

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE ADOLESCENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LAS LEGISLACIONES DE COSTA RICA, ESPAÑA Y CHILE¹

LAURA MARTÍNEZ-MORA CHARLEBOIS ²

RESUMEN

Privación de libertad, según el Comité de los Derechos del Niño y la Regla 11b de Menores Privados de Libertad, es “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

La privación de libertad en adolescentes debe ser siempre el último recurso, por el tiempo más breve posible y debe ejecutarse tratando con humanidad y respeto que merece la dignidad humana y teniendo en cuenta las necesidades personales del niño, en particular que la privación de libertad tenga lugar en centros especializados y garantizando el derecho a mantener contacto con la familia. Estas son algunas de las garantías que reconoce el derecho internacional, específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Menores Privados de Libertad y las Reglas de Beijing. Estas garantías son el resultado de un consenso que se ha ido forjando poco a poco en la comunidad internacional en base a las ya conocidas y reconocidas consecuencias negativas de la privación de libertad.

Sin embargo su reflejo es las legislaciones nacionales de Costa Rica, España y Chile no es tan claro como se pensaría, los gobiernos consideran la privación de libertad adecuada para el propio bien del niño, quieren salvaguardar al mismo tiempo la seguridad ciudadana y por motivos de conveniencia política, principalmente pero no exclusivamente, deciden no plasmar tan claramente estas garantías en sus leyes y en la implementación de las mismas.

¹ El presente trabajo fue presentado como memoria de prueba para la aprobación del Diplomado “Responsabilidad Penal Juvenil y Sistema de Protección de Derechos”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile (año 2002).

² La autora es abogada, consultora de Unicef.

Referencia N°: 00-

Material digitalizado con fines de docencia e investigación.
Distribución sin fines de lucro.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta memoria es analizar algunas garantías de la regulación de la privación de libertad de adolescentes en el derecho internacional y en tres ordenamientos jurídicos nacionales: Costa Rica, Chile y España. La elección de estos tres países no es aleatoria. En los tres se intenta pasar de un modelo tutelar que consideraba a los adolescentes sin responsabilidad e incapaces de infringir la ley penal, a un modelo de protección integral de derechos, en el cual se establece la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a un adolescente. Además los tres regulan la responsabilidad penal juvenil en una ley especial, no incluida en un código integral como es el caso de Brasil y Venezuela entre otros.

Mediante esta memoria se quiere estudiar la regulación de la pena privativa de libertad en estos sistemas de responsabilidad penal de adolescentes, y dilucidar si éstos aplican y reflejan en el ordenamiento jurídico interno la Convención sobre los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales de derechos humanos, o si por el contrario estas garantías no están totalmente asumidas por Costa Rica, España y Chile.

El estudio se estructura en tres partes. La primera en la que se quiere determinar el marco jurídico normativo de la privación de libertad a nivel internacional y nacional de los tres países que se estudian, la definición de privación de libertad, sus finalidades y franja de responsabilidad. Una segunda parte consiste en un estudio más detallado sobre la obligatoriedad de que la privación de libertad sea un último recurso, por el menor tiempo posible y determinado (artículo 37 b CDN). Una tercera y última parte está dedicada al derecho todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad, en particular a que ejecute en un centro especializado y al derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas (artículo 37 c CDN).

1.1. Instrumentos de Derecho Internacional que regulan la privación de libertad

Los niños, niñas y adolescentes, en tanto que personas, gozan de todos los derechos de los instrumentos internacionales que regulan la privación de libertad tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ (PIDCP), las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988, el

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1978, los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1982⁴, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, y según el ámbito geográfico le serán también aplicables la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ o la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950⁶.

Las personas menores de 18 años se caracterizan por estar en una etapa de crecimiento y por esta razón gozan de una protección adicional de sus derechos, un "plus", que se ha visto reflejada a nivel internacional por la aprobación de un conjunto de instrumentos jurídicos, y a nivel nacional por leyes especiales. El marco jurídico internacional que regula la aplicación de la privación de libertad en adolescentes está compuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)⁷, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1985 (Reglas de Beijing)⁸, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad de 1990⁹ y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990 (Directrices de Riyadh)¹⁰.

Aunque estos tres últimos instrumentos "en principio" no son vinculantes para los Estados, no dejan de ser una fuente de inspiración para la normativa interna, y tratándose del tema de privación de libertad recogen muchos principios que luego están plasmados en instrumentos que si son de obligatorio cumplimiento, entre ellos la CDN. Esto no es coincidencia, sino que se debe a que tanto la CDN como las Directrices de Riyadh y las Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad fueron redactados en la misma época. Además el Comité de los Derechos del Niño dice que al interpretar la CDN se tiene que tomar en cuenta los otros estándares internacionales existentes sobre el tema, mencionando explícitamente estas Resoluciones de la ONU¹¹.

Digo "en principio" en el párrafo anterior, porque el hecho que las Reglas desarrollen aspectos sustanciales de la CDN, hace que estas disposiciones de las Reglas puedan

4 A su vez la Observación General 21 del PIDCP pide a todos los Estados Partes que expliquen en sus informes al Comité si aplican todas estas normas referentes a las personas detenidas.

5 Art. 7. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

6 Art. 5. Adoptada y abierta a la firma por los Estados del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Entró en vigor el 3 de Septiembre de 1953.

7 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 4425, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Costa Rica la ratificó el 21 de agosto de 1990. España el 6 de diciembre de 1990 y Chile el 13 de agosto de 1990.

8 Resolución 4023 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

9 Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

10 Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

11 General Recommendation on the Administration of Juvenile Justice, CRCC/80, 19th Session, September 1996.

3 Art. 8.1. El Comité de Derechos Humanos pide en su Observación General 17 recomendar que los niños gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles situados en el PIDCP.

gozar del mismo *status* legal que la CDN. También, las resoluciones aprobadas por los Estados Miembros de la ONU con la clara idea de que su violación constituye una violación de la CDN, las convierten en jurídicamente vinculantes al menos para aquellos Estados que votaron a su favor. Y por último, por su reiterada aplicación, aunque no por ellas mismas, pueden llegar a ser expresión de la costumbre internacional¹². En resumen, no son sólo fuente de inspiración para una interpretación acorde a los Derechos Humanos, sino que algunos de sus derechos son vinculantes.

Teniendo presente el marco jurídico internacional donde está regulada la privación de libertad, no podemos obviar hacer referencia escuetamente a la regulación del derecho que se viola con la privación de libertad, esto es, el derecho a la libertad de todos los niños, niñas y adolescentes.

El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos¹³ reconoce en su artículo 9 el derecho de toda persona a la libertad, incluidos los niños, niñas y adolescentes. Por el contrario la CDN no regula explícitamente este derecho, pero sí implícitamente ya que puede ser deducido del art. 37 de la misma. Es decir, todo niño tiene derecho a la libertad y que este derecho debe ser respetado. Muchas veces esto no es así, ya que la autonomía progresiva de los niños y la autoridad paterna pueden diferir y entrar en conflicto. En otros casos más graves una autoridad pública, ya sea judicial, administrativa o de otra índole, puede decidir que un adolescente deba permanecer en un centro cerrado y sin que éste pueda salir si así lo desea. Los motivos pueden ser varios: delincuencia juvenil, estar en peligro por su propio comportamiento, los delitos en razón de su condición, y estar en peligro por el ambiente en que viven¹⁴.

1.2. Definición de privación de libertad

Definir privación de libertad es complejo, ya que depende mucho de la amplitud que se le quiera dar al concepto y está íntimamente relacionada con la autonomía progresiva y otros derechos de los niños. El Comité de los Derechos del Niño adopta la definición de la regla 11.b) de las Reglas de Menores Privados de Libertad, en las que se entiende por privación de libertad "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa

u otra autoridad pública"¹⁵. Esta definición permite incluir la internación por motivos de protección y no sólo por infracciones cometidas por adolescentes a la ley penal¹⁶.

Sin embargo no quiero dejar de señalar que el art. 37.b CDN habla de "detención, encarcelamiento o prisión" y no de "privación de libertad" que es un término más amplio que abarca también las privaciones de libertad por razones educativas, médicas o de otro tipo. Esto se debe a que durante la redacción de la CDN, la URSS, EEUU, Senegal y RFA expresaron su preferencia por un lenguaje más específico en vez de una referencia general como "privación de libertad"¹⁷. Al final el grupo de trabajo adoptó la versión más concreta, es decir "detención, encarcelamiento o prisión" (en la versión inglesa de la CDN, "*arrest, detention or imprisonment*")¹⁸ que les convenía más y suponía un menor compromiso de futuros Estados Partes a la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión se definen estos tres términos tal y como aparecen en la versión inglesa de la CDN. "Arresto" es el acto de aprehender a una persona acusada de haber cometido un delito, "detención" es cualquier privación de libertad, excepto en los casos de sentencia condenatoria por un delito, y "encarcelamiento" se refiere a la privación de libertad establecida en una sentencia condenatoria. UNICEF recoge estas definiciones en su Manual de Aplicación de la CDN en versión inglesa¹⁹. Según Cecilia Medina, miembro por muchos años del Comité de los Derechos del Niño, en estos casos de traducciones equívocas se utilizó en la interpretación la versión original y siempre a favor de la persona²⁰.

De los tres ordenamientos jurídicos que están siendo analizados, sólo el chileno define privación de libertad, adoptando una definición muy similar a la de las Reglas de Menores Privados de Libertad, pero añadiendo a "detención o internamiento", las "aprehensiones y los arrestos" y eliminando el "encarcelamiento"²¹. Una versión que podría ser la traducción literal de los términos utilizados por la versión original inglesa de la CDN.

15 Hodgson, Rachel y Newell, Peter. *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, Ginebra, Suiza, 2001, p. 519.

16 A este respecto hay que tener en cuenta que las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Beijing) son también aplicables a los procedimientos relativos a la atención del menor y su bienestar, esto supone una vuelta al sistema federal, ya que la atención del menor y el bienestar no deberían estar regulados por unas reglas de naturaleza penal. Sin embargo, las Reglas de Menores Privados de Libertad sí deben incluir a todos los niños privados de libertad, cualquiera que sea el motivo (protección o responsabilidad) de su ingreso, para que al menos estos niños puedan gozar de los derechos y garantías que les asisten por estar privados de su libertad. Independientemente que la privación se haya realizado conforme a la CCH o no.

17 Durick, Sharon (comp. & ed.). *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Tavux Press" Editions*, Meritans Nilford Publishers, The Netherlands, 1992, p.477.

18 Existe una diferencia sustancial entre la versión inglesa de la CDN y la española ya que en la primera se hace referencia a "arrest, detention or imprisonment" y en la española a "detención, encarcelamiento o prisión". No queda muy claro porque se unió el arresto en la versión española.

19 Hodgson, Rachel y Newell, Peter. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Fully Revised Edition, UNICEF, Ginebra, Suiza, 2002, p.549.

20 Opinión expresada por la Profesora Cecilia Medina en el marco del Curso sobre Derechos Humanos de la Infancia y la Adolescencia realizado por UNICEF y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, del 11 al 13 de Noviembre de 2002.

21 Art. 14 del Proyecto de Ley que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal

12 Medina, Cecilia. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en Medina, Cecilia y Mora, Jorge. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales 116, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, 1996, p. 31.

