es relevante la recomendación No. R (87) 20, adoptada el 17 de setiembre de 1987 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Ya no referente al Derecho Penal Juvenil, sino en general al Derecho de la Infancia, es de importancia la convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño, adoptada el 25 de enero de 1996, entrando en vigencia el 1º de julio del 2000¹⁰. En Africa se aprobó en 1990 la carta africana de derechos y bienestar del niño, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 1999. Dicha carta contiene reglas de Derecho Penal Juvenil (Arts. 16 y 17)¹¹.

En definitiva debe indicarse que el Derecho Penal Juvenil y el Derecho de la Infancia en general han encontrado un gran desarrollo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, habiendo llegado a estimar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 que al menos se produjeron en el Siglo XX 80 instrumentos internacionales aplicables a los niños¹².

⁷ Véase el texto de dichas reglas en: Tiffer Sotomayor, Carlos (1996), pp. 249-258.

⁸ Véase el texto de estas reglas en: Tiffer Sotomayor, Carlos,(1996), pp. 259-275.

⁹ Véase el texto de las directrices en: Tiffer Sotomayor, Carlos (1996), pp. 277-287.

¹⁰ Véase: www.legal.coe.int.

¹¹ Véase: www.umn.edu/humanrts/africa/afchild.htm.

¹² Indicó la Corte en dicha resolución: “26. *En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas Mínimas de*

2. La aplicación de las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho de la Infancia

Así como en los Estados Unidos de América a partir del caso Gault¹³ se llegó a considerar que eran aplicables las garantías constitucionales para el juzgamiento de los hechos delictivos atribuidos a menores de edad, es discutible que la CADH y el PIDCP no fuesen aplicables a los niños y adolescentes en cuanto fueran acusados de un hecho delictivo, ello aun antes de la aprobación de la convención sobre derechos del niño. De hecho la CADH al referirse a las garantías judiciales hace mención a “*toda persona inculpada de delito*”¹⁴ o a “*toda persona detenida*”¹⁵, debiendo comprenderse dentro de dicho concepto a los niños o adolescentes a los que se les atribuya un hecho delictivo. La misma convención es clara en cuanto a su aplicación a los menores de edad, puesto que en particular se dice:

*“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”*¹⁶.

Por otro lado, el artículo 4 inciso 5) de dicha convención prevé:

*“No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad (...)”*¹⁷.

las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. En las citas al pie de este párrafo de la sentencia se hace por la Corte una enumeración de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los niños.

¹³ In re Gault (387 US.1). Véase el texto de la resolución del caso In re Gault en: Barker, Licius/Barker, Twiley (1982), pp. 362-369.)

¹⁴ Art. 8.2 de la CADH.

¹⁵ Art. 7 de la CADH.

¹⁶ Art. 5 inciso 5) de la convención americana sobre derechos humanos.

¹⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe No. 62/02 (Caso 12.285) en contra de los Estados Unidos de América, dado el 22 de octubre de 2002 consideró que se quebrantó en el caso concreto una norma de ius cogens, al sentenciar a una persona menor de dieciocho años a pena de muerte y ejecutar la misma. Ello fue

Igualmente el pacto internacional de derechos civiles y políticos tiene una referencia expresa a los niños y adolescentes que se enfrentan al sistema de justicia por hechos delictivos, indicándose:

*“Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”*¹⁸.

Por otro lado, el artículo 6 inciso 5) de dicho Pacto establece:

“No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad (...)”.

La existencia de dichas normas junto a la normativa sobre las personas procesadas y privadas de libertad es un argumento importante para extraer que la normativa sobre dichas personas es aplicable a los menores de edad, nótese, como se dijo, la referencia que se hace a *“toda persona”* o a *“toda persona detenida”*¹⁹. Es importante anotar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se señala que en el procedimiento aplicable a los menores de edad se tendrá en cuenta esa circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social²⁰, lo que implicaba la reconocimiento de las características propias del Derecho Penal Juvenil y la vigencia en este del principio educativo, pero dicho artículo no debe llevar a interpretar, como sucedía en la época de su aprobación del Pacto, que con base en ese principio se dejan sin efecto las garantías que el derecho internacional de los derechos humanos

reiterado en el informe No. 100/03 (Caso 12.240) en contra de los Estados Unidos de América, ordenado el 29 de diciembre de 2003

¹⁸ Art. 10 inciso 2 b) del pacto internacional de derechos civiles y políticos.

¹⁹ En este sentido véase: O’ Donnell, Daniel (1988), pp. 327-328. Sobre ello véase también: Cillero Bruñol, Miguel (2000), pp. 18-22. Debe mencionarse un trabajo pionero en Latinoamérica en cuanto a la exigencia del respeto de los derechos humanos para la persecución de los delitos de los jóvenes, este es el que *Enrique Bacigalupo* realizó en la década de los ochenta, quien llevó a cabo un estudio de las legislaciones tutelares de menores en Latinoamérica, resaltando la violación de los derechos humanos en las mismas. Cf. Bacigalupo, Enrique (1991), pp. 409-427; Bacigalupo, Enrique (1986), pp. 1377-1388. A finales de la década de los ochenta debe ser mencionado el trabajo realizado por *Carlos Tiffer y Frieder Dünkel*, con énfasis en la legislación costarricense. Cf. Tiffer Sotomayor, Carlos/Dünkel, Frieder (1989), pp. 206-228.

²⁰ Art. 14 inciso 4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

establece para toda persona, sino más bien que debe llegarse al reconocimiento de derechos adicionales de los menores de edad.

Por lo anterior lo que hizo la convención de derechos del niño en materia de garantías penales y procesales fue resaltar la aplicación al juzgamiento de niños y adolescentes de la normativa establecida para la protección de los imputados por el Derecho Internacional de Derechos Humanos²¹, además de establecer la existencia de derechos adicionales que gozan los menores de edad, lo que ya se extraía del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello con base en las normas arriba transcritas.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 dijo:

“54. 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”.

En lo relativo a la posibilidad de acudir a la Convención de Derechos del Niño para precisar aspectos del artículo 19 de la CADH, por ejemplo los alcances de las medidas de protección a que hace mención este artículo, debe anotarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “Niños de la calle”, por sentencia del 19 de noviembre de 1999 admitió tal posibilidad²². Así dijo:

“194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris 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 artículo 19 de la Convención Americana”²³.

²¹ Véase: Maxera, Rita (1992), pp. 187-215. En dicho texto la autora hace referencia a las garantías existentes para la justicia penal juvenil en los instrumentos internacionales de derechos humanos, haciendo mención constante no solamente a la convención de derechos del niño y los instrumentos que la complementan, sino también a la convención americana sobre derechos humanos.

²² No. 195-196.

²³ No. 195-196.

Por otro lado, en la opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002, la Corte Interamericana rechazó la regulación de la justicia penal juvenil conforme al sistema de la situación irregular, haciendo referencia a la necesidad de vigencia del principio de legalidad penal, lo mismo que al respeto de las garantías del debido proceso. Dijo:

“104. Para el examen de la cuestión que ahora interesa conviene identificar algunos conceptos muy frecuentemente manejados en este ámbito –con mayor o menor acierto– como son los de imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo.

105. La imputabilidad, desde la perspectiva penal –vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias– es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal.

106. Las Reglas de Beijing en su disposición 4, que no tiene naturaleza vinculante, estableció que la imputabilidad penal ‘no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual’ del niño.

107. La Convención sobre los Derechos del Niño no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3 inciso a), que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal.

108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva– incurran en conductas ilícitas. 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. Así, se

asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que 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.

109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada 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. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. 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. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla 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 culpables de haber infringido esas leyes' (artículo 40.3).

110. Es inadmisibile que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.

111. *En este sentido, la Directriz 56 de Riad establece que ‘deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven’.*

112. *Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna (supra 88 y 91) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias.*

113. *Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al ‘dominio’ de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente 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.*

114. *La presencia de circunstancias graves, como las que hemos descrito, tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho”.*

Se señala a continuación por la Corte la vigencia de los principios del debido proceso establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre ellos los principios del juez natural, doble instancia y recurso efectivo, presunción de inocencia,

derecho de abstención de declarar y principio del contradictorio. Por otro lado, ese refirió a las particularidades del Derecho Penal Juvenil, en especial con respecto a la publicidad y la justicia alternativa, para lo cual señaló:

“e) Principio de publicidad

134. Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. Al respecto, la Corte Europea ha señalado, aludiendo al artículo 40.2.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ‘a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso’. Asimismo, el Consejo de Europa ordenó a los Estados Partes revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño. En un sentido similar la Regla 8.1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso.

