

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL, SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

Javier Llobet Rodríguez²

RESUMEN.

La prisión preventiva está limitada en su dictado por los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la prisión preventiva es abundante y reiterada. Admite, como causales solamente el concreto la fuga y el peligro concreto de la obstaculización. Igualmente, ha enfatizado su carácter excepcional y la necesidad de alternativas a la prisión preventiva. Se ha mencionado que no puede durar más de lo razonable. En relación con la justicia penal juvenil, el énfasis es hacia un menor dictado de la prisión preventiva y a una menor duración de la misma. Se afirma, además, que deben garantizarse las condiciones de ejecución, que hagan posible el ejercicio por los privados de libertad menores de edad, de los derechos que para todo joven están establecidos, sea privado o no de libertad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, partiendo de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho referencia al incumplimiento en Latinoamérica de los estándares de la prisión preventiva, trazados.

Palabras clave.

Prisión preventiva. Presunción de inocencia. Principio de Proporcionalidad. Justicia penal juvenil. Carácter excepcional. Duración breve. Hacinamiento carcelario.

SUMARIO. 1. Homenaje al Dr. Daniel González Álvarez. 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los límites a la prisión preventiva. 3. La prisión preventiva en la justicia penal juvenil, en la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan. 4. La prisión preventiva en la justicia penal juvenil,

¹ Este artículo tiene por base un artículo escrito bajo el proyecto de investigación “Justicia Penal Juvenil y derechos humanos”, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCR. El texto actual ha ampliado el que formaba parte de aquel otro artículo.

² Catedrático jubilado de la UCR

según la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 5. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la prisión preventiva y las particularidades de la justicia penal juvenil. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1) HOMENAJE AL Prof. Dr. DANIEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ

Para mí es una gran satisfacción participar con una contribución al justo homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez.

Lo conocí cuando recién me había graduado de la Universidad de Costa Rica y cuando el homenajeado aún no había sido nombrado magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Fue mi profesor en la Maestría en Ciencias Penales en 1985, en donde me impartió el curso de Derecho Penitenciario. Fue mi jefe, cuando trabajé como secretario de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, compartí con él como magistrado, cuando me desempeñé como magistrado suplente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mientras él era el presidente de dicha Sala.

Participé con él, en la creación de la Asociación de Ciencias Penales en 1989 y luego, muchos años después, fui vicepresidente de la Asociación, cuando él, era el Presidente, de 2012 a 2014. Fue el director por muchos años de la Revista de Ciencias Penales de dicha Asociación. La Revista adquirió una gran importancia, porque se convirtió en un instrumento de reflexión crítica y de apoyo a las ideas de respeto de las garantías penales³. La dirección de la Revista la ejerció desde la Revista 3 en 1990, hasta la Revista 22 en 2004 y desde la Revista 28 en 2012, hasta la Revista 31 en 2017.

Debe destacarse el gran papel que desempeñó Daniel González en la reforma procesal penal en Costa Rica, sobre la base del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988⁴. Precisamente, coincidimos en un Congreso en Roma, en 1991, en el que se discutieron los alcances de dicho proyecto y del que salió un importante libro, necesario para el estudio de dicho proyecto⁵. En ese libro publicó, junto con Luis Paulino Mora Mora, un importante artículo sobre la prueba⁶. Aún antes de la aprobación del

³ Cf. Arguedas Ruano, Javier, 2011, pp. 311-325.

⁴ González Álvarez, Daniel/Mora Mora, Luis Paulino/Houed Vega, Mario, 1989, pp. pp. 47-53
González Álvarez, Daniel, 1994, pp. 10-25

⁵ Massa, Michele/Schipani, Sandro (Compilares), 1994.

⁶ Cf. Mora Mora, Luis Paulino/González Álvarez, Daniel, 1994, pp. 71-90.

Código Procesal Penal en 1996, Daniel González tuvo una participación fundamental en la reforma al Código de Procedimientos Penales de 1973, en cuanto a la regulación de la prisión preventiva⁷. Debo mencionar, además, la importancia que tuvo en la implementación del Código Procesal Penal⁸, especialmente a partir de la coordinación del libro “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”⁹, en el cual, además, escribió dos artículos de especial importancia, uno sobre el procedimiento preparatorio¹⁰ y otro sobre la etapa intermedia¹¹, que complementaron el libro: “La obligatoriedad de la acción en el proceso penal”¹², que había escrito años antes.

Debo resaltar, además, la importancia del papel de Daniel González como integrante de la Corte Suprema de Justicia y como magistrado de la Sala Tercera de la misma, en la cual marcó una época, por la jurisprudencia novedosa que impulsó, tendiente al respeto del sistema de garantías penales, desarrollo garantista que dejó también en sus publicaciones¹³. Además, se trata de una época, en la que a partir de esa jurisprudencia se asumieron una serie de conceptos de la moderna teoría del delito, por ejemplo, los de error de tipo y error de prohibición, asumiéndose una estructura de la teoría del delito, conforme a la estructuración propuesta por el finalismo penal.

Igualmente, a través de su labor y publicaciones, formó parte de la resistencia frente al impulso que ha tenido el populismo punitivo, tanto en materia de adultos¹⁴, como en el Derecho Penal Juvenil¹⁵. Precisamente, en ese último Derecho, apoyó los esfuerzos del ILANUD, encabezados por el Prof. Dr. Carlos Tiffer Sotomayor, hacía la adecuación de la legislación penal juvenil a los requerimientos de la Convención de Derechos del niño, que dio como resultado la aprobación de la Ley de Justicia Penal Juvenil en 1996¹⁶.

En cuanto a su labor como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, es importante mencionar también que le correspondió impulsar la reforma del sistema

⁷ Cf. Mora Mora, Luis Paulino/González Álvarez, Daniel, 1995, pp. 75-89.

⁸ González Álvarez, Daniel, 1997, pp. 105-116.

⁹ González Álvarez, Daniel (Coordinador), 1997a.

¹⁰ González Álvarez, Daniel, 1997b, pp. 547-614.

¹¹ González Álvarez, Daniel, 1997c, pp. 615-647

¹² González Álvarez, Daniel, 1986.

¹³ Por ejemplo: González Álvarez, Daniel/Houed Vega, Mario, 1993, pp. 349-397

¹⁴ González Álvarez, Daniel, 1997d, pp. 45-61

¹⁵ González Álvarez, Daniel; 1997e.

¹⁶ González Álvarez, Daniel; 1997e.

recursivo, luego de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica¹⁷. Así, desde el momento del conocimiento de la sentencia, impulsó la adecuación por vía jurisprudencial y legal, del Código Procesal Penal, a las exigencias señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego de terminar sus labores como magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha desempeñado un papel muy importante en el impulso de la reforma procesal penal latinoamericana, conforme a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debiendo resaltarse el papel que ha cumplido en la implementación del proceso penal de tendencias acusatorias en México¹⁸.

Expreso mis respetos y aprecio a mi maestro y amigo, uno de los mejores juristas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que ha tenido Costa Rica.

2) LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS LÍMITES A LA PRISIÓN PREVENTIVA

El tema de la prisión preventiva es fundamental en relación con la estructuración del proceso penal. Usualmente, se afirma que una característica de un sistema inquisitivo, contrario a las garantías de los derechos humanos, es precisamente la extensión del dictado de la prisión preventiva. Por el contrario, se estima que un sistema procesal acusatorio tenderá a no prever la posibilidad del dictado de la prisión preventiva. Aspecto central en esa discusión es la relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia¹⁹. Precisamente, la presunción de inocencia se niega en un sistema inquisitivo, mientras se establece como el principio protector del imputado básico en un sistema acusatorio.

La problemática entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, se reflejaba en la doctrina de la situación irregular, propia de la justicia juvenil, antes de la aprobación de la Convención de Derechos del Niño. Esta concepción favorecía un sistema inquisitivo, que llevaba a la negación de la presunción de inocencia y a una

¹⁷ Cf. González Álvarez, Daniel, 2004. Sobre esta sentencia: González Álvarez, Daniel, 2020, pp. 847-894.

¹⁸ Cf. González Álvarez, Daniel, 2013, pp. 343-444.

¹⁹ Cf. Llobet Rodríguez, Javier, 1995; Llobet Rodríguez, Javier, 2016, pp. 37-164.

extensión de las posibilidades de privación de libertad sin sentencia condenatoria, a partir de la justificación de que se trataba de actuar a favor del menor de edad²⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha estado ajena a esta discusión de la presunción de inocencia y la prisión preventiva. El expresidente de la, Sergio García Ramírez, en diversos votos razonados destacó la problemática entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, esto en las sentencias dictadas en los casos Tibi²¹, López Álvarez²² y Bayarri²³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha negado la posibilidad del dictado de la prisión preventiva, aunque ha establecido una serie de límites a la misma. Se trata precisamente de uno de los temas sobre los cuales se encuentra una línea

²⁰ Llobet Rodríguez, Javier, 1999, pp. 109-113.

²¹ Corte IDH, caso Tibi *Vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio García Ramírez, No. 34-35.

²² Corte IDH, caso López Álvarez *Vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio García Ramírez, No. 4-5. en el caso López Álvarez destacó la dificultad de diferenciar, en la práctica, el grado de injerencia en los derechos del privado de libertad en prisión preventiva, y el grado de injerencia en los derechos sufrido por el condenado a la pena privativa de libertad, resultando que, en muchas ocasiones, inclusive, la primera es de más duración que la segunda. Indicó: “18. *Una vez más nos hallamos ante el problema de la prisión preventiva, es decir, de la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad --aunque ésta tropiece con el tecnicismo-- la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones --el Caso López Álvarez es muestra de ello, ciertamente no única-- la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva. Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva*”

²³ Corte IDH, caso Bayarri *Vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio García Ramírez, No.4-7. Se hizo mención por García Ramírez, en el voto razonado al caso Bayarri, al alto grado de afectación que sufre el imputado con el dictado de la prisión preventiva. Dijo: “6. *La prisión preventiva forma filas entre los medios de que se vale el Estado para asegurar —cautelar o precautoriamente— la buena marcha de la justicia y el eficaz cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales. En este sentido, la preventiva obedece a los mismos factores y debiera atender las mismas reglas que gobiernan otros expedientes cautelares. Todos éstos entrañan cierta anticipación en el juicio, con el propósito de salvar el juicio mismo, si se permite la expresión. Empero, la preventiva es la más intensa y devastadora de esas medidas, incomparablemente más severa que la vigilancia por la autoridad, el aseguramiento de bienes, la prohibición de realizar determinadas operaciones o actividades, la limitación en la libertad de tránsito, etcétera. En realidad, todas las medidas precautorias generan daños difícilmente reparables, aunque compensables; la preventiva causa, por su parte, un daño absolutamente irreparable, como es la pérdida de tiempo de vida, con todo lo que ello significa: de ahí la necesidad de analizarla y adoptarla con infinito cuidado*”.

jurisprudencial reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴. Entre otros aspectos, ha indicado:

- a) La prisión preventiva exige la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito²⁵. La sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio²⁶. Este requisito debe examinarse de previo a evaluar si se justifica la prisión preventiva, de acuerdo con la finalidad admitida para misma. Debe analizarse, y fundamentarse, por el juez la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito²⁷. Si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso²⁸. La mera existencia de indicios suficientes, que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito, no es suficiente para el dictado

²⁴ Acerca de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la prisión preventiva: Llobet Rodríguez, Javier, 2018, pp. 589-674; Llobet Rodríguez, 2010, pp. 183-219; Navas Aparicio, Alfonso, 2010, pp. 93-108.

²⁵ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 311.

²⁶ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 311.

²⁷ Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 353; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, Párrafo 75. Además: Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, Párrafo 200; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 93. Además: Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316., Párrafo 143; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 311.

²⁸ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 311.

de la prisión preventiva, sino se requiere que exista un fin legítimo para su dictado, de modo que se necesita que haya peligro concreto de fuga o peligro concreto de obstaculización²⁹. La prisión preventiva no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal de la pertenencia a determinado grupo ilícito³⁰.

- b) La prisión preventiva debe tener un carácter excepcional³¹, la regla debe ser que el imputado enfrente el proceso sin estar en prisión preventiva.
- c) La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad³².

²⁹ Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 353; Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395., Párrafo 116; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, Párrafo 82.

³⁰ Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316., Párrafo 143; Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 353; Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, Párrafo 200.

³¹ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 228; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párrafo 106; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, Párrafo 74; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párrafo 197; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, Párrafo 142; Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330., Párrafo 141; Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 353; Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, Párrafo 200; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 107; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, Párrafo 72; Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399., Párrafo 65.

³² Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 310; Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316., Párrafo 143; Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 35; Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, Párrafo 200; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, Párrafo 72.

- d) La prisión preventiva no puede ser una pena anticipada³³,
- e) La prisión preventiva es una medida cautelar, no una punitiva³⁴,
- f) Solamente son admisibles las causales de peligro concreto de fuga y de obstaculización³⁵. Los elementos que acreditan la existencia de los fines

³³ Corte IDH. Caso Suárez Rosero *Vs.* Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, Párrafo 77; Corte IDH. Caso Ricardo Canese *Vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 162; Corte IDH. Caso Tibi *Vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párrafo 180; Corte IDH. Caso J. *Vs.* Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, Párrafo 159; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *Vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 361; Corte IDH. Caso Argüelles y otros *Vs.* Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 131; Corte IDH. Caso Andrade Salmón *Vs.* Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330., Párrafo 141.