13 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (21º), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1978. Tanto Costa Rica, España como Chile son Estados Partes de este Pacto. Costa Rica la ratificó el 29 de noviembre de 1966, España el 27 de abril de 1977 y Chile el 10 de febrero de 1972.

14 *Cooperación Gestor/Guardián*, *Amos Niños privados de libertad*, *Derechos y realidades*, UNICEF-Comité español y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2000, p. 51.

1.3. Fines de la privación de libertad

La privación de libertad de un niño supone el no disfrute de su derecho a la libertad y la separación de su familia y su ambiente social. Los efectos negativos de la privación de libertad son bien conocidos, los salvadores del niño evidenciaron esto y quisieron "salvar" a estos niños²², con un resultado muy controvertido, numerosos estudios han llegado a la conclusión de que la "cárcel es la escuela del delito" y hay abundantes investigaciones que demuestran los efectos perniciosos de la privación de libertad sobre la persona²³, y con mayor razón sobre el menor de 18 años²⁴. Las mismas Reglas de Beijing reconocen que los menores son especialmente vulnerables a las influencias negativas, agudizadas por la pérdida de la libertad y por estar aislados de su contexto social²⁵. Es por ello que en los instrumentos internacionales vinculantes que regulan los derechos de los niños y adolescentes veremos que poco o nada se dice sobre posibles fines de la privación de libertad, al contrario, conscientes de los efectos negativos de la privación de libertad se reconoce que los menores privados de libertad requieren especial atención y protección y que se debe garantizar sus derechos y bienestar durante el período en que estén privados de su libertad y con posterioridad a él²⁶.

La privación de libertad conlleva una aflicción física, en la forma de vida y tratamiento, y psicológica, en la soledad, aislamiento, sujeción disciplinaria, pérdida de sociabilidad, de afectividad y de identidad²⁷.

Algunos expertos del tema han llegado a la conclusión que el único fin de la privación de libertad es ser una pena que se impone a un determinado sujeto por haber infringido las leyes penales. Esto supone ya un primer paso, porque se reconoce la privación de libertad por lo que es en sí: una sanción y no por lo que se quisiera y se ha querido que fuera por mucho tiempo. La privación de libertad es una pena que se encuadra dentro de un sistema de responsabilidad que es penal, "y como tal, implica un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringe la ley penal"²⁸. Winfried Hassemer afirma a su vez que "la justificación del Derecho Penal sólo puede venir hoy del ámbito que Von Liszt llamó *Derecho Penal*. La "Política

Criminal" señala tareas, utiliza medios para alcanzar metas, fomenta innovaciones, pero no es apta para servir de justificación"²⁹.

Antonio Do Amaral e Silva dice que para el jurista lo importante no es el objetivo o fin de la medida (socioeducativa), sino "la naturaleza represiva de las medidas socioeducativas. Siendo éstas claramente restrictivas de derechos fundamentales, aunque caracterizadas por la excepcionalidad y brevedad". También hace hincapié en la necesidad de comprender que la privación de libertad es un mal, "un mal necesario, pero un mal al fin. Por el contrario, sólo es un bien para la sociedad, para la prevención y para la represión de la delincuencia juvenil"³⁰.

La discusión es mucho más amplia de lo que se pretende abordar aquí y ha sido y podría ser objeto de un estudio en sí. La intención de este apartado es más modesta y quiere al menos dejar constancia de los fines preventivos. La privación de libertad de una persona puede llevarse a cabo por motivos preventivos generales positivos (que la sociedad perciba que respetar las leyes es lo correcto y que les dé confianza en el mismo) y negativos (intimidar a todos los posibles delincuentes) más que por razones de prevención especial (positiva: resocializar, o negativa: anular al delincuente)³¹.

Hoy en día existe un consenso sobre el fracaso de la rehabilitación-resocialización, ya que muchas veces el efecto de la pena puede ser hasta criminógeno y se llega a hablar de la "universidad del delito"³². Por tanto ni se cumple la prevención de los delitos, ya que más bien las cárceles son escuelas de la delincuencia y de la criminalidad organizada, ni la prevención de venganzas privadas, ya que hoy en día se satisfacen más por la rapidez del proceso y la publicidad de las condenas³³.

Sin embargo, tal y como vamos a ver a continuación sigue muy presente en la regulación internacional y en las leyes que regulan la responsabilidad penal juvenil que el fin de la privación de libertad es socio-educativo.

Los objetivos del tratamiento de menores en establecimientos penitenciarios, según las Reglas de Beijing, son garantizar su cuidado y protección, junto con una educación y formación profesional que les permita desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad³⁴.

²² Pratt, Anthony. Las "situaciones del niño" o la inversión de la delincuencia. Ed. Siglo XXI. Madrid, España, 1982, pp. 134-139.

²³ El estudio de investigación de María Angélica Jiménez muestra con claridad muchos de estas consecuencias negativas. Ver *Adolescentes Privados de Libertad y Justicia de Menores. Informe de Investigación*, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2005; y *Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Centro de Investigaciones Jurídicas Escuela de Derecho* Universidad Diego Portales (IDP), Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile. *Resultados de una Investigación Exploratoria*, Santiago, Chile, 2002.

²⁴ Bustos, Juan, "Incapacidad y Edad Penal" en *Derecho a tener Derecho 2*, UNICEF e IAN, Venezuela, p. 337.

²⁵ Comentario de la Regla 19 de Beijing.

²⁶ *Presupuesto de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*.

²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Tróica, Madrid, España, 1995, p. 412.

²⁸ Sobel, Mary, "Algunas conclusiones sobre el tema a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil americanas" en *Justicia y Derechos del Niño 3*, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 35.

²⁹ Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, España, 1984, p. 399.

³⁰ Do Amaral e Silva, Antonio Fernando, "La privación como pretexto para el cambio social negativo de los adolescentes o la supervivencia de la "doctrina de la situación irregular" en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, García-Méndez, Emilio (comp.), Ad. Hoc, Argentina, 2001, pp. 133 y 126.

³¹ Couso, Jaime, "Problemas técnicos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la *liberación* y la *vida de protección especial de derechos*" en *Justicia y Derechos del Niño 1*, UNICEF, Santiago, Chile, 1999, p. 89. Para un estudio completo sobre la prevención general y especial véase: Hassemer, Winfried, *Fundamentos*, op. cit.

³² Universidad Alberto Hurtado, *Responsabilidad Penal del Adolescente. Informe Ellos* n° 13, Santiago, Chile, 2001.

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 412. Este autor realiza un interesante estudio de la pena, sobre cuánto y cómo castigar, y reflexiona en amplitud a la pena privativa de libertad y sus consecuencias.

³⁴ Reglas 26.1, 26.2 y 26.6 de Beijing.

La CDN da una especial importancia a promover la reintegración del niño, a que éste asuma una función constructiva en la sociedad y a que se fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y libertades fundamentales³⁵.

Las Reglas de Menores Privados de Libertad desarrollan el postulado general de la CDN y establecen como objetivo de todo menor privado de libertad su reintegración en la sociedad y su reinserción en la comunidad. Para ello se tienen especialmente en cuenta la estructura y tamaño de los centros, los efectos personales, las vestimentas, la educación, la formación profesional y trabajo, la atención médica y los contactos con la comunidad entre otros³⁶.

En Costa Rica la Ley de Justicia Penal Juvenil³⁷ establece que los fines de la ejecución de las sanciones, entre las que se incluye el internamiento en centro especializado, es el permanente desarrollo personal del menor de edad y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades. El juez costarricense Douglas Durán opina que los fines de la privación de libertad son primordialmente educativos, lo cual refleja que el sistema costarricense es un sistema mixto, "que refleja tensiones constantes entre el modelo judicial y el de protección y una falta de homogeneidad que también reflejan los instrumentos internacionales y nuestra propia jurisprudencia"³⁸.

En España la Ley sobre la Responsabilidad Penal de los Menores está fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales y se basa en principios de naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad. El objetivo prioritario de la medida de internamiento es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. El internamiento en régimen cerrado pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo³⁹.

En Chile, el Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal⁴⁰ presentado al Congreso en agosto de 2002 dice que las respuestas penales contenidas en el proyecto tienen por finalidad sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social. En consecuencia, se considera que tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora.

Las dos primeras leyes tienen una finalidad socioeducativa: en Costa Rica se reconoce que las sanciones penal juveniles deben tener una finalidad primordialmente educativa, aunque no se excluye que la prevención general pero de forma secundaria⁴¹. En España se reconoce también una finalidad pedagógica-sancionadora de la Ley y la Constitución Española del 1978 reconoce a su vez que "las penas privativas de libertad (...) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social"⁴². Por el contrario, en el proyecto de ley chileno predomina una finalidad sancionadora reconocida en el preámbulo del mismo. Resumiendo podemos decir que los dos primeros proyectos se enmarcan en la prevención especial con el objetivo de enseñar a los adolescentes privados de libertad a comportarse en sociedad responsablemente (con la dificultad de querer enseñar a comportarse en la sociedad sin estar en ella), mientras que el chileno hace más hincapié en la prevención general, al menos en el proyecto de ley.

FRANJA DE RESPONSABILIDAD Y FUNDAMENTOS:

Analizar la franja de responsabilidad es importante en un estudio sobre la privación de libertad de adolescentes porque establece la edad a partir de la cual éstos pueden ser privados de libertad por haber infringido una ley penal y bajo esa edad no se debería privar de libertad a los niños. Previamente definiremos "menor", "joven" y "adolescente".

Las Reglas de Beijing y las Reglas de Menores Privados de Libertad se refieren al de "menor". Para las primeras la definición de menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto. Para las segundas menor es toda persona de menos de 18 años de edad. Es decir, las Reglas de Menores Privados de Libertad son aplicables a todos los niños menores de 18 años privados de libertad, pero las de Beijing son sólo

35 Art. 40.1 CDN.

36 Reglas 3, 8, 14, 30, 32, 35, 36, 38, 40, 45, 49, 51, 54, 59, 67, 79, 80, 83 y 85 de Menores Privados de Libertad.

37 Art. 133 Ley n° 7576 Ley de Justicia Penal Juvenil, de marzo de 1996.

38 Durán, Douglas. "Algunas reflexiones sobre la ejecución de las sanciones penales juveniles privadas de libertad" presentado por Cecilia Sánchez en Jornadas de reflexión sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil: cuatro años de vigencia. UNICEF, CONAMUC, UAMOD y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 2007, p. 114.

39 Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, par. 3, 6 y 16. A este respecto ver también Díaz Lago, Manuel-José. La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero). Ed. Revisita General de Derecho, Valencia, España, 2006, p. 206 y ss.

40 Preámbulo del Proyecto de Ley que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, de 2 de agosto de 2002.

41 López, Javier en Jornadas de reflexiones sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil, op. cit., p. 21. En estas Jornadas Emilio García Méndez recordó las palabras del Dr. Amador, Jefe de la Corte Suprema de Costa Rica, "ya díe en que los abogados, magistrados, miembros de tribunales, miembros de los juzgados, envían a sus hijos a los sistemas educativos que se dan en las instituciones en condiciones de privación de libertad, ahí estará en condiciones de enseñar que las sanciones educativas son un bien y no son un mal; mientras seguir mandando a sus hijos a colegios de jesuitas ocho horas por día, voy a ser un escáncalo de las finalidades educativas".

