

**Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo**  
**Sesión de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de**  
**Senadores del martes 14 de agosto de 2012**

1. La Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (INDDHH) agradece a la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores por esta convocatoria, que **se enmarca dentro de sus competencias y facultades, según lo establecen los Arts. 1ro. y 4to. (literales C, H e I) de la Ley No. 18.446 de 24 de diciembre de 2008.**
2. La INDDHH reconoce la voluntad de las autoridades competentes respecto a la necesidad de adoptar las medidas pertinentes para garantizar aquellos derechos humanos que pueden verse lesionados frente a situaciones de violencia o delito. El adecuado abordaje de este tipo de situaciones, que preocupan actualmente a gran parte de la sociedad uruguaya, es un requisito esencial para que el Estado cumpla con sus obligaciones de defender, promover y proteger los derechos humanos, conforme lo establece la Constitución de la República y las normas y principios del Derecho Internacional en la materia.
3. **En primer lugar, se presentará la opinión de esta Institución en relación al proyecto de ley que introduce modificaciones al Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley No. 17.823 de 7 de setiembre de 2004).**
  - 3.1. La jurisprudencia y la doctrina especializadas han venido afinando en los últimos tiempos cuál es la naturaleza de las obligaciones del Estado respecto al plexo normativo de derechos cuyo goce puede verse afectado por hechos violentos o delictivos. En este sentido, se señala que estos derechos son: el derecho a la vida; el derecho a la integridad física; el derecho a la libertad y la seguridad personales; y el derecho al disfrute pacífico de los bienes. Sin perjuicio de ello, y como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “las obligaciones positivas y negativas del Estado respecto a la seguridad ciudadana también comprometen el derecho a las garantías procesales y a la protección judicial; el derecho a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad; el derecho a la libertad de expresión; el derecho a la libertad de reunión y asociación; y el derecho a la participación en los asuntos de interés público”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos (2009) , párr. 230.

- 3.2. Desde el punto de vista de los estándares internacionales sobre defensa, promoción y protección de los derechos humanos, se sostiene que, en el campo de la prevención y control de la violencia y el delito, el Estado puede avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones (sean éstas de no hacer como de hacer) mediante el diseño e implementación de una política pública sobre seguridad ciudadana. De acuerdo también a lo que señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta política pública es necesariamente integral, y se caracteriza especialmente por su estructura tridimensional, que haga posible a las autoridades competentes avanzar, simultáneamente, en tres áreas esenciales: institucional, normativa y preventiva.
- 3.3. El área institucional tiene que ver con la **capacidad operativa del aparato estatal** para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Esto implica considerar los recursos humanos y materiales asignados al poder judicial; el ministerio público; la defensa pública; las fuerzas policiales y el sistema penitenciario<sup>2</sup>, entre otros actores estatales clave.
- 3.4. Por su parte, el área normativa se refiere a la **adecuación del marco jurídico**, tanto a las necesidades para la prevención o represión del delito y la violencia, como para el desarrollo del procedimiento penal o la gestión penitenciaria. En esta dirección, la legislación interna debe articular equilibradamente las potestades de las instituciones estatales (sistema judicial, policial y penitenciario) con las garantías de los derechos humanos<sup>3</sup>.
- 3.5. Completando este esquema, en el área preventiva se incluyen **responsabilidades que exceden las competencias asignadas a la administración de justicia y la policía**. En este caso, se incorporan aquí las acciones no punitivas que deben implementar otras agencias estatales del gobierno central y de los gobiernos locales en cooperación

---

2 En este sentido, y a partir de la utilización de indicadores confiables, se requiere evaluar, en forma permanente: los recursos humanos, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo; los mecanismos de selección, formación, especialización y carrera profesional de los agentes estatales que integran las instituciones mencionadas; las condiciones de trabajo y remuneración de estos funcionarios; y el equipamiento; medios de transporte y comunicaciones disponible para el cumplimiento de las funciones asignadas, entre otros aspectos.