Justicia alternativa

135. 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 hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

3. El nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil

La doctrina latinoamericana llega a denominar con el término “*Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia*” al nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil compuesto por la Convención Internacional de Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, admitiendo además como antecedente la declaración universal de derechos del niño²⁴.

El aspecto más relevante del Derecho de la Infancia, producto del nuevo paradigma es que el niño, o sea el menor de dieciocho años, llega a ser considerado como un sujeto de derecho, con derechos y obligaciones, y no como un mero objeto de la tutela estatal y familiar. Ello queda reflejado en particular en el artículo 12 inciso 1) de la Convención de Derechos del Niño, el que dice:

*“Los Estados partes garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*²⁵.

Es importante al respecto citar lo indicado por Emiliano Borja: “*El artículo 12 (de la convención de derechos del niño) nos está diciendo que en todos los actos jurídicos y procesales en los que un menor de edad se vea implicado, éste va a formarse su juicio propio y va a ser oído. De esta manera está otorgándole al niño la categoría de ser racional, de ser con dignidad, de alguien que tiene algo que decir*”²⁶.

²⁴ Cf. García Méndez, Emilio (1994), pp. 89-90.

²⁵ Sobre las dificultades que han existido para el reconocimiento de lo indicado por dicha norma: Llobet Rodríguez, Javier (2002), No. 6.

²⁶ Borja Jiménez, Emiliano (2001), p. 199. Sobre ello dicen Sandra de Kolle y Carlos Tiffer: “*Es preciso resaltar que la convención establece un nuevo paradigma al estipular que el niño tiene derecho a ser autor de su desarrollo, a expresar sus opiniones y hacerlas valer en la adopción de decisiones relativas a su vida, y a que se reconozca el hecho de que, en función de su edad y madurez, puede formarse un juicio. Como diría Jamusz Kovzak, la sociedad queda obligada a escuchar, recordándonos que debemos aprender a hablar con un niño, y no a un niño*”. Kolle, Sandra de/Tiffer Sotomayor, Carlos (2000), p. 38. Véase también: Tiffer Sotomayor, Carlos (2001), p. 28, en donde dice: “*Ya no se ve al adolescente o la adolescente como una extensión de sus padres o del Estado, sino como sujeto en sí mismo. Se elimina, entonces, la presunción de la persona menor de edad como ciudadano del futuro para reconocer su carácter de ciudadano del presente*”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002 reconoció el carácter de sujeto de derecho que tiene el niño, de modo que la protección que debe otorgársele con base en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos con la evolución que se ha tenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la interpretación de dicho artículo debe adaptarse a ello, abandonando los criterios que partían del menor de edad como un simple objeto de tutela. Se dijo:

“28. Por lo que toca al citado artículo 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atiende a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”.

Como consecuencia del reconocimiento del carácter de sujeto de derecho que tiene el niño, uno de los aspectos más relevantes del nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil es la incorporación al mismo de los derechos que el imputado goza en el derecho de adultos.

Debe recordarse que en la doctrina de la situación irregular el *interés superior del niño* hacía que para el Derecho Tutelar Juvenil perdieran importancia las garantías procesales y penales. Lo anterior ya que se decía que todo era para “*salvar al niño*”²⁷, o sea en defensa de su *interés superior*. Característico sobre ello fue una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania de 1905, en la que se dijo:

*“El padre natural no necesita de ningún procedimiento para privar a un hijo de su libertad... para salvarle y protegerle de las consecuencias de que persista en una carrera de desvaríos, de la misma forma el Estado, cuando es compelido, como parens patriae, a ocupar el lugar del padre con idéntica finalidad, no tiene por qué adoptar ningún tipo de procedimiento para poner las manos sobre él y someterlo a los tribunales”*²⁸.

Sin embargo, lo cierto es que se llegó a una extensión del control social de los niños, restringiendo sus derechos fundamentales y su vida privada en una medida mucho

²⁷ Cf. Platt, Anthony (1982).

²⁸ Citada por: Barbero Santos, Marino(1980), pp. 100-101.

mayor que el Derecho Penal de adultos²⁹, por lo que lejos de ser un beneficio el ser sometido a la justicia tutelar de menores, más bien implicaba un perjuicio, degradándose al niño al carácter de un mero objeto de tutela y causándose las peores arbitrariedades. La situación más desfavorable en que en realidad se encontraban los sometidos a la justicia tutelar de menores en relación con las personas que eran juzgadas por los tribunales de adultos, quedó reflejada en el caso Gault en los Estados Unidos de América, en el que se le negaron las mínimas garantías procesales al joven acusado, unido a que se le impuso una sanción desproporcionada en relación con la que se le hubiera podido imponer a un adulto³⁰.

Es importante anotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2003 de 28 de agosto de 2002 se pronunció en contra de las legislaciones que se basen en la doctrina de la situación irregular³¹, a lo que se hizo referencia antes.

Con el nuevo paradigma de la justicia penal juvenil se han tratado de corregir las arbitrariedades propias de la doctrina de la situación irregular. Así se ha realizado una comparación entre las garantías previstas en las Convenciones de Derechos Humanos de carácter general y la Convención de Derechos sobre el Niño y los otros instrumentos internacionales que la complementan. Se indica por ello que se reconocen en la justicia penal juvenil principios como el de humanidad, legalidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, contradictorio, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, impugnación, legalidad del procedimiento, etc.³².

La asunción de las garantías del Derecho Penal de adultos que se ha producido con el nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil, ha provocado que con frecuencia cuando se hace referencia a éste se tienda a realizar simplemente un desarrollo de las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciéndose una exposición que en definitiva podría ser aplicable tanto al Derecho Penal de adultos como al Derecho Penal

²⁹ Así: Platt, Anthony (1982), p. 31.

³⁰ In re Gault (387 US.1). Véase el texto de la resolución del caso In re Gault en: Barker, Licius/Barker, Twiley (1982), pp. 362-369. Sobre ese caso véase: Llobet Rodríguez, Javier (2002), No. 2.

³¹ En particular No. 108-111 de dicha resolución.

³² Cf. Maxera, Rita (1992), pp. 187-215, García Méndez, Emilio (1994), p. 94.

Juvenil. Con ello, debe decirse, se contribuye poco para determinar qué es lo característico de éste.

Es importante anotar que en los Estados Unidos de América, a partir de la década de los ochenta, lo que fue acentuado en la de los noventa, se produjo más bien una absorción del Derecho Penal Juvenil por el de adultos, puesto que cada vez más menores de edad son sometidos a la jurisdicción de adultos, muchos de ellos además se encuentran privados de libertad en cárceles de adultos o bien incluso son encarcelados junto con adultos. Por otro lado, se continúa aplicando la pena de muerte a los menores de edad, ello como rebote de la aplicación de dicha pena a los adultos³³. Una situación como esa debe ser evitada. Es cierto que el Derecho Penal Juvenil, conforme a los lineamientos establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha llevado a que los menores de edad a los que se les atribuya un hecho delictivo debe otorgárseles las garantías de Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal establecidas en el Derecho de adultos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el Derecho Penal Juvenil el principio educativo establece una serie de criterios que llevan a que el mismo tenga una serie de características propias, que funcionan propiamente como derechos adicionales a los que gozan los adultos.

4. El principio educativo del Derecho Penal Juvenil

El principio característico del Derecho Penal Juvenil, que lo hace diferente del Derecho Penal de adultos, es el educativo, que no es sino una consecuencia de los principios de interés superior del niño y de protección integral de éste. Sin embargo, la forma en que se concibe el principio educativo en el nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil marca un cambio con respecto al anterior, ya que el joven es considerado como un sujeto de derechos y obligaciones y no como un mero objeto de tutela.

Con respecto a la relevancia del principio educativo en la justicia penal juvenil es importante citar lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Caso de los “Niños de la Calle”):

“197. (...) La Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los ‘niños de la calle’ están afectados por factores que pueden

³³ Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, Javier (2002), No. 2.

inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a ‘permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad’ (...)” (el subrayado no es del original).