42 Art. 25.2 Constitución Española de 1978.

aplicables a las personas que el Estado ha definido como "menor"⁴³, produciéndose una relación circular que hace depender la aplicación dichas Reglas de Beijing a la definición dada por el sistema jurídico nacional respectivo. Esta diferencia es muy importante al estudiar la privación de libertad, porque supone que las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad son aplicables a todas las personas del mundo con menos de 18 años privados de libertad, independientemente de que sean considerados como "niños-menores" según las leyes nacionales.

Otra matización que estimo pertinente es la diferencia entre adolescente y joven. Si bien el primero tiene la ventaja de estar más acotado cronológicamente, tiene el inconveniente de definir a la persona por lo que adolece, es decir desde lo que no tiene. El término joven no tiene una connotación negativa, pero al sobrepasar la franja de los 18 años no está tan acotado cronológicamente y tiene el inconveniente de ser conocido como el tipo de justicia que se aplica a los jóvenes en los sistemas anglosajones, que difieren de los sistemas creados en Latino América⁴⁴. Como se observa ambos conceptos tienen sus ventajas e inconvenientes.

Tras estas consideraciones previas vamos a analizar como se regula la franja de responsabilidad penal. Las doctrinas político criminales han establecido la necesidad de fijar una edad penal como una frontera entre el sistema penal de adultos y el de los adolescentes, aplicando a las personas menores de edad un derecho penal especial. Esto supone un avance respecto a las doctrinas de la imputabilidad en sentido estricto, ya que según éstas el menor era considerado como un enajenado mental, no tenía capacidad de culpabilidad por carecer de plenas facultades de comprender lo ilícito y actuar según esa comprensión, y por lo tanto estaba exento de responsabilidad⁴⁵. Esto significa el paso del sistema tutelar a la doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia y adolescencia emanada de la CDN y otros instrumentos internacionales⁴⁶ donde el adolescente es responsable por sus actos.

Definir una franja de responsabilidad de los adolescentes en los sistemas de responsabilidad penal juvenil se vuelve indispensable, tal y como lo reconocen los instrumentos internacionales aplicables a los niños que fijan tanto un límite superior o techo y un límite inferior o piso.

⁴³ Regla 11.3 Menores Privados de Libertad y Regla 2.2. a de Beijing.

⁴⁴ Ver al respecto Boff, Méry, "Algunas confusiones", op. cit., p. 20 y Cilleri, Miguel, "Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal" en Justicia y Derechos del Niño 3, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2001, p.66.

⁴⁵ Alessandro Baratta citando a Gaetano De Leo, definiendo "la gran importancia pedagógica de establecer un principio de responsabilidad para el adolescente. De no acceder a una visión de tipo asistencial de la justicia de menores, que no sólo le quite la conciencia de la responsabilidad de sus actos, sino que tampoco responde a la realidad rigurosamente punitiva y represiva, que también en Europa, ha sido y sigue siendo la característica de la justicia de menores" en "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia" en Ministerio de Justicia del Salvador, PNUD y otros, *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil un derecho para la libertad y la responsabilidad*, San Salvador, El Salvador, 1995, p.65.

⁴⁶ Las diferencias entre varios sistemas es explicada por Méry/Boff en Boff, Méry, "Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para amar y otro para desarmar" en Justicia y Derechos del Niño, 1, UNICEF, Chile, 1989. Ennio García Méndez aplica detalladamente esta doctrina en *Infracción de los Derechos de la Juventud*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1998.

El derecho penal especial fija no sólo un límite superior bajo el cual los adolescentes no pueden ser juzgados como adultos, sino que también fija un límite inferior, bajo el cual ningún niño puede ser juzgado y sancionado como un adolescente, presumiendo la inexistencia de todo tipo de responsabilidad bajo esa franja de edad.

El límite superior surge claramente de la CDN en su artículo primero, 18 años de edad. El límite inferior, es decir, la edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales deberá establecerse por ley⁴⁷ y a una edad no demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. La razón de esto es que el concepto de responsabilidad perdería todo sentido si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna⁴⁸.

En lo que respecta a la privación de libertad ni la Convención ni las Reglas hacen referencia a una edad mínima bajo la cual los niños no deberían ser privados de libertad, pero al menos las Reglas de Menores Privados de Libertad establecen que debe fijarse por ley la edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad⁴⁹.

En los sistemas analizados, Costa Rica fija la franja de responsabilidad penal de los adolescentes entre 12 y 18 años. Según Carlos Tiffer y Rita Maxera la elección de 12 años sería concordante con la tendencia en la mayoría de las nuevas legislaciones en América Latina⁵⁰.

La ley costarricense distingue en cuanto al proceso, las sanciones y su ejecución entre dos grupos: a partir de los doce años de edad y hasta los quince años de edad, y a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad. Esto según los mismos autores se justificaría por el período de desarrollo en que se encuentran los destinatarios de la ley. También establece la posibilidad de que se le aplique a un menor de 12 años una medida administrativa que conlleve la restricción de la libertad ambulatoria, en ese caso deberá ser consultada al Juez de Ejecución Penal Juvenil, quien también la controlará⁵¹.

En España el Código Penal establece dos tipos de responsabilidades, la responsabilidad penal criminal para adultos y la responsabilidad penal para adolescentes. Por tanto, y siguiendo a Juan Bustos, son dos las cuestiones que deben discutirse en torno a la edad de un niño, por un lado el límite en que empieza la responsabilidad penal no criminal y de otro, el límite en que termina la

⁴⁷ Art. 40.3.a CDN

⁴⁸ Regla 4.1 Beijing y su comentario.

⁴⁹ Regla 11 a Menores Privados de Libertad

⁵⁰ Maxera, Rita y Tiffer, Carlos, "Comentario al Proceso de Reforma Legislativa en Costa Rica" en García-Méndez, Ennio y Boff, Méry (comp.), *Infracción. Ley y Democracia en América Latina*, Tomo 1, Temis Dupalma, Buenos Aires, 1999, p. 512.

⁵¹ Art. 4 y 6 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

responsabilidad penal no criminal. Esto supone un cambio, ya que tradicionalmente sólo se discutía un límite de la edad penal criminal⁵².

En este país se fijó la franja de responsabilidad penal de los adolescentes entre los 14 y los 18, diferenciándose además dos tramos 14-16 y 16-18, y extendiéndose adicionalmente hasta los 21 años. Esto último es típico en Europa y son los llamados "jóvenes-adultos". Sin embargo están excluidos del ámbito de aplicación de la ley los jóvenes de entre 18 y 21 años que cometan actos de terrorismo.

En Chile la franja establecida por el proyecto es de 14 a 18 años. En la actualidad en Chile existe un sistema tutelar regido por una Ley de Menores de 1967. La reforma de la legislación en este punto es muy importante, y así lo ha manifestado el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones realizadas en 1994 y reiteradas en 2002 tras la presentación de los correspondientes informes, en las que el Comité expresaba "su inquietud porque el derecho y el procedimiento penal para los adultos pueden aplicarse también a los niños de 16 a 18 años de edad que han obrado con discernimiento, y porque la recomendación anterior del Comité de que el Estado Parte se ocupara de la cuestión de la edad mínima de responsabilidad penal no se ha llevado a la práctica"⁵³.

Los fundamentos aducidos en Chile para establecer esta franja son político-criminales porque de los análisis de las detenciones que se llevan a cabo sólo un 15 % de los niños tienen menos de 14 años; normativos, en razón de la autonomía progresiva de los niños y de que también progresivamente deben ser responsables de sus actos; y por último el gobierno con que la determinación de esta franja de edad también está relacionada con que el Estado a esa edad ya ha cumplido con su obligación mínima de educación. Es decir, "sólo se puede exigir una respuesta determinada en la medida que se ha dado al sujeto las bases de formación para una tal capacidad de respuesta"⁵⁴.

GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 37 b CDN⁵⁵

La segunda frase del artículo 37.b CDN establece que "la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". Este artículo recoge un principio entendido –según Dworkin– como una proposición

que describe derechos cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. No se trata de una mera orientación.

Este artículo debe ser respetado por todas las personas y autoridades públicas y privadas, y permite ejercer el derecho a la libertad y resolver los conflictos entre este derecho y otros. Es por tanto una orientación político criminal obligatoria y vinculante, y como tal es necesario otorgarle garantías. Garantías entendidas como las define Luigi Ferrajoli: "vinculos normativos idóneos para satisfacer y asegurar la vigencia de derechos subjetivos". Estas garantías son que la pena privativa de libertad sea un último recurso, por el menor tiempo posible, y de utilización más restringida que para los adultos.

Este derecho del artículo 37 b y sus garantías tienen que ser, valga la redundancia, garantizados por la ley y en el ejercicio jurisdiccional mediante cierta libertad judicial para determinar la pena. A continuación vamos a estudiar la regulación legal de estas garantías en detalle.

ÚLTIMO RECURSO

El hecho que la pena privativa de libertad sea aplicada sólo como último recurso no es una mera orientación, es la expresión de un consenso al cual han llegado muchos estados, y aparece recogido en los instrumentos internacionales. Esto no siempre fue así, en el sistema tutelar la privación de libertad era la regla a diferencia del de protección integral de los derechos en el que sólo se aplica como excepción y sólo para infractores.

Resulta interesante estudiar con detalle la actual regulación de esta garantía en las Reglas de Beijing, la CDN y las Reglas de Menores Privados de Libertad ya que reflejan claramente una evolución en la ampliación de la garantía de "último recurso" en el transcurso de únicamente seis años. Las Reglas de Beijing de 1985 dicen que sólo se aplicará la prisión preventiva y el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios como último recurso, en la CDN de 1989 se amplía a la detención, encarcelamiento o prisión, y en las Reglas de los Menores Privados de Libertad de 1991 derechamente hace referencia a la privación de libertad en sí, sin especificar de que tipo o razones⁵⁶. Como ya se dijo anteriormente durante la legislación de la CDN se quiso establecer sin éxito que toda privación de libertad fuera medida de último recurso.

Este consenso y esta evolución tienen su razón en que la privación de libertad tiene efectos desocializadores y negativos en las personas, todavía mayores en un niño. Estos efectos han sido exhaustivamente analizados, entre ellos por el psicólogo social americano Erving Goffman. Goffman ha estudiado detalladamente las instituciones totales, en las que se incluyen las prisiones, hospitales psiquiátricos, campos de

52 Bustos, Juan. "Inmensidad y Edad Penal". Op. cit. p. 335. Esta diferencia entre responsabilidad penal criminal y no criminal se encuentra en el Código Penal Español, que en el artículo 19 establece que "Los menores de dieciocho años no serán responsables penalmente por un delito cometido antes de haber cumplido un mes de haber comenzado un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor".

53 Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Chile, de 1 de febrero de 2002 (CRC/C/21/5/ Add.1/2), par. 52.

54 Esta opinión fue defendida por el diputado Juan Bustos en el Seminario "Responsabilidad Penal de Adolescentes: Desafío de Justicia en el siglo XXI" realizado los días 28 y 29 de agosto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El informe se encuentra en el sitio web de la Fundación Chile, www.fundacionchile.cl.