3 Para interpretar el alcance del contenido de las obligaciones de los Estados en relación a las personas menores de edad, es necesario acudir a la interpretación armónica de una serie de normas y principios que conforman los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicables a la niñez y la adolescencia.

El corpus juris en materia de niñez y adolescencia hace referencia a un conjunto de normas establecidas con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas menores de 18 años de edad. Lo integran, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores ("Reglas de Beijing"), las Reglas sobre Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad ("Reglas de Tokio"), las Reglas para la protección de menores privados de la libertad ("Reglas de La Habana"), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil ("Directrices de Riad"), y, específicamente en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros instrumentos jurídicos y estándares internacionales en la materia. A tales efectos también es fundamental incorporar las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, así como la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones e informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

con organizaciones de la sociedad civil, la empresa privada y los medios de comunicación<sup>4</sup>.

- 3.6. A partir de este encuadre, la INDDHH opina que algunas de las soluciones incorporadas en el proyecto de ley analizado no serían compatibles con la mencionada concepción de política pública de seguridad ciudadana, en la medida que no abordan ponderadamente la relación entre las áreas institucional, normativa y preventiva, a la vez que proponen medidas que pueden no adecuarse a nuestra normativa vigente sobre derechos humanos.
- 3.7. Específicamente, desde el punto de vista normativo, las disposiciones incorporadas en el **Art. 3ro. del proyecto de ley (que agrega un Art. 116 BIS- Régimen Especial- al Código de la Niñez y la Adolescencia)** pueden ser incompatibles con disposiciones de jerarquía constitucional y legal en nuestro país. En concreto, aquellas que consagran el principio de excepcionalidad de las medidas de privación de libertad incorporado en el **Art. 37.B de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y del Art. 76 (12) del Código de la Niñez y la Adolescencia.**
- 3.8. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refiere al mencionado **principio de excepcionalidad de la privación de libertad en personas menores de 18 años de edad** es firme en el sentido de que " (...) la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva<sup>5</sup>". A la vez, la Corte ha especificado que, en consecuencia, dicha privación de libertad (...) "debe ser excepcional y por el periodo más breve posible<sup>6</sup>".
- 3.9. En relación al sistema de justicia juvenil, la Comisión Interamericana<sup>7</sup> ha establecido que, una política criminal orientada sobre la base de criterios retributivos que deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en la materia. En base a la interpretación y aplicación armónica de esta normativa, el derecho internacional de los derechos humanos procura que las penas que imponen graves restricciones de los derechos fundamentales de los/as adolescentes se limiten únicamente a las infracciones más severas, favoreciendo el cumplimiento del principio

---

4 Se trata de medidas de prevención social, comunitaria y situacional, que tienen como objetivo intervenir sobre los factores posibilitadores o factores de riesgo sociales, culturales, económicos, ambientales o urbanísticos, entre otros, que inciden negativamente sobre los niveles de violencia y criminalidad.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Instituto de Reeducción del Menor". Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112, párrafo 230..

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 135.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoria sobre los Derechos de la Niñez, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 julio 2011, párrafo 31.

de que la pena privativa de la libertad sea el último recurso del sistema de responsabilidad penal adolescente.

