

EL ROL DEL JUEZ EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

El propósito de la presente es realizar un estudio somero de los Sistemas de Justicia Penal de Adolescentes, de los diferentes roles de los componentes del mismo, con especial detenimiento en las funciones del Juez Penal de Adolescentes.

Adelanto que utilizo esta expresión que me parece más adecuada que la de “Justicia Penal Juvenil” que, inspirada en los sistemas europeos, engloba en el concepto de juvenil no solamente el arco etario que culmina en los 18 años de edad —Convención sobre los Derechos del Niño art. 1— sino también la franja que va de los 18 a los 23 años según los casos, que también se rigen por las normas de este Derecho Penal Mínimo.

El plan que seguiremos será analizar los elementos básicos y que distinguen un Sistema de Justicia Penal de Adolescentes, para incursionar posteriormente en los roles de los integrantes del mismo.

Se tendrán en cuenta los conceptos y contenidos de la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, aprobado en el período de sesiones transcurrido del 15 de enero al 2 de febrero de 2007.

Estas Observaciones Generales tienen especial importancia dado que constituyen el estándar mínimo exigible a todos los Estados Miembros en el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Antes de ingresar al tema debe hacerse mención a la particular situación de nuestro continente y en especial de la región, que tempranamente iniciaron un período de ajustes legislativos, aún no finalizado y en proceso de elaboración y de análisis permanente.

El propio Comité de los Derechos del Niño, a través de sus Observaciones al considerar los informes de los países conforme el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño ha señalado las contradicciones de las legislaciones nacionales y también las debilidades en la puesta en práctica de tales legislaciones.

En nuestra región, algunas reformas son muy recientes —Chile, Uruguay—. En Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente es la legislación pionera del continente. Argentina en lo penal se encuentra en proceso de reforma.

Sistema de justicia penal de adolescentes

Conforme el artículo 40 párrafo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.

Cada Estado determinará la forma cómo concreta el desarrollo de este sistema específico, a través de leyes especiales o de reformas a las leyes generales en materia penal y procesal.

Es interesante señalar que este principio de especialización propio de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene consagración constitucional en el Uruguay desde la Constitución de 1934.

El actual artículo 43 de la Constitución Nacional establece que:

“La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer”.

El mismo año de puesta en vigencia de la Constitución se aprobó el Código del Niño que procuró poner en práctica aquellos principios. No obstante, debido al imperio de la doctrina de la situación irregular, el Código desconoció a los niños y adolescentes las garantías mínimas para todos los habitantes de la República que se derivaban de los principios constitucionales.

En síntesis el artículo en cuestión consagra constitucionalmente el **principio de respuesta penal específica** que contempla los siguientes elementos:

- a) se trata de lo que se identifica como “delincuencia infantil” es decir:
- b) las personas que no son mayores de edad, hasta los 18 años (art. 34 Código Penal);
- c) pueden infringir la ley penal;
- d) tal conducta debe tener consecuencias jurídicas;
- e) las mismas resultarán de una ley especial que al efecto se debe dictar;
- f) según el constituyente esa ley debe contener por los menos los principios de una jurisdicción y un proceso especial;
- g) la mujer, en su proyección simbólica de máxima protectora, deberá tener participación destacada en el sistema.

En consecuencia, la especialización propia de todo Sistema de Justicia Penal de Adolescentes se encuentra esbozada con firmeza en el contenido de la Constitución uruguaya desde 1934 en adelante.

Criterios de organización

Volviendo al Comité, los criterios de organización de un Sistema de Justicia Penal de Adolescentes deben ser, entre otros, el de **eficacia**. Es decir, que debe actuar con ajuste a la finalidad que persigue, o sea, hacer efectivos los derechos y garantías de los adolescentes sometidos a proceso penal, asegurando la plena vigencia de los mismos y que el juicio de responsabilidad se adecue a los principios del debido proceso legal.