55 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Justicia*. Op. cit. p. 852; y Cillero, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" en *Justicia y Derechos del Niño*, 1, UICAF, Santiago, Chile, 1998, pp. 33 y 54.

56 Reglas 13.1 y 18.1 de Beijing, art. 37 b CDN y Regla 2 de Menores Privados de Libertad.

concentración, cuarteles, barcos, internados y conventos. Al hablar de prisiones dice que son establecimientos para personas que han sido encerradas buscando no su bienestar, sino evitar el peligro que puedan suponer en la sociedad.

Goffman compara la vida en un ordenamiento social básico donde uno duerme, juega y trabaja o estudia en distintos lugares con distintas personas y sin un plan racional amplio con lo que ocurre en una institución total. En ellas, en primer lugar "todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única. Segundo, cada etapa de la actividad diaria del miembro se lleva a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Tercero, todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas, de modo que una actividad concluye en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas, y un cuerpo de funcionarios. Finalmente, las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional, deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución"⁵⁷.

Las características descritas en *Internados* conllevan a la desocialización ya que las actividades de los internos y los encargados de vigilarlos pueden ser ampliamente cuestionadas; la realización de actividades en masa traen como consecuencia la indiferenciación del individuo y la considerable disminución de la autoestima, de su sentido de la identidad y de la valoración personal al no estimarse positivamente las actuaciones personales; la vida diaria está extremadamente programada y esto puede ser difícil de sobrellevar; y por último el desarrollo de las actividades tiene como fin favorecer el funcionamiento de la cárcel, su seguridad y régimen interno, y no la adecuada reinserción social de las personas allí internadas⁵⁸.

Juan José Caballero concluye, tras un estudio sobre el tratado de Goffman, que las consecuencias más importantes de la prisión son la existencia de una falsa actitud de adaptación del recluso, la creación de una fuerte dependencia (de tipo infantil) al establecimiento lo que incide negativamente en el interno, y la pérdida del contacto con el mundo "de la calle"⁵⁹.

Otra consecuencia de la aplicación de una pena privativa de libertad es la segregación del sujeto de su participación sociopolítica, y esto va a ser especialmente perjudicial para una persona menor de 18 años ya que todo su proceso de formación participativa se va a ver mermado y va a impedir que el joven llegue a participar efectivamente⁶⁰.

57 Goffman, Erving. *Internados. Ensayos sobre la situación de los endamos mentales*. Amorruu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1968, pp. 19-20.

58 Gómez Rabal, Alejandro. *Adolescentes y privación de libertad. Mérito de la presentación del Seminario organizado conjuntamente entre el Hogar de Cristo, la Universidad Diego Portales y la Corporación Opesón realizado en Santiago en marzo de 2002*.

59 Caballero Romero, Juan José. "El 'mundo' de las prisiones" en *Psicología social y sistema penal*, Jiménez Buriño, Francisco y Clemente, Miguel (comp.), Alianza Universidad Temas, España, 1986, p. 272.

60 "Esto es perjudicial desde el punto de vista social y se opone a los objetivos constitucionales y sociopolíticos del sistema" en Bustos, Juan, "Incapacidad y Edad Penal" op. cit., p. 236.

Además, según Miguel Clemente la prisión es "un elemento que genera en los sujetos una serie de comportamientos, que se ha demostrado son—por regla general—sociales, antihabitativos y fomentadores de agresividad"⁶¹.

Por todas estas razones, la privación de libertad tiene siempre que ser un último recurso y estas consecuencias negativas tienen que estar presentes cuando el legislador quiere diseñar un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes basado en la CDN. Crear un sistema de este tipo significa que el Estado adquiere la obligación de proteger al niño y al adolescente frente a las penas abusivas, como lo es la pena privativa de libertad, y de los efectos nocivos que ésta tiene en las personas menores de 18 años, que son mayores ya que ellos se encuentran en una etapa de crecimiento y desarrollo físico y de su personalidad. Juan Bustos dice al respecto que han de aplicarse "todas las garantías del derecho penal en general, además de una profundización de ellas en virtud de la situación especial en que se encuentra el joven frente al Estado"⁶².

A su vez hay que tener en cuenta el interés superior del niño que, según Miguel Cillero, tiende a realizar al máximo los derechos del niño y que por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos propias del sistema penal⁶³. La amplitud de este principio obliga a que no sólo el legislador deba respetar, que el principio de que la privación de libertad deba ser el último recurso, sino que también en el ejercicio jurisdiccional el juez deba garantizar este principio básico de los derechos de todos los niños.

Las Reglas de Beijing establecen que cuando un Estado crea un sistema de justicia de menores tiene que hacer hincapié en el bienestar de los niños y garantizar que todas las respuestas a los menores delincuentes sean en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito⁶⁴.

La CDN obliga a los Estados a disponer de diversas medidas para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción⁶⁵. Esto se tiene que cumplir tanto al aplicar las medidas cautelares como al aplicar una pena. A continuación vamos a estudiar concretamente cuales son las obligaciones de los Estados con respecto a esto y como está regulado en Costa Rica, España y Chile.

61 Clemente Díaz, Miguel. "Los efectos psicológicos del encierroamiento" en *Psicología social y sistema penal*, op. cit., p. 267.

62 Bustos, Juan, "Incapacidad y Edad Penal" op. cit., p. 335.

63 Cillero, Miguel. "Los derechos de los niños y los límites del sistema penal" en *Los Derechos de los Niños y los Límites del Sistema Penal*, IANUD, UNICEF y Unión Europea, Santiago, Chile, 2000. Este mismo autor en un artículo escrito sobre el tema, ha concluido que el interés superior del niño "es una garantía, ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerarse primordialmente sus derechos: es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación e directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y niñas, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática" en "El interés superior del niño" op. cit., pp. 60 y 61.

64 Regla 5 de las Reglas de Beijing.

65 Art. 40.4 CDN.

4.1. Medidas cautelares

La utilización de la privación de libertad en adolescentes como medida cautelar debe respetar los postulados de los instrumentos internacionales. Durante esta etapa y a una etapa previa de arresto y custodia policial es cuando es más probable que el joven sufra algún tipo de maltrato o sea víctima de tortura, por lo tanto la privación de libertad tiene que ser utilizada siempre como último recurso y cuando no exista otra alternativa mejor. Además los Estados están obligados a desarrollar medidas no privativas de libertad⁶⁶.

Específicamente las Reglas de Beijing regulan la prisión preventiva, la CDN la detención y el encarcelamiento, y las Reglas de Menores Privados de Libertad ambos: menores detenidos o en prisión preventiva. Una vez más se puede apreciar claramente la evolución entre los tres instrumentos estudiados, dando una mayor protección el último.

Según las Reglas de Beijing "sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible" y según las Reglas de Menores Privados de Libertad la detención antes del juicio deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales. El PIDCP, aplicable tanto a los adultos como a los niños, obliga al Estado a garantizar que la prisión preventiva de las personas que tengan que ser juzgadas no sea la regla general. La utilización de la privación de libertad como medida cautelar en adultos está supeditada a la inexistencia de garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, en las diligencias procesales y para la ejecución del fallo⁶⁷.

Por el contrario, es muy frecuente la utilización de la privación de libertad en menores de 18 años como medida cautelar, porque a diferencia de los adultos, existe la creencia de que no hay otra forma de garantizar la presencia del niño en el juicio, sobretodo si se trata de un niño que no tiene domicilio fijo y que vive en la calle. Es decir, la privación de libertad como medida cautelar se convierte en la primera y única medida que se aplica, y en ningún caso un último recurso. Esto es un claro reflejo de que muchos jueces siguen anclados en concepciones del sistema tutelar en el cual la privación de libertad es el centro del sistema.

A parte de las negativas consecuencias de la privación de libertad incrementadas todavía más en el caso de declararse inocente al acusado, el problema principal es la inexistencia de alternativas eficaces que puedan garantizar la comparecencia del niño en el acto del juicio. Dicha inexistencia de alternativas no es acorde a la CDN, ya que los Estados Partes de la CDN tienen la obligación de disponer de "diversas medidas, tales como el cuidado, los órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada,

la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones"⁶⁸.

Las alternativas que sugieren las Reglas de Beijing son la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa. Por su parte las Reglas de Menores Privados de Libertad no especifican ningún tipo de medida sustitutoria, pero sí hacen hincapié en la necesidad de hacer todo lo posible por aplicar las que existan para evitar y limitar a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio⁶⁹.

Las tres legislaciones que se están estudiando tienen la obligación de implementar todos estos principios, y en especial los de la CDN ya que los tres países son Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, habiéndola ratificado los tres en 1990.

En Costa Rica el Juez penal Juvenil puede decretar la detención provisional como una medida cautelar siempre y cuando "exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia, peligro de destrucción u obstaculización de la prueba o peligro para la víctima, el denunciante o el testigo". Sin embargo, son solamente las personas mayores de doce años y menores de quince las que tienen una garantía adicional, ya que para ellos "especialmente" la detención provisional tendrá carácter de excepcional y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa. Para el resto de los jóvenes la detención también tendrá carácter de excepcional, pero no gozarán de esta "especialidad"⁷⁰.

En España el Ministerio Fiscal puede solicitar al Juez de Menores la adopción de medidas cautelares siempre y cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de que el adolescente eluda u obstruya la acción de la justicia. Entre estas medidas está el internamiento en centro, pero para adoptarla se tiene que atender a la gravedad de los hechos, su repercusión social y la alarma social producida.

Dando cumplimiento al art. 40.4 CDN la ley española enumera escuetamente algunas de las posibles alternativas a la internación en instituciones, estas son la libertad vigilada o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Sin embargo no aparecen medidas menos restrictivas como el cuidado, los órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, los programas de enseñanza y formación profesional. Esto preocupó al Comité de los Derechos del Niño, y en las Observaciones Finales al segundo informe presentado ante el mismo por el gobierno español expresó "su inquietud por el hecho de que la privación de libertad no se utilice como último recurso" y le recomendó que fomentara el uso de medidas alternativas⁷¹.

68 Art. 40.4 CDN

69 Regla 13.2 de Beijing y Regla 17 de Menores Privados de Libertad.

70 Arts. 58 y 59 Ley de Justicia Juvenil de Costa Rica.

71 Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre España, de 13 de junio de 2002 (CRC/C/15/ Add.1/02, par. 53 y 54.1).

En Chile las medidas cautelares aparecen reguladas en el proyecto de ley y el Código Procesal Penal. La internación en un centro cerrado se considerara siempre como "provisoria" y sólo se podrá solicitar cuando se trate de la imputación de infracciones graves y cuando los objetivos expuestos (no queda muy claro cuales) no pueden ser alcanzados mediante las prohibiciones detalladas en ese mismo artículo ni mediante la obligación de concurrir periódicamente al tribunal o ante la autoridad que el juez determine. El Juez está obligado a poner fin a la medida de internación provisoria, cuando desaparezcan los hechos que hacían indispensable su aplicación⁷³.

4.2. Sanción

En la determinación de la sanción, tanto la CDN como las Reglas, establecen que la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso, ya que primero se debe recurrir a diversas medidas alternativas a la privación de libertad.