³⁴ Corte IDH. Caso Tibi *Vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párrafo 180; Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas *Vs.* Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, Párrafo 106; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. *Vs.* Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, Párrafo 145; Corte IDH. Caso Bayarri *Vs.* Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, Párrafo 69; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *Vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 342; Corte IDH. Caso Argüelles y otros *Vs.* Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 131; Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *Vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371., Párrafo 255; Corte IDH. Caso Romero Feris *Vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 97; Corte IDH, Caso Montesinos Mejía *Vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, Párrafo 99; Corte IDH. Caso Carranza Alarcón *Vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399., Párrafo 67.

³⁵ Corte IDH. Caso Suárez Rosero *Vs.* Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, Párrafo 77; Corte IDH. Caso Ricardo Canese *Vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 129; Corte IDH. Caso Tibi *Vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párrafo 180; Corte IDH. Caso Acosta Calderón *Vs.* Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, Párrafo 111; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne *Vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párrafo 198; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. *Vs.* Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, Párrafo 145; Corte IDH. Caso Bayarri *Vs.* Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, Párrafo 110; Corte IDH. Caso Usón Ramírez *Vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, Párrafo 144; Corte IDH. Caso J. *Vs.* Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, Párrafo 159; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *Vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 312; Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros *Vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, Párrafo 143; Corte IDH. Caso Amrhein y otros *Vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 353; Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *Vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y

legítimos de la privación preventiva de la libertad no se presumen. Así, el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde que sean acreditadas por el titular de la persecución penal y no al imputado. Este, además, debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado³⁶. La restricción de la libertad, en relación con el peligro concreto de fuga o el peligro concreto de obstaculización, debe disponerse en los límites estrictamente necesarios³⁷.

- g) No se puede justificar el peligro concreto de fuga en la inminencia del juicio oral. El desarrollo de las etapas procesales no puede ser en sí misma justificación de la privación a la libertad, pues de esta forma operaría como una consecuencia de todo proceso y no como una medida excepcional con carácter cautelar³⁸. Con respecto al peligro concreto de fuga, se ha dicho que la prisión preventiva tiene como uno de sus fines más importantes, asegurar la comparecencia del imputado al juicio y la eventual ejecución de la sanción³⁹.
- h) No es admisible que la prisión preventiva persiga la prevención general o especial⁴⁰. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del

Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371., Párrafo 255; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 102; Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395., Párrafo 115; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, Párrafo 82.

³⁶ Corte IDH, Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, Párrafo 136; Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399., Párrafo 65. Además: Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 312.

³⁷ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, Párrafo 77; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párrafo 180; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, Párrafo 145; Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, Párrafo 110; Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, Párrafo 121.

³⁸ Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 116.

³⁹ Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278, Párrafo 134.

⁴⁰ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, Párrafo 159; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de

delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva⁴¹. La causal de peligro para seguridad de la sociedad no es una causal ilegítima per se y contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, sino debe ser interpretada en relación con los fines legítimos de la prisión preventiva⁴². Sin embargo, el referido fin de impedir que la libertad del imputado resultara peligrosa "para la seguridad de la sociedad" tiene un sentido abierto que puede permitir fines no acordes con la Convención⁴³

- i) La prisión preventiva debe estar sometida a una revisión periódica, de modo que se revoque cuando no subsisten los motivos que dieron lugar a la misma⁴⁴. Ante cada solicitud del imputado, de que se revise su prisión preventiva, si el juez ordena mantener la misma, debe motivar, aunque sea de manera mínima, porqué se justifica mantener la prisión preventiva⁴⁵.
- j) Toda restricción de la libertad personal, debe ser fundamentada⁴⁶.

29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 312; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 97.

⁴¹ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 312; Corte IDH, Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, Párrafo 136; Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399., Párrafo 65.

⁴² Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 364.

⁴³ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 322.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371., Párrafo 255; Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 362; Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, Párrafo 210; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 111; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, Párrafo 83.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 122; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 111; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397. , Párrafo 85.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, Párrafo 144; Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, Párrafo 166; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo

- k) La prisión preventiva no puede superar el plazo razonable, el que debe valorarse de acuerdo con las circunstancias del caso concreto⁴⁷. El preso preventivo debe ser liberado, cuando la prisión preventiva supera el plazo razonable, aun cuando subsistan los motivos que justificaron la prisión preventiva⁴⁸. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad⁴⁹. Una prisión preventiva que supera el plazo razonable, se convierte en una pena anticipada⁵⁰.
- l) La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la

Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 312.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 109.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, Párrafo 84; Corte IDH, Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, Párrafo 98; Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399., Párrafo 66.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, Párrafo 70; Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297., Párrafo 268; Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 361; Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, Párrafo 213; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 109; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397. , Párrafo 84.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 162; Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párrafo 180, Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, Párrafo 111; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, Párrafo 146; Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, Párrafo 144; Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 131; Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371., Párrafo 254; Corte IDH, Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, Párrafo 99.

comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo⁵¹

- m) No se justifica el tiempo que la prisión preventiva exceda el máximo autorizado legalmente, ni aun cuando se compute un día de prisión preventiva, por dos días de pena privativa de libertad, para el caso de que se disponga una condena, ya que se parte de la consideración de la prisión preventiva como una pena anticipada⁵².
- n) Los presos preventivos deben ser tratados conforme a su condición y deben ser separados de los condenados⁵³.
- o) La presunción de inocencia prohíbe las razias y las detenciones programadas y colectivas⁵⁴.
- p) La prisión preventiva debe ser la ultima ratio, de modo que deben priorizarse las alternativas a ella⁵⁵. Con respecto a estas alternativas rige la necesidad de que se den los requisitos materiales de la prisión preventiva, pero que el peligro concreto de fuga o de obstaculización pueda ser combatido a través de una medida menos gravosa. Por ello, se trata de medidas que no pueden tener el carácter de una pena anticipada ni perseguirse por ello los fines que se persiguen a través de una pena. Se requiere además el respeto al principio de

⁵¹ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 357.

⁵² Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 82.

⁵³ Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, Párrafo 145.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, Párrafo 137; Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, Párrafo 96; Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, Párrafo 108; Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 348.

⁵⁵ Un amplio desarrollo de las alternativas a la prisión preventiva se llevó a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Andrade Salmón Vs. Bolivia, resuelto por sentencia de 1 de diciembre de 2016, Par. 141-149. En el caso Norín Catrimán la Corte IDH hizo mención de que las medidas que restringen la libertad “*deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto*”. Además: Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391., Párrafo 107.

proporcionalidad, lo que lleva además a exigir su carácter excepcional. Estas alternativas deben ser levantadas en cuanto su justificación haya perdido sentido, lo que requiere su control periódico.

- q) La prisión preventiva debe respetar el principio de proporcionalidad⁵⁶. Debe ser acorde con las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵⁷.

Es importante considerar que lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la prisión preventiva, es aplicable no solamente al Derecho Procesal Penal de adultos, sino también al Derecho Penal Juvenil, sin perjuicio de que en el mismo se regule con un carácter más restrictivo la posibilidad del dictado de la prisión preventiva, como consecuencia de las características propias de la justicia penal juvenil.

3) LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL, EN CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE LA COMPLEMENTAN

La Convención de Derechos del Niño de 1989, marcó un nuevo paradigma de la justicia juvenil, puesto que partió de que, a la justicia penal juvenil, son aplicables los derechos que se habían reconocido, en general, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero que, con la justificación de que se actuaba con base en el interés superior del niño, se les había negado a las personas menores de edad. Se justificaba la negación de los derechos, porque se decía que era en su beneficio. Con ello,

⁵⁶ Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 122; Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371., Párrafo 254. Además: Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, Párrafo 362; Corte IDH, Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, Párrafo 200; Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395., Párrafo 104; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397., Párrafo 72.

⁵⁷ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 312. Además: Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395., Párrafo 104.

sin embargo, se llegaba, en definitiva, a grandes arbitrariedades⁵⁸. Por ello, se llegó a afirmar que el interés superior del niño o principio educativo, se convirtió en un “Caballo troyano en el Estado de Derecho”⁵⁹, a través del cual se introducía la negación de las garantías penales. En efecto, a partir del interés superior del niño y del principio educativo, no se aplicaban a los menores de edad los derechos humanos ante la justicia penal, a pesar de que la Convención Americana de Derechos Humanos, indicaba que regían para todas las personas. Esa concepción anterior al nuevo paradigma, se le ha denominado en Latinoamérica “doctrina de la situación irregular” y llevaba a una extensión de la privación de libertad y a la negación de las garantías procesales, entre ellas el derecho de abstención de declarar, el derecho de defensa y la presunción de inocencia⁶⁰. Por ello, la presunción de inocencia, no operaba como límite para el dictado de la prisión preventiva⁶¹. Tampoco el principio de proporcionalidad, desempeñaba una función de límite de la intervención penal, de modo que la reacción estatal no dependía del hecho atribuido, sino de la peligrosidad social que presentara el joven, al partirse, en definitiva, de un Derecho Penal de autor y no un Derecho Penal de acto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-17/2002 sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño de 28 de agosto de 2002 (No. 110) y en la sentencia del Caso Mendoza y otros contra Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013 (No. 76 y 195), rechazó la doctrina de la situación irregular, que es la que había justificado la falta de vigencia para las personas menores de edad de las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, se dijo en la Opinión Consultiva:

⁵⁸ Señala Luigi Ferrajoli: “*El tradicional paradigma paternalista del Derecho minoril resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional, siempre consignado a un supuesto poder ‘bueno’ que invariablemente actuaría en el ‘interés superior del menor’.* Es justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en una ausencia absoluta de normas y legitimado los peores abusos y arbitrariedades”. Ferrajoli, 1998, p. XI. Pionero en la denuncia de las arbitrariedades a las que se llegaba en la justicia juvenil, bajo el paradigma de la situación irregular, fue la investigación realizada por Enrique Bacigalupo en los años ochenta del siglo pasado: Bacigalupo, Enrique, 1986, T. II, Bacigalupo, Enrique, 1991. A finales de la década de los ochenta debe ser mencionado el trabajo realizado por Carlos Tiffer y Frieder Dünkel, con énfasis en la legislación costarricense. Cf. Tiffer Sotomayor, Carlos/Dünkel, Frieder, 1989, pp. 206-228.

⁵⁹ Cf. Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores), 1988; Gerkel, Jutta/Schumann, Karl, 1988, pp. 1-9. Sobre ello: Kaiser, 1997, p. 455; Ostendorf, Heribert, 1998, 297-303.

⁶⁰ Cf. Tiffer Sotomayor, Carlos., 1998, pp. 15-16; Tiffer Sotomayor, Carlos, 2000, pp. 161-164; García Méndez, Emilio, 1996, pp. 231-232; Beloff, Mary, 1998, pp. 624-625.

⁶¹ Cf. Llobet Rodríguez, Javier, 1999, pp. 109-112.

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

En la parte resolutive de dicha Opinión Consultiva se indicó:

“12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños”.

Ello es importante, ya que, a pesar de la aprobación de la Convención de Derechos del Niño, ha existido una resistencia a abandonar el paradigma tutelar en diversos países latinoamericanos, por ejemplo, en Argentina⁶². Ello quedó reflejado en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contrarias a dicho país, ordenadas en los casos Bulacio⁶³ y Mendoza⁶⁴. Por otro lado, como lo he señalado en otro

⁶² Cf. García Méndez, Emilio/Vásquez, Sebastián/Otero, Romira, 2019; Tiffer Sotomayor, Carlos, 2009.

⁶³ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

trabajo, no han dejado de existir ciertos resabios del paradigma tutelar, en la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁵.

El nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, llevó a que se reconociera que los menores de edad, que son objeto de una persecución penal, tienen los derechos ante la justicia penal, que son reconocidos para todas las personas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, poseen derechos adicionales, consecuencia de su condición de menores de edad, considerando que se trata de personas en proceso de madurez y de grandes cambios físicos⁶⁶.

El interés superior del niño, que sigue siendo un principio del Derecho de la Niñez y la Adolescencia, cambió de sentido, de modo que solamente puede ser considerado para agregar derechos a los menores de edad, más allá de los derechos que tienen los mayores de edad, ante la justicia penal⁶⁷. Desde esta perspectiva, deben reconocerse derechos procesales, como el derecho de abstención de declarar, el derecho de defensa y la presunción de inocencia. En definitiva, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la justicia penal juvenil debe respetarse el debido proceso⁶⁸.

⁶⁵ Cf. Llobet Rodríguez, Javier, 2017, pp. 66-71.

⁶⁶ Sobre ello se dijo por la Corte IDH en el Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013: “145. Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, por sentencia de 2 de septiembre de 2004 dijo: “147. La Corte llama la atención que en el presente caso un significativo número de las violaciones alegadas tienen como presuntas víctimas a niños, quienes, al igual que los adultos, poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado’ (...).” Sobre la aplicación como mínimo a los menores de edad, de las garantías que se conceden a los adultos: Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño, OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Par. 100. Cf. Llobet Rodríguez, Javier, 2002, pp. 393-416; Llobet Rodríguez, Javier, 2007, pp. 9-22; Parma, Carlos, 2020, pp. 1051-1070.

⁶⁷ Sobre el interés superior del niño: Llobet Rodríguez, Javier, 2017. Crítico con respecto al principio del interés superior del niño: Chan Mora, Gustavo, 2007, pp. 583-600.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, Párrafo 149. En lo atinente a las garantías del debido proceso ante la justicia penal juvenil, como se indicó, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado su vigencia. En realidad, la Corte, especialmente, en la opinión consultiva OC-17/2002 (No. 116-117), realizó una enumeración de los derechos derivados del debido proceso en la justicia penal juvenil, pero hizo muy poco desarrollo de las particularidades de la misma.