Se ha discutido con respecto a cómo debe entenderse el principio educativo. Sobre ello debe partirse de que el Derecho Penal Juvenil está dirigido a sujetos responsables y no a inimputables³⁴. La finalidad que debe perseguirse no debe estar dirigida a obtener un cambio interior en el joven, ya que implica una violación al principio de dignidad de la persona humana³⁵. Más bien el principio educativo a lo que debe estar dirigido es a evitar la reincidencia, o sea en el sentido de la prevención especial positiva³⁶. En efecto la finalidad del Derecho Penal Juvenil no debe ser llenar un déficit educativo del joven³⁷, salvo que esté relacionado con el delito que se le atribuye. Ello es una consecuencia del principio de adecuación o idoneidad, consecuencia del de proporcionalidad, ya que la sanción debe estar relacionada en su efecto educativo, con el hecho delictivo que se le atribuyó al joven.

³⁴ Cf. Alastuey Dobón, Carmen (2000), p. 389.

³⁵ Cf. Alastuey Dobón, Carmen (2000), pp. 388-389.

³⁶ Cf. Alastuey Dobón, Carmen (2000), pp. 388-389.

³⁷ Cf. Alastuey Dobón, Carmen (2000), p. 389. Albrecht resume de la siguiente manera la posición – no compartida por él - de aquellos que pretenden compensar un déficit educativo a través del Derecho Penal Juvenil: “*La pretensión ‘educativa’ de la Ley de Tribunales de Menores se conecta con la representación teórica de la criminalidad, según la cual la perpetración de hechos punibles no es un fenómeno que aparezca en un proceso de desarrollo normal con educación suficiente de los padres, de modo que cuando se producen hechos punibles hay que presumir un fallo en la educación paterna, que hay que compensar con el catálogo de sanciones de la Ley de Tribunales de Menores. Sea por ‘malas cualidades de carácter’ o por ‘seducción de malas influencias del ambiente’, la Ley de Tribunales de Menores se coloca exclusivamente en el plano explicativo de fallo y responsabilidad individual. El menor criminal debe ser ‘sanado’ de estas causas de su criminalidad mediante contraeducación o bien reeducación. Desde esta perspectiva se puede entender la criminalidad como déficit en la ‘educación’, que ha de ser superado por medidas de mayor o menor intensidad, según sea la magnitud de aquél*”. Albrecht, Peter Alexis (1992), p. 61.

Además se debe tratar de evitar los factores estigmatizantes y criminógenos para el joven, por ejemplo la publicidad del juicio, el dictado de la detención provisional y la sanción de internamiento.

Por supuesto que cuando se priva de libertad al joven, la ejecución de la sanción trasciende de los aspectos relacionados con el evitar la reincidencia, puesto que debe cumplirse con los derechos educativos que tiene todo joven³⁸.

Aspecto fundamental de la concepción de la llamada *doctrina de la protección integral* es que ni el principio del *interés superior del niño* ni el de la *protección integral* de éste pueden servir para restringir las garantías del derecho penal y procesal penal del niño más allá de las establecidas con respecto a los mayores³⁹. Así en el Derecho Penal Juvenil el principio del *interés superior del niño* no debe llevar a caer en la “trampa” a la que conduce la *doctrina de la situación irregular* del Derecho Tutelar de Menores, de modo que no debe funcionar para limitar las garantías penales y procesales del niño. Precisamente el temor a que el principio educativo sea utilizado para justificar las violaciones de los derechos fundamentales del niño ha conducido a un sector de la doctrina a cuestionar el principio educativo, el que ha sido catalogado como un “*Caballo Troyano en el Estado de Derecho*”⁴⁰. El temor no deja de ser fundado, ya que debe reconocerse que con frecuencia se ha tratado de justificar violaciones a las garantías procesales y penales de los menores de edad, con el argumento de que dicha violación es en beneficio de ellos⁴¹, con lo que se revive la doctrina de la situación irregular.

5. El sistema de sanciones del Derecho Penal Juvenil como lo característico de éste

³⁸ Sobre el derecho a cursar estudios por parte de los jóvenes privados de libertad: Sala Constitucional costarricense, voto 8677-97 del 23-12-1997.

³⁹ En el voto 1772-97 de la Sala Constitucional costarricense se dijo: “*La idea de esta nueva legislación es dotar, al menor acusado por la comisión de un delito, de todas las garantías procesales que disfruta el imputado en un proceso penal de adultos, más aquellas que sean propias de la condición de menor*”. Sobre la protección de los derechos humanos del niño en el Derecho Procesal y Penal Juvenil producto de la doctrina de la protección integral: Maxera, Rita (1992), pp. 187-215; Maxera, Rita (1998), pp. 41-44.

⁴⁰ Cf. Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores) (1988). A esta crítica hace mención Kaiser, el que la rechaza. Kaiser, Günther (1997), p. 455.

⁴¹ Véase al respecto lo que se indica en: Llobet Rodríguez, Javier (2000), pp. 45-54; Llobet Rodríguez, Javier (1999), pp. 7-29.

Aunque el Derecho Penal Juvenil tiene algunas reglas particulares de carácter procesal basadas en el principio educativo⁴², lo característico de dicho Derecho se encuentra en el aspecto sancionatorio, que corresponde al Derecho sustantivo, puesto que con respecto a éste es que el Derecho Penal Juvenil presenta una regulación propia que hace no aplicable el Derecho Penal de adultos subsidiariamente, tal y como ocurre con respecto a la teoría del delito o las normas procesales. Por ello hay que diferir de lo dicho por *Emilio García Méndez* en el sentido de que el Derecho Penal Juvenil es Derecho Procesal y no derecho de fondo⁴³.

Siendo las sanciones lo característico del Derecho Penal Juvenil impulsado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es importante hacer mención a los principios que las rijen, consecuencia en última instancia del principio educativo. Estos son: prevenir antes que sancionar, prioridad de las formas de desformalización de la justicia penal juvenil, preferencia de las sanciones no privativas de libertad y vigencia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones.

5.1. Prevenir antes que sancionar

Uno de los principios fundamentales del Derecho Penal Juvenil, que surge de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, es que debe dársele prioridad a la prevención antes que a la represión, se parte de que la delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social y no de una “buena” política penal.

Debe reconocerse que una de las grandes preocupaciones de la opinión pública en Costa Rica y en los países latinoamericanos es el aumento de la inseguridad de los habitantes de la república, que se asocia en gran parte con la delincuencia juvenil, a la que se le atribuyen una serie de hechos violentos, en particular homicidios y robos con violencia sobre las personas⁴⁴. Ese aumento de la delincuencia no se puede negar, aunque

⁴² Sobre ello véase en particular: Llobet Rodríguez, Javier (2002), No. 7.

⁴³ Véase la discusión que he sostenido con García Méndez en: UNICEF (Editor) (2001), pp. 50, 64-68. Consúltese además: Llobet Rodríguez, Javier (2002), No. 5.

⁴⁴ Véase por ejemplo: La Nación del 17 de mayo de 1993, p. 12; Al Día del 19 de setiembre

debe anotarse que no ha ocurrido en la magnitud que cree la opinión pública⁴⁵. De relevancia al respecto es que el “*Estudio Multicéntrico sobre actitudes y normas culturales sobre la violencia*” (Proyecto Activa), que midió a través de encuestas a víctimas los niveles de violencia, concluyó que el sentimiento de inseguridad en Costa Rica es exagerado en relación con la situación real, indicándose que los niveles de victimización son relativamente bajos, en comparación con los otros países estudiados a excepción de Chile y España (Brasil, Colombia, España, Venezuela, Costa Rica, el Salvador y Chile). Sin embargo, el sentimiento de inseguridad es alto, y sobre todo son muy preocupantes las actitudes que se asumen frente a la delincuencia, justificándose en un 38% el tomar la ley en las propias manos, un 24.6% el detener a jóvenes por su apariencia física, un 14.9% la aplicación de la tortura, un 40.4% el establecimiento de la pena de muerte, un 47.7% matar al violador de la hija y un 43.9% matar a quien asuste a los vecinos⁴⁶. De hecho se han venido dando una serie de reacciones violentas en contra de jóvenes que han sido atrapados in fraganti por parte de vecinos de una localidad⁴⁷.