Se exige también la **amplitud**, es decir, que contemple los verdaderos estadios o sectores de su intervención, no solamente los propiamente jurisdiccionales, sino también los servicios de apoyo, policiales a título de ejemplo, y la ejecución de las medidas que se apliquen a los adolescentes como consecuencia de su acción u omisión contraria a la ley penal. Comprende también el alcance nacional del sistema, abarcando a todas las zonas geográficas de cada Estado.

Deben existir en las distintas áreas **Unidades Especializadas** en consecuencia: policía, judicatura, sistema judicial, fiscalía, defensa especializada, igualmente otro tipo de asistencia especializada —trabajadores sociales, consejeros, por ejemplo—.

También deben existir **servicios especializados de apoyo**, en que se deberá contar con el concurso de la sociedad civil a través de las organizaciones no gubernamentales que se dedican a la temática.

Tales servicios serán a título de ejemplo de libertad vigilada, de asesoramiento y de supervisión, centros diurnos y de atención y tratamiento.

Se debe asegurar la coordinación imprescindible para que la intervención de todos los elementos tenga un carácter sistemático y ajustado a los principios de la Convención.

Deben generarse las condiciones adecuadas para la más amplia participación, tanto de los sectores públicos como de la sociedad civil, en el diseño de programas y formas de evaluación permanente del sistema.

Capacitación

Todos quienes participan del sistema, tanto en el plano institucional como en el particular de cada uno de los operadores, deberán capacitarse de manera sistemática y continua.

Sin tal capacitación, la calidad y eficacia del sistema de Justicia Penal de Adolescentes descende y pone en peligro los derechos que pretende preservar: se vuelve antifuncional a sus objetivos.

La formación debe abarcar no solamente los aspectos legales u orgánicos del sistema, sino y de manera primordial, la capacitación respecto a la persona del adolescentes.

Deben tenerse los conocimientos que permitan comprender los sentimientos y necesidades propias de los adolescentes; lo que el adolescente siente en el momento concreto de su existencia por el que está pasando, pues solamente a partir de esas necesidades se podrán arbitrar los medios necesarios para que asuma su responsabilidad y aprehenda el destino educativo final de la intervención penal.

El juez

Para desarrollar el rol de Juez, de alguna manera central en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal de Adolescente, es conveniente tomar un cuadro de Emilio García Méndez, cuando compara el sistema penal de la Situación Irregular, con el de la Doctrina de la Protección Integral de Derechos.

SITUACION IRREGULAR		PROTECCION INTEGRAL
Juez ejecutando política social/asistencia	➡	Juez en actividad jurisdiccional
Juez como “Buen padre de familia”	➡	Juez técnico
Juez con facultades omnímodas	➡	Juez limitado por garantías
Lo asistencial confundido con lo penal	➡	Lo asistencial separado de lo penal
Adolescente abandonado/ delincuente	➡	Desaparece ese determinismo
Se desconocen todas las garantías	➡	Se reconocen todas las garantías
Imputados de delitos como inimputables	➡	Responsabilidad penal juvenil
Derecho penal de autor	➡	Derecho penal de acto
Privación de libertad como regla	➡	Privación de libertad como excepción y sólo para infractores/otras sanciones
Medidas por tiempo indeterminado	➡	Medidas por tiempo determinado

Estas actitudes e intervenciones claramente antagónicas, y que en lo teórico se aprecian nítidamente como contrarias al principio del Estado de Derecho, en la práctica cotidiana no se distinguen con tanta nitidez. Es posible a menudo encontrar que se actúa —hasta de manera no conciente— en el sentido que se repudia de la situación irregular.

La falta del desarrollo de una Defensa adecuada, por ejemplo, permite que el Juez actúe casi de manera omnímoda frente al adolescente.

La inexistencia de un Ministerio Público capacitado y especializado también deja un amplio margen de maniobra a la arbitrariedad judicial.

De la misma manera, cuando en lugar de la responsabilidad por los hechos acreditados en la causa —responsabilidad por acto— se da papel predominante a los rasgos de personalidad del adolescente —entorno familiar o social, consumo de sustancias adictivas u otras— se está actuando en el marco de un derecho penal de autor, ajeno al sentido de la Convención y de todos los ordenamientos constitucionales de nuestro continente.