Sobre ello, la Convención de Derechos del Niño en su artículo 37, hace mención al carácter excepcional de la privación de libertad de los menores de edad y a la menor duración posible de dicha privación. Dice:

“(…) b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) 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, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales. (...)”⁶⁹.

Las reglas mínimas para la administración de justicia de menores, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en 1985, dicen:

“19. Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios

19.1 El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Debe resaltarse la importancia que se da en la justicia penal juvenil a la necesidad de evitar la privación de libertad de los menores de edad, por el carácter criminógeno que tiene esta privación de libertad, lo que se aplica no solamente a la sanción privativa de libertad, sino también a la prisión preventiva⁷⁰. Todo ello, conduce a la necesidad de buscar alternativas a la privación de libertad. Sobre ello, el comentario oficial a las reglas mínimas de la ONU para la administración de justicia de menores a los efectos negativos que tiene la privación de libertad a los menores de edad: Dice:

⁶⁹ Cf. Durán Chavarría, Douglas, 2000, p. 493; Llobet Rodríguez, Javier, 2004, pp. 457-479; Uriarte, Carlos, 2006. Acerca de la privación de libertad de los menores según los estándares internacionales: Montero Hernanz, Tomás, 2018, p. 284.

⁷⁰ Sobre los efectos negativos de la prisión preventiva, para los menores de edad: Schaffstein, Friedrich/Beulke, Werner, 1998, Par.39, I, p. 248; Heinz, Wolfgang, 1985, p. 5; Albrecht, Peter-Alexis., 1990, pp. 83-84. En Alemania se ha discutido acerca de si debe abolirse la prisión preventiva al menos para los menores de 14 ó 15 años, por los efectos negativos que implica: Dünkel, Frieder, 1994, p. 72.

“Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas: es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos”⁷¹.

Las reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores de edad privados libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, enfatizan el carácter excepcional y de último recurso que debe tener la privación de libertad de los menores de edad, ya sea como sanción, o como prisión preventiva⁷². Indican:

1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.
2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

⁷¹ Cf. Durán Chavarría, Douglas, 2000, p. 493; Llobet Rodríguez, Javier, 2004, pp. 457-479. Acerca de la privación de libertad de los menores según los estándares internacionales: Montero Hernanz, Tomás, 2018, p. 284.

⁷² Sobre este carácter excepcional: Montero Hernanz, Tomás, 2018, p. 277.

Debe resaltarse que también en el Derecho Penal de adultos, se afirma que la privación de libertad debe ser la ultima ratio, sin embargo, en el sistema sancionatorio de adultos, ello no es tomado con mucha seriedad en Latinoamérica, lo que se comprueba con los altos índices de privados de libertad por 100,000 habitantes y con el grado de hacinamiento carcelario en las prisiones. También en el Derecho Penal de adultos se afirma que la prisión preventiva debe tener un carácter excepcional, lo que se refleja en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, se afirma que deben priorizarse las alternativas a la prisión preventiva. En lo atinente a la justicia penal juvenil, sin embargo, las ideas del principio de mínima intervención, en cuanto a la excepcionalidad de la privación de libertad como sanción y como medida cautelar (prisión preventiva), exigen que se llegue mucho, pero mucho más lejos, que como se desarrollan con respecto a la justicia de adultos. Todo ello, conduce a que, en el sistema de sanciones, la justicia penal juvenil desarrolla un sistema de alternativas a la privación de libertad, que adquieren un carácter prioritario sobre la sanción privativa de libertad, de modo que la misma es la excepción, apartándose con ello la justicia penal juvenil drásticamente del sistema de sanciones del Derecho Penal de adultos. Igualmente, en cuanto a la prisión preventiva, en la justicia penal juvenil, se enfatiza el carácter absolutamente excepcional de la prisión preventiva, y la prioridad de las alternativas a ésta, exigiéndose ello con muchísima mayor vehemencia que como se hace en el Derecho de adultos.

Debe destacarse que, entre los aspectos identificadores de la justicia penal juvenil, que lo hacen diferenciarse de la justicia de adultos, es la regulación de la prisión preventiva, a partir del mucho mayor énfasis que se pone en el carácter excepcional de la prisión preventiva, la necesidad de alternativas a la misma y el énfasis en la brevedad de la prisión preventiva, que lleva a que los plazos tolerables de duración de la misma, sean mucho menores que lo que se dan en el Derecho Penal de adultos⁷³.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General por resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985, se refieren a la prisión preventiva, reiterando la vigencia de

⁷³ Sobre la prisión preventiva en la justicia penal juvenil: Llobet Rodríguez, Javier, 2004, pp. 471-496; Llobet Rodríguez, Javier, 2014, pp. 283-333; Amador Badilla, Gary, 2006; Burgos, Álvaro, 2016, pp. 259-274; Heinz, Wolfgang, 1985.

la presunción de inocencia, y mencionando el carácter excepcional de la privación de libertad y la duración por un plazo lo menor posible. Hacen referencia a la separación que deben tener los menores de edad con respecto a los adultos. Igualmente, mencionan la necesidad de garantías de educación, salud, capacitación, etc. Dicen:

13. Prisión preventiva

13.1 Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia --social, educacional, profesional, psicológica, médica y física-- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

Las reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores de edad privados libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, enfatizan el carácter excepcional y de último recurso que debe tener la privación de libertad de los menores de edad, ya sea como sanción, o como prisión preventiva.

Indican:

1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la

autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

En lo relativo a la prisión preventiva, las reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores de edad privados libertad, hacen mención de la protección otorgada por la presunción de inocencia, al carácter excepcional de la prisión preventiva y a la necesidad de búsqueda de alternativas a ésta. Dicen:

III. Menores detenidos o en prisión preventiva

17. Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

Se hace referencia, además, a las condiciones de ejecución de la prisión preventiva, lo mismo que a la garantía del derecho de la asistencia jurídica. Indican:

18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores. Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo:

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones; b) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la

oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación; c) Los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia.

Es importante resaltar que en la justicia penal juvenil rige la presunción de inocencia, la que había sido negada en el paradigma tutelar. Por ello, los instrumentos de derechos humanos sobre la justicia penal juvenil, hacen mención a la presunción de inocencia, como un principio fundamental.

La Convención de Derechos del Niño en su artículo 40 inciso 2, b i)), contempla la presunción de inocencia. Así dice que con respecto a todo niño se garantizará:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General por resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985, enfatizan la vigencia de las garantías básicas de la justicia penal, incluyendo el derecho de defensa y la presunción de inocencia. Indican así:

7. Derechos de los menores

7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

En los instrumentos internacionales de la justicia penal juvenil no se prevén expresamente los fines que pueden ser perseguidos por la prisión preventiva, no indicándose por ello qué causales son admisibles. Sin embargo, en el numeral 18 inciso b) de las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores de edad se deja claro que con base en el principio educativo no puede disponerse ni mantenerse la detención provisional. Así se dice:

“(..). En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación”.

A pesar, de que no se contemplan en los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la justicia penal juvenil, los fines que pueden ser perseguidos por la prisión preventiva y sus alternativas, no puede dejarse de mencionar, la regulación de la presunción de inocencia, la que tiene efectos sobre los fines autorizados, tal y como ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo que solamente son admisibles las causales de peligro concreto de fuga y peligro concreto de obstaculización.

Con respecto a la prisión preventiva tiene gran importancia la Observación 10 del Comité de Derechos del Niño, emitida en 2007. Se enfatiza en la misma el carácter excepcional de la prisión preventiva, la prioridad de las alternativas a la prisión preventiva, la vigencia de la presunción de inocencia y la prohibición de que la prisión preventiva sea utilizada como un castigo. Se dice:

80. El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay niños, niñas y adolescentes que languidecen durante meses o años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del artículo 37 de la Convención. Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces (véase capítulo IV, sec. B supra) para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no “ampliar la red” de niños, niñas y adolescentes condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva. El hecho de utilizar esta medida como castigo atenta contra la presunción de inocencia. La legislación debe establecer claramente las condiciones requeridas para determinar si el niño debe ingresar o permanecer en prisión preventiva, especialmente con el fin de garantizar su comparecencia ante el tribunal, y si el niño constituye un peligro inmediato para sí mismo o para los

demás. La duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico.

Se hizo mención de la necesidad de poner en libertad a los presos en prisión preventiva lo más pronto posible, lo mismo a que debe garantizarse el debido proceso, a partir de un tribunal competente, imparcial y con garantía de la asesoría jurídica y asistencia del joven imputado. Se dijo:

“81. El Comité recomienda que los Estados Partes velen por que se ponga en libertad, lo antes posible, a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en prisión preventiva, a reserva de ciertas condiciones si fuera necesario. Toda decisión relativa a la prisión preventiva, en particular sobre su duración, incumbe a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y el niño deberá contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada”.

El Comité de Derechos del Niño, en la observación No. 10, arriba mencionada, hizo referencia a la necesidad de revisar periódicamente la prisión preventiva, para examinar la legalidad de la privación de libertad y la necesidad de manteniendo de la misma, enfatizándose la importancia de substitución de la prisión preventiva, ello al hacer mención a la libertad provisional. Se dijo:

83. Todo niño, niña o adolescente detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del niño, por ejemplo, mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al niño a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del niño en prisión preventiva. El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los Estado Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez especializado en infancia, u otro órgano competente, tome

una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación.

Posteriormente, el Comité de Derechos del Niño, en la Observación No. 24 de 2019, relativa a los derechos del niño en la justicia penal juvenil, hizo mención del carácter excepcional de la privación de libertad y de que la misma dure el menor tiempo posible.

85. Los principios rectores del uso de la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, la reclusión o el encarcelamiento de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención supone frecuentemente el inicio de la prisión preventiva, y los Estados deberían asegurarse de que la ley imponga claramente a los agentes del orden la obligación de aplicar el artículo 37 en el contexto de la detención. También deberían velar por que los niños no fueran retenidos durante el transporte ni en calabozos de la policía, salvo como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y por que no fueran reclusos junto con adultos, salvo cuando ello redunde en su interés superior. Se debe dar prioridad a los mecanismos para la entrega rápida a los padres o a adultos apropiados.

Expresó preocupación por la larga duración de la prisión preventiva. Señaló que debe reservarse para los delitos más graves. Mencionó la necesidad de restringir la prisión preventiva, a través las medidas no privativas de libertad. Enfatizó también la importancia de medidas extrajudiciales, para reducir la reclusión. Dijo:

86. El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay niños que se consumen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que infringe gravemente el artículo 37 b) de la Convención. La detención preventiva no debe utilizarse excepto en los casos más graves e, incluso entonces, solo después de haber considerado cuidadosamente el acogimiento en la comunidad. Las medidas extrajudiciales en la etapa previa al juicio reducen el uso de la reclusión, pero incluso cuando el niño va a ser juzgado en el sistema de justicia juvenil, la

aplicación de medidas no privativas de la libertad debe orientarse de forma rigurosa a restringir el uso de la prisión preventiva.

Hizo referencia a la necesidad de revisión periódica de la prisión preventiva y a la necesidad de límites legales para su duración. Mencionó, haciéndose referencia al peligro concreto de fuga, que la prisión preventiva tiene por fin asegurar la comparecencia en los procedimientos judiciales. Sin embargo, recomendó la regulación de medidas de protección infantil, cuando el niño represente un peligro inmediato para los demás. Esto último no deja de ser problemático, en la medida en que pueda justificar la privación de libertad, aunque no a título de prisión preventiva, sino de medidas de protección infantil. Dijo:

87. La legislación debe establecer claramente los criterios para el uso de la detención preventiva, que debe aplicarse principalmente para asegurar la comparecencia en los procedimientos judiciales y cuando el niño represente un peligro inmediato para los demás. Si el niño es considerado un peligro (para sí mismo o para otros), se deben aplicar medidas de protección infantil. La prisión preventiva debe ser objeto de revisión periódica y su duración debe estar limitada por la ley. Todos los agentes del sistema de justicia juvenil deben dar prioridad a los casos de niños en prisión preventiva.

Se enfatizó la necesidad de que la privación de libertad dure el menor tiempo posible y la necesidad de prever la libertad anticipada, incluyendo la custodia policial bajo el cuidado de los padres. Además, desaconsejó la caución monetaria, debido a las características de los jóvenes que son sometidos a la justicia penal juvenil. Dijo:

88. En aplicación del principio de que la privación de libertad debe imponerse por el período de tiempo más breve que proceda, los Estados partes deben ofrecer periódicamente oportunidades para permitir la puesta en libertad anticipada, también respecto de la custodia policial, bajo el cuidado de los padres u otros adultos apropiados. Debe existir un criterio para la puesta en libertad con o sin condiciones, tales como presentarse ante una persona o en un lugar autorizado. El pago de una fianza monetaria no debería ser un requisito, ya que la mayoría de los niños no pueden pagar y es una condición que discrimina a las familias pobres y marginadas. Además, cuando se establece la libertad bajo fianza, ello significa

que el tribunal reconoce en principio que el niño debe ser puesto en libertad, y se pueden utilizar otros mecanismos para asegurar la comparecencia.