Se ha producido en definitiva un aumento en la disposición de reacciones de hecho frente a la delincuencia, de manera que se proceda a torturar y hasta a matar a los supuestos delincuentes, como formas de reacción penal no formalizada que se realizan con la participación o tolerancia de la policía estatal. Víctimas de estas acciones son en Latinoamérica en gran parte los llamados “niños de la calle”. En relación con ello en la investigación sobre las muertes violentas dirigida por Raúl Zaffaroni, éste indicó que “*en 1989, siguiéndose las noticias de homicidios de los diarios Noticias Populares de Sao Paulo, O dia de Río de Janeiro y el Diario Pernambuco de Recife, se señaló que sobre 600 víctimas, nada menos que 453 afectaron a menores de 17 años. Este altísimo porcentaje de víctimas de homicidio – dice Zaffaroni – se inscribe en una realidad social en la que se estima que treinta y siete millones de niños (hasta 17 años) se hallan en estado de pobreza y, entre ellos, siete millones directamente en situación de abandono*”.⁴⁸ Indica que aunque

de 1993; La Nación del 19 de setiembre de 1993; La Nación del 13 de mayo de 1994; La Nación del 15 de mayo de 1994, p. 4 A; La República del 10 de mayo de 1994.

⁴⁵ Sobre ello véase: Carranza, Elías (1997); Carranza, Elías (2000), pp. 43-46.

⁴⁶ Fournier, Marcos (s.f.).

⁴⁷ Acerca de esto véase la referencia que se encuentra en: Mora Mora, Luis Paulino (1998), p. 32; Llobet Rodríguez, Javier (1998), pp. 54-56.

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1993), p. 59.

es difícil determinar cuántas de dichas muertes de menores de edad fueron hechas por escuadrones de la muerte, se calcula ello en un 33% del total de muertes. Manifiesta además que existe coincidencia en los trabajos sobre el tema en que: a. Las condiciones de extrema miseria llevan a muchos niños a cometer pequeños delitos o a ser empleados por mayores para cometerlos (en particular transporte de tóxicos). b. Muchos niños son testigos de delitos y violencias graves. c. Los “justiceiros” actúan amparados por las policías y constituyen una suerte de “privatización” del escuadrón de la muerte. d. Las personas que tratan de defender a los menores y denuncian a los “justiceiros” sufren represalias, son eliminadas o deben desistir de la empresa. e. Los homicidas de niños considerados “infractores” venden protección a los comercios. f. El fenómeno presenta características alarmantes en Río de Janeiro, Sao Paulo y Recife. g. La policía deja operar a los “justiceiros” y concentra su actividad de vigilancia en los barrios de clase media y alta. h. La opinión pública recibe las noticias con relativo grado de consenso. i. Los medios masivos refuerzan el consenso mediante la proyección de casos de menores infractores de “alta peligrosidad” como pequeños monstruos. j. Los propios menores que trabajan para las redes distribuidoras de tóxicos amparadas, pueden ser ejecutados en razón de la considerable información de que disponen acerca de esta actividad. k. La muerte anunciada de testigos e informantes que se conoce como “queima de arquivo”⁴⁹.

Las ejecuciones extrajudiciales y tortura a supuestos delincuentes juveniles no solamente se dan en Brasil, sino han ido extendiéndose a diversos países latinoamericanos, encontrando un gran apoyo de parte de la opinión pública, dentro de ella la costarricense, tal y como se indicó arriba. En este sentido con respecto a Guatemala indicó la Corte Interamericana en el caso de los “Niños de la Calle”, ello por sentencia del 19 de noviembre de 1999:

“189. La Corte también ha reconocido como hecho público y notorio, en esta misma sentencia, que para la época de los sucesos que constituyen la materia de este caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los ‘niños de la calle’, ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios (...).”

⁴⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1993), p. 60.

Hay que admitir que existe un derecho de toda persona a ser protegido por el Estado frente a acciones de terceras personas que perturben su vida, integridad física o sus derechos. Así por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física, supone en primer lugar la obligación del Estado de no lesionar ese derecho, pero también la obligación del Estado de adoptar medidas tendientes a evitar su lesión. Pero no debe olvidarse que dicha protección debe hacerse dentro del margen de respeto de los derechos humanos. Importante es que todos los derechos humanos en definitiva emanan del principio de respeto de la dignidad humana, el que es heredero de la Ilustración, llegándose a la conclusión de que el hombre es un fin en sí mismo, no pudiendo ser mero objeto del interés de la colectividad o del Estado. Precisamente la base de la legitimación de un Estado de Derecho, es que incluso a aquellos a los que se les acusa de haber quebrantado los derechos humanos o se les ha condenado por ello, debe respetárseles los derechos humanos. Caso contrario, el Estado en el ejercicio del ius puniendi, no podría argumentar ninguna superioridad moral sobre los delincuentes, puesto que se habría puesto al nivel de ellos⁵⁰.

Debe tenerse en cuenta que los particulares que recurren a las ejecuciones extrajudiciales o a la tortura, quebrantan las mismas normas del Estado y obligan a éste a reaccionar frente a dicha violación. Los particulares en su actuación deben respetar la dignidad de la persona humana y no proceder a quebrantar la vida o la integridad física de los que estiman son delincuentes. Lo anterior, salvo cuando actúen en ejercicio de la legítima defensa para defenderse de las agresiones ilegítimas de que son objeto, pero ello

⁵⁰ "Un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes". Ferrajoli, Luigi (1995), p. 396. En Costa Rica en sentido similar, pero refiriéndose a la lucha contra el terrorismo indica Rafael Angel Herra: "El estado pone en juego su legitimidad en la manera de reaccionar a la violencia externa. Un ejemplo se da en cómo responde frente al terrorismo y garantiza la paz y la seguridad del conjunto de la sociedad y de los individuos. Si el estado reacciona con medios ilegales, con recursos de terror contra-terrorista indiscriminado, entonces hace de contrapunto al terrorismo, se asocia con él en el otro extremo, le hace el juego dialéctico, y entonces el torbellino de la violencia queda abierto, y se inicia un drama que puede agravarse si ya existe una situación de tensiones latente que nadie, ni el estado ni los grupos dominantes, ha sabido enfrentar, y que los extremistas cosechan. Si el estado contrapesa adecuadamente su reacción con recursos jurídicos pertinentes y mecanismos democráticos, las posibilidades de que subsista la sociedad son mayores. Si comienza a aplicar el terror estatal indiscriminado o a ignorar su aplicación por parte de entidades que le pertenecen, corre graves riesgos de deslegitimarse". Herra, Rafael Angel (1983), p. 25.

dentro del margen de la necesidad razonable de la defensa para repelar la acción. Sin embargo, una vez que el peligro ya ha pasado no tienen justificación de satisfacer sus deseos de venganza frente al agresor, agrediéndolo. Si así lo hicieran, se convertirían en delincuentes mismos.

Se critica por algunos que el proceso penal, y dentro del mismo el proceso penal juvenil, garantiza demasiado los derechos humanos de los imputados, pero precisamente el proceso penal trata de que la persecución penal se desarrolle dentro del respeto de los derechos humanos⁵¹. Frente al poderío del Estado, capaz de encarcelar a las personas que habitan en él, deben establecerse mecanismos de garantía de que se respetará el debido proceso cuando se imponga la detención preventiva o una sanción privativa o no de libertad. Si no fuera así estaríamos no ante el juzgamiento de delitos, sino ante una mera represión policial⁵², con las arbitrariedades a lo que lleva esto, como lo demuestra la historia universal más reciente. Por ello no es de extrañar que dentro de las convenciones internacionales de derechos humanos, entre ellas la convención de derechos del niño, ocupe un lugar primordial la regulación de los derechos del imputado durante el proceso penal.

Relevante es que las ejecuciones extrajudiciales suponen no solamente una violación del Derecho interno, sino del mismo Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existiendo incluso una tendencia a catalogarlas como un crimen internacional contra los derechos humanos⁵³. Por ello existe una obligación internacional del Estado respectivo de prevenirlas e investigarlas.

Aparte de las reacciones de hecho frente a la delincuencia juvenil, se procura por la opinión pública un endurecimiento del Derecho Penal Juvenil, aumentando el tiempo de duración de las sanciones privativas de libertad que se aplican a través del mismo, o bien

⁵¹ En este sentido dice Daniel González Álvarez: "... Sin garantías no hay proceso, es más el proceso es eso: una garantía, es decir, no tiene sentido pensar en que un sujeto, lo vamos a someter a proceso, si no es en función de una garantía...". González Álvarez, Daniel (1994), p. 19. Señala Daniel Pastor tres fines del proceso penal: "1) Imponer la pena al culpable, es decir lograr el restablecimiento de la paz jurídica a través del proceso penal (se aplica la ley penal según el resultado de la averiguación de la verdad, salvo el acuerdo entre los involucrados para encontrar otra salida al conflicto, en los casos en que la ley lo admita); 2) proteger al inocente contra los abusos del poder penal del Estado y 3) respetar la dignidad de la persona del imputado". Pastor, Daniel (1994), pp. 287-288.