- 3.10. En tal sentido, las Reglas de Beijing disponen que “las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” (Regla 17.1.b) [...] procurando que “la respuesta que se dé al delito se[a] siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (Regla 17.1.a).
- 3.11. Bajo ese entendido, los objetivos de la justicia penal deben ir precedidos de la consideración del interés superior de la persona menor de 18 años de edad antes de regular la aplicación de cualquier pena o sanción, con el fin último de procurar la reinserción en la comunidad y un proyecto de vida digno en una sociedad democrática. Para poder cumplir con ese fin, el Estado debe ofrecer a todas las personas menores de edad condiciones jurídico-institucionales y político-culturales que permitan hacer efectiva las garantías y el goce de sus derechos.
- 3.12. Por otra parte, y en relación con el área institucional (que remite a la capacidad del aparato estatal para la implementación de la política de seguridad ciudadana), las disposiciones incorporadas en el analizado Art. 3ro. del proyecto de ley **no parecen compatibilizarse con la actual (y ampliamente conocida) situación de los establecimientos de privación de libertad para adolescentes infractores que funcionan en la órbita del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SIRPA)**. Puede afirmarse que la aplicación de la privación cautelar de libertad preceptiva hasta el dictado de la sentencia definitiva prevista en el Literal A del Art. 3ro., y la imposición (también preceptiva) de una pena mínima de un año de privación de libertad recogida en el Literal B del mismo artículo, incrementarán sensiblemente la población de internos menores de 18 años de edad en nuestro país. Esto aumentará el actual hacinamiento verificado en los establecimientos a cargo del SIRPA y, con ello, los serios riesgos de que se vulneren el derecho a la vida y a la integridad personal de los internos, a la vez que tornará imposible que la medida de privación de libertad cumpla con los objetivos establecidos en la Constitución de la República y en las normas internas e internacionales correspondientes.
- 3.13. Relacionado con el punto anterior, la INDDHH subraya que los **literales D y E del proyecto de ley analizado hacen referencia a otros dos tipos de establecimientos especiales** (uno para personas menores de 18 años, y otro para personas mayores de 18 años –separados del régimen penitenciario para adultos-) que todavía ni siquiera existen, y que no se conoce cómo y cuándo serán habilitados, y de qué manera se cumplirá con los estándares internacionales que determinan las condiciones de reclusión; la formación del personal responsable de

ejecutar las medidas; o la necesidad de desarrollar programas de trabajo o estudio; entre otros aspectos.

- 3.14. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que “Toda persona detenida tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra bajo su custodia por lo que el Estado es garante de la integridad personal de las personas privadas de la libertad<sup>8</sup>”.
- 3.15. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido específicamente el alcance del deber de garantía del Estado respecto a personas menores de 18 años que se encuentran bajo su responsabilidad, al encontrarse privados de su libertad como resultado de procedimientos de las fuerzas policiales o por decisión de las autoridades judiciales competentes. En este contexto, la Corte ha dispuesto que el Estado, a los efectos de cumplir con su obligación de garantizar y proteger la vida de la persona menor de dieciocho años de edad privada de libertad, debe atender algunos aspectos específicos. En especial, ocuparse “(...) particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”<sup>9</sup>.
- 3.16. **En definitiva**, y sin perjuicio del debate sobre el eventual impacto favorable que estas medidas podrían alcanzar o no en el contexto de la política criminal implementada por las autoridades competentes, la INDDHH advierte sobre la necesidad de atender a la compatibilidad de estos artículos con el marco normativo vigente en el país en la materia, así como sobre la capacidad real de la institucionalidad estatal para ampliar el número de internos menores de 18 años cumpliendo adecuadamente con las normas y principios consagrados en normas de generación nacional e internacional vigentes.
- 3.17. Por otra parte, se advierte que la solución incorporada en el **Art. 2 del proyecto analizado (que propone agregar al Art. 76 del Código de la Niñez y la Adolescencia el numeral 16)**, destaca el interés de las autoridades por consolidar el principio de celeridad dentro del proceso penal adolescente. Sin perjuicio de ello, se destaca la necesidad de dotar a este proceso de los recursos necesarios para que la aplicación de este principio de celeridad no afecte las garantías del debido proceso. En la especie, es requisito previo que el sistema de responsabilidad penal adolescente tenga la capacidad de incorporar al proceso operadores especializados en número suficiente (a nivel nacional) para brindar las

---

<sup>8</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos (2009) , párr. Parr. 151

<sup>9</sup> Corte I.D.H., Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 126. y 160

garantías necesarias a las partes (jueces y tribunales de apelaciones; fiscales y defensores públicos). Si no se logra cumplir con este requisito mínimo, la INDDHH entiende que el derecho al debido proceso puede verse comprometido con la modificación propuesta.