Se mencionó la necesidad de que el proceso se acelere cuando el joven se encuentra en prisión preventiva. Se dijo:

90. Todo niño detenido y privado de su libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en el plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de dicha privación de libertad o la continuación de esta. El Comité también recomienda a los Estados partes que velen por que la prisión preventiva se revise periódicamente con el objetivo de ponerle fin. En los casos en que no sea posible conceder la libertad condicional al niño en la primera comparecencia o antes de que esta tenga lugar (en el plazo de 24 horas), se deberá presentar una imputación formal de los presuntos delitos y poner al niño a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial para que tramite la causa lo antes posible sin exceder el plazo de 30 días a partir de que se haga efectiva la prisión preventiva. El Comité, consciente de la práctica de aplazar las audiencias muchas veces y/o por largos períodos, insta a los Estados partes a que adopten límites máximos para el número y la duración de los aplazamientos e introduzcan disposiciones jurídicas o administrativas para asegurarse de que el tribunal u otro órgano competente adopte una decisión definitiva sobre los cargos a más tardar seis meses después de la fecha inicial de la reclusión; de lo contrario, el niño deberá ser puesto en libertad

4) LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL, SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha hecho mención, en forma general, de los límites de la prisión preventiva, es aplicable a la justicia penal juvenil. Se afirma, sin embargo, que en materia penal juvenil la prisión preventiva debe tener un carácter mucho más excepcional y durar un plazo mucho menor que como ocurre en el Derecho de adultos. Ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

77. En particular sobre la prisión preventiva, la Corte ha destacado que ésta es la medida más severa que se le puede aplicar a quien se acusa de infringir una ley penal, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En relación específica con la privación de libertad de niños, la Corte ha añadido que la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma prevaleciente debe ser la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva. Finalmente, respecto a toda privación de la libertad de niñas, niños y adolescentes, la Corte ha señalado que el contenido del derecho a la libertad personal “no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad⁷⁴.”

Debe resaltarse que la gran cantidad de privados de libertad en prisión preventiva, es uno de los mayores problemas de los sistemas judiciales latinoamericanos, lo que ocurre también en la justicia penal juvenil⁷⁵. Lo anterior, a pesar de que se afirma el carácter aún más excepcional que debería tener su dictado en dicha justicia. Por ello, como se ha demostrado en diversas investigaciones, hay un gran abismo entre las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por los Estados latinoamericanos, al ratificar la Convención de Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, y lo que sucede en la realidad, en donde destaca el incumplimiento de dichos instrumentos internacionales.

Se aprecia la falta de realización de un control de convencionalidad, aplicando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello se refleja, por ejemplo, en el incumplimiento ‘por la legislación latinoamericana de las causales autorizadas de prisión preventiva y su carácter excepcional. Igualmente, esto se aprecia en la falta de priorización que debe darse a las alternativas a la prisión preventiva.

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 77.

⁷⁵ Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, No. 441-444, pp. 187-189.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denunciado la falta de cumplimiento de la excepcionalidad de la prisión preventiva en la justicia penal juvenil latinoamericana:

“78. La información recibida por la Comisión da cuenta que las detenciones de niños en la región constituyen la regla en vez de la excepción, y que es mucho mayor el número de niños sometidos a detención que el número de niños que son sometidos a un proceso judicial para determinar si infringieron la legislación penal. Ello implica que existe una gran proporción de niños que son detenidos por las autoridades policiales sin que ello implique un procedimiento posterior. Más aún, la detención no es sólo utilizada para casos de delitos flagrantes sino también para enfrentar situaciones como el ausentismo escolar, la fuga del hogar, niños de la calle, entre otros”⁷⁶.

Ha indicado, además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

441. La utilización extendida de la privación de libertad de carácter preventivo, sin que haya condena por un juez, es otro de los graves problemas que ha identificado la CIDH. Como estrategia de lucha contra el crimen organizado, varios países de la región han introducido excepciones a los periodos máximos previstos en la legislación para la prisión preventiva para determinados delitos (como por ejemplo para los delitos de drogas), alargando los periodos permitidos de detención, y para algunos delitos han establecido la obligatoriedad de la prisión preventiva (entre ellos los delitos de asociación ilícita)⁷⁷.

Con respecto a la prisión preventiva en la justicia penal juvenil, la sentencia más relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la dictada en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, de 2 de septiembre de 2004⁷⁸. En la misma, se hizo mención del carácter excepcional de la prisión preventiva y de la vigencia

⁷⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 78. Sobre ello ha señalado UNICEF: “En muchos países, ha sido posible constatar tanto la utilización de la prisión preventiva como de la privación de libertad como sanción por periodos muy largos y la existencia de plazos muy largos para la prescripción de las acciones penales. Los anteriores son algunos aspectos, entre otros, que serán abordados en el presente informe y que dan cuenta de un incumplimiento del principio de excepcionalidad”. UNICEF, 2013, p. 38.

⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, No. 441, p. 187.

⁷⁸ Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la justicia penal juvenil: Llobet Rodríguez, Javier, 2017; Llobet Rodríguez, Javier, 2017a, pp. 33-79.

los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, como límites para su dictado. Se indicó:

228. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Se señaló la prohibición de que la prisión preventiva se convierta en una pena anticipada. Se indicó que no puede mantenerse más allá de la causal que se invocó para justificarla. Sobre ello, aunque no se mencionan las causales admisibles para la prisión preventiva, es aplicable la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que solamente es posible su dictado ante el peligro concreto de fuga o de obstaculización y que no es permitida la prisión preventiva con fines de prevención general o de prevención especial. A la aplicación de ello a la justicia penal juvenil, se ha referido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

283. Para estar justificada, la aplicación de la privación de libertad como medida cautelar debe estar destinada a asegurar determinadas finalidades procesales legítimas. Al respecto, el artículo 7.5 de la Convención Americana prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. Más aún, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas, de tal forma que la mera alegación de este riesgo no satisface este requisito⁷⁹.

Debe reconocerse que, no obstante, el carácter excepcional que debe tener la prisión preventiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha criticado que hay una utilización generalizada de la prisión preventiva en las Américas⁸⁰. UNICEF ha

⁷⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 283.

⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 286-287.

denunciado el carácter regresivo de diversas reformas legales en materia penal juvenil, que han tendido a una mayor aplicación de la prisión preventiva⁸¹.

En la sentencia del caso “Instituto de Reeducción del Menor” *Vs.* Paraguay se indicó por la Interamericana de Derechos Humanos, además, la prohibición de que la prisión preventiva supere el plazo razonable. Se señaló:

229. Al respecto, este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Debe resaltarse la corta duración que debe tener la prisión preventiva en materia penal juvenil. Se dispone, que debe ser muchísimo más corta que en el Derecho de adultos, lo que debe llevar no solamente a la regulación de plazos más cortos de duración de la prisión preventiva, sino, además, que el concepto de plazo razonable de la prisión preventiva en materia penal juvenil, debe ser un plazo mucho más corto que en el Derecho de adultos. A ello se une, la exigencia de que el proceso penal en la justicia penal juvenil dure mucho menos que en el proceso penal de adultos, ello sin afectar el derecho de defensa. Por ello, el concepto de plazo razonable de duración en el proceso penal juvenil y de la prisión preventiva, debe ser interpretado en un sentido mucho más restrictivo que en el Derecho de adultos, de modo que en la justicia penal juvenil se es mucho menos tolerante con la duración del proceso penal y de la prisión preventiva, lo que redundaría que los plazos deben ser mucho más breves que en el Derecho de adultos. Sobre ello, ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

290. La extensión desmedida de la duración de las medidas preventivas de la libertad ha sido condenada enfáticamente por los órganos del sistema interamericano. La Corte se ha referido a la aplicación de la prisión preventiva en casos de personas menores de edad señalando que: [...] la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención

⁸¹ UNICEF, 2013, p. 44. Además: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, Par.12, 87 y 415.

Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales de derecho universalmente reconocidos.

291. La Corte añadió que: [...] cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño [...].

292. La regla 13.1 de las Reglas de Beijing también dispone que respecto de las personas menores de edad sólo se aplicará la prisión preventiva durante el plazo más breve posible.

293. La Comisión mira con preocupación que en varios países de las Américas, la privación de libertad como medida cautelar sea excesiva tanto en cuanto a su utilización como en su duración. Así lo advirtió la CIDH, por ejemplo, en su informe sobre la situación de derechos humanos en Bolivia en el año 2007⁸².

Acerca de la duración excesiva de la prisión preventiva en la práctica de la justicia penal juvenil latinoamericana, por ejemplo, en delitos de drogas, ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

470. Se observa además un abuso en la utilización de la prisión preventiva para los sospechosos de delitos de drogas, pudiéndose prolongar esta situación durante largos periodos de tiempo. La Comisión ha señalado que la Convención y la Declaración Americanas y el derecho internacional de los derechos humanos requieren que los Estados empleen la prisión preventiva como una medida excepcional y solo cuando que sea estrictamente necesaria. Según un estudio que analiza las políticas de drogas en varios países de la región, la detención preventiva es obligatoria en algunos países en casos de delitos de drogas, independientemente de si se trata de delitos menores o delitos graves. En algunos países está permitido detener a personas por largos periodos de tiempo mientras se desarrolla la investigación, hasta que se formalizan los cargos. Además, a las

⁸² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 290-293

personas acusadas o condenadas por delitos de drogas se les niega con frecuencia el acceso a las penas alternativas, de las cuales sí disponen los acusados por otro tipo de delitos⁸³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la importancia del establecimiento de plazos máximos, breves, de la prisión preventiva en la justicia penal juvenil, más allá de los cuales no debería permitirse que se mantenga la misma. Ha dicho:

296. Al mismo tiempo, la Comisión valora que varios Estados hayan establecido plazos máximos de duración de la prisión preventiva. Por ejemplo, en Brasil la prisión preventiva tiene un plazo máximo de 45 días.

297. La Comisión observa que la determinación legal de un plazo máximo es positiva cuando éste es razonablemente breve. Al vencimiento de este plazo, no debería ser posible conceder prórrogas y el niño debería ser puesto en libertad en forma inmediata. Al mismo tiempo, la Comisión considera que la legislación debe contemplar sanciones y consecuencias para los operadores que incumplan estos plazos.

298. La Comisión observa que la privación de la libertad como medida preventiva en estos casos debiera ser la más breve posible⁸⁴.

Ha hecho mención también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la importancia de la revisión periódica de la prisión preventiva, para controlar que se mantengan los presupuestos que hicieron que se dictara. Se ha dicho:

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, Par. 471, pp. 200-201.

⁸⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 296-298. Ha indicado UNICEF: “*La determinación legal de un plazo máximo razonablemente breve de duración de la prisión preventiva parecería ser necesario en atención a las situaciones que se han constatado en la región. La utilización excesiva y el aumento de la duración de la prisión preventiva se relaciona en varios casos con la existencia de reformas regresivas de la normativa aplicable, habiéndose planteado modificaciones del sistema encaminados a aumentar el uso de la prisión preventiva en varios países como Costa Rica, México, Panamá o Uruguay, entre otros. En Panamá, por ejemplo, originalmente la Ley 40 estableció un período máximo de prisión preventiva de dos meses. En el 2003, el período máximo fue ampliado a seis meses y en el 2007, a nueve meses, hasta que en el 2010, se introdujo una nueva reforma mediante la cual en casos de homicidio doloso, el período de prisión preventiva puede ser extendido hasta la finalización del proceso. En Uruguay, en el 2011, fue modificado primero el Código de la Niñez y la Adolescencia a efectos de extender el plazo máximo de duración de las medidas cautelares privativas de libertad de 60 a 90 días*”. UNICEF, 2013, p. 44.

299. La Convención Americana es clara al señalar en su artículo 7.5 la obligación de los Estados de llevar, sin demora, a toda persona detenida ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Si la persona es sometida a una medida de prisión preventiva, los Estados también están obligados a asegurar el carácter temporal de dicha medida, estableciendo un mecanismo de revisión periódica que permita resolver su cese o sustitución, cuando se constate un cambio de circunstancias que incida en los fundamentos por los que fue establecida.

300. El Comité de los Derechos del Niño también ha recomendado a los Estados Partes que adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Según este organismo, cuando no sea posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de las presuntas infracciones a las leyes penales y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva.

301. La Comisión reitera que, cuando se prive de libertad a un niño acusado de infringir leyes penales, el juzgador deberá revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten. En su decisión, la autoridad deberá expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el niño imputado en libertad⁸⁵.

En la sentencia del Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *Vs.* Paraguay, se hizo por la Corte Interamericana, mención también del carácter más excepcional que debe tener la prisión preventiva en la justicia penal juvenil, que el que se le asigna en el Derecho de adultos. Hizo referencia también a la necesidad de la búsqueda de alternativas al dictado de la prisión preventiva. Se dijo:

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 299-301.

230. En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, *inter alia*, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción. Este precepto está regulado en diversos instrumentos y reglas internacionales.

Se hizo mención en el Caso del “Instituto de Reeducción del Menor” *Vs.* Paraguay, de la gran extensión del dictado de la prisión preventiva y a que la misma, en la práctica, no era la excepción. Se dijo:

134.18 Entre 1996 y 2000, mientras estuvo en vigencia el antiguo Código Procesal Penal, que regía para adultos y niños, la aplicación de la prisión preventiva era la regla y no la excepción. El nuevo Código Procesal Penal, el cual entró en vigencia plena en el 2000, prevé el principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva. Sin embargo, la implementación de esta norma no se ha llevado a cabo por completo.