⁵² En este sentido: González Álvarez, Daniel (1994), pp. 19-20.

⁵³ Cf. Blanc, Altemir (1990), pp. 377-403.

una reducción de la edad de aplicación del Derecho Penal de adultos, en contravención de los 18 años que la Convención de Derechos del Niño exige como mínimo para que pueda ser aplicable dicho Derecho⁵⁴.

En el caso del Derecho Penal Juvenil costarricense, al aprobarse en la Asamblea Legislativa la ley de Justicia Penal Juvenil, los legisladores se apartaron del criterio de los técnicos expresado en el proyecto de ley y aumentaron drásticamente la duración máxima de la sanción de internamiento, estableciendo el máximo de 10 años para los mayores de 12 y menores 15, y en 15 años para quienes tuvieran una edad mayor de 15 pero menor de 18 años⁵⁵.

Importante es que ese aumento de la duración de la sanción de internamiento, satisfizo a la opinión pública por unos días. Sin embargo, cuando la prensa continuó informando de nuevos hechos delictivos en los que estaban involucradas personas menores de 18 años, el efecto tranquilizador dejó de funcionar.

Debe agregarse que, como lo han demostrado investigaciones criminológicas, la creencia de que con el aumento draconiano de las penas se va a disminuir la delincuencia es errónea, ya que la mayoría de los delincuentes no calculan las posibles consecuencias del hecho, sino lo único que les interesa es no ser descubiertos, de modo que un efecto preventivo sí lo es la posibilidad de que ello ocurra⁵⁶. Ello queda claro en el caso costarricense en que el aumento desproporcionado de las penas del homicidio para los

⁵⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Caso de los “Niños de la Calle”) aplicó la Convención de Derechos del Niño para la determinación del concepto de menores de edad, utilizado por la Convención Americana de Derechos Humanos. Dijo; “188. *El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como ‘niño’.* Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas (...), tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial ‘niños de la calle’, para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo”.

⁵⁵ Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. El proyecto de ley lo que proponía era una sanción máxima de tres años de internamiento para los menores de quince años y de cinco años para los mayores de esa edad y menores de dieciocho años.

⁵⁶ Cf. Roxin, Claus (1989), p. 62; Roxin, Claus (1992), Par. 3, No. 25.

mayores de edad, llevado a cabo en 1994, no produjo una disminución de la cantidad de los homicidios, sino más bien al contrario es a partir de ese año que se produce un aumento de las tasas respectivas, que se habían mantenido estables durante varios años⁵⁷.

Debe estimarse la mejor manera de combatir la delincuencia juvenil no es con la imposición de sanciones o alternativas a éstas, sino por medio de la prevención, ello a través de una política social y educacional. Desde esta perspectiva, parte fundamental de la *doctrina de la protección integral* es la elaboración de un programa de prevención de la delincuencia juvenil, tratando conforme al principio de dignidad de la persona humana, que los niños y adolescentes tengan las condiciones educativas y sociales que permitan el pleno desarrollo de su personalidad.

Por ello mismo es que las Naciones Unidas, además de la Convención de Derechos del Niño, no solamente llegaron a aprobar reglas relacionadas con la justicia penal juvenil, como las reglas de Beijing y las reglas para la protección de los menores privados de libertad, sino también aprobaron unas directrices para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como reglas de Riad.

Importante es que en éstas se señala dentro de las políticas de prevención de dicha delincuencia que debe procederse al

*“Suministro de oportunidades, en particular educativas, para atender las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están latentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan un cuidado y una protección especiales”*⁵⁸.

Se menciona en dichas directrices la importancia de un ambiente sano y estable en la familia⁵⁹, de garantizar el acceso a la educación, que permita el pleno desarrollo de la personalidad, las aptitudes y capacidad mental y física de los jóvenes⁶⁰. Se resalta además la responsabilidad de la comunidad prestando asistencia a los jóvenes que no puedan vivir con sus padres o no tengan hogar y a los toxicómanos⁶¹. Se hace referencia a la

⁵⁷ Cf. Carranza, Elías (2000), pp. 43-46.

⁵⁸ Numeral 5 a) de las directrices mencionadas.

⁵⁹ Números 11-19 de las directrices.

⁶⁰ Números 20-31 de las directrices.

⁶¹ Números 32-39 de las directrices.

responsabilidad de los medios de comunicación en reducir en sus mensajes el nivel de violencia, pornografía y drogadicción⁶², unido todo a la obligación estatal de prestar servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y los demás servicios necesarios, en particular la prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol⁶³.

En Latinoamérica debe ser mencionada la declaración de Panamá, adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de 21 países iberoamericanos en la ciudad de Panamá los días 17 y 18 de noviembre del 2000.

Se menciona entre otros aspectos:

“8. Reconocemos la importancia fundamental de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en nuestras sociedades y el papel rector y normativo del Estado en el diseño y ejecución de políticas sociales en beneficio de ellos y como garante de sus derechos y reiteramos nuestro compromiso en construir las bases para el desarrollo pleno de sus potencialidades y de su integración social, ante las oportunidades y retos que ofrece el mundo globalizado hoy”.

Se admite en la declaración:

“(…) La pobreza y extrema pobreza, la desigual distribución del ingreso, la exclusión social y la violencia infrafamiliar, son las principales causas de que los niños niñas y adolescentes ingresen prematuramente al mercado laboral, permanezcan en las calles, sean objeto de explotación económica o sexual, migren, infrinjan la ley y estén expuestos a situaciones de riesgo (...)”.

En la declaración se hace una extensa enumeración de acciones tendientes a lograr la equidad y la justicia social, lo mismo que con respecto a la prevención de la delincuencia, tanto de la cometida en contra de los niños, niñas o adolescentes, como de la llevada a cabo por ellos⁶⁴.

En la recomendación No. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987, se le da importancia a la prevención: Se indica que se recomienda:

⁶² Numerales 40-44 de las directrices.

⁶³ Numerales 45-51 de las directrices.

⁶⁴ Cf. Declaración de Panamá: “Unidos por la niñez y la adolescencia, base de la justicia y la equidad en el nuevo milenio. En: www.iin.org.uy/declaracion de panama.htm.

“1. Desplegar o proseguir esfuerzos particulares para la prevención de la inadaptación y de la delincuencia juvenil, principalmente: a) por la aplicación de una política global que favorezca la inserción social de los jóvenes: b) mediante una ayuda particular y la introducción de programas especializados, bajo forma experimental, a nivel escolar o de las organizaciones juveniles o deportivas, destinados a integrar mejor a los jóvenes que tienen graves dificultades en ese ámbito; c) mediante medidas de prevención situacional y técnica destinadas a reducir las ocasiones ofrecidas a los jóvenes para cometer infracciones”.

Con anterioridad a esta recomendación es de destacar la resolución (78) 62 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que se refirió a la transformación social y la delincuencia juvenil, adoptada el 29 de noviembre de 1978. Se mencionó en dicha recomendación que debía procurarse las acciones siguientes para la prevención de la delincuencia y la socialización de los jóvenes: *“- mejorar las condiciones de alojamiento y de equipamiento social de las familias dotadas de niños, especialmente en las poblaciones grandes, con medidas que permitan el crecimiento de los jóvenes poniendo a su disposición servicios y locales apropiados; - velar para que todo adolescente tenga la posibilidad de adquirir una formación profesional de acuerdo con sus gustos y aptitudes; - emplear los medios necesarios para asociar a los jóvenes con el mundo del trabajo, procurando evitar el paro prolongado de los jóvenes; - reforzar las medidas de apoyo económico y social de las familias que tienen niños, especialmente las más desfavorecidas y garantizar los cuidados y la seguridad de los niños; - revisar los sistemas escolares a fin de que las escuelas puedan responder a las necesidades de cada alumno y a las exigencias de la vida moderna y asegurar una detección precoz de las dificultades psicológicas y sociales de los jóvenes que tiendan a mantenerlos en los recursos escolares normales; -favorecer o estimular las asociaciones de jóvenes y los movimientos deportivos y de diversión que contribuyen a la inserción de sus miembros en la vida social; - estimular (promover) los medios de comunicación de masas para que se interesen más y de forma positiva por los problemas de los jóvenes, velando para que no se tengan prejuicios ni estereotipos al respecto”.*

Parte de la discusión en Latinoamérica es si la normativa sobre la justicia penal juvenil debe estar ubicada dentro de un cuerpo legal que abarque en general los derechos de

los niños. En el caso costarricense se tomó consciencia en que el tratamiento de la delincuencia juvenil no debía limitarse al derecho sancionatorio. Así luego de la aprobación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se llegó a aprobar el Código de la niñez y la adolescencia.