- 3.18. Respecto al **Literal F del Art. 116 bis** proyectado, se advierte que la solución proyectada (preceptividad de elevar actuaciones por parte del Juez Penal de Adolescentes al Juez Penal de Turno), generará un incremento sensible en los casos que tramitan los Juzgados Penales, afectando el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, cuando, eventualmente, puede lograrse el resultado perseguido con el uso racional de disposiciones ya existentes en el Art 279 Bis del Código Penal y el Art. 16 del Código de la Niñez y la Adolescencia.
- 3.19. En cuanto a las modificaciones previstas al **Art. 72 del actual Código de la Niñez y la Adolescencia, (Numeral 9 del artículo proyectado)**, se advierte una posible contradicción entre el texto del proyecto de ley y su exposición de motivos, ya que en el mencionado Numeral 9 sí quedaría incorporado el **homicidio simple** (la exposición de motivos dice que “sólo el homicidio intencional con agravantes especiales ingresa al elenco de infracciones gravísimas”), ya que éste se castiga “con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría”.
- 3.20. La sanción de un menor de edad como imputable de una responsabilidad penal debe estar justificada en la proporcionalidad entre la conducta y la lesividad de la infracción en relación a los bienes jurídicos protegidos. Y cuando se trate de la aplicación de sanciones privativas de libertad, se debe tener especialmente en cuenta el principio de mínima intervención.
- 3.21. Respecto de las modificaciones previstas al artículo 72 del actual Código de la Niñez y Adolescencia, las mismas violentarían el principio de proporcionalidad, estableciendo el mismo mínimo de pena, un año de privación de libertad, para conductas tales como las de un delito gravísimo consumado como para una tentativa de un delito.
- 3.22. En términos de política criminal, parecería que el régimen previsto va dirigido a delitos vinculados a una afectación al bien jurídico propiedad privada, imponiendo penas más severas cuando se trate de violentar el bien jurídico propiedad que cuando se trate de violentar el bien jurídico vida (otras figuras típicas de homicidio que pudieran resultar en medidas no privativas de libertad). Además podría violentarse el principio de proporcionalidad al establecerse la medida cautelar (internación/privación de libertad) sobre la base de la conducta lesiva y no sobre la base de asegurar condiciones procesales.

- 3.23. Finalmente, respecto al **Art. 4 del proyecto de ley** analizado, la INDDHH recomienda definir qué se entiende por “Código que legisle de forma exclusiva el régimen de responsabilidad infraccional juvenil”. Se entiende que debe tenerse en cuenta que, en el caso de adolescentes, la tipificación de las conductas punibles se encuentran ya establecidas en el Código Penal. En otras palabras: las personas menores de 18 años de edad no pueden incurrir en conductas punibles no tipificadas como tales para el caso de las personas mayores de 18 años de edad. Sí pueden determinarse penas de diferente naturaleza y duración, así como un régimen procesal especial. Por tanto, el régimen de responsabilidad penal adolescente debería ser objeto de una **ley (que establezca el procedimiento especial y la naturaleza y duración de las penas) y no de un código que tipifique infracciones penales.**
4. **En segundo lugar, se presentará la opinión de esta Institución en relación al proyecto de ley que introduce modificaciones a la legislación penal, agravando las penas establecidas para algunos delitos (en los casos de tráfico de pasta base y de corrupción policial o de funcionarios que cumplan funciones en establecimientos de detención)**
- 4.1. El propone incrementar las penas para determinados delitos cuando fueren cometidos por funcionarios policiales encargados de la custodia de detenidos y en especial sobre el artículo 4º, que fija un guarismo mínimo de tres años para todos aquellos ilícitos vinculados a cualquiera de los tipos penales previstos en el decreto ley N°14.294, en redacción dada por la 17.016, Arts. 30 a 35.
- 4.2. En forma coincidente con lo expresado anteriormente al analizar el concepto de política pública sobre seguridad ciudadana, la INDDHH entiende, con carácter general, que el control estatal no sólo debe discurrir por los cauces proporcionados por el derecho penal con el aumento de las penas, respondiendo a situaciones coyunturales.
- 4.3. Específicamente respecto a los Arts. 1, 2 y 3 del proyecto de ley analizado, se entiende que una administración carcelaria saneada, con funcionarios capacitados, y sujeta a controles racionalmente impuestos, sería la mejor garantía de su transparencia y buen funcionamiento. Conforme a la experiencia histórica en esta materia, la amenaza de una sanción penal algo más severa para aquellos funcionarios que incurran en tales delitos, difícilmente logre el efecto disuasor que se pretende, ni elimine o minimice el riesgo de corrupción.
- 4.4. En ese marco, la INDDHH entiende que sólo un tratamiento realmente integral de la problemática carcelaria y, en general, de los sistemas de reclusión, podría ser útil y eficiente para prevenir, y en última instancia evitar, las conductas criminales que subyacen como motivación de este proyecto de ley. La corrupción carcelaria debe, por supuesto, ser erradicada de raíz. Es fuente de múltiples violaciones a los derechos