La CDN regula la privación de libertad sin hacer diferencia de si se trata de una medida cautelar o una sanción. Por lo tanto, le son aplicables las garantías de los artículos 37 y 40 explicadas en el apartado anterior.

Tal y como ha señalado el Comité sobre los Derechos del Niño, la expresión 'como medida último recurso' se interpreta erróneamente con frecuencia, refiriéndose a niños culpables de delitos graves. Pero ese no es su verdadero objetivo porque significa que puede recurrirse al encarcelamiento sólo cuando no exista otra forma de brindar al niño la protección que necesita⁷⁴.

En Costa Rica "la sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional" y en Chile "las sanciones privativas de libertad son de carácter excepcional, sólo podrán aplicarse en los casos expresamente previstos en esta ley y siempre como último recurso". Sin embargo en España, el Comité de los Derechos del Niño en sus últimas observaciones expresó su "inquietud por el hecho de que la privación de libertad no se utilice como último recurso" y le recomendó que fomentara el uso de medidas alternativas a la privación de libertad⁷⁵.

⁷³ Art. 50 Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Las prohibiciones del art. 50 del proyecto de ley cubren con las siguientes:

- a) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que el juez determine.
- b) Prohibición de asistir a determinadas reuniones, fiestas o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares,
- c) Prohibición de aproximarse al colegio o a su familia o a otras personas;
- d) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho a defensa.

⁷⁴ Manual de Aplicación de la CDN, op. cit. p. 518, en referencia a las observaciones del Comité al primer informe presentado por Nigeria.

⁷⁵ Art. 131 Ley Penal Juvenil de Costa Rica, art. 15 Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal de Chile, y par. 33 y 34.C de las Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre España, de 13 de junio de 2002 (CRC/C/15/MdR.16).

Como se observa existe cierta reticencia a la utilización del término "último recurso", ya que en Chile, en versiones previas del proyecto de ley, también tuvo que recalcar esta obligación por parte de los Estados.

Si analizamos ahora las Reglas de Beijing, veremos que regulan con detalle el carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, la prisión preventiva como los principios rectores de la sentencia y la resolución, y la pluralidad de medidas resolutorias.

Una regla en particular obliga a los Estados a utilizar el todo momento como último recurso y durante el tiempo más breve posible el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios⁷⁶.

Esta obligación es tajante, pero tiene la debilidad de ser sólo aplicable a los casos de confinamiento en establecimientos penitenciarios. Esto reduce mucho su ámbito de aplicación, ya que muchos menores son privados de libertad para "protegerlos" en centros especializados, pero no penitenciarios.

La intención del Sexto Congreso de Naciones Unidas⁷⁷ era garantizar que un menor delincuente no fuese encarcelado salvo que no existiese otra respuesta adecuada. La razón de esto es, según el comentario de la regla, que los criminólogos abogan por el tratamiento fuera de las penitenciarías, ya que se duda mucho de su eficacia y son evidentes las influencias negativas que estos establecimientos producen, sobre todo, en los menores de 18 años de edad. Además las instalaciones deben ser de tipo correccional o educativo, antes que carcelario. Esto es muy legítimo, pero tiene el problema de ser difícil de llevar a cabo, y no tiene en cuenta la pena por lo que es, sino por lo que le gustaría ser.

Las Reglas de Beijing diferencian entre restricciones a la libertad personal y privación de libertad en sí⁷⁷. Las primeras se reducirán al mínimo y sólo se impondrán tras un cuidadoso estudio, alentando el uso de medidas sustitutorias. Esto fue motivo de debate en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas, en el cual se recomendó en su resolución 8 que se hiciera uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible.

La privación de libertad podrá sólo imponerse cuando se trate de una condena por un acto grave en el que concurra violencia contra una persona o por reincidencia en delitos graves. Además se supedita su utilización a la inexistencia de medidas alternativas adecuadas para el caso.

Los requisitos que se piden para aplicar la privación de libertad en una sentencia en Costa Rica son: que se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o

⁷⁶ Regla 19 de Beijing.

⁷⁷ Este Congreso es mencionada varias veces en los comentarios de las Reglas de Beijing.

⁷⁷ Regla 17 de Beijing.

leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años, o cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas. Además se garantiza que la medida de privación de libertad nunca podrá aplicarse como sanción cuando no proceda para un adulto, según el tipo penal⁷⁸.

En España se requiere que en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas⁷⁹.

En Chile sólo se puede aplicar una sanción privativa de libertad a un adolescente cuando haya sido declarado responsable de un delito grave (listado cerrado tipificado en la ley) o en los casos de quebrantamiento de condena⁸⁰.

Las Reglas de Beijing enumeran algunas medidas resolutorias⁸¹ para lograr el objetivo de que la utilización de la privación de libertad sea realmente el último recurso. La lista establecida es abierta y puede ser ampliada y concretada por los Estados. Según el comentario de esta regla de Beijing, todas las medidas propuestas se basan en la comunidad y en la participación de ésta para conseguir la efectividad de las medidas resolutorias. Carlos García estudia varias alternativas legales a la privación de libertad, entre ellas podemos citar el arresto de fin de semana, la semidetención y la semilibertad, el trabajo correccional en libertad, la diversión, el perdón judicial y otros mecanismos de renuncia a la pena.⁸²

Consecuencia de que la privación de libertad deba ser el último recurso es que las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil tienen que ser diversificadas por lo que sería incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad. "Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la centralidad es la cárcel. En cambio en éste, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, seguimos considerando que la privación de libertad es el eje del sistema. (...) Aquí las sanciones son otras y lo alternativo, excepcional y por tiempo breve y determinado, es la privación de libertad en un centro especializado"⁸³.

Como se puede observar muchos de los postulados de Beijing están a mitad camino entre un sistema tutelar y la doctrina de la protección integral de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, ya que se quiere seguir protegiendo a menores y

78 Art. 131 Ley Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

79 Art. 3.1.0 regulación de la Responsabilidad Penal de los Menores de España.

80 Art. 29 Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal de Chile.

81 Regla 16 de Beijing.

82 García Valdés, Carlos "Alternativas legales a la prisión en libertad clásica" en Psicología social y sistema penal, op. cit., p. 263-65.

83 Belloff, Mary, "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos" en Justicia y Derechos del Niño 2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 85.

no a derechos, se sigue confundiendo en algún grado lo asistencial con lo penal, y se sigue teniendo en cuenta las circunstancias personales del niño tanto para incrementar como para disminuir la pena. Las circunstancias del niño deberían solo ser tenidas en cuenta en beneficio suyo y no para imponerle una mayor sanción.

Para terminar con este punto sería bueno recordar la opinión del magistrado costarricense Henry Issa que afirma que la privación de libertad tiene que ser la *última ratio* y subraya la interpretación judicial debe inspirarse en el interés superior del niño. Para que esto se pueda llevar a la práctica recomienda que se utilicen las sanciones siguiendo el principio de proporcionalidad, que se capacite a jueces, fiscales y defensores sobre "medios de solución alternativas al juicio y cuando se decida sobre la decisión formalizada, el juez sea consciente de por qué y cómo lo hace", y por último que todos sean conscientes de la especificidad de la materia penal juvenil⁸⁴.

MENOR DURACIÓN

La CDN establece dos garantías al regular la privación de libertad: que sea utilizada tan sólo como medida de "último recurso" y durante el "período más breve que proceda". Hasta el momento hemos analizado el primer aspecto referido a "cuándo" se debe utilizar la privación de libertad, esto es, siempre como último recurso. Pero como esta no es la única garantía, ya que la privación de libertad también tiene que estar limitada en el tiempo, vamos a analizar en el caso de resultar aplicable, "cuánto" tiempo tiene que durar⁸⁵. Ferrajoli propone una reducción de las mismas para los adultos⁸⁶, y por tanto podemos suponer que todavía con mayor razón para los adolescentes.

En el Primer Congreso de Tribunales de Menores de Francia celebrado en 1911 se concluyó que la medida de libertad vigilada debía revestir la característica de sentencia indeterminada, para que la protección que se diese fuera permanente. Si la sentencia fuera determinada, entonces la protección sería frágil⁸⁷.

Llegar al consenso de que la privación de libertad se llevará a cabo "durante el período más breve que proceda" no fue tarea fácil, suponía un cambio radical de las creencias existentes en el momento tal y como refleja la conclusión del Congreso en Francia. En el período de los trabajos preparatorios de la CDN el grupo de trabajo que estuvo discutiendo este artículo tuvo serios problemas para llegar a un compromiso. La URSS

84 Issa, Henry en *Jornadas de reflexión sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil*, op. cit., pp. 39 y 40. En estas jornadas zero Magistrado, Dr. Javier Lobat, también reconoció la necesidad del "principio de última ratio de la sanción y del principio de última ratio de la sanción privativa de libertad" (p. 62).

85 Existen varios casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este punto: *Sargin v Federal Republic of Germany* 4 EHRR 276, 1982 y *Jouvenot v Belgium*, 15 EHRR 1, 1987. Para ver un comentario de los mismos consultar: Van Bueren, Gordon: *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, London, United Kingdom, 1990, pp. 215-217.

86 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 417 y ss.

87 Promoción de Emilio García-Méndez en el *Curso de Derechos Humanos de la Infancia y de la Adolescencia* celebrado en la Universidad de Chile del 11 al 13 de Noviembre de 2002.

la RFA no querían aprobar un artículo que estableciese la obligación de que la privación de libertad deba llevarse durante el "período más breve posible de tiempo" ya sus respectivas legislaciones nacionales no garantizaban esto. Italia también se adhirió a esta opinión. Entonces Senegal propuso la fórmula "aplicar la pena más corta posible". Tampoco fue aceptada esta opción y al final se llegó al consenso en la fórmula propuesta por Canadá y que es la que encontramos hoy en la CDN: "durante el período más breve que proceda"⁸⁸. Una vez más se pudo haber acordado un mayor compromiso, pero eso suponía muchos cambios en las legislaciones nacionales, que los futuros Estados Partes no parecían querer adoptar.

En el análisis de la duración de la privación de libertad de un adolescente también se puede distinguir entre las obligaciones establecidas para las medidas cautelares y las sanciones, aunque la CDN no haga tal división. En este particular caso se va a poder analizar que es lo que los ordenamientos jurídicos estudiados entienden por "menor duración" en sus leyes.

5.1. Medidas cautelares

Las Reglas de Beijing establecen que la prisión preventiva se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible. Las Reglas de Menores Privados de Libertad obligan a los tribunales y a los órganos de investigación atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de los casos en que se haya impuesto una detención preventiva, a fin de que ésta sea lo más breve posible⁸⁹.

En Costa Rica la detención provisional no podrá exceder de dos meses. Se podrá prorrogar por otros dos meses como máximo, estableciendo el juez las razones que fundamentan la prórroga y consultándose al Tribunal Superior Penal Juvenil. Además los Tribunales Penales Juveniles y los órganos de investigación deben dar la máxima prioridad en la tramitación efectiva de los casos en los que un joven esté detenido provisionalmente, para que esta detención sea efectivamente lo más breve posible⁹⁰ y no llegue a su tope de cuatro meses.