El presente cuadro debe ser tomado muy en cuenta al momento de intervenir como Juez Penal de Adolescente, como un listado de la forma como nunca debemos actuar los jueces y sí de cómo debemos hacerlo.

A su vez, es una suerte de libreto para todas las partes del proceso, que nunca debe ser olvidado.

Principios básicos de una política general

- No discriminación (art. 2) - Directrices de Riad (Art. 56): “Deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito, ni sea sancionado cuando lo cometa un adulto, se considere delito, ni sea objeto de sanción, cuando es cometido por un joven”.
- Interés superior del Niño (art. 3): culpabilidad disminuida del adolescente en relación a los adultos ante la misma situación; sistema separado de Justicia, trato diferente. Es interesante señalar que en forma contraria al discurso habitual, la preservación de tales principios se puede realizar en forma simultánea a la preservación de los derechos de los restantes ciudadanos —víctimas, denunciantes, la sociedad en general—. Como reiteradamente se ha señalado el binomio predominante en la Doctrina de la Protección Integral es el de Severidad con Justicia.

En síntesis: el interés superior del niño es el derecho a una sentencia justa dictada en el marco del debido proceso legal.

- El Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo: se debe garantizar plenamente (art. 6). Significa la prohibición de aplicar la pena capital y la reclusión perpetua.
- El respeto a la opinión del Niño (art. 12): es un elemento decisivo en cuanto a la calidad de sujeto de derecho del adolescente, cuya responsabilidad se dirige en la Justicia Penal de Adolescentes.
- Dignidad (art. 40.1) - Principios fundamentales relativos al trato:
 - Trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; según el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Debe respetarse a lo largo de todo el proceso. Tal vez son las etapas iniciales de detención e intervención policial y en la de ejecución de medidas donde se hace más necesario preservar ese trato.
 - Un trato que fortalezca el respeto del niño, por los Derechos Humanos, y las libertades de terceros. No es posible exigir al niño en cuanto sujeto de derechos el respeto a los derechos de los demás, si la sociedad no respeta y vulnera los derechos del mismo (art. 79 del Código de la Niñez y Adolescencia).

- Un trato en el que se tenga en cuenta la edad del Niño, y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la Sociedad. En todas las etapas debe considerarse el desarrollo progresivo del niño, la adquisición paulatina de autonomía y las distintas formas de violencia contra el mismo que se producen en el desarrollo del proceso penal.
- El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los mismos por el sistema de Justicia. Tal violencia no solamente deriva de las formas más evidentes tales como los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Existe una violencia sutil y mucho más degradante que es la que se ejerce a través de la discriminación por razones de edad, de origen o culturales. Por el destrato derivado de la falta de consideración de su situación de sujeto en especial situación de vulnerabilidad. Por la aplicación de teorías peligrosistas.

El Juez y el proceso

El Juez desarrolla su actividad en el marco del Proceso Penal de Adolescentes.

Muchas veces las prácticas llevan a perder perspectiva del objeto y finalidad de dicho proceso especial, que como se viera *ut supra* deriva de imperativos constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La práctica hace que los operadores se desorienten, actúen erróneamente y, en definitiva, afecten los derechos de los adolescentes a través de su intervención, cuando estos principios no se tienen asumidos como esenciales.

Objeto

El proceso penal de adolescentes tiene por objetivo determinar si existe o no mérito para declarar a una persona adolescente como autora de un acto descrito como delito por la ley penal y en su caso aplicar una medida o sanción de tipo educativo.

Quedan exiliadas en consecuencia del objeto de este proceso las medidas de protección, las finalidades puramente educativas. La consideración de si existe o no responsabilidad es su objeto y fin: si existe la posibilidad de imputar un acto subjetiva y objetivamente, se deberá dictar sentencia en consonancia con tal juicio (arts. 70 y 71 del C. N. A.).