humanos, que no sólo afectan a los internos, sino también en gran medida al personal penitenciario. No obstante, y volviendo a la concepción antes citada sobre política de seguridad ciudadana, no parece que exclusivamente el aumento de penas propuesto conduzca a ese resultado, si no se atiende, simultáneamente, a los aspectos preventivos y operativo-institucionales comprometidos.

El Mecanismo Nacional de Prevención, al que se refiere el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyas funciones deberá cumplir esta Institución (según dispone el Art. 83 ley 18.446) puede ser una herramienta eficiente, una vez consolidado, para ocuparse oportunamente del funcionamiento de los diferentes establecimientos de privación de libertad, formulando las recomendaciones que se estimen procedentes.

- 4.5. Otro punto que incorpora este proyecto de ley es el agravamiento de la pena mínima en aquellos delitos que importen cualquier tipo de transacción que tenga como “objeto material cocaína que contenga impurezas producto de elaboración y/o adulteraciones no aptas para el consumo humano”. En la exposición de motivos se nombra específicamente como objeto material a la “pasta base de cocaína”.
- 4.6. En principio, debe señalarse que, para brindar una opinión técnicamente sustentada sobre este tema sería necesario acceder a información objetiva que surja de una base de datos ciertos sobre los resultados del consumo de esta droga en la salud (bien jurídico tutelado). Tampoco existe este tipo de información sobre la incidencia real que el consumo de esta droga eventualmente tendría en la comisión de actos delictivos violentos.
- 4.7. Estas observaciones son relevantes por cuanto el guarismo mínimo de la pena abstracta proyectada se fija en tres años, cualquiera sea la conducta en que haya incurrido el sujeto. Sabido es que los artículos precitados contienen una multiplicidad de verbos típicos que pueden comprender desde el tráfico masivo hasta la tenencia de una pequeña cantidad que se considere excesiva para el consumo, o pequeñas transacciones enmarcadas en el suministro.
- 4.8. El texto proyectado parece ser contradictorio con un antecedente que necesariamente debe ser citado: la ley 17.016, de 1998, modificativa del Decreto Ley 14.294, tornó excarcelables todas las figuras del art. 30 al 35 de esta norma, rebajando los mínimos. De esa manera, al menos en teoría, un traficante de heroína puede ser liberado provisionalmente en cualquier estado de la causa, puesto que la pena abstracta así lo permite. En cambio, un adicto que es hallado vendiendo tres “lágrimas” de pasta base pasará como mínimo tres años en la cárcel.