En la ley española existe la posibilidad de mantener la medida cautelar hasta el momento de la celebración de la audiencia o durante la sustanciación de los eventuales recursos. Sin embargo, en los casos de internamiento, el tiempo máximo de la medida será de tres meses. La prórroga en estos casos la pedirá el Ministerio Fiscal en un auto motivado, por otros tres meses como máximo. Esto es en total, seis meses⁹¹.

⁸⁸ Patrick Scharon, *A Guide to the "Tripartite Preparatory"*, op. cit., pp. 476 y 477.

⁸⁹ Regla 31.1 de Beijing y Regla 17 de Menores Privados de Libertad.

⁹⁰ Art. 59 y 60 de la Ley de Justicia Juvenil de Costa Rica.

⁹¹ Art. 26 L.O reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España.

Este año el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado con preocupación a España que la promulgación de la Ley⁹² que modifica la actual ley de responsabilidad penal del menor en relación a los delitos de terrorismo, ha aumentado el período de detención preventiva, por lo que le recomienda ajustar el período de detención preventiva de los menores acusados de terrorismo a las disposiciones de la ley.

En Chile las medidas cautelares privativas de libertad, al igual que el resto de medidas cautelares, son provisionales y revocables. Su duración puede extenderse hasta que el juicio termine o, incluso, hasta la audiencia de lectura de la sentencia. El plazo para declarar el cierre de la investigación es de 180 días, prorrogables otros 30 a solicitud del fiscal. Si a esto le sumamos la espera hasta la lectura de la sentencia, según Mauricio Duce, el plazo de duración de las medidas cautelares se podrá extender hasta once meses, con lo que nos puede quedar claro que la privación de libertad no se limita al período más breve posible⁹³.

Se puede concluir que difícilmente seis meses y once meses son el período más breve que procede, sobretodo teniendo en cuenta los casos en que el joven es declarado inocente. Esto supone que ha pasado un largo período de su vida privado de libertad en una institución, muchas veces siendo inocente, con las consecuencias que eso supone en la vida del niño o joven.

5.2. Sanción

La privación de libertad como sanción según las Reglas de Beijing se utilizará por el "más breve plazo posible", y según las Reglas de Menores Privados de Libertad, por el "período mínimo necesario", y siendo siempre determinada por una autoridad judicial sin excluir la posibilidad de concederle la libertad al adolescente antes del tiempo determinado por el juez⁹⁴. Se aprecia una diferencia sustancial entre "breve posible" y "mínimo necesario", siendo más estricto una vez más las Reglas de Menores Privados de Libertad.

En Costa Rica la sanción de internamiento en un centro especializado tendrá una duración máxima de 15 años para los menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para los menores de doce a quince años. En todo caso contará a estos efectos el tiempo que el menor haya estado privado de libertad en detención provisional⁹⁵.

Emilio García Méndez opina que esta amplitud de la privación de libertad podría ser el resultado de la alarma social existente en el país en el momento de redactar la ley,

⁹² Ley Orgánica 7/2008, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2006, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. Observaciones y recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre España, de 13 de junio de 2002 (CRC/D/15/Arc.165), par. 33/734c.

⁹³ Arts. 50, 51, 53 y 61 Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal de Chile. Mauricio Duce es profesor e investigador de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

⁹⁴ Regla 19 de Beijing y Regla 2 de Menores Privados de Libertad.

⁹⁵ Art. 131 Ley Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

DERECHO A SER TRATADO CON HUMANIDAD, DIGNIDAD Y SEGUN LAS NECESIDADES DE SU EDAD

En el caso de la privación de libertad se tenga que ejecutar por ser el último recurso y esperando que se haya impuesto por el menor tiempo posible, tenemos que seguir garantizando todos los derechos reconocidos a los niños por la CDN, sin perjuicio de las restricciones inevitables por estar privados de su libertad y otros nuevos derechos con motivo de esta privación de libertad. La CDN reconoce el derecho "a ser tratado con humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad". Este inciso del artículo 37 reproduce lo dispuesto por el PIDCP y según el Comité de Derechos Humanos esta garantía es aplicable a todas las personas privadas de libertad y el Estado debe asegurarse que sea observado en todas las instituciones que estén bajo su jurisdicción⁹⁶. Además el Comité define el contenido de este artículo como una norma fundamental de aplicación universal, y es una garantía para el ejercicio de otros derechos. Por lo tanto el Estado está obligado a garantizarla, independientemente de sus recursos materiales disponibles.

El inciso c del artículo 37 CDN complementa al inciso a, en el que se prohíben las torturas, tratos o penas inhumanas, crueles o degradantes⁹⁷, reforzándose la protección y prohibiendo también otro tipo de tratos que no respeten la humanidad y la dignidad inherente a la persona humana. Las Reglas de Menores Privados de Libertad hacen especial hincapié en la necesidad de respetar los derechos humanos de los menores y su dignidad. Específicamente los Estados Partes deben tener un especial cuidado en que se respeten estos derechos en los locales y servicios donde estén los niños, en la atención médica, en los procedimientos disciplinarios y en el desempeño de las funciones del personal⁹⁸.

Sin embargo la protección que otorga la CDN es mayor que la otorgada por el PIDCP porque agrega una garantía adicional muy importante para los niños: "tener en cuenta las necesidades de las personas de su edad". Esta es una de las expresiones de la autonomía progresiva de los niños, principio estructurante de la CDN según Miguel Cillero, y por tanto es una limitación, una obligación y una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades⁹⁹ y los padres. Es decir, la dignidad personal debe entenderse como el respeto a los derechos del adolescente y el poder ejercerlos de forma autónoma según la evolución de sus facultades¹⁰⁰.

amplificado irresponsablemente por los medios de comunicación, y la falta de eficacia de una Ley Tutelar anterior que daba una gran sensación de impunidad. Además de fidejante que una pena privativa de quince años es absurda y viola el art. 37 a CDN al considerarla una pena cruel, inhumana y degradante. El juez costarricense Douglas Durán también expone en un artículo las razones de orden político y sociológico que llevaron a adoptar una pena de 15 años, en vez de las propuestas en el proyecto inicial de 3 años para los menores de entre doce y quince años, y de cinco años para los de quince y dieciséis⁹⁶.

En el caso de España se imponen varios límites. El general es que las medidas de internamiento no podrá exceder de dos años, pero si el joven ha cumplido los dieciséis años puede alcanzar los cinco años de privación de libertad, siempre que el delito haya sido cometido con violación o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico así lo aconseje. Excepcionalmente, podrán ser ocho los años de privación de libertad, si el menor es mayor de 16 años y ha cometido un homicidio, un homicidio agravado, violación, violación agravada, delitos de terrorismo y delitos sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años. En los casos de delitos de terrorismo, se puede incrementar la privación de libertad hasta diez años, que podrán ser complementados con una medida de libertad vigilada de un máximo de 5 años⁹⁷.

Una vez más podemos señalar que al Comité sobre los Derechos del Niño esto no le ha parecido una "menor duración" y ha señalado que se revisen las penas de prisión que se imponen a los menores acusados de terrorismo y que fomenten el uso de medidas alternativas a la privación de libertad⁹⁸.

María Jesús Conde opina en los casos de delitos de terrorismo se ha optado por vulnerar derechos, como la proporcionalidad de la pena, en lugar de buscar otros mecanismos que favorezcan la educación e inserción de estos jóvenes, sobretodo estando demostrado que las posibilidades de recuperación del joven mediante una pronta intervención educativa y cultural son mucho mayores a las de un adulto. Además no se ha reparado en los efectos contraproducentes que puede tener el protagonismo adquirido en su entorno político⁹⁹.

En Chile, en el proyecto de ley la privación de libertad puede llegar a tener una duración máxima de cinco años, aunque en versiones anteriores el máximo eran tres años siendo más acorde a la CDN. Precisamente este punto está siendo muy controvertido en la discusión parlamentaria del proyecto de ley y en los seminarios que se están organizando con el objetivo de discutir el mencionado proyecto.

96 García Méndez, Emilio en *Jornadas de reflexión sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil*, op. cit., pp. 44-45 y 59. Cecilia Sánchez menciona al juez Douglas Durán en su penal en las mencionadas jornadas, pp. 113 y 114.

97 Art. 9 y Disposición Adicional Cuarta de la LO reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España.

98 Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre España, de 13 de junio de 2002 (CRC/C/15/Add.185), par. 33 y 34, o, y d.

99 Conde Zúñiga, María Jesús "El nuevo sistema de Justicia Penal Juvenil en España" en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, García-Méndez, Emilio (comp.), Ad. Hoc. Argentina, 2001, p. 154.

100 Observación General 21 del Comité de Derechos Humanos de 10 de abril de 1992, par. 2.

101 En este estudio se va a hacer hincapié principalmente al art. 37 c CDN. Para conseguir información sobre el aparato a del artículo sugiero consultar: Cádiz y López Vidales, *Derechos Humanos*, op. cit., y Cappellari, Gaet, *Niños privados de libertad. Derechos y realidades*, op. cit., pp. 131-138.

102 Reglas 12, 31, 49, 66 y 87 de las Reglas de Menores Privados de Libertad.

103 Cillero, Miguel en "El interés superior del niño" op. cit., p. 53.

104 Cillero, Miguel "Adolescentes y sistemas penales: proposiciones desde la CDN" en *Justicia y Derechos del Niño 2*, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 130.

Una vez más son las Reglas de Menores Privados de Libertad las que desarrollan este punto, en especial, en lo referente a las necesidades de los adolescentes en las condiciones de detención, el derecho a la intimidad, las necesidades físicas, la educación (incluidas necesidades culturales o étnicas), las actividades recreativas, las necesidades espirituales, la atención médica, los contactos con la comunidad, los procedimientos disciplinarios y la formación del personal¹⁰⁵. Tener en cuenta las necesidades del niño según su edad es indispensable para conseguir los fines mencionados de reintegración y reinserción del niño en la sociedad y en su comunidad.

La necesidad de esta garantía tiene su razón de ser en las múltiples violaciones que se comenten en las instituciones donde los jóvenes están privados de libertad, entre ellas podemos nombrar las condiciones físicas y el ambiente (vestido, acondicionamiento del centro, ventanas, instalaciones sanitarias, higiene personal, dormir, seguridad, guarderías), el transporte, la salud, la alimentación y el agua potable, la seguridad social y los seguros sociales, el contacto con el exterior, la recuperación y la reintegración social. Todos ellos, y otros más, indispensables para que se garantice la dignidad de la persona y su derecho a un nivel de vida digno¹⁰⁶. Tampoco quiero dejar de mencionar los casos de malos tratos por parte de la policía y las personas que trabajan en las instituciones¹⁰⁷, el porte de armas, el consumo de drogas y infringirse cortes y otras formas de automutilaciones¹⁰⁸. Obviamente estas violaciones no respetan la garantía de ser tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana e incluso peor todavía, ya que pueden consistir en torturas, tratos o penas inhumanas, crueles o degradantes.

Pero no sólo son las acciones de los agentes del Estado las que hacen necesaria esta garantía, sino que también tenemos que incluir las omisiones de éste en la satisfacción de las necesidades concretas de los jóvenes reclusos, ya que tienen el derecho a recibir cuidados, protección y toda la asistencia —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales¹⁰⁹. La consecuencia de esto es que, si no se tienen en cuenta plenamente sus necesidades, situaciones concretas, los requisitos especiales que exige su edad, personalidad, sexo y tipo de delito, su salud física y mental, y la protección contra influencias nocivas y situaciones de riesgo¹¹⁰, no se está respetando su dignidad.