134.19 La gran mayoría de los internos se encontraba procesada sin sentencia.

134.20 Los internos procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados en el Instituto.

134.22 En general, los procesos de los internos se caracterizaron en su tramitación por su lentitud.

134.23 Los internos contaban con asistencia legal; sin embargo, ésta era, en general, deficiente.

Sobre el carácter excepcional que debe tener la sanción privativa de libertad en la justicia penal juvenil, lo mismo que la prisión preventiva, se refirió la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-21-14 de 19 de agosto de 2014, relativa a los derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional. Se hizo mención del carácter excepcional y de la brevedad que debe tener la privación de libertad. En lo relativo a la prisión preventiva se enfatizó el carácter excepcional y la exigencia de una mayor rigurosidad, tratando de evitar su dictado, señalándose que debe primar el dictado de medidas sustitutivas. Se dijo:

149. En efecto, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos cristalizado en la Convención sobre los Derechos del Niño y desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte en el marco del derecho a la libertad personal en casos relativos a jóvenes en conflicto con la ley penal, que la privación de libertad, ya sea en su faceta cautelar o en tanto sanción penal, constituye una medida de último recurso que debe ser aplicada, cuando proceda, por el menor tiempo posible, dado el objeto fundamentalmente pedagógico del proceso penal relativo a personas menores de edad. Es así que la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad. Asimismo, la excepcionalidad de la prisión preventiva opera con mayor rigurosidad, ya que la regla debe ser la libertad y, en caso de que se verifique la necesidad de cautela, debe primar la aplicación de medidas sustitutorias⁸⁶.

⁸⁶ Con respecto al carácter excepcional de la privación de libertad en materia penal juvenil: Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, Párrafo 163. En la sentencia del Caso Mendoza se hizo énfasis en el carácter excepcional de la privación de libertad, que es uno de los principios fundamentales de la justicia penal juvenil. Se dijo: “162. Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1) de última ratio y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que “[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada (...).” La Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver dicho caso declaró que la prisión perpetua contemplada en Argentina, es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (No. 163). Sobre el caso Mendoza Vs. Argentina: Núñez, Jimena, 2015, pp. 237-245.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la importancia que tienen las alternativas a la prisión preventiva en materia penal juvenil:

267. El principio de que los niños sólo deben ser privados de su libertad como último recurso es especialmente importante durante la etapa previa al proceso ante la justicia juvenil, puesto que debe presumirse su inocencia hasta que se haya demostrado lo contrario.

268. Ciertamente, la Convención Americana, en su artículo 7.5, prevé que la libertad de las personas pueda estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Pero en todos los casos, y en especial cuando se trata de personas menores de edad, la privación de libertad como medida preventiva debe ser utilizada únicamente como último recurso.

269. Al respecto, la regla 13.2 de las Reglas de Beijing requiere que la prisión preventiva sólo se aplique como último recurso y durante el plazo más breve posible: Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

270. La Comisión mira positivamente que casi todas las legislaciones del hemisferio hayan previsto medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad en la etapa previa al proceso. Las medidas que los Estados han previsto para precautelar la presencia de los niños imputados a lo largo del proceso son sumamente diversas, lo que permite apreciar las amplias posibilidades que los Estados tienen para evitar la prisión preventiva de los niños que son acusados por infringir las leyes penales⁸⁷

Sin embargo, ha criticado que las alternativas a la prisión preventiva no siempre se llegan a aplicar en las Américas, de modo que con frecuencia las autoridades recurren a la prisión preventiva como primera medida frente a los niños acusados de infringir leyes penales:

273. No obstante, la Comisión advierte que este catálogo de medidas cautelares no privativas de libertad establecidas en las distintas legislaciones no siempre se

⁸⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 267-270.

aplican en la práctica, y con frecuencia las autoridades recurren a la prisión preventiva como primera medida frente a los niños acusados de infringir leyes penales. La CIDH insta a los Estados a garantizar el estricto cumplimiento del principio de excepcionalidad de la privación de libertad desde el inicio del proceso de justicia juvenil así como también a fortalecer sus esfuerzos para poner en funcionamiento medidas cautelares no privativas de la libertad respetuosas del principio de inocencia⁸⁸.

Se resaltó por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeduación del Menor” *Vs.* Paraguay la prohibición de las detenciones arbitrarias, a lo que ha hecho mención la Corte en otras sentencias⁸⁹. Se reiteró, además, el carácter de último recurso de la prisión preventiva y se señaló que debe durar el menor tiempo posible. Se dijo:

231. Además, cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que los Estados Partes velarán porque: Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...].

Debe reconocerse, que en los últimos años se ha dado una tendencia represiva en Latinoamérica, impulsada por el populismo punitivo, que ha llevado a el reclamo del endurecimiento de la legislación penal, tanto de adultos, como en materia penal juvenil⁹⁰.

⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 273. Sobre ello ha señalado UNICEF: “De acuerdo a la información disponible, se advierte que el catálogo de medidas cautelares no privativas de libertad establecidas en las distintas legislaciones no siempre se aplican y con frecuencia las autoridades recurren a la prisión preventiva como primera medida frente a los niños acusados de infringir leyes penales. La utilización excesiva de la prisión preventiva ha sido ampliamente documentada en países como Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay. En el caso de Honduras, se ha constatado en varios centros el abuso de la medida cautelar de privación de libertad ante la falta de una sentencia (68%), frente al porcentaje de jóvenes con condenas sujetos a medidas socioeducativas (32%), a pesar de que la normativa y legislación vigente especifica que el internamiento debería ser el último recurso ante un niño”. UNICEF, 2013, p. 44.

⁸⁹ Cf. Llobet Rodríguez, Javier, 2019, pp. 171-178.

⁹⁰ Crítico con respecto al reclamo al endurecimiento del Derecho Penal Juvenil: Heinz, Wolfgang, 2008, pp. 50-59.

Ello ha provocado una serie de retrocesos que han llevado a un aumento desmedido de las penas, en el Derecho Penal Juvenil, en contra del principio de proporcionalidad. También ha conducido a un aumento de los privados de libertad en prisión preventiva y a facilitar su dictado. El Derecho Penal Juvenil no se ha librado de ello, a pesar del énfasis, que se da en el mismo, de la excepcionalidad de la privación de libertad y la corta duración que debe tener. En efecto, los reclamos de endurecimiento punitivo, apuntan a la prisión preventiva, a partir de una extensión de la misma. Se tiende a otorgarle un carácter punitivo a la misma y se le asigna una prevención de la delincuencia, contrario al principio de presunción de inocencia y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Acerca de ello ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

581. Sin embargo, en materia de seguridad ciudadana, priman las políticas fuertemente centradas en los aspectos de control coercitivo por las fuerzas de seguridad y de represión punitiva a través del sistema penal. Estas políticas buscan mostrar resultados a corto plazo pero no abordan las causas subyacentes ni se enfocan suficientemente en la prevención. En consecuencia, estas políticas no aportan respuestas eficaces y duraderas al problema. Su implementación, además, muy a menudo resulta ser vulneradora de los derechos humanos. El común denominador de estas políticas ha sido: la atribución de mayores competencias a las fuerzas de seguridad del Estado (policía y ejército); el endurecimiento de las penas de privación de libertad; las propuestas de reducción de la edad de responsabilidad penal para los adolescentes; el incremento de la utilización de la prisión preventiva; y la tipificación de nuevos delitos, entre ellos el delito de “asociación ilícita”. Así mismo, se han identificado instancias en las cuales se considera la aplicación de leyes antiterroristas a integrantes de las maras así como el uso de declaratorias de estados excepcionales que permiten restricciones al goce y disfrute de los derechos humanos y otorgan mayores facultades a las fuerzas de seguridad del Estado, como los estados de excepción⁹¹.

Esta tendencia represiva ha operado como una contrarreforma en la materia penal juvenil, que ha llevado a la extensión de la prisión preventiva. Precisamente, uno de los grandes problemas, en cuanto al incumplimiento por los países latinoamericanos de lo

⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, Par. 581, p. 240.

establecido la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos que lo complementan, lo mismo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es en lo relativo a la legislación y aplicación práctica de la normativa sobre la prisión preventiva.

Debe resaltarse que las políticas represivas han llevado a un aumento de los privados de libertad, en el Derecho Penal de adultos y en el Derecho Penal juvenil, tanto en calidad de condenados⁹², como en prisión preventiva, y a graves problemas de hacinamiento carcelario⁹³. Precisamente, uno de los graves problemas que tiene la prisión preventiva en la justicia penal juvenil latinoamericana, es el alto grado de hacinamiento carcelario, con todos los efectos perjudiciales que provoca para la salud, la seguridad y la

⁹² Se ha dicho en un documento del Movimiento Mundial por la Infancia para Latinoamérica y el Caribe “Como en otras áreas relativas a la situación de la niñez en la región, la información disponible sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia penal juvenil es insuficiente para conocer su verdadera magnitud y condiciones y, por ende, es difícil efectuar comparaciones entre países. En un informe realizado en 2017 con datos de 11 países de la región se estimaba el total de niños y niñas en el sistema de justicia penal juvenil en aproximadamente 136.700. De esos países, los que cuentan con más adolescentes cumpliendo una sanción penal respecto a su población (por cada 100.000) son Chile (297), Brasil (149,9), Uruguay (83,6) y Colombia (79). Por otra parte, Uruguay presenta el mayor uso de la privación de libertad con una tasa de 52,5 por cada 100.000 adolescentes, seguido por Perú, Brasil y Chile con tasas superiores en los tres casos a 30 por cada 100.000 adolescentes. Asimismo, en Uruguay, Perú, Ecuador y Bolivia hay más adolescentes privados de libertad que aquellos cumpliendo Por otra parte, Uruguay presenta el mayor uso de la privación de libertad con una tasa de 52,5 por cada 100.000 adolescentes, seguido por Perú, Brasil y Chile con tasas superiores en los tres casos a 30 por cada 100.000 adolescentes. Asimismo, en Uruguay, Perú, Ecuador y Bolivia hay más adolescentes privados de libertad que aquellos cumpliendo medidas no privativas. Más aún, para tres países de la región que disponían de información, Argentina, Uruguay y Perú, se comprobó que la mayor parte de los niños y niñas privados de libertad no lo están, como mandatan las Reglas de Beijing, por delitos violentos contra personas, sino por delitos contra la propiedad. Estos datos desafortunadamente permiten demostrar que la excepcionalidad de la medida de privación de libertad está lejos de respetarse para los adolescentes en conflicto con la ley en América Latina y el Caribe y que los Estados están incumpliendo las obligaciones que emanan de las disposiciones de la CDN en este tema”. Movimiento Mundial por la Infancia para Latinoamérica y el Caribe, 2018, p. 21.

⁹³ Ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “87. La demanda social de soluciones inmediatas y contundentes, así como de privar de libertad al mayor número posible de infractores, ha conducido a una sobrepoblación de las prisiones, pero no así a una disminución sensible de la violencia y la inseguridad. En los países de la región en general se ha producido una tendencia a criminalizar más conductas, a alargar las penas y a una mayor utilización de la prisión preventiva, lo cual ha supuesto en la práctica poblar las prisiones muy por encima de sus capacidades y en condiciones, la mayoría de las veces, extremadamente precarias. Lo anterior también ha supuesto un incremento de personas privadas de libertad por ofensas penales menores y/o no violentas, un ejemplo de ello son las personas presas por micro-tráfico de drogas ilegales”. Ha señalado, además: “417. Otra de las problemáticas que se han puesto de manifiesto es que los sistemas de prisiones en la región se encuentran sobrepoblados y en condiciones de extrema precariedad. Tal y como la CIDH ha señalado, estas condiciones pueden llegar a suponer vulneraciones graves a los derechos humanos. Aun así, el número de presos ha seguido incrementando debido al endurecimiento de la respuesta penal con un destaque en el alargamiento de las penas por los delitos de drogas, a un uso excesivo de la prisión preventiva, y a la tipificación de nuevos tipos penales como el delito de “asociación ilícita” cuya aplicación ha dado lugar a un incremento del número de personas que entran en contacto con el sistema carcelario”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, Par. 87 y 415, p. 49 y 178.

vigencia del principio educativo. Ello implica un grave quebranto al principio de dignidad humana⁹⁴. Lo anterior, se une a que con frecuencia las personas menores de edad privadas de libertad no se encuentran separadas de los adultos, como lo exigen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sobre ello se dijo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” *Vs.* Paraguay:

“134.4. El Instituto era un establecimiento para internar a niños en conflicto con la ley, el cual estaba integrado mayormente por niños que provenían de sectores marginados. Esta población fue creciendo, de manera que se originaron serios problemas de hacinamiento e inseguridad entre los internos. Entre agosto de 1996 y julio de 2001, la población en el Instituto superó la capacidad máxima de éste, alcanzando así un nivel de sobrepoblación de alrededor de 50% (...)”.

“134.5. Los internos en el Instituto estaban reclusos en celdas insalubres con escasas instalaciones higiénicas”.

“134.6. Los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada”.

“134.7. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales”.

“134.8. Los internos contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas”.

“134.14. Los guardias no contaban con una preparación idónea para la protección de niños privados de libertad, ni estaban capacitados para responder de manera satisfactoria a situaciones de emergencia”.

⁹⁴ Acerca del hacinamiento carcelario como quebranto a la dignidad humana: Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros *Vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, Párrafo 65; Corte IDH. Caso Yvon Neptune *Vs.* Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, Párrafo 131; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro *Vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, Párrafo 315; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes *Vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, Párrafo 95.

“134.19. La gran mayoría de los internos se encontraba procesada sin sentencia”.

“134.20. Los internos procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados en el Instituto (...)”.

“134.24. (...) en vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinserción satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimiento diario y, por tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos (...).

Debe resaltarse, la mención que se hace en dicha sentencia de las malas condiciones de la ejecución de la privación de libertad, unido a la referencia de que la mayoría de los internos se encontraban sin sentencia y que no había separación entre condenados y procesados⁹⁵.