- 4.9. El Secretario General de la Junta Nacional de Drogas, sociólogo Julio Calzada, explicó ante esa Comisión que la incidencia de la pasta base de cocaína no aparece regularmente distribuida en las diferentes zonas de la capital del país, quedando en evidencia la segmentación social y económica que afecta a nuestra sociedad. En este sentido, los sectores poblacionales más excluidos, segregados residencialmente y con mayores dificultades de reinserción social desde el punto de vista económico, cultural y relacional es donde esta sustancia tiene mayor impacto. De esta exposición surge un claro perfil del adicto a la pasta base y de los sectores donde causa estragos.
- 4.10. Lo anterior lleva a la necesidad de advertir un posible componente discriminatorio en la penalización, sin distinciones, de cualquier tipo de transacción con pasta base, al hacer más severa, en forma desigual, el tratamiento punitivo, afectando a los estratos más excluidos, económica y socialmente, de nuestra sociedad. Complementariamente, no hay en el proyecto de ley comentado, una forma de establecer diferencias entre un adicto, que comercializó ocasionalmente una mínima cantidad, y un narcotraficante. Y aunque las hubiera, la barrera mínima infranqueable de los tres años de penitenciaría, incrementará sensiblemente la población carcelaria con personas adictas jóvenes, sin que estén previsto de antemano para su internación, ni los planes y programas dirigidos a aplicar el necesario tratamiento de rehabilitación.
5. **Como conclusión general, y en relación con los dos proyectos de ley analizados,** la INDDHH y Defensoría del Pueblo comparte lo ya señalado diferentes autores, en cuanto a que “Históricamente, en América Latina los problemas derivados de la violencia y el delito se enfrentaron mediante acciones de tipo punitivo, en el marco de un modelo estrictamente represivo, basado en el trípode “policía-justicia-cárcel”, que dejó de lado las estrategias preventivas. En ese marco, la tendencia fue la permanente creación de nuevos tipos delictivos; el incremento de las penas; y la apelación a medidas de “ley y orden” o mano dura”. Sin embargo, como destacan importantes estudios regionales, estas medidas, no han logrado reducir la criminalidad, al tiempo que la impunidad ha avanzado debido a deficiencias en los sistemas policiales, judiciales y la saturación de las cárceles<sup>10</sup>.

En este marco, la INDDHH recomienda que el análisis de las acciones que las instituciones competentes deban implementar para garantizar los derechos humanos de toda la población en situaciones que implican violencia o criminalidad se desarrolle aplicando el concepto de política pública sobre seguridad ciudadana antes definido, contemplando simultáneamente medidas preventivas; operativo-institucionales y normativas. Esta estrategia permitiría romper el círculo vicioso en que nuestro país (en el contexto de nuestra región) ha repetido

---

<sup>10</sup> Arriagada, Irma; Godoy, Lorena: “ Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa” (Comisión Económica para América Latina –CEPAL- Agosto 1999).

tradicionalmente, lo que ha tenido como resultado la falta de impacto positivo de las medidas implementadas para reducir la incidencia del delito y la violencia en nuestra sociedad.

## **Anexo**

### **Marco legal y estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil aplicables al proyecto que modifica el actual Código de la Niñez y la Adolescencia**

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce la privación de libertad para menores de edad como un mínimo – como compromiso de los Estados- por debajo del cual no se aplicaran consecuencias de carácter penal.

La utilización de medidas privativas de libertad debe estar basada en la inconveniencia justificada de utilizar medidas no privativas de libertad bajo el test de objetividad, necesidad, racionalidad y proporcionalidad y con absoluto apego a los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la pena.