En el mismo se establecen los derechos y los deberes de los menores de dieciocho años, estableciéndose su derecho al desarrollo integral de los mismos⁶⁵, previéndose no sólo derechos y garantías individuales, sino también sociales. Relevante es que en cuanto a estos últimos se contempla el derecho a la vida familiar y a la protección social de la familia por parte de las instituciones estatales⁶⁶, el derecho a la asistencia médica directa y gratuita por el Estado⁶⁷, el derecho a la educación orientada hacia el desarrollo de las potencialidades⁶⁸ y el derecho a la cultura, la recreación y el deporte⁶⁹. Igualmente se establece un régimen de protección especial al trabajador adolescente⁷⁰.

Podríamos estar en Costa Rica felices y afirmar que con esta ley hemos eliminado los problemas sociales de la adolescencia. Sin embargo, lo cierto es que la ley no deja aun de ser un catálogo de buenas intenciones, aunque juristas, como *Gilbert Armijo*, han abordado el tema desde el punto de vista jurídico, tratando de garantizar la tutela constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia como intereses difusos⁷¹.

Sobre el problema de la pobreza es importante citar lo dicho en el informe del estado mundial de la infancia 1993 presentado por la directora de UNICEF para América Latina Marta Maurás, en el que señaló: *“cerca de un millón de niños latinoamericanos mueren al año víctimas de condiciones inherentes a la pobreza, tales como la desnutrición, enfermedades previsibles y falta de atención básica de salud y educación. El problema más importante del niño latinoamericano – dijo – es la pobreza en términos generales. De los casi 180 millones de niños y adolescentes menores de 18 años, más o menos la mitad*

⁶⁵ Arts. 1 y 7 del código.

⁶⁶ Arts. 29-40 del código.

⁶⁷ Arts. 41-55 del código.

⁶⁸ Arts. 56-72 del código.

⁶⁹ Arts. 73-77 del código.

⁷⁰ Arts. 78-103 del código.

⁷¹ Armijo Sancho, Gilbert (1998).

pertenece a familias pobres y la brecha entre el 20% más pobre y el 20% más rico en América Latina se ha acrecentado"⁷².

Carlos Tiffer hace mención a los indicadores generales de la pobreza en América Latina, realizando un repaso por países como México, Guatemala, Brasil, Venezuela y Costa Rica, en donde menciona la pobreza en América Latina, haciendo referencia al problema de la cantidad de niños que deambulan por la calle sin hogar, o sea los llamados niños de la calle. Así, por ejemplo, dice que en Guatemala en 1989 había aproximadamente cinco mil niños que deambulan por las calles y que en Brasil en 1987 existían aproximadamente 7 millones de niños que viven y trabajan en las calles⁷³. Es de esperar que como consecuencia de las nuevas políticas de globalización en la época del postcomunismo, que han llevado a un mayor empobrecimiento y a una desatención de los programas sociales en Latinoamérica, dichas cifras sean muy superiores hoy día⁷⁴.

La garantía de un nivel de vida digno reviste una importancia vital para el desarrollo integral de los niños y adolescentes y con ello además en la prevención de la delincuencia juvenil, puesto que, como se dijo, la mejor forma de combatir ésta y garantizar la seguridad de los habitantes no es por medio de sanciones a los jóvenes que transgreden la ley penal,

⁷² Citado por Elbert, Carlos (1995), p. 69.

⁷³ Cf. Tiffer Sotomayor, Carlos, (1995), pp. 33-34.

⁷⁴ Sobre el empobrecimiento en la era de la globalización y las políticas represivas del crimen es necesario citar lo dicho por el escritor uruguayo Eduardo Galeano: "*En la era de las privatizaciones y el mercado libre, el dinero se propone gobernar sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al Estado? El Estado debe ocuparse de la disciplina de la mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y a la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un Estado juez y gendarme y poco más. De los servicios públicos ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La administración pública sólo puede disfrazarse de madre piadosa muy de vez en cuando, atareada como está en consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo... Mientras tanto, crece la pobreza y crecen las ciudades y crecen los asaltos y las violaciones y los crímenes. 'La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla', reconoce el Ministro del Interior de Uruguay. La explosión del delito se ve en las calles, aunque las estadísticas oficiales se hagan las ciegas, y los gobiernos latinoamericanos confiesan, de alguna manera, su impotencia. Pero el poder jamás confiesa que está en guerra contra los pobres que genera, en pleno combate contra las consecuencias de sus propios actos. 'La delincuencia crece por culpa del narcotráfico', suelen decir los voceros oficiales, para exonerar de responsabilidad a un sistema que arroja cada vez más pobres a las calles y a las cárceles y que condena cada vez más gente a la desesperanza y a la desesperación*". Galeano, Eduardo (1997), p. 3.

sino por medio de una labor preventiva que trate de solucionar los problemas sociales que causan la delincuencia, realizando una buena política social, conforme a los postulados del Estado Social de Derecho. En otras palabras, prevenir en vez de castigar y Derecho Penal como ultima ratio y no meramente castigar con el pretexto de prevenir y Derecho Penal de primera o única ratio. Debe advertirse, sin embargo, que la realización de los postulados del Estado Social de Derecho no debe verse en forma meramente utilitarista como consecuencia de la necesidad de prevenir delitos, sino esta última sólo opera como una exigencia por “rebote”, ya que los postulados de justicia social tienen su base primaria y suficiente en el principio de dignidad de la persona humana.

Al respecto es importante citar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los deberes de protección del Estado con respecto a la niñez y la adolescencia, evitando que se produzca la marginación social que lleva a muchos niños a vivir en la calle. Dijo así en la sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Caso de los “Niños de la Calle”):

“191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

Se reiteró luego en dicha resolución además a la obligación estatal de garantizar las condiciones mínimas de existencia a los niños, ello como consecuencia del principio de dignidad de la persona humana. Para ello se hizo mención a los artículos 2, 3, 6, 20, 27 y 37 de la Convención de Derechos del Niño, en cuanto establecen la prohibición de discriminación (Art. 2), el deber de protección y cuidado de los niños (Art. 3), el

derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo del niño (Art. 6), al deber estatal de protección y asistencia de los niños privados de su medio familiar (Art. 20), la obligación estatal de garantizar un nivel de vida adecuado a los niños para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y la obligación estatal de prestar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (Art. 27), la prohibición de la tortura y detenciones arbitrarias, unido al trato digno que se le debe dar a los menores privados de libertad (Art. 37). Se señaló a continuación:

“196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (...).”

Con respecto a la garantía de condiciones de vida y educación del niño es de suma importancia lo dicho por la Corte Interamericana al resolver la opinión consultiva OC-/2002 el 28 de agosto de 2002:

“80. En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas. El concepto de vida digna, desarrollado por este Tribunal, se relaciona con la norma contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 23.1, relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad, establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

81. El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la

Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles. La Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994) resaltó que

[t]odos los Estados y todas las familias deberían dar la máxima prioridad posible a la infancia. El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la educación. [...] (principio 11)

82. *En igual sentido, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) puntualizó que*

[d]eben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el SIDA, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades.

83. *En el mismo sentido, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo también resaltó que*

[t]oda persona tiene derecho a la educación, que deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de los recursos humanos, de la dignidad humana y del potencial humano, prestando especial atención a las mujeres y las niñas. La educación debería concebirse de tal manera que fortaleciera el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los relacionados con la población y el desarrollo.

84. *Se debe destacar que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida*

digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad.

85. *En el principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) se estableció:*

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

[...]

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

86. *En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”.*

Agregó luego la Corte Interamericana en relación con las obligaciones positivas de protección:

“88. (...) Se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación. Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder

público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”.