Al considerar la medida a aplicar como consecuencia de tal declaración de responsabilidad, recién empezarán a jugar las consideraciones sobre el efecto educativo de dichas medidas.

Características

Es un claro proceso de partes, donde cada una de ellas cumple un rol procesal perfectamente definido:

- ➔ Juez como un tercero imparcial que decide un conflicto jurídico;
- ➔ Ministerio Público en representación de la sociedad cumpliendo sus funciones de acusador público;
- ➔ El adolescente y la Defensa, en un papel netamente jurídico de ésta, siendo su objetivo esencial controlar a las otras partes en el proceso, para la plena aplicación de los derechos y garantías del defendido en cuanto a la atribución de responsabilidad. Su objetivo será obtener la absolución o, de lo contrario, la medida más adecuada.

De la preservación estricta de estos roles depende que el proceso en cuestión se desarrolle conforme el estándar jurídico del debido proceso legal.

Cuando uno de los actores procesales abandona el rol que legalmente le corresponde, invade y asume el rol de otra de las partes y violenta en consecuencia la garantía del contradictorio y de la igualdad, su actuación es en perjuicio de los derechos del adolescente.

Así el Juez que pretende “proteger” al adolescente, asume una actitud que no le corresponde, pues deja de ser el tercero imparcial que resuelve el conflicto.

En el mismo plano, el representante del Ministerio Público que se desplaza desde el rol de acusador al de “protector”, perjudicará a quien pretende proteger pues incursionará en terrenos que le están prohibidos, tomando en consideración aspectos ajenos al juicio de responsabilidad.

Finalmente, el rol de la Defensa se vulnera cuando se sostienen posiciones como la de que es mejor privar de libertad, que mantener al adolescente en un ámbito de convivencia que se considera inadecuado —¿quién controla esta decisión, en base a qué parámetros se adopta?—

La experiencia enseña que esta confusión de roles e invasión de áreas ajenas es la mayor fuente de vulneración de los derechos de los adolescentes.

La simbología

Además de los presupuestos desarrollados, el proceso contiene una importante carga simbólica y de contenidos no manifiestos.

Es la intervención de terceros, en este caso el Estado, ante la infracción a la ley penal cometida por un adolescente.

Para quien está sometido al proceso los mensajes deben ser claros en todos los sentidos.

En primer término, como límite que la sociedad pone a conductas que no son queridas por el colectivo social. Mediante la aplicación de normas que determinan el mínimo común denominador de conductas no aceptadas por la sociedad.

Esa actividad debe desarrollarse de manera justa pero también de manera clara, patente, que no deje dudas.

El adolescente debe comprender qué es el proceso, por qué razón está en el mismo y debe explicarse detenidamente cada una de las etapas y qué derechos están en juego.

El ser juzgado tiene que ser asumido en toda su magnitud.

Es por eso que debe reforzarse en la práctica el rol simbólico del proceso, esencialmente en cuanto al papel que cumple cada una de las partes. De lo contrario, estará sometido a un proceso kafkiano en que nada entenderá y todo será en definitiva un acto de irracionalidad, que será visualizado por el adolescente como una violencia más contra su persona.

Los roles procesales deben estar claramente delimitados, por ejemplo, en la sala de audiencias, correspondiendo un lugar específico, definido, propio a cada parte: al Juez, al Ministerio Público y al adolescente acompañado por su Defensa.

El diseño de la sala de audiencias, en definitiva, el escenario en que se desarrolla la peripetia procesal, debe respetar esta necesidad de claridad y diferenciación.

De la misma manera que las decisiones que se adopten deben ser razonadamente explicadas y lo suficientemente diáfanas para ser entendidas por el adolescente. De lo contrario, para el adolescente será una decisión arbitraria, que lo afirmará en la violencia ejercida desde el mundo adulto.