En Costa Rica está establecido el derecho a la dignidad y a la integridad física y moral. Se garantizan a su vez otros derechos necesarios para respetar y proteger la dignidad del niño tendiendo en cuenta sus necesidades especiales, a parte de los derechos penitenciarios

105 Reglas 28, 32, 34, 36, 47, 48, 51, 54, 60, 69 y 81 de Menores Privados de Libertad.

106 Capobianco, *Gen. Niños privados de libertad. Derechos y realidades*, op. cit., pp. 115-123.

107 GUIL y UPD, *Tinora, Derechos Humanos*, op. cit.

108 Jiménez, María Angélica, *Adolescentes Privados de Libertad*, op. cit.

109 Regla 13.5 Beijing

110 Regla 23 Menores Privados de Libertad

aplicables a los adultos, "si les son aplicables". Entre los derechos específicos podemos mencionar recibir los servicios de salud, educativos y sociales adecuados a su edad y condiciones y a que se los proporcionen personas con la formación profesional requerida, presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice respuesta, a que se le ubique en un lugar apto para el cumplimiento del plan de ejecución individual y a que no se le traslade arbitrariamente y a no ser incomunicado en ningún caso¹¹¹.

En España se prohíbe imponer obligaciones para la reinserción social del joven que atenten contra su dignidad como persona y la obligatoriedad de respetar en todo momento la dignidad del adolescente cuando son corregidos disciplinariamente. También gozan del derecho a que se vele por su vida, integridad física y salud, a no ser sometido a tratos degradantes o malos tratos de palabra o de obra, a la educación y formación profesional, al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, religiosos, económicos y culturales que les correspondan, salvo cuando sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena, derecho a la asistencia sanitaria gratuita, a un tratamiento individualizado entre otros¹¹².

En Chile se garantiza el derecho a no ser sometido a atentados contra la dignidad y el desarrollo integral del adolescente, a ser tratado resguardando su desarrollo, dignidad e integración social, y a revisar las condenas que afectan su dignidad. Además se reconoce el derecho a la integridad e intimidad personal y a acceder a servicios educativos¹¹³. Se critica de este proyecto que no se incluyeron, como en versiones anteriores, los derechos a acceder a servicios regulares de salud, educación, recreación, capacitación laboral, apoyo psicológico y/o espiritual, así como a programas de discriminación positiva ofrecidos por el sistema de protección de derechos.

El derecho a ser tratado con humanidad, dignidad y según las necesidades de su edad es en la CDN el fundamento de dos obligaciones más precisas: que todo niño privado de libertad sea separado de los adultos y el derecho a mantener contacto con su familia que vamos a analizar con más detalle a continuación.

6.1. Centro Especializado

Mediante este principio de separación se quiere proteger a los adolescentes de las malas influencias, abusos y explotaciones de los adultos, y garantizarles unas dependencias adecuadas a sus necesidades, que como ya hemos dicho difieren a las de los adultos por encontrarse en una etapa de crecimiento¹¹⁴.

111 Art. 138 Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica

112 Arts. 7, 8, 9, 59 y 60.1 LO reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España.

113 Arts. 13, 70, 71, 72 del Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal de Chile.

114 UNICEF, *Justicia Juvenil*, op. cit., p. 13.

A principios del siglo XIX comienza a surgir una indignación moral contra la promiscuidad con que adolescentes y adultos eran colocados en las mismas instituciones. Es la primera ruptura que se produce y es el surgimiento de los reformadores de la infancia. Esta primera ruptura tiene como consecuencia sacar a los niños de las cárceles de adultos y de una parte del Derecho Penal de Adultos, de las garantías, pero no de la privación de libertad que se seguirá llevando a cabo en instituciones cuya única diferencia es que ya no son llamadas cárceles. Por tanto cesa la promiscuidad, pero también cesan las garantías y se crea la categoría de menor abandonado delincuente.¹¹⁵

Un siglo más tarde, en 1955 se aprueban las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos que establecían la necesidad de separar los detenidos jóvenes de los adultos en los establecimientos de reclusión, y la necesidad de separar a las personas acusadas de las condenadas (esto tanto para adultos como para jóvenes).

El derecho de todo niño privado de libertad a estar separado de los adultos fue una discusión más unánime en la redacción de la CDN. Si se estudian las propuestas que los grupos de trabajo iban sugiriendo se puede observar que desde el principio está presente la necesidad de separar a los niños de los adultos. Durante algunas versiones intermedias se incluyó la referencia de estar separado de los adultos acusados o condenados; o se quiso sustituir "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño" por "a menos que se haya determinado apropiado que un niño sea tratado como un adulto" sugerida por EEUU. Felizmente esa última propuesta no fue tenida en cuenta, y se optó por una versión que garantiza mejor los derechos de todos los niños.¹¹⁶

Las Reglas de Beijing hacen hincapié en esta garantía de todos los menores privados de libertad, ya sea en prisión preventiva como los confinados en establecimientos penitenciarios. Sin embargo hay una pequeña diferencia, ya que en prisión preventiva estarán en "establecimientos distintos o recintos separados" y cumpliendo condena "en establecimientos separados o un parte separada". El objetivo de esta obligatoria separación es evitar las influencias negativas que pueden tener los adultos detenidos o encarcelados sobre los niños.¹¹⁷

Las Reglas de Menores Privados de Libertad avanzan un poco más, pues además de garantizar esta separación de los adultos, también establece la necesidad de separar a los menores detenidos en espera de juicio de los que han sido declarados culpables.¹¹⁸

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la necesidad de separar a los menores procesados de los adultos. De hecho el Comité de Derechos Humanos lo establece en su observación general 17 sobre el artículo 24 relativo a

los derechos del niño, y lo reitera en su observación general 21 relativa a las personas privadas de libertad, diciendo que esto es una "disposición imperativa" y que por tanto deben acatar¹¹⁹.

UNICEF dice que este principio de separación suele respetarse más en los casos en que los niños están cumpliendo una condena privativa de libertad, que en el caso de las medidas cautelares.¹²⁰

En Costa Rica la detención tiene lugar en centros de internamiento especializados y, al igual que en las Reglas de Menores Privados de Libertad, los menores detenidos deben estar necesariamente separados de los ya sentenciados. Tienen el derecho expresamente recogido en la Ley a estar separados de los delinquentes condenados por la legislación penal común. La sanción de internamiento se ejecuta en un centro especializado para menores de edad, siendo estos obligatoriamente distintos a los de los adultos. Además se garantiza la existencia de dos centros como mínimo, uno para cada sexo. También se separan a las personas según su edad (12-15 y 16-18) y según el tipo de internamiento: provisional o definitivo.¹²¹

En España la ejecución de medidas privativas de libertad, la detención y medidas cautelares se ejecutará en centros específicos para menores de 18 años infractores. Existen módulos según la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales.¹²²

El proyecto de ley chileno no es tan claro a este respecto, indirectamente se deduce que la privación de libertad se cumplirá en centros distintos a los de adultos porque "la administración de los centros cerrados de privación de libertad y de los centros donde se cumpla la medida de internación provisoria corresponderá siempre y en forma directa al Servicio Nacional de Menores". Pero esto no se garantiza integralmente durante toda la condena, ya que al cumplir la mayoría de edad el condenado puede ser trasladado a centros de adultos, si le es favorable.¹²³

El Comité de los Derechos del Niño observó con inquietud que actualmente "se recluye a menudo a menores en centros de detención de adultos" y recomendó velar porque "los niños queden separados de los adultos en todos los casos". El punto es muy delicado en Chile, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de amparo sobre este tema, y ordenó que Gendarmería de Chile "extremara las medidas de seguridad para que los menores no alteren o se vinculen de modo alguno con los internos adultos". También se dijo que los menores debían ser siempre trasladados en carros celulares en

119 Art. 10.2 y PDDC, Observaciones Generales 17 y 21 del Comité de Derechos Humanos de 7 de abril de 1989, par. 2 y de 10 de abril de 1992, par. 13, Respectivamente.

120 UNICEF, Justicia Juvenil, op. cit., p. 13.

121 Arts. 58, 138 y 139 Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

122 Art. 54.1 y 3.1.0 Reglamenta de la Responsabilidad Penal de los Menores de España.

123 Art. 69 Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal de Chile.

124 Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Chile, de 1 de febrero de 2002 (CRC/C/21/5/Add.172), par. 54.4.

viajes independientes o especiales¹²⁵. La situación es bastante complicada y hace falta una ley que respalde plenamente este derecho de los niños a estar separados de los adultos, y el proyecto de ley presenta algunas falencias al respecto.

6.2. Privado de libertad con su familia

La CDN establece una excepción a este principio de separación de los adultos cuando algún miembro de la familia esté también privado de libertad. En esos casos, y siempre que ello no sea contrario al interés superior del niño, se podrá reunir al niño con el miembro de su familia garantizándole de este modo su derecho a la vida familiar. Esto se hará en el marco existan programas especiales, con adultos cuidadosamente seleccionados y niños, siempre y cuando esté demostrado que dichas actividades son útiles para los niños¹²⁶.

Un claro ejemplo de cuando se podría utilizar este artículo 37.c. CDN es en los delitos como la inmigración ilegal. Sin embargo, no se puede utilizar como excusa para no enviar al adolescente lejos de su casa. UNICEF propone que en estos casos se tiene que justificar que las otras sanciones alternativas no son adecuadas y que es mucho mejor que el niño esté con adultos que con personas de su edad.

Por último quiero mencionar los casos de niños encarcelados junto a sus madres, ya que aunque estos niños no han cometido delitos alguno, sí están privados de libertad. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos disponen que debe haber una guardería con personal cualificado para ocuparse de los niños cuando las madres no estén con ellos.

En estos casos nos encontramos de nuevo con el problema de delinir hasta que edad el niño puede y debe quedarse con su madre. Esto no está resuelto a nivel internacional, así que son los propios países los que legislan sobre este punto. UNICEF propone que al menos el niño debería poder permanecer junto a su madre hasta los doce meses, ya que este primer período de vida es muy importante y es vital que esté con su madre¹²⁷.

Una solución mejor para todos estos casos sería aplicar otra medida alternativa a la privación de libertad, y en su virtud sacar al niño y a la madre del centro privativo de libertad e imponerle, por ejemplo, un arresto domiciliario, evitando de este modo que el niño tenga que vivir privado de libertad en una cárcel.

En España existen varias cárceles especializadas para mujeres con guarderías que acogen a niños hasta una cierta edad, y en concreto se establece por ley el derecho de

las menores internadas a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años¹²⁸. También se han creado pisos para madres con niños pequeños que han sido sancionadas con una pena privativa de libertad y organizado campamentos de verano y otras actividades para las madres privadas de libertad con sus hijos pequeños internados con ellas y con otros de mayor edad. Estos programas llevan funcionando algún tiempo y han tenido una muy buena acogida y resultados. Este tipo de actividades debería ser promovido, ya que constituyen una buena alternativa y las madres pueden reincorporarse más fácilmente a la sociedad, estando un poco más cerca de ella, sin estar internadas en un centro con las consecuencias negativas que eso conlleva tanto para ellas como para los hijos que están con ella.