5. 2. Principio de desformalización o desjudicialización de la justicia penal juvenil

La tendencia en el Derecho Penal Juvenil es a la desformalización, que trata de evitar que se imponga una sanción propiamente dicha, ello a través de soluciones de justicia restaurativa⁷⁵, o bien el simple archivo del asunto a través de la aplicación de criterios de oportunidad reglados.

Se pretende en particular evitar el dictado de una sentencia condenatoria con su carácter estigmatizador y la imposición de una sanción propiamente dicha, especialmente la privativa de libertad⁷⁶.

Es dentro del Derecho Penal Juvenil en donde se empezó a buscar la desformalización, como consecuencia de las características propias del mismo y del énfasis del principio educativo. En los últimos tiempos dicha tendencia a la desformalización se aprecia también en el Derecho Penal de adultos, que ha llegado a aprobar también recomendaciones en el ámbito de la ONU en ese sentido⁷⁷. Sin embargo, debe reconocerse que no llegan a tener la amplitud que presentan en el Derecho Penal Juvenil.

⁷⁵ Cuando se habla de justicia restaurativa se hace mención a un movimiento surgido principalmente en los Estados Unidos de América y Canadá en la década de los setenta del siglo pasado en relación con la delincuencia juvenil, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que la misma debe intervenir en la resolución del conflicto, ello a través de una mediación comunitaria, en la que interviene por el otro lado el autor del hecho delictivo. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación víctima-autor, más que a la imposición de una sanción o pena. Sobre la justicia restaurativa: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores) (2002); Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores) (1999); McCold, Paul/Wachtel, Ted (s.f.); Roig Torres, Margarita (2000), pp. 365-367; Rivero Llano, Abelardo (1997), pp. 341-344; Pérez Sanzberro, Guadalupe (1999), pp. 15-18.

⁷⁶ Sin embargo, con respecto a la diversificación, la que se basa, como se dijo, en el principio educativo, se debe ser cauteloso, evitando que en la práctica lejos de suponer una disminución del control social lleve más bien a una ampliación del mismo, llegándose así a unas “*redes distintas, más amplias y sutiles*”. Sobre ello: Larrauri, Elena (1991), pp. 45-47; Larrauri, Elena (1991a), pp. 209-216; Llobet Rodríguez, Javier (1998a), pp. 158-159; Carranza, Elías/Maxera, Rita (1995), p. 80; Albrecht, Peter Alexis(1990), p. 159.

⁷⁷ A lo anterior hacen referencia, por ejemplo, la declaración de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder de

El artículo 40 inciso 3) b) de la Convención de Derechos del Niño dispone que los Estados promoverán:

“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 los derechos humanos y las garantías legales”.

Se trata de una norma muy general, que da lugar tanto a la diversion sin intervención, que se favorece, como a la diversion con intervención, dentro de la cual se ubica la justicia restaurativa.

El principio de ultima ratio y la consecuencia del mismo hacia la desformalización, se encuentra expresado en la regla 11 de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que dice:

“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 (sea corte tribunal, Junta, Consejo, etc.), para que los juzguen oficialmente.

“11.2 La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, 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 tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite.

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 de víctimas”.

A través de la remisión pueden llegarse a favorecer soluciones de justicia restaurativa, aunque debe anotarse que la remisión implica que las mismas se den fuera del ámbito de la

1985 y las normas para la aplicación de dicha declaración de 1989. Véase también: la recomendación No. R (85) 11 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 1985.

justicia penal juvenil, lo que es concordante con la concepción de la justicia restaurativa tal y como se da en los Estados Unidos de América, en donde intervienen organizaciones privadas en la mediación.

En los comentarios a dichas Reglas se señala que la remisión:

“Sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (por ejemplo el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. 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”.

Se indica además que se aconseja:

“Que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales”.

Con ello, al hacerse referencia a la indemnización a la víctima a través de la avenencia, se incluyó dentro de las recomendaciones a la justicia restaurativa.

En el ámbito europeo es importante mencionar la recomendación No. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987. Recomendó:

“2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección a la infancia de estos procedimientos”.

“3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos:

- se aseguren la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia;
- se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del autor”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció con respecto a la desformalización en la opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002, considerando que en principio era conforme con la Convención Americana, siempre que se respetan los derechos de las personas. Dijo:

Justicia alternativa

135. *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 hallan en juego los intereses de los menores de edad”.*

5.3. Principio de preferencia de las sanciones no privativas de libertad

En los casos en que no es posible aplicar la desformalización, a través de la diversion sin intervención (por ejemplo: principio de oportunidad) o con intervención (por ejemplo: justicia restaurativa), llegándose al dictado de una sentencia condenatoria y a la imposición de una sanción propiamente dicha, es principio fundamental del Derecho Penal Juvenil que el confinamiento de jóvenes en centros penitenciarios debe ser utilizado como ultimo recurso. La razón que lleva a evitar la imposición de la sanción privativa de libertad, radica no sólo en la magnitud de la injerencia en los derechos del joven, sino también en el carácter criminógeno que dicha privación comparte en el Derecho Penal Juvenil con el

Derecho Penal de adultos⁷⁸. Al carácter de ultima ratio de la sanción privativa de libertad aluden las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Ello se traduce en la previsión de sanciones diferentes a las privativas de libertad, adquiriendo dichas sanciones el carácter preferente y solamente en forma subsidiaria y extraordinaria puede disponerse la privación de libertad. Sobre ello dicen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de la Justicia de Menores en su numeral 18.1:

“Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicar simultáneamente, figuran las siguientes: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones socioeconómicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes”⁷⁹.

5.4. Preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones

El principio educativo del Derecho Penal Juvenil es el que lleva al desarrollo de los principios mencionados arriba, la necesidad de darle prioridad a la prevención antes que a la sanción, la preferencia por la desformalización de la justicia penal juvenil y la prioridad

⁷⁸Al carácter criminógeno de la sanción privativa de libertad en el Derecho Penal juvenil hace referencia Douglas Durán, el que dice “... Se ha establecido – señala- que la prisión agudiza los sentimientos de rechazo que, ya de por sí, ha experimentado, por lo general, toda la clientela del sistema de administración de justicia penal juvenil. Por otra parte, en los sujetos agresivos, se da incluso una exacerbación de la agresividad. Generalmente, se ofrece al menor de edad un mundo fragmentado, con individuos que se caracterizan porque uno de sus componentes específicos es precisamente el no haber podido unificar su personalidad. Todo esto puede llevar a un funcionamiento pulsional y agresivo como consecuencia del medio desestructurante del ambiente carcelario”. Durán Chavarría, Douglas (2000), p. 493.

⁷⁹ Regla 18.1.

de las sanciones no privativas de libertad. Por ello en la determinación de la sanción a aplicar, o bien la preferencia de formas de desformalización en vez de la sanción, lo fundamental a considerar es el principio educativo, por supuesto debiendo tenerse en cuenta que dicho principio desempeña un papel de protección al menor de edad sometido a la justicia penal juvenil y lo que hace es más bien aminorar la reacción penal estatal, buscando la menor injerencia posible en los derechos del joven. Sobre ello se hizo referencia antes al indicarse que el principio educativo no debía convertirse en un *“caballo troyano en el Estado de Derecho”*.

El principio educativo tiene además una gran importancia en la ejecución de las sanciones, en particular con respecto a la privativa de libertad, de modo que traten de contrarrestar los efectos negativos del encarcelamiento, compensando las carencias que tenía el joven antes de éste y que puedan haber influenciado en la comisión del hecho delictivo. Sobre ello indican por ejemplo las Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de menores:

“36.1. La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”, “36.2. Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria – social, educacional, profesional, psicológica, médica y física – que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”.

El principio educativo en la ejecución de las sanciones penales juveniles es desarrollado ampliamente en las reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad.