El problema del hacinamiento carcelario y las malas condiciones de la privación de libertad se ha constado en general en los diversos países centroamericanos. Así, UNICEF ha criticado la situación que se da en El Salvador⁹⁶, Nicaragua⁹⁷, Honduras⁹⁸ y Panamá⁹⁹. Es importante señalar que uno de los mayores problemas que existen en Centroamérica es que el principio de que la prisión preventiva y la sanción privativa de libertad deben tener un carácter excepcional, no se cumple, dando lugar a una gran cantidad de privados de libertad en materia penal juvenil. La larga duración de la sanción privativa de libertad es uno de los problemas que se presentan en diversos países, por

⁹⁵ Sobre la falta de separación entre condenados y procesados se dijo en esta sentencia: “232. La Corte debe hacer presente que del acervo probatorio del presente caso es imposible dilucidar la manera como se habría violado el artículo 7 de la Convención respecto de cada una de las presuntas víctimas. Para los efectos de tomar una determinación sobre el citado artículo es preciso conocer las particularidades de la aplicación de la prisión preventiva a cada interno para poder analizar si se ha cumplido con cada uno de los extremos señalados por el mismo. Respecto del universo de internos del Instituto sobre quienes tanto la Comisión como las representantes solicitan que se declare violado el artículo 7 de la Convención por haberse aplicado la prisión preventiva de manera desmesurada, la Corte observa que algunos internos ya se encontraban condenados con sentencia firme y otros estaban en prisión preventiva por delitos graves como homicidio y violación. La misma Comisión, cuando analiza el referido artículo 7 en su Informe del artículo 50 de la Convención, indica que del total de internos detenidos en el Instituto, el 93.2% eran posibles sujetos de violación del derecho a la libertad personal, pero no todos. Este Tribunal nota que tampoco las representantes ni el Estado proporcionaron la información necesaria para poder hacer esta determinación. La Corte no puede dejar de expresar su profunda preocupación por la falta de vigilancia o cuidado del Estado respecto de la prisión preventiva de niños que se advierte de los hechos probados en este caso”.

⁹⁶ UNICEF, 2013, pp. 71-72.

⁹⁷ UNICEF, 2013, p. 73.

⁹⁸ UNICEF, 2013, p. 73.

⁹⁹ UNICEF, 2013, pp. 71-72.

ejemplo: en Costa Rica, El Salvador y Panamá. Igualmente, uno de los grandes problemas es la extensión que presenta en Centroamérica la prisión preventiva¹⁰⁰. Todo ello ha llevado a un gran hacinamiento carcelario, lo mismo que a la falta de separación entre presos preventivos y condenados. Ha conducido, además, a condiciones insalubres en el cumplimiento de la privación de libertad y a las dificultades para dotar de espacios de esparcimiento a los jóvenes, lo mismo que para el cumplimiento del deber de dar una educación adecuada a los privados de libertad, que forma parte del derecho a la educación de todas las personas menores de edad. Además, el hacinamiento carcelario ha conducido a una pérdida del control de los centros de privación de libertad por las autoridades penitenciarias, con el fomento de la violencia carcelaria, lo mismo que ha conducido a graves incendios en diversos países centroamericanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denunciado que muchos Estados de América, no tienen establecimientos adecuados para alojar a los menores de edad que están en prisión preventiva, de modo que incluso en ocasiones las condiciones a las que se les somete son más gravosas de las que corresponden a quienes ya han sido sentenciados, todo en contra de la presunción de inocencia¹⁰¹. También UNICEF ha hecho mención de ello y ha señalado que con frecuencia los jóvenes en prisión preventiva son alojados junto a jóvenes condenados e incluso junto a adultos¹⁰².

Sobre la necesidad de que se garantice a los niños privados de libertad los derechos que se prevén, en general, a todos los niños, ello para el pleno desarrollo de sus potencialidades, se dijo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del “Instituto de Reeducción del Menor” *Vs.* Paraguay:

161. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y

¹⁰⁰ Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, No. 441-444, pp. 187-189.

¹⁰¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 303.

¹⁰² UNICEF, 2013, p. 45.

de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida (...)"

Con respecto a los derechos de los jóvenes en prisión preventiva, se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha indicado:

Derechos de las niñas, los niños y adolescentes sometidos a prisión preventiva

302. Toda persona menor de edad que sea sometida a prisión preventiva debe gozar de todos los derechos aplicables a las personas privadas de su libertad, así como también de todas las garantías y protecciones específicas aplicables en virtud de su edad. Al respecto, la regla 13 de las Reglas de Beijing señala que 13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas. 13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos. 13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia -- social, educacional, profesional, psicológica, médica y física -- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

303. A pesar de lo anterior, la CIDH ha recibido información de la cual se desprende que muchos Estados de la región no cuentan con establecimientos específicos destinados a alojar a niños privados de su libertad preventivamente, por lo que es común que estos niños permanezcan en centros junto a niños que ya han sido condenados o, lo que es peor, junto a adultos. Asimismo, la información recibida por la Comisión da cuenta de que en algunos Estados las condiciones de detención a las que se somete a niños que aún no han sido sentenciados son incluso más gravosas que para aquéllos que ya han sido responsabilizados por infringir leyes penales, vulnerando así el principio de inocencia.

304. A manera de ejemplo, la Comisión recibió preocupante información según la cual en Honduras los niños bajo prisión preventiva no son separados de los niños condenados por el sistema de justicia juvenil. También en Venezuela la Defensoría

del Pueblo ha hecho público que en la mayoría de las entidades de niños no rige de manera rigurosa el principio de separación, encontrándose juntos en muchas entidades el grupo de procesados y penados, los niños y los adultos. Sólo en los estados Barinas, Mérida y Anzoátegui, la Defensoría constató la adecuada separación de ley de los niños y adolescentes según su situación de responsabilidad.

305. La Comisión considera oportuno recordar que el derecho de los niños bajo prisión preventiva a ser ubicados en lugares que mantengan contacto con su familia y aseguren la separación respecto de las personas adultas, así como de niños que ya hayan sido condenados está establecido en una serie de instrumentos internacionales sobre la materia, incluyendo el artículo 5 de la Convención Americana, los artículos 10 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte se ha pronunciado de manera específica sobre este derecho, señalando que la falta de separación coadyuva al clima de inseguridad, tensión y violencia en los centros de privación de libertad de las personas menores de edad.

306. La Comisión reitera que los establecimientos en los cuales los niños sean sometidos a prisión preventiva deben asegurar el respeto de sus derechos humanos y aplicar programas respetuosos del principio de inocencia. Además, deben asegurarse todos los derechos que les corresponden en tanto niños privados de libertad, tales como el contacto con su familia, el acceso al derecho a la educación, recreación, salud, prácticas religiosas, entre otros¹⁰³.

Con respecto al encarcelamiento masivo de aquellos jóvenes a los que se les atribuye pertenecer a las maras o pandillas y el problema de hacinamiento carcelario provocado, es importante citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, de 27 de abril de 2012¹⁰⁴. La misma no se refiere propiamente un caso relacionado con niños y adolescentes, pero sí con la detención masiva de jóvenes a los que se les atribuía ser integrantes de las maras o pandillas con base en su apariencia. Hace referencia a las condiciones de privación de libertad a las que fueron sometidos, lo mismo que con

¹⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Par. 302-306.

¹⁰⁴ Cf. Llobet Rodríguez, Javier, 2019, pp. 125-195.

relación a la legislación antimara, aprobada en Honduras. Debido a que esta legislación antimara era aplicada también a las personas menores de edad, se citan en la resolución las críticas del Comité de Derechos del Niño a dicha normativa (No. 98 a), 101). Se criticó, además, el carácter obligatorio de la prisión preventiva en tales supuestos, contemplado en la legislación, con respecto a determinados delitos, en que no se permite la sustitución de la prisión preventiva:

100. La Corte toma nota que a partir del reconocimiento de responsabilidad internacional realizado por el Estado, cesó la controversia respecto de que: a) el artículo 332 del Código Penal no precisó los elementos de la acción que se considerarían punibles, lo que condujo a que los mismos fueran determinados arbitraria y discrecionalmente por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley; b) dicha norma abrió un amplio margen de discrecionalidad que permitió las detenciones arbitrarias, y en algunos casos, masivas de jóvenes sobre la base de sospechas o percepciones acerca de su pertenencia a una “mara”, en razón del uso de tatuajes, del lugar donde vivían u otros factores; c) la inexistencia de mecanismos legales o criterios de verificación de la efectiva existencia de una conducta ilícita implicó que el artículo 332 no cumpliera la exigencia de extremar precauciones para que el poder punitivo del Estado se administrara con respeto de los derechos fundamentales, y d) 22 de los reclusos en la celda No. 19 “estaban detenidos [preventivamente] exclusivamente por el delito de asociación ilícita” (supra párr. 36).

101. Por otra parte, el Tribunal toma nota de las preocupaciones coincidentes externadas por diversos órganos de las Naciones Unidas y por autoridades internas sobre la tipificación y/o aplicación del delito de asociación ilícita regulado por el artículo 332 del Código Penal. Al respecto, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras indicó que siendo que la simple pertenencia a una mara o pandilla constituye un delito, al considerar una persona sospechosa de pertenecer a dichas organizaciones, la policía actúa como si se tratase de una situación de flagrancia, la cual "no está limitada a un hecho específico, sino que se convierte en un estatus". Por su parte, el Comité de

Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por la práctica común de detenciones por sospecha, incluyendo redadas masivas de personas basadas en la mera apariencia y sin orden previa de autoridad competente; el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, a su vez, ha manifestado su preocupación por el hecho que un presunto miembro de una asociación ilícita pueda ser privado de libertad sin orden de detención y que la prisión preventiva sea obligatoria. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por las detenciones preventivas sistemáticas con base en el artículo 332 del Código Penal; el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria afirmó que la aplicación del artículo 332 plantea graves problemas, entre otro, por configurarse la asociación ilícita como un delito continuo, lo cual mantiene a los jóvenes bajo sospecha en situación de flagrante delito permanente, y la Comisión Interamericana manifestó que el artículo 332, al conceder un margen de discrecionalidad tan amplio, posibilitaría la detención arbitraria de un gran número de niños, niñas y adolescentes sobre la base de la mera percepción que se tenga de la pertenencia a la mara¹⁰⁵.

En el asunto resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, en el contexto de las malas condiciones del centro, se produjo un incendio como consecuencia de la sobrecarga de aparatos eléctricos, que dio como resultado la muerte de 107 internos, miembros de las maras. Este tema de los incendios en centros de privación de libertad en Latinoamérica en

¹⁰⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado: “415. Las denominadas políticas de “tolerancia cero” son aplicadas por varios Estados para combatir la delincuencia, el crimen organizado y a las maras. Estas políticas han supuesto la adopción de las denominadas “leyes anti-maras” que introducen modificaciones a los códigos penales, además de intensificarse los operativos policiales, entre otros los conocidos como “planes de mano dura” o de “súper mano dura”. El común denominador de las políticas de tolerancia cero a lo largo de los países de la región ha sido: la atribución de mayores competencias a las fuerzas de seguridad del Estado (policía y ejército); el endurecimiento de las penas de privación de libertad; el incremento de la utilización de la prisión preventiva; la reducción de la edad de responsabilidad penal para adolescentes y un incremento del control policial sobre ellos; y la tipificación de nuevos delitos, entre ellos el delito de “asociación ilícita”. 416. Las políticas eminentemente represivas han puesto en evidencia otras problemáticas como la saturación del sistema de justicia. El procesamiento de los presuntos infractores a las leyes --especialmente a las leyes contra las drogas por microtraficantes--, debido a su número y a las limitaciones en términos de recursos humanos y financieros de los sistemas de justicia de la región, han contribuido a empeorar las capacidades del sistema penal en algunos países. A su vez, estas limitaciones en el sector justicia han dado lugar a que un importante número de personas se encuentren en prisión preventiva por largos periodos de tiempo esperando juicio. Por otro lado, la cooptación y la corrupción judicial y política vinculados con el crimen organizado y el narcotráfico, han dado lugar a que casos de alto perfil queden en la impunidad”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 177.

pésimas condiciones de infraestructura y con gran hacinamiento carcelario, no es infrecuente, a lo que hizo mención la Corte Interamericana al mencionar otros casos anteriores y posteriores que habían ocurrido en el mismo Honduras (No. 24). En particular en la sentencia del caso del Instituto de Reeducción contra Paraguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo referencia al quebranto a la dignidad humana, la integridad personal y la vida por el hacinamiento carcelario y los incendios, que llevaron a la muerte de 9 personas y a que resultaran heridas 42 (No. 134.25-134.38, 301). Puede mencionarse, además, el incendio en el Centro de Menores en el Centro de Custodia de Menores Arco Iris en Tocumen, Panamá, ocurrido en 2011, que provocó heridas a unos 15 adolescentes. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó en su momento preocupación por dicho incidente¹⁰⁶, lo mismo que el Comité de Derechos del Niño en sus observaciones sobre Panamá, del 21 de diciembre de 2011 (No. 75).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Bulacio¹⁰⁷ Vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003, hizo mención de las detenciones arbitrarias, mencionando la prohibición de las denominadas razzias. Dijo:

137. La Corte considera probado que en la época de los hechos se llevaban a cabo en la Argentina prácticas policiales que incluían las denominadas razzias, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de policía. El Memorandum facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos (supra 69.A.1). Las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener – salvo en hipótesis de flagrancia- y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad¹⁰⁸

¹⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La CIDH expresa su preocupación ante las graves lesiones sufridas por varios adolescentes en incendios en el Centro de Custodia de Menores Arco Iris en Tocumen, Panamá, comunicado 22 de julio de 2011, <http://www.oacnudh.org/?p=450>.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

¹⁰⁸ Cf. Núñez, Jimena, 2015, pp. 231-233; Steiner, Christian/Uribe, Patricia (Editores), 2014, p. 192. Sobre el caso Bulacio: Tiscornia, Sofía, 2008. Acerca de la prohibición de las razzias: Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, Párrafo 93; Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, Párrafo 108.

5) LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LAS PARTICULARIDADES DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Uno de los temas que ha tenido un mayor desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido la limitación al dictado de la prisión preventiva que imponen la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad.

Con respecto a la prisión preventiva en la justicia penal juvenil tiene aplicación la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la prisión preventiva. No se aprecia, por ello, diferencia en cuanto a las exigencias de la Corte Interamericana de que la prisión preventiva no puede ser una pena anticipada, que no se trata de una medida cautelar y no punitiva, que solamente son admisibles las causales de peligro concreto y peligro concreto de obstaculización, y que no es admisible la persecución de la prevención general y la prevención especial. Todos esos aspectos son derivación de la presunción de inocencia. Importante es que el gran desarrollo sobre los límites de la prisión preventiva, se ha llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos fundamentalmente con respecto a casos en que aparecen adultos como víctimas, mientras que, en los casos que tienen relación con niños y adolescentes, se ha enfatizado el carácter aún más excepcional que debe tener la prisión preventiva, que, en el Derecho de adultos, lo mismo que la duración muchísimo más breve que debe tener la prisión preventiva en la justicia penal juvenil.

Fundamental, con respecto a la justicia penal juvenil, es que el principio educativo no puede llevar a una extensión de la prisión preventiva, más allá de lo permitido a los adultos. Por ello, no es admisible la posición de Paeffgen, quien rechaza el peligro de reiteración delictiva, como causal de prisión preventiva en el Derecho Penal de adultos, pero la llega a admitir en el Derecho Penal juvenil¹⁰⁹. Sobre ello, en Alemania se ha criticado la existencia de causales apócrifas, de modo que el juez fundamenta la prisión preventiva en la existencia de un peligro concreto de fuga o de obstaculización, cuando

¹⁰⁹ Paeffgen, 1986, p. 144, nota al pie 599. En contra de la posición de Paeffgen; Llobet Rodríguez, Javier, 1999, pp. 214-215. Sobre las razones por las que debe ser rechazada la causal de peligro de reiteración delictiva tanto en el Derecho Penal de adultos como en el Derecho Penal Juvenil, ello por violentar la presunción de inocencia: Llobet Rodríguez, Javier, 2016, pp. 206-227; Llobet Rodríguez, Javier, 1995, pp. 138-150; Llobet Rodríguez, Javier, 1992, pp. 517-527. Críticos con respecto a la justificación de la prisión preventiva con base en el principio educativo: Heinz, Wolfgang, 1985, p. 5; Dünkel, Frieder, 1990, pp. 363, 365 y 374; Dünkel, Frieder, 1994, p. 81.

en realidad no existe tal peligro, sino más bien dispone la prisión preventiva por razones educativas¹¹⁰, de modo que la ejecución de dicha detención influya positivamente en él. Se ha denunciado, además, que con frecuencia la prisión preventiva se dispone para que funcione para la preparación de la suspensión condicional de la pena, ello a través de un corto y chocante aprisionamiento, de modo que opere como una especie de advertencia al joven, que lo haga reflexionar en cuanto a su comportamiento¹¹¹. Con todo ello, se reviven argumentaciones propias de la doctrina de la situación irregular, dando lugar a que el principio educativo funcione como un “caballo troyano en el Estado de Derecho”¹¹². Esta extensión de la prisión preventiva, se reflejó en el Diagnóstico del Sistema Penal Juvenil en Costa Rica, de 2012, que dijo que el peligro de reiteración delictiva, aunque no está autorizado legalmente, funciona, en ocasiones, como una causal apócrifa, de modo que está detrás con frecuencia en el dictado de la prisión preventiva, aunque no se justifica expresamente la misma, en dicho peligro¹¹³.

Por otro lado, debe destacarse que aunque en la justicia penal juvenil rigen las consideraciones de que la prisión preventiva, solamente es posible dictarla cuando existe peligro concreto de fuga o peligro concreto de obstaculización y el mismo no se puede neutralizar adecuadamente a través de una medida menos gravosa, la forma en que debe entenderse el peligro concreto de fuga y el peligro concreto de obstaculización, debe tener en cuenta las características de las personas menores de edad, que son sometidas a la justicia penal juvenil.

En lo atinente al peligro concreto de fuga se le da mucha importancia en el Derecho de adultos a la ausencia de domicilio. Sin embargo, no puede desconocerse, en relación con la justicia penal juvenil, que una parte importante de los jóvenes que se ven enfrentados a la justicia penal juvenil deambulan por las calles, no viviendo con sus familias, o bien las visitan muy ocasionalmente. Las particularidades de la justicia penal juvenil, hacen que no pueda afirmarse hay peligro de fuga que por el simple hecho de que el joven deambule por las calles, ello cuando en el caso concreto hay formas de localizarlo, por ejemplo, se sabe el sector de la ciudad en que deambula, o bien visita con

¹¹⁰ En forma crítica a esta práctica: Dünkel, Frieder, 1994, p. 81; Dünkel, Frieder, 1990, pp. 373-374; Gerken, Jutta/Schumann, Karl, 1988, p. 2; Schaefer, Sigrid, 1992, pp. 119-124.

¹¹¹ Para una crítica a ello, véanse los textos citados en la nota anterior.

¹¹² La crítica a que el principio educativo ha llegado a funcionar como un “caballo troyano en el Estado de Derecho” proviene del libro editado por Jutta Gerken y Karl Schumann, citado en la nota trasanterior.

¹¹³ UNICEF, 2013a, p. 49.

frecuencia a su familia¹¹⁴. Igualmente, con frecuencia los jóvenes tienen dificultades para portar documentos que los identifiquen, ya que, usualmente, se suministra documentación de identidad a los mayores de edad. Lo fundamental, en definitiva, es el que joven, aunque esté indocumentado, haya sido identificado y pueda ser localizado¹¹⁵. Debe agregarse que, con la superación de la doctrina de la situación irregular, la prisión preventiva no puede decretarse por la mera circunstancia de que el joven se encuentre en situación de abandono¹¹⁶.

Por otro lado, mientras en el Derecho de adultos la causal de peligro concreto de obstaculización adquiere importancia con respecto a la delincuencia no convencional, por ejemplo, la delincuencia económica¹¹⁷, dicha delincuencia no tiene relevancia dentro del Derecho Penal Juvenil. Más importancia, tienen en este Derecho, los supuestos de delincuencia violenta, en la medida en que exista peligro concreto de obstaculización, basado en que haya elementos para sospechar que el joven pueda amenazar o bien actuar contra la integridad física de la víctima o testigos. Esos son precisamente los supuestos en

¹¹⁴ Sobre ello es importante el voto 37-07 del 23 de febrero de 2007, ordenado por el antiguo Tribunal Penal Juvenil. Un voto importante que dictó el antiguo Tribunal Penal Juvenil al respecto el No. 122-98 del 14-10-1998, puesto que se llegó a negar el peligro de fuga aun cuando el joven carecía de un domicilio y vivía en la calle, ello con base en la indicación del Ministerio Público. La posibilidad de que con respecto a los jóvenes que deambulan por la calle no se ordene la detención provisional, fue reiterada por los votos 12-00 del 22-2-2000 y 183-00 del 1-12-2000, dispuestos por el Tribunal Penal Juvenil. En el voto 94-01 del 14-6-2001 el Tribunal Penal Juvenil llegó a sostener: “*El auto de marras afirma la existencia de un riesgo de fuga por la ausencia de domicilio del menor u oficio conocido. Evidentemente esa interpretación a secas lo que hace es criminalizarlo por carecer de domicilio u ocupación*”. El Tribunal Penal Juvenil por voto 135-01 del 8 de agosto del 2001 dijo: “*Como acertadamente lo expone la Señora Representante del Ministerio Público en la vista oral, este joven ha ofrecido un lugar de domicilio no desacreditado. Por otra parte se constata de folio 7 del legajo de investigación que no mintió en su identificación, sino por el contrario dio su nombre verdadero. Si bien es cierto las demás calidades suyas las desconocía, o al menos recordó al identificarse, esta circunstancia es comprensible en su situación particular de procedencia de un hogar desintegrado. Así las cosas, es errónea la fundamentación del auto de referencia cuando intenta sustentar ese riesgo de fuga en la circunstancia de que el acusado no brindó un lugar de residencia concreto, habida cuenta que no podríamos sancionarle procesalmente por su condición de indigente. De tal suerte que, si el menor cuenta con domicilio conocido, no desacreditado, no existe, razonablemente riesgo de que se evada*”.

¹¹⁵ Voto 27-98 del 13 de marzo de 1998, dictado por el antiguo Tribunal Penal Juvenil.

¹¹⁶ Sobre ello debe citarse el voto 69-01 del antiguo Tribunal Penal Juvenil del 11-5-2001.

¹¹⁷ Cf. Llobet Rodríguez, Javier, 2016, pp. 201-202.

que, en la práctica, usualmente, se ha decretado la prisión preventiva por peligro concreto de obstaculización, con base en la ley de justicia penal juvenil costarricense¹¹⁸.

Una elevada pena de privación de libertad, contemplada para el delito atribuido al menor de edad, debería llevar mucho menos que en el Derecho de adultos, a que se ordene la prisión preventiva, no solamente por el carácter aún más excepcional de ésta, sino también, porque aunque se contemple la sanción privativa de libertad como sanción, las posibilidades de que no se llegue a aplicar son mucho mayores en el Derecho Penal juvenil, o bien las posibilidades de que sea sustituida durante la ejecución por una sanción no privativa de libertad. De todas maneras, no debe olvidarse que una sanción elevada de prisión, como contemplada para el delito, no debería, ni aún en el Derecho de adultos, llevar, por sí sola, al dictado de la prisión preventiva, sino debe analizarse en conjunto con las diversas circunstancias del caso concreto.

En lo atinente a la aplicación del principio de proporcionalidad, a partir de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, debería apreciarse una gran diferencia en lo referente a la prisión preventiva en el Derecho de adultos y el Derecho Penal Juvenil¹¹⁹. La prisión preventiva en la justicia penal juvenil, según lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe tener un carácter excepcionalísimo, y debe tener una duración muy breve, aspectos que se derivan del principio de proporcionalidad. Ello, lleva, en general, a que se tiendan a establecer plazos muy breves de duración de la prisión preventiva de las personas sometidas a la justicia penal juvenil, mucho más breves que con respecto al Derecho de adultos, y que las

¹¹⁸ Sobre el peligro de obstaculización delictiva: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, voto 2011-1740 del 16-12-2011. Allí se dijo: “*como bien lo indica la juzgadora (...) no es necesario que las víctimas manifestaran, expresamente, que se les ha amenazado o que están en peligro, para que se presente tal circunstancia. Por el contrario, resulta que en este caso hubo una manifestación expresa de violencia en contra de algunos de los ofendidos y testigos, cuando la policía logró establecer que el joven acusado le hizo un ataque similar; disparando un arma de fuego en contra de (...). Asimismo, como también lo indica la resolución que se impugna, en este caso se está conociendo de delitos en contra de la integridad física de varias personas, lo que permite suponer que la libertad del aquí acusado realmente puede ser un factor que ponga en peligro a las víctimas o testigos quienes, a su vez, pueden tener temor de colaborar con la Administración de Justicia obstaculizando de esta manera, la prueba testimonial con la que cuenta la investigación del caso*”. En diversos votos del antiguo Tribunal Penal Juvenil se afirmó que el que se atribuya al joven imputado haber realizado un delito utilizando armas, no implica que deba afirmarse el peligro de obstaculización como causal de prisión preventiva. Véase: Tribunal Penal Juvenil, voto 110-69 del 20-7-2006.

¹¹⁹ Sobre el principio de proporcionalidad y la prisión preventiva: Llobet Rodríguez, Javier, 2020, pp. 61-117. Acerca del principio de proporcionalidad en materia penal juvenil: Llobet Rodríguez, Javier, 1999, pp. 246-249.

posibilidades de disponer una medida sustitutiva de la prisión preventiva, deben ser mucho más amplias en la justicia penal juvenil.

Un principio derivado del de proporcionalidad, es que no es posible ordenar la prisión preventiva, cuando no pueda esperarse que en el caso de condena se disponga la pena privativa de libertad¹²⁰. Ello tiene mucha importancia en cuanto al dictado de la prisión preventiva. Lo anterior, ya que, en el Derecho Penal juvenil, aunque se tiende a seguir el listado de delitos de la Parte Especial del Derecho Penal de adultos, con algunas consideraciones restrictivas, no ampliativas, se aparta de las penas previstas en la Parte Especial del Derecho Penal de adultos, estableciéndose como prioritarias las penas alternativas a la privación de libertad, de modo que la pena privativa de libertad tiene un carácter excepcionalísimo. Por otro lado, cuando se prevén penas privativas de libertad, las mismas son de mucho menor duración que en el Derecho Penal de adultos. A todo ello se une la extensión que tiene en el Derecho Penal Juvenil la diversión sin intervención, a través de la aplicación de criterios de oportunidad y la diversión con intervención, que lleva a soluciones reparadoras y con ello a la aplicación de ideas de justicia restaurativa¹²¹. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, no podría aplicarse la prisión preventiva, cuando no podría esperarse la aplicación de una sanción privativa de libertad, sino una sanción alternativa. Tampoco podría disponerse la prisión preventiva, si es de esperarse que se aplique un criterio de oportunidad, o bien una solución alternativa dentro del proceso penal, por ejemplo, un procedimiento restaurativo. Todo ello, es un aspecto en el que el principio de proporcionalidad, tiene una gran incidencia, en la justicia penal juvenil, restringiendo la posibilidad del dictado de la prisión preventiva.