En Chile Gendarmería tiene algunos programas especiales para que las mujeres privadas de libertad puedan vivir con sus hijos hasta que éstos cumplan los dos años.

6.3. Correspondencia y visitas

Uno de los derechos que se restringen más con la privación de libertad es el derecho a vivir y crecer junto con sus padres, tener una familia y contacto directo con ellos¹²⁹. La CDN en su preámbulo reconoce que "la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos su miembro, y en particular de los niños", además "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad deber crecer en el seno de la familia".

Todos los niños tienen el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, teniendo ambos padres obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño. El Estado está obligado a respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres en esta tarea de orientar y guiar al niño¹³⁰.

Consciente del gran menoscabo que sufren estos derechos al privar de libertad a un niño, la CDN garantiza el derecho a mantener relaciones personales y contacto de modo regular con su familia, pero este está limitado a las visitas y a la correspondencia. El Estado está obligado a garantizarlos en todos los casos, a no ser que sea contrario al interés superior del niño. Además no hay que olvidar que los niños separados de sus padres tienen derecho a una protección y asistencia especial por parte del Estado¹³¹.

Las Reglas de Menores Privados de Libertad amplían esta garantía estableciendo determinadas obligaciones para salvaguardar este derecho. Entre ella está el facilitar el acceso de las familias de los menores y su contacto con ellas mediante una

125 Corte de Apelaciones de Santiago, 2ª Sala, Rol 63.428-2002, faja 208. Para una mayor información sobre niños y adolescentes en centros peculiares de adultos, ver Cilleri, Miguel y Bernales, Matías. "Uso de Centros de Internamiento de Menores en la Justicia Penal de Menores" de Chile: Evaluación y Propuestas", en *Revista de Derechos del Niño*, 17, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, Chile, 2002, pp. 3 a 40.

126 Regla 29 de Menores Privados de Libertad.

127 UNICEF, Justicia Juvenil, op. cit., pp. 13 y 14.

128 Art. 56.2.n L.O reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España.

129 Sobre este punto ver Capobianco, Geert. *Niños privados de libertad. Derechos y realidades*, op. cit., pp. 107, 113 y 233-243.

130 Arts. 7.1, 18.1, 5, 14.2 y 20.1 CDN.

131 Arts. 9.1 y 37.c CDN.

descentralización de los centros y una reducción de su tamaño; a utilizar todos los medios posibles para comunicarse con su familia; el derecho a recibir visitas regulares y frecuentes en principio una vez por semana y como mínimo una vez al mes respetando siempre la intimidad del niño; a salir de los centros de detención para visitar su hogar y su familia; así como a asistir a un funeral o visitar a un pariente enfermo; la notificación de enfermedad, accidente y defunción de algún miembro de su familia; a solicitar asistencia a su familia cuando quiera formular una queja; a gozar de las medidas para ayudarse a reintegrarse en la familia; y la prohibición de la restricción o denegación de contacto con la familia.¹³²

De esta forma está algo más delimitado el contenido de este derecho de todos los niños privados de libertad. En todo caso la reintegración en la familia será un objetivo prioritario y permanente todo el tiempo. Los ordenamientos estudiados lo han plasmado del siguiente modo:

En Costa Rica la ley da derecho a recibir información sobre el régimen de visitas, pero no lo regula, con el consecuente peligro de no tener establecido un mínimo que tenga que ser siempre respetado. Esto debería estar garantizado por la ley para poder alcanzar uno de los objetivos de la ejecución, esto es, la reinserción en su familia, que de este modo se convierte en más complicada ya que supondría cambiar bruscamente de un ambiente en el que el joven está privado de libertad a su familia.¹³³

En España la ley garantiza el derecho a comunicarse libremente con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos, y se prohíbe su privación como modo de corrección disciplinaria. Estos derechos están regulados por la ley y disposiciones que la desarrollen.¹³⁴

En el proyecto de ley chileno los adolescentes tiene derecho a recibir visitas periódicas en forma directa y personal, al menos una vez a la semana. Sin embargo en proyectos anteriores este derecho era "al menos dos veces por semana". También se garantiza el derecho a comunicarse por escrito, por teléfono o por cualquier otro medio.¹³⁵

Es imprescindible contar con una regulación específica sobre la forma de ejercer el derecho al contacto directo con la familia, ya sea mediante correspondencia o visitas, y preferiblemente por ley. Otro aspecto relevante hoy en día es adecuar las comunicaciones de las personas privadas de libertad a los avances de la tecnología.

Es indispensable que los Estados tengan en cuenta este derecho a las relaciones familiares porque constituyen una forma de garantizar el bienestar y el equilibrio moral

del niño mientras esta privado de libertad y muchas veces son la base sobre la cual se sustenta la vida posterior del adolescente en libertad. Por tanto se debería garantizar de un modo más conciso este derecho y dotarlo también de la posibilidad de participar en programas de tipo social para preparar a la familia sobre como ayudar al joven y ayudarla a continuar ejerciendo sus deberes y responsabilidades con sus hijos mientras están privados de libertad. De hecho las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil evidencian esto, al establecer la importancia de no separar al niño de sus padres y de apoyar a las familias mediante servicios adecuados y políticas públicas adecuadas¹³⁶ para prevenir la delincuencia de los jóvenes.

CONCLUSIÓN

Las garantías de "último recurso" y por "el tiempo más breve posible" son expresión de un consenso al cual no ha sido fácil llegar ya que todavía bastantes administraciones especializadas en justicia penal de menores justifican el internamiento por ser un bien para el niño, y al mismo tiempo no podemos ser ajenos a que existen hoy en día fuertes llamamientos para crear instituciones más seguras, y de todos es sabido que cuando se crea una nueva institución se llena fácilmente.

Se puede tener muy claro la necesidad de respetar estas garantías, pero al estudiar sólo tres ordenamientos jurídicos que quieren establecer un sistema de responsabilidad penal característico de la protección integral de los derechos, nos encontramos con que en el plano normativo estas garantías no se acaban de respetar en su totalidad, entonces surgen dudas difíciles de resolver y que se plasman en la vida diaria de los niños, niñas y adolescentes que son privados de libertad.

Algo parecido sucede con el derecho a ser tratado con humanidad, dignidad y según las necesidades de su edad. Sin embargo al menos parece más reconocida la garantía de tener que ejecutar la privación de libertad en centros especializados, pero en el caso del derecho a la vida familiar muchas veces se deja para regulaciones de desarrollo, lo que, como ya se ha apuntado, puede mermar la efectividad del ejercicio de ese derecho.

Las consecuencias jurídicas aplicables a los adolescentes declarados responsables de haber infringido la ley penal deberían ser —según Miguel Cillero y a la luz del artículo 40 CDN— el fomento del sentido de la dignidad y el valor (sin buscar la degradación del adolescente); el fortalecimiento del respeto del joven por las reglas de la convivencia social fundadas en el respeto a los derechos de los demás; la promoción de la integración del adolescente en la sociedad y la asunción de un rol constructivo dentro de ella; y la prohibición de privar de más derechos que los que están estrictamente

¹³² Artículos 30, 56-60, 67, 76 y 79 de *Minors Privados de Libertat*.

¹³³ Arts. 133 y 138.e.4. *Ley de Justicia Penal Juvenil*.

¹³⁴ Art. 96.2.h, 80.1 y 6. de la *LO reguladora de la responsabilidad penal de los menores de España*.

¹³⁵ Art. 71.a y c. del *Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal de Chile*.

¹³⁶ *Directrices 11 a 19 de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil*.

restringidos por la sanción impuesta¹²⁷. Dignidad personal, integración social y responsabilidad pueden difícilmente ser aprendidas si un joven está privado de libertad aunque exista la mejor de las voluntades por parte del Estado. Es por tanto necesario crear alternativas reales para conseguir estos objetivos, que impidan recurrir sin más a la privación de libertad aludiendo la inexistencia de otras medidas.

Este es uno de los grandes retos, ya que tal y como dice Norberto Bobbio "el problema de los derechos, no es tanto el problema de su legitimación cuanto el problema de su implementación"¹²⁸, y para poder implementar estas garantías es necesario contar con otras soluciones alternativas a la privación de libertad para resolver el problema que garanticen y respeten los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Con ello se trataría de completar una evolución descrita por Michael Foucault en "Vigilar y Castigar" donde se describe como la pena privativa de libertad pasa de ser una más a convertirse en la pena por excelencia. Ahora se trata de volver a ese estadio previo de ser una más, pero además siempre de carácter excepcional y con las garantías de la CDN y los otros instrumentos internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, España, 1990.
- Cappelaere, Geert y Grandjean, Anne, *Niños privados de libertad. Derechos y realidades*, UNICEF-Comité español y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2000.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Centro de Investigaciones Jurídicas Escuela de Derecho Universidad Diego Portales (UDP), *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile. Resultados de una Investigación Exploratoria*, Santiago, Chile, 200
- Detrick, Sharon (comp. & ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero)*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, España.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1995.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, Madrid, España, 1989.
- García Méndez, Emilio *Infancia de los Derechos y de la Justicia*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- García-Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tomo 1, Temis Depalma, Buenos Aires, 1999.
- García-Méndez, Emilio (comp.), *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación de los enfermos mentales*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Hassner, Winifred, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, España, 1984.
- Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, Ginebra, Suiza, 2001.
- Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. Fully Revised edition*, UNICEF, Ginebra, Suiza, 2002.
- Jiménez, María Angélica, *Adolescentes Privados de Libertad y Justicia de Menores*, Informe de Investigación, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2000.
- Jiménez Burillo, Florencio y Clemente, Miguel (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Universal Textos, España, 1996.
- Medina, Cecilia y Mera, Jorge, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, 1996.
- Ministerio de Justicia del la República del Salvador, PNUD y otros, *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil un derecho para la libertad y la responsabilidad*, San Salvador, El Salvador, 1995.

¹²⁷ Cidra, Miguel, "Adolescentes y sistema penal", op. cit., pp. 129-131.

¹²⁸ Citado por Emilio García Méndez en Jornadas de reflexión sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil, op. cit., pp. 46 y 47.

- OPCIÓN, *Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas*, Documentos de Estudio, Santiago, Chile, 2001.
- Platt, Anthony, *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, Madrid, España, 1982.
- UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño* n°1, Santiago, Chile, 1999.
- UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño* n°2, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño* n°3, Santiago, Chile, 2001.
- UNICEF e INN, *Derecho a tener Derecho 2*, Venezuela.
- UNICEF, *Jornadas de reflexión sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil: cuatro años de vigencia*, UNICEF, CONAMAJ, ILANUD y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, 2001.
- Van Bueren, Geraldine. *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, London, United Kingdom, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1993.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh), Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad.

LEYES NACIONALES

- Chile:
Proyecto de Ley que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la Ley Penal – 2 de agosto de 2002
- Costa Rica:
Ley n° 7576 Ley de Justicia Penal Juvenil – marzo de 1996
- España:
Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores - 12 de enero de 2000

PÁGINAS WEB

- <http://www.crin.com/>
- <http://www.unhchr.ch/>
- <http://www.unicef.org>
- <http://www.juridicas.com/>