#### Principio de legalidad:

El principio de legalidad esta reconocido en el artículo 40 de la CDN. A la hora de su definición, la Corte Interamericana ha establecido que el respeto al principio de legalidad conlleva “[...] una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”<sup>11</sup>

En tal sentido se deben utilizar, en la descripción de la figura típica, términos claros, estrictos, unívocos que delimiten claramente las conductas punibles. E incluso y aun cuando la previsión de la conducta típica existe en la normativa, la misma puede considerarse incompatible con los derechos humanos per se cuando es irracional o falta de proporcionalidad (manteniendo solo una apariencia de legalidad). Así, si establecida una conducta típica punible, el margen de discrecionalidad que se otorga a las autoridades judiciales es amplio, su aplicación se torna arbitraria o discriminatoria<sup>12</sup>.

En ningún caso la aplicación de la medida privativa de libertad debe determinarse por el tipo de delito a imputarse, y esto, porque la aplicación de la medida privativa de libertad - como medida cautelar - esta destinada a

---

11 Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

12 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 110.

asegurar determinadas finalidades procesales (eludir la justicia/obstrucción y siempre bajo circunstancias objetivas). Se trata, por su naturaleza de una medida de cautela, no de una pena anticipada.

En el caso de la niñez y adolescencia, la obligación de los Estados está sometida a un estándar más alto, por el estado general de vulnerabilidad de los menores de edad, y por el mayor impacto que genera en un niño/a el ser sometido a la jurisdicción penal<sup>13</sup>. El contenido autónomo del derecho a la libertad personal no puede disociarse del contenido del concepto de interés superior del niño.

Las medidas de privación de libertad deben cumplir con ciertos requisitos mínimos aplicables a todas las personas y ciertos requisitos adicionales para precautelar el derecho de los niños/as y adolescentes en razón de su edad.

#### Principio de Excepcionalidad:

Teniendo en cuenta que la privación de libertad es la sanción más severa, los Estados se han comprometido a aplicarla como último recurso y de manera excepcional en el ámbito de la niñez y adolescencia. El principio de excepcionalidad de la privación de libertad exige la priorización y la disponibilidad de las sanciones no privativas de libertad.

La efectiva aplicación del principio de excepcionalidad legalidad implica que la política penal juvenil se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como los principios de necesidad y proporcionalidad indispensables en una sociedad democrática.

El principio de excepcionalidad abarca tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, como en la aplicación del sistema de justicia juvenil. Por tanto, supone limitar el uso del sistema de justicia juvenil respecto a niñas, niños y adolescentes, acotando a un mínimo razonable la intervención punitiva del Estado, y en especial, tratándose de penas privativas de libertad.

#### Principio de Proporcionalidad:

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha expresado en su Observación General número 10 que: [...] la respuesta que se da al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención [...] <sup>14</sup>.

---

13 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 225.

14 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 71.

En el caso de los niños y adolescentes (ultimo recurso/excepcionalidad) la proporcionalidad no solo debe medirse en relación al test típico de proporción entre la conducta lesiva, la protección de los bienes jurídicos y la sanción, sino también si “el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”<sup>15</sup>.

Los derechos humanos evolucionan hacia la “especificidad” que significa la disminución de la discrecionalidad y el aumento de la taxatividad, así como la interpretación restrictiva de las excepciones.

Principio de Presunción de inocencia:

El principio de presunción de inocencia reconocido en los artículos 40.2.b y 40.2.i de la CDN implica para su efectivo cumplimiento, según los órganos de vigilancia y protección de los derechos de la niñez y adolescencia, que los Estados garanticen que los adolescentes acusados de haber infringido una ley penal se presuman inocentes y no sean sometidos a medidas de “protección” a menos que se haya establecido su responsabilidad en el marco de un proceso de aplicación de la justicia juvenil con todas las garantías específicas y especiales en consideración a su interés superior.

Por ultimo, es fundamental tener en cuenta el Principio de No Regresividad, que implica abstenerse de adoptar medidas legislativas o administrativas que impliquen una limitación o regresión en el goce de los derechos de las personas menores de 18 años de edad sometidas al sistema de justicia juvenil.

---

15 Corte IDH. Véase Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56. Caso ChaparroÁlvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93.