6. Conclusiones

Con la adopción de las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal de adultos se produjo un acercamiento a éste por parte del Derecho Penal Juvenil. Pero a su vez se puede afirmar la existencia de un acercamiento del Derecho Penal de adultos al Derecho Penal

Juvenil. Así los principios que caracterizan al Derecho Penal Juvenil sustantivo, tales como el de prevenir antes que sancionar, ultima ratio de la sanción, ultima ratio de la sanción privativa de libertad y del carácter rehabilitador que debe dotársele a ésta y a las otras sanciones, se encuentran hoy admitidos en la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos referida al Derecho Penal de adultos. La diferencia en definitiva entre el Derecho Penal Juvenil y el de adultos al respecto es de intensidad, ya que, como con frecuencia se hace mención en la exposición de motivos de la ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, en el Derecho Penal Juvenil dichas garantías se encuentran “*reforzadas*”, o sea se traducen en definitiva en un “*más* prevención, *más*” ultima ratio de la sanción y de la privativa de libertad y “*más*” consideración del principio rehabilitador de las sanciones, tanto al momento de la imposición como de la ejecución. Por otro lado, no se puede negar que el fin rehabilitador de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal de adultos no es tomado muy en serio en Latinoamérica ni desde el punto de vista presupuestario ni desde las prioridades de la ejecución penal, mientras que en el Derecho Penal Juvenil al menos existe una mayor voluntad de dotar en alguna medida de carácter educativo la ejecución de la sanción privativa de libertad.

7. Bibliografía

Alastuey Dobón, Carmen (2000). La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales. Valencia, Tirant lo blanch.

Albrecht, Peter Alexis (1990). El Derecho Penal de Menores. Barcelona, PPU.

Albrecht, Peter Alexis (1992). Respecto del futuro del Derecho Penal de Menores – Peligros y chances. En: Bustos Ramírez (Editor). Un Derecho Penal del menor. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, pp. 55-72.

Armijo Sancho, Gilbert (1998). La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo código de la niñez y la adolescencia de Costa Rica. San José, UNICEF.

Bacigalupo, Enrique (1986). Entwicklung des Jugendstrafrechts und der kriminalrechtlichen Behandlung Jugendlicher in ausgewählten Länder Lateinamerika (Argentinien, Costa Rica, Mexiko, Kolumbien, Venezuela). En: Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug (Compiladores: Dünkel/Meyer). Alemania, T. II, pp. 1367-1388.

Bacigalupo, Enrique (1991). Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal. Madrid, Akal/Iure.

Barbero Santos, Marino (1980). Marginación social y derecho represivo. Barcelona, Bosch.

Barker, Licius/Barker, Twiley (1982). Civil liberties and the Constitution. Nueva Jersey.

Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores) (1999), Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press.

Blanc, Altemir (1990). La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional. Barcelona.

Borja Jiménez, Emiliano (2001). Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. San José, Editorial Jurídica Continental.

Carranza, Elías. Criminalidad (1997). ¿Prevención o promoción? San José, Universidad Estatal a Distancia.

Carranza, Elías (2000). La ley de armas y la violencia en Costa Rica. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 18, pp. 43-46.

Carranza, Elías/Maxera, Rita (1995). El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina. En: La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal (Editor: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros). San Salvador, pp. 63-82.

Cillero Bruñol, Miguel (2000). Los derechos de los niños y los límites del sistema penal. En: UNICEF/ILANUD (Editores). Adolescentes y justicia penal. Santiago de Chile, UNICEF/ILANUD/Unión Europea, pp. 11-26.

Durán Chavarría, Douglas (2000). Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad. En: González Oviedo, Mauricio/Tiffer Sotomayor, Carlos. De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. San José, UNICEF, pp. 485-507.

Elbert, Carlos (1995). Sueño y pesadilla de los derechos de menores. En: Trépanier/Pils/Elbert. Delincuencia juvenil y derechos humanos. Buenos Aires, Depalma, pp. 59-80.

Ferrajoli, Luigi (1995). Derecho y razón (Traducción: Perfecto Andrés Ibañez y otros). Madrid, Trotta.

Fournier, Marcos (s.f.). El caso de Costa Rica: un problema estructural. San José, Instituto de Investigaciones Psicológicas, Universidad de Costa Rica.

Galeano, Eduardo (1997). El sacrificio de la justicia en los alteres del orden. Los prisioneros. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 14.

García Méndez, Emilio (1994). Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina. Guayaquil, Edino.

Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores) (1988). Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler, Centaurus Verlagsgesellschaft.

González Alvarez, Daniel (1994). La reforma del proceso penal en Costa Rica. En: Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (Editor: Centro de Estudios y Capacitación Judicial para Centroamérica y Pnamá y otros). San José, pp. 10-25.

Herra, Rafael Angel (1983). Derechos humanos y terror. En: Revista Filosofía. Universidad de Costa Rica, XXI, pp. 23-26.

Kaiser, Günther (1997). Strafen statt Erziehen? En: ZRP (Alemania), No. 11, pp. 451-458.

Kolle, Sandra de/Tiffer Sotomayor, Carlos (2000). Justicia juvenil en Bolivia. San José, ILANUD y otros.

Larrauri, Elena (1991). Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España), pp. 45-47.

Larrauri, Elena (1991a). La herencia de la criminología crítica. Madrid, Siglo XXI.

Llobet Rodríguez, Javier (1998). Seguridad ciudadana y prevención del delito en Costa Rica. En: Rotman, Edgardo. La prevención del delito. San José, Investigaciones Jurídicas, pp. 7-66.

Llobet Rodríguez, Javier (1998a). Garantías procesales y seguridad ciudadana. En: Armijo/Rivero/Llobet. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, pp. 135-162.

Llobet Rodríguez, Javier (1999). Interés superior del niño, protección integral y garantismo. En: Tiffer/Llobet. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. San José, ILANUD/UNICEF, pp. 7-29.

Llobet Rodríguez, Javier (2000). El interés superior del niño y garantías procesales y penales. En: Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas. San José, UNICEF, pp. 45-54.

Llobet Rodríguez, Javier (2002). Garantías en el proceso penal juvenil. En: Tiffer/Llobet/Dünkel. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, pp. 142-201.

Maxera, Rita (1992), La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica. En: Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina (Editores: García Méndez, Emilio/Carranza, Elías). Buenos Aires, Editorial Galerna, pp. 187-215.

Maxera, Rita (1998). Un modelo de responsabilidad penal juvenil. En: Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria (Editor: UNICEF y otros), pp. 41-44.

McCold, Paul/Wachtel, Ted, En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia *restaurativa*. En: www.restorativepractices.org/Pages/paradigm.

Montenegro, Marianella (1999). Fundamentos y principios del Derecho Penal de Adolescentes. Panamá, Unicef.

Mora Mora, Luis Paulino (1998). Análisis e impacto de la ley de justicia penal juvenil en Costa Rica en el contexto nacional y comparado. En: Seminario-Taller ley de justicia penal juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria (Editor: UNICEF y otros), pp. 28-34.

Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores) (2002), *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing.

O' Donnell, Daniel (1988). Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima, Comisión Andina de Juristas.

Ochaíta, Esperanza/Espinoza, María Angeles (2001). El menor como sujeto de derechos. En: Martín López, María Teresa. (Editora). La protección de los menores. Derechos y recursos. Madrid, Civitas y otros, pp. 33-66.

Pacheco, Máximo (Editor) (1987). Los derechos humanos. Documentos básicos. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Pastor, Daniel (1994) ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal “convencional” a los delitos no convencionales? En delitos no convencionales (Editor: Maier). Buenos Aires, Editores del Puerto pp. 269-301.

Pérez Sanzberro, Guadalupe (1999). Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía? Granada, Editorial Comares.

Platt, Anthony (1982). Los salvadores del niño. México, Siglo XXI.

UNICEF (Editor) (2001). Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil. San José, UNICEF.

Rivero Llano, Abelardo (1997). La victimología ¿Un problema criminológico? Bogotá, Jurídica Radar Ediciones.

Roig Torres, Margarita (2000). La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales). Valencia, Tirant lo blanch.

Roxin, Claus (1989). La parte general del Código Penal sustantivo (Traductor: Luis Zapatero). En: C. Roxin/G. Arzt/K. Tiedemann. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Madrid, pp. 17-80.

Roxin, Claus (1992) Strafrecht Allgemeiner Teil. Munich.

Saborío Valverde (Editor) (1993). Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Vigentes en Costa Rica. San José.

Tiffer Sotomayor, Carlos (1995). Derecho Penal de Menores y derechos humanos en América Latina. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 10, pp. 28-38.

Tiffer Sotomayor, Carlos (1996) Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada. San José, Juritexto.

Tiffer Sotomayor, Carlos (2001). Justicia juvenil y policía. San José, Escuela Judicial/UNICEF/ULANUD.

Tiffer Sotomayor, Carlos/Dünkel, Dünkel (1989). Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica. En: ZStW (Alemania), pp. 206-228.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1993). Muertes Anunciadas. Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Temis.