Características esenciales de la actuación del juez

El principio de inmediación es esencial a todo sistema de Justicia y resulta reforzado en el Sistema de Justicia Penal de Adolescentes. El Juez debe estar en contacto directo con el adolescente, el que tiene derecho a participar con conocimiento de causa, como se dijera antes, y en forma personal en todos los actos del proceso.

Solamente así podrá comprenderse las necesidades del adolescente sometido al proceso y éste dialécticamente crecerá en sintonía con el avance progresivo de las distintas etapas procesales.

Existen determinados criterios deontológicos que son propios de toda actividad jurisdiccional, principios a los que están sometidos quienes ejercen la misma.

El Juez Penal de Adolescentes actúa según los principios comunes, con las características que se desarrollarán a continuación. Pero el carácter diverso de la materia competencial en que

interviene, exige un alto contenido humanístico y la necesidad de desarrollar una forma de comunicación de comprensión y, en definitiva, una gran empatía con el adolescente. Concebida ésta como la capacidad de “ponerse en el lugar del otro” para comprenderlo, entenderlo y estar en condiciones de comunicarse de manera fluida y libre con el adolescente.

- **Competencia** – derivada de la ley, y actuando con eficiencia y eficacia. En este último sentido, se considera como la aptitud para el dictado de sentencias justas dentro de un plazo razonable. Los procesos deben ser acotados en el tiempo, en función de la edad del adolescente y los cambios en su personalidad que se producen de manera acelerada; no pueden durar muchos meses y es inadmisibles que duren años.
- **Independencia** – normalmente se entiende respecto de las presiones de orden político. En Justicia de Adolescentes existen otras presiones como la de los medios de comunicación, que tienden a magnificar las conductas delictivas de los adolescentes. Igualmente la presión social que se ejerce sobre los jueces, especialmente en las pequeñas concentraciones urbanas, donde se les exige que abandonen su rol, en detrimento de los derechos del adolescente, y que actúen en función de difusos derechos de la comunidad. Así se exige el exilio y destierro de quienes han cometido infracción a la ley penal por parte de estos intereses.
- **Imparcialidad** – el Juez no protege, aplica de manera imparcial la norma jurídica, como se dijera anteriormente.

Rasgos distintivos del proceso penal de adolescentes

- 1) Es un procedimiento que deriva en la limitación de derechos constitucionales, por ello debe partir de un carácter efectivamente garantista.
- 2) Tiene como objetivos esenciales asegurar el interés superior del niño en cuanto sujeto de derecho y su bienestar. A este sujeto vulnerable, que eventualmente ha incurrido en una conducta infractora, es a quien debe atenderse preferentemente.
- 3) Debe ser rápido y ágil, porque los tiempos psicológicos y vitales de una persona adolescente de 18 años son mucho más estrechos y acuciantes que los de una persona mayor. El proceso no debe ser largo en el tiempo, porque la personalidad del sujeto a que se refiere varía rápidamente.
- 4) Siempre se estará ante una responsabilidad por acto y por reprochabilidad de conductas, pero todo el andamiaje procesal está destinado a la atención de su sujeto vulnerable y en desarrollo para asegurar su educación e inserción social.
- 5) Debe guiarse por un principio de mínima aflicción, arbitrándose institutos como la remisión, la suspensión del proceso y el principio de oportunidad que habiliten una ágil desjudicialización del conflicto una vez logrados los fines educativos.

Principios de interpretación de la Ley

La aplicación de la normativa respecto de los adolescentes sometidos a proceso por eventual infracción a la ley penal, responde a determinados principios acordes con su finalidad, que ya se desarrollaran en este trabajo.

El punto de partida es que los adolescentes se encuentran sometidos a una responsabilidad que resulta de la aplicación de un Derecho Penal Mínimo, con diferencias respecto del Derecho Penal común, esencialmente relativas a:

- 1) el sujeto a que se aplican;
- 2) las garantías del Derecho Penal Liberal, más un plus derivado de la protección especial que se reconoce al sujeto;
- 3) un elenco de figuras restringido;
- 4) una culpabilidad especial;
- 4) la privación de libertad como última ratio y por el menor tiempo posible, amplio espectro de medidas no privativas de libertad;
- 5) el repudio del concepto de peligrosidad como soporte de la respuesta penal.

La responsabilidad se hace efectiva dentro de un proceso con las características y partes ya desarrolladas.

A partir de dicha especificidad pueden enunciarse los siguientes principios de interpretación, propios del régimen jurídico penal respecto de los adolescentes.

- **A favor del adolescente;** la norma penal siempre debe ser interpretada a favor del adolescente, descartando aquellas aplicaciones que generan el efecto perverso de agravar su situación por la creación en sede de interpretación del derecho por el operador jurídico. Lo que se repudia sin hesitación alguna en caso de los adultos.
- *Preservación del principio de legalidad*, prohibición de analogía, no es posible aplicar la analogía extendiendo consecuencias no previstas en la ley.
- Principio “*favor libertatis*”, en caso de duda siempre debe resolverse a favor de la libertad.
- Las decisiones deben ser tomadas *fuera de toda duda razonable*, el estándar mínimo aceptable para condenar. No es posible un estándar menos exigente respecto de sujetos que deben ser considerados de manera especial. In dubio pro minoris.
- *Interpretación de la ley conforme a sus objetivos* de creación de ciudadanía responsable (art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Como ejemplo de la violación en la práctica de estos principios, se transcribirán las siguientes consideraciones efectuadas en sentencia del Tribunal de Apelaciones que integro.

En el Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 73, exilia el cómputo de agravantes del Derecho Penal de Adultos respecto de los adolescentes, no obstante lo cual el Juez de primera instancia en el caso que se relata sostiene que igualmente deben aplicarse estas alteratorias porque ello es positivo para el adolescente.

El fundamento de no considerar las agravantes es que las mismas están referidas al concepto de peligrosidad y tienen por objeto agravar la pena en el caso de los adultos.

El Tribunal dijo en Sentencia N° 162/2006:

“No se comparte el cómputo de agravante, pues la posición del Señor Juez es de lege ferenda frente al claro tenor del artículo 73 del Código de la Niñez y Adolescencia, que excluye de los elementos a analizar para configurar la responsabilidad del adolescente las circunstancias agravantes”.

La posición del Señor Juez, que extiende por analogía una solución del Derecho Penal de los adultos es violatoria del principio de legalidad y aplica la denominada analogía *ad malam partem*, esto es, extiende por vía de interpretación disposiciones que empeoran la situación del sujeto frente al control punitivo.

Lejos de ser la rémora de posiciones tutelares como sostiene el Sr. Juez, el no cómputo de agravantes es la aplicación del principio constitucional de respuesta penal específica del artículo 43 de la Constitución de la República y de la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 37 y 40.

Tal interpretación es un ataque al principio de legalidad.

Afirma MUÑOZ CONDE que “... Toda interpretación que exceda el sentido literal posible, deja, en Derecho Penal, de ser interpretación para convertirse en creación del derecho por vía judicial o doctrinal y, por tanto, en la medida en que sirva para fundamentar o agravar la responsabilidad penal, infringe el principio de legalidad...” Adiciones al Tratado de Derecho Penal de HANS JESCHEK, Tomo I, pág. 215).

En la misma línea, JESCHEK “... El contenido político de la ley penal se transforma en la praxis de la aplicación del Derecho. Una interpretación fiel a la ley debe garantizar que las decisiones judiciales permanezcan subordinadas a la voluntad común manifestada a través del órgano representante del pueblo. Tanto la seguridad jurídica como la igualdad de todos ante la ley exigen la vinculación del juez a preceptos, cuyo contenido lógico puede conocerse objetivamente con el empleo de reglas de interpretación reconocidas y que, de acuerdo con ello, puedan aplicarse de la misma manera a casos similares. La responsabilidad por el contenido de la sentencia no recae sobre el juez; la sentencia se legitima solamente por la voluntad común reflejada en la ley...”

Concluye en nota al pie “Por eso la seguridad jurídica depende en última instancia de la fidelidad del juez a la ley...” (págs. 204/205) (Sentencia TAP 2° Turno, Revista de Derecho Penal N° 11, 2002, c.650, pág. 405).

La posición sustentada en la recurrida, en última instancia vulnera también el principio pro minoris, avanzando el reproche penal que se agrava en forma contraria a la voluntad de la ley.

Al no computarse agravantes se establece la duración de la medida de privación de libertad en "... meses".

La consecuencia natural de la no consideración de las alteratorias de responsabilidad, como se aprecia en la transcripción, derivó en una disminución de la sanción.

El caso concreto es más ilustrativo que cualquier explicación en el plano teórico.

El juez como garante de un juicio imparcial (art. 40 C. D. N. – 14 Pacto de Derechos Civiles y Políticos)

El objetivo del ejercicio de la función jurisdiccional es esencialmente el de garante de un juicio imparcial y justo para los ciudadanos.

Esto supone, entre otros principios o reglas bases de intervención, preservar los siguientes derechos y garantías, concebidas estas últimas en términos de FERRAIOLI como los: "vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos" ("Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Madrid, Trotta, 1995).

- No retroactividad, principio esencial del Derecho Penal Liberal, conjuntamente con el principio de la aplicación de la ley más benigna en el tiempo.
- Presunción de inocencia, que pone de cargo del Estado la carga de probar que el indagado ha infringido la ley penal y si esa carga no es satisfecha impone la absolución.

En Sentencia 296/06 el Tribunal que integro, al decretar la absolución del indagado ha señalado:

"Teniendo en cuenta las circunstancias de autos, se entiende que la parte acusadora no ha satisfecho la carga de probar los elementos objetivos y subjetivos de la imputación.

El estado de inocencia determina que toda persona es inocente hasta que una sentencia dictada en el marco de un debido proceso legal declara con autoridad de cosa juzgada su culpabilidad o responsabilidad. El Estado es quien tiene la carga de probar la responsabilidad, para vencer el estado de inocencia de que está investida toda persona sometida a proceso penal" (art. 20 de la Constitución de la República, 74 literal E del Código de la Niñez y Adolescencia, Convención sobre los Derechos del Niño art.40.2, b) i); artículo 11 Párrafo 1 Declaraciones Universal de Derechos Humanos, artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 14 párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 párrafo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Concluyéndose con los sabios conceptos del Dr. ARMANDO TOMMASINO en "Principios, derechos y garantías en el proceso penal. Ejecución penal" FCU, págs. 60/61, a los que reiteradamente la Sala ha recurrido:

“Así pues, necesariamente se debe absolver si el sumario no aporta *certeza de culpabilidad* del agente; todo supuesto de duda relacionado en el *material probatorio*, precisamente porque obstruye la obtención de aquella certeza, debe definirse “*favor rei*” (*in dubio pro reo*); cuando estas dudas se suscitan como tantas veces ocurre, por *deficiencias de la instrucción sumaria*, las consecuencias se reflejan sobre la causa pública (impidiendo alcanzar el ideal de la verdad), pero jamás sobre el procesado, a quien no incumbe la carga de la prueba de su inocencia, y mucho menos aún colmar los vacíos de una investigación mal realizada y aun en aquellos casos de excepción, en que la ley instaura el régimen excepcional de valoración de la prueba por *convicción moral*, los jueces no están liberados de la obligación de apreciarla y evaluarla racionalmente, lo que equivale a rechazar que, como se ha pretendido alguna vez puedan condenar *sin pruebas y aún contra las pruebas incorporadas* a los autos: porque esto ya no sería “convicción moral” sino sencillamente “arbitrariedad judicial”, que a justo título se considera en todo tiempo como una de las más temibles y repudiadas” (cursivas en el original).

En el área específica del Derecho Penal de Adolescentes, artículo 43 de la Constitución de la República, rige además el principio *favoris minoris* que confluye a la disposición que se adopta”.

- Derecho a ser escuchado;
- Derecho a participar efectivamente en los Procesos (14 Beijing);
- Información sin demora y directa de los cargos;
- Asistencia jurídica gratuita;
- Igualdad entre las partes;
- Pleno respeto a la vida privada (16 C. D. N.): al respecto, muchas veces se arremete contra la intimidad de los adolescentes sometidos a proceso, como cuando se realizan indebidamente preguntas sobre su sexualidad, lo que especialmente se da en el caso de las adolescentes mujeres;
- Adopción de medidas como consecuencia de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales;
- Privación de libertad como “última ratio” y durante el menor tiempo posible.

Como consecuencia de los principios enunciados, se ha derivado el principio de no regresividad en la aplicación de las medidas, no pudiendo volverse a medidas más gravosas después de haber sido dejadas sin efectos.

Al respecto, ha afirmado el Tribunal que integro:

“A criterio de la Sala el principio de benignidad en la aplicación de la Ley Penal, devenido una garantía de fondo en estos tipos de procesos, conjugado con los de menor aflicción y el de la privación de libertad como última ratio, determinan que en casos como el de autos

no se pueda volver a aplicar medidas más gravosas, una vez que se accedió a medida no privativa de libertad”.

A modo de conclusión

La experiencia demuestra que del discurso jurídico, contundente y muy exacto en su desarrollo racional, cuando es comparado con las prácticas, con lo que efectivamente se hace frente a los adolescentes de carne y hueso, existe una distancia abismal.

Las prácticas son lamentablemente, sustancialmente contradictorias con el discurso jurídico, como se viera a través de las distintas transcripciones de fallos y como resulta de las evaluaciones serias y en profundidad que se realizan de los sistemas de Justicia Penal de Adolescentes.

Por eso es necesario e imprescindible para la propia vigencia del Estado de Derecho, que exista un control y monitoreo constante a efectos de detectar y corregir los fallos y errores que se cometan.

Sin perjuicio de señalar a urgencia de efectuar ajustes legislativos en lo pertinente, para que las legislaciones se adecuen a los principios postulados en el presente trabajo.

En el Párrafo 99 el Comité de los Derechos del Niño concluye su Observación General N° 10/07 con la afirmación siguiente:

“El Comité recomienda que los Estados Partes evalúen periódicamente, preferentemente por medio de instituciones académicas independientes, el funcionamiento práctico de su justicia de menores, en particular la eficacia de las medidas adoptadas, incluidas las relativas a la discriminación, la reintegración social y la reincidencia. La investigación de cuestiones como las disparidades en la administración de la justicia de menores que comporten discriminación, y las novedades en ese ámbito, por ejemplo programas efectivos de remisión de casos o nuevas actividades de delincuencia juvenil, indicará en qué aspectos clave se han logrado resultados positivos y en cuáles la situación es preocupante. Es importante que los menores participen en esa labor de evaluación e investigación, en particular los que han estado en contacto con partes del sistema de justicia de menores. Debe respetarse y protegerse plenamente la intimidad de esos menores y la confidencialidad de su cooperación. A ese respecto el Comité señala a la atención de los Estados Partes las actuales directrices internacionales sobre la participación de niños en la investigación”.

Tales conclusiones son convenientes y adecuadas y deberían ponerse en práctica en la región:

- 1) evaluación periódica por instituciones académicas independientes;
- 2) la evaluación debe referirse a las prácticas tomando en consideración la aplicación de las garantías procesales, de los criterios básicos de intervención y de aplicación de la ley;

- 3) carácter y eficacia de las medida adoptadas;
- 4) la detección de prácticas discriminatorias;
- 5) participación de quienes han sido sometidos a proceso penal, preservando su seguridad y anonimato, sin tal intervención no será eficaz ni completa ninguna evaluación.

La puesta en práctica de tales recomendaciones es un desafío permanente, para asegurar la efectividad y vigencia del Estado Democrático y Social de Derecho respecto de los niños y adolescentes.