Los problemas de hacinamiento carcelario existentes en Latinoamérica, en materia penal juvenil, deben, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, llevar a grandes

¹²⁰ Cf. Burgos, Álvaro, 2016, pp. 263-264; Amador Garita, Gary, 2006, p. 246; Llobet Rodríguez, Javier, 1999, pp. 246-248. En Alemania se ha criticado que una cantidad importante de jóvenes que sufrieron prisión preventiva, luego no fueron condenados a una pena privativa de libertad, o bien se ordenó la suspensión condicional de la misma, lo que revelaría problemas con el principio de proporcionalidad. Cf. Dünkel, Frieder, 1990, p. 375, Dünkel, Frieder, 1985, p. 337; Schaffstein, Friedrich/Beulke, Werner, 1998, Par. 39, No. 1. Así se dice que en 1991 en Alemania los jóvenes que después de sufrir detención provisional fueron condenados a una pena privativa de libertad o a una pena juvenil sin suspensión, ascendieron al 36.2%, los que se les suspendió la pena privativa de libertad sumaron un 34%, mientras que los que recibieron sanciones ambulatorias fueron un 29.8%. Cf. Schaffstein, Friedrich/Beulke, Werner, 1998, Par. 39, No. 1.

¹²¹ Cf. Tiffer Sotomayor, Carlos, 2014, pp. 98-187; Llobet Rodríguez, Javier, 2014a, pp. 31-95.

esfuerzos por la búsqueda de la excarcelación, no solamente a partir de alternativas a la prisión preventiva, sino también a la sanción privativa de libertad. Debe considerarse que los problemas de hacinamiento carcelario, con todos los efectos negativos que provoca, llevan al carácter insoportable, de la privación de libertad.

En la ejecución de la prisión preventiva y las condiciones de su cumplimiento, debe reconocerse que el principio educativo no deja de tener relevancia, no en el sentido de asignarle un carácter rehabilitador o resocializador a la ejecución de la prisión preventiva, sino por la exigencia de la garantía del derecho a la educación, capacitación, seguridad personal, salud y esparcimiento, que tienen todas las personas menores de edad, privadas o no privadas de libertad.

A pesar de lo anterior, no puede desconocerse que el carácter excepcionalísimo de la prisión preventiva está muy lejos de tener aplicación en la realidad latinoamericana, en la que la prisión preventiva en la justicia penal juvenil con frecuencia constituye la regla, la duración de la misma es excesiva y las condiciones de ejecución de la prisión preventiva son degradantes, contrarias a la dignidad humana, a lo que contribuye el grave hacinamiento carcelario.

6) CONCLUSIONES

Los límites a la prisión preventiva, derivados de los principios de presunción de inocencia y por el principio de proporcionalidad, trazados, en general, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son aplicables al Derecho Penal Juvenil. Sin embargo, en lo atinente a la materia penal juvenil el principio de proporcionalidad, lleva a que se deba llegar mucho más lejos con el carácter excepcional de la prisión preventiva y la corta duración que debe tener. La prisión preventiva debe ser excepcionalísima, mucho, pero mucho, más excepcional que en el Derecho de adultos. La prisión preventiva debe ser breve, mucho, pero mucho más breve que en el Derecho de adultos. A pesar de ello, como lo reveló la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, y ha quedado reflejado en diversos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el abismo entre las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la práctica sobre la prisión preventiva en Latinoamérica en la justicia penal juvenil, es muy grande, llegándose a niveles elevados de encarcelamiento y al

hacinamiento carcelario, lo mismo que a la falta de separación entre procesados y condenados. Ello ha quedado reflejado también en el caso Pacheco Teruel Vs. Honduras, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se reflejan claramente las políticas de endurecimiento punitivo, que han ocurrido en Latinoamérica, no solamente en el Derecho Penal de adultos, sino también en el Derecho Penal Juvenil.

7) BIBLIOGRAFÍA

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

Amador Badilla, Gary. La detención provisional en la ley de justicia penal juvenil. San José, Asociación de Estudios de la Niñez y la Adolescencia/Editorial Jurídica Continental, 2006.

Arguedas Ruano, Javier, *Ciencias Penales: La recepción del concepto “delincuencia juvenil” a la luz de la Convención sobre Derechos del Niño*. En: Repertorio Americano, No, 21 2011, pp. 311-325

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

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

Beloff, Mary. La aplicación directa de la Convención de Derechos del Niño en el ámbito interno. En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, PNUD/Editores del Puerto, 1998, pp. 623-63.

Burgos, Álvaro. Manual de Derecho Penal Juvenil. San José, Editorial Jurídica Continental, 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. UNICEF/Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otros, 2011.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia, niñez y crimen organizado. Organización de Estados Americanos, 2015.
- Chan Mora, Gustavo. El principio de “Interés Superior” ¿Concepto Vacío o “Cajón de Sastre” del Derecho Penal Juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil. En: Llobet Rodríguez, Javier (Compilador). Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 583-600.
- Dünkel, Frieder. Zur Situation und Entwicklung von Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug in der Bundesrepublik Deutschland. En: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe, 1985, pp. 334-345.
- Dünkel, Frieder. Freiheitenzug für junge Rechtsbrecher. Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1990.
- Dünkel, Frieder. Deutschland. En: Dünkel, Frieder/Vagg, Jon (Editores). Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1994.
- Durán Chavarría, Douglas. *Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad*. En: González Oviedo, Mauricio/Tiffer Sotomayor, Carlos. De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. San José, UNICEF, 2000, pp. 485-507.
- Ferrajoli, Luigi. Prefacio. En: García Méndez/Beloff, Mary (Editores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.
- García Méndez, Emilio Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos (Editor: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional). San José, 1996.
- García Méndez, Emilio/Vásquez, Sebastián/Otero, Romira. Historia y futuro de la cuestión penal juvenil. Buenos Aires, Didot, 2019

- Gerken, Jutta/Schumann, Karl. Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. En: Gerken, Jutta/Schumann, Karl (Editores). Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler, Centaurus Verlagsgesellschaft, 1988.
- Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores). Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler, Centaurus Verlagsgesellschaft, 1988.
- González Álvarez, Daniel. Justicia constitucional y debido proceso. En: La Jurisdicción Constitucional (Editor: Comité Organizador del Seminario de Derecho Constitucional. 23-25 de setiembre de 1992). San José, 1993, pp. 349-397.
- González Álvarez, Daniel. La reforma del proceso penal en Costa Rica. En: Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (Editor: Centro de Estudios y Capacitación Judicial para Centroamérica y Panamá y otros). San José, 1994, pp. 10-25.
- González Álvarez, Daniel. La Aplicación del nuevo Código Procesal Penal en Costa Rica. En: Revista de Ciencias Penales, No. 9, 1997, pp. 105-116.
- González Álvarez, Daniel (Coordinador). Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (Editor: D. González Álvarez), San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 1997a.
- González Álvarez, Daniel El procedimiento preparatorio. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (Editor: D. González Álvarez), San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 1997b, pp. 547-614.
- González Álvarez, Daniel. El procedimiento intermedio. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (Editor: D. González Álvarez). San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 1997c, pp. 615-647.
- González Álvarez, Daniel. Proceso Penal y seguridad ciudadana. En: Sistemas Penales y Derechos Humanos (Editora: C. Sánchez). San José, CONAMAJ y otros, 1997d, pp. 45-61.

- González Álvarez, Daniel. Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 13, 1997e.
- González Álvarez, Daniel. En: Sesión de Corte Plena No. 38-2-2004 del 13 de diciembre de 2004, 2004 (artículo XIII).
- González Álvarez, Daniel. Los recursos en los sistemas orales mexicanos. En: González Álvarez, Daniel (compilador). El recurso de casación contra la sentencia penal en Costa Rica. San José, Asociación de Ciencias Penales/Editorial Jurídica Continental, 2013, pp. 343-444.
- González Álvarez, Daniel. El derecho a la doble instancia en el recurso del Ministerio Público contra la sentencia penal. En: Chan Mora, Gustavo/Rodríguez Campos, Alexander/Parma, Carlos Alberto. Homenaje al Profesor Dr. Javier Llobet Rodríguez. Ciencias Penales y Derechos Humanos. San José, Editorial Jurídica Continental, 2020, pp. 847-894.
- González Álvarez, D./Mora Mora, L. P./Houed Vega, M.: Perspectivas de reformas al Código de Procedimientos Penales. En: Revista Judicial (Costa Rica), No. 47, 1989, pp. 47-53.
- Heinz, Wolfgang. Junge Menschen in Untersuchungshaft. Kriminologische und kriminalpolitische Überlegungen zu einem der “trübsten Kapitel der deutschen Jugendstrafrecht”. Druck der überarbeitete und erweiterte Fassung der Vortrages von 10. Mai 1985, 1985.
- Heinz, Wolfgang. Heinz. “Bei der Gewaltkriminalität junge Menschen helfen nur harte Strafen!”, 2008, pp. 50-59.
- Kaiser, Günther: Strafen oder Erziehen? En: ZRP (Alemania), No. 11, 1997, pp. 451-458.
- Llobet Rodríguez, Javier. El art. 471 inciso 2) del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana). En Revista Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 58, 1992b, pp. 517-527

- Llobet Rodríguez, Javier. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo de Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995.
- Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva (En el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de Justicia Penal Juvenil). San José, Investigaciones Jurídicas, 1999.
- Llobet Rodríguez, Javier. La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Uruguay), 2002, pp. 393-416.
- Llobet Rodríguez, Javier. La fijación de la sanción penal juvenil en Venezuela. En: Cornieles, Cristóbal/Morais, María (Coordinadores). Cuarto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas (Venezuela), Universidad Andrés Bello, 2004, pp. 457-479.
- Llobet Rodríguez, Javier. *La detención provisional (En la jurisprudencia de la justicia penal juvenil costarricense)*. En: Pedraz Penalva, Ernesto/Zaffaroni, Eugenio Raúl/Cuarezma Terán, Sergio (Directores). Documentos Penales y Criminológicos. Managua (Nicaragua), Hispamer, 2004a, pp. 471-496.
- Llobet Rodríguez, Javier. Aportes del Derecho Penal Juvenil al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. En: Revista de la Asociación de Estudios de la Niñez y la Adolescencia (Costa Rica), No. 1, 2007, pp. 9-22.
- Llobet Rodríguez Javier. Prisión preventiva, populismo punitivo y derechos humanos en el sistema interamericano En: Llobet Rodríguez/Durán, Douglas. (coordinadores). Política criminal en el Estado Social de Derecho. San José, Editorial Jurídica Continental/Universidad Estatal a Distancia, 2010, pp. 183-219.
- Llobet Rodríguez, Javier. La detención provisional en la justicia penal juvenil. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD/Editorial Jurídica Continental, 2014, pp. 283-333.
- Llobet Rodríguez, Javier. Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil. En: En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho

Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD/Editorial Jurídica Continental, 2014a, pp. 31-95.

Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva. Límites constitucionales. Lima, Grijley, 2016.

Llobet Rodríguez, Javier. El interés superior del niño en la jurisprudencia penal juvenil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Revista Electrónica de Estudios Penales y de Seguridad (España); No. 1, 2017, <https://www.ejc-reeps.com/Javier%20Llobet%20El%20interes%20superior%20del%20Nino.pdf>.

Llobet Rodríguez, Javier. La justicia penal juvenil según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con especial referencia a Centroamérica). Revista de Ciencias Jurídicas, No. 142, 2017a, pp. 33-79.

Llobet Rodríguez, Javier. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2018

Llobet Rodríguez, Javier. Las maras centroamericanas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ruiz Rodríguez, Luis Ramón/González Aguado, Gloria (Compiladores). Transiciones de la Política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica. San José, Editorial Jurídica Continental, 2019, pp. 125-195.

Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal de Perú de 2004, a la luz de la doctrina latinoamericana y alemana. En: Olivas, Marco Antonio (Coordinador) La Constitucionalización de la prisión preventiva. Lima, 2020, pp. 61-117.

Massa, Michele/Schipani, Sandro. Un “Codice Tipo” di Procedura Penale per L’ America Latina. Roma, Cedam, 1994.

Mora Mora, Luis Paulino, González Álvarez. Daniel. En: Massa, Michele/Schipani, Sandro. Un “Codice Tipo” di Procedura Penale per L’ America Latina. Roma, Cedam, 1994, pp. 71-90.

- Mora Mora, Luis Paulino/González Álvarez, Daniel. Algunas estrategias para superar el problema de la prisión preventiva. En: Conferencia internacional sobre la prisión preventiva. San José, Corte Suprema de Justicia/USAID/National Center for States Courts, 1995, pp. 75-89.
- Montero Hernanz, Tomás. Privación de libertad de menores y los estándares internacionales. Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- Movimiento Mundial por la Infancia para Latinoamérica y el Caribe. Análisis regional sobre el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe, 2018.
- Navas Aparicio, Alfonso. Remarcar el fundamento y aplicación de la prisión preventiva, a partir del límite del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista de Ciencias Penales, No. 27, 2010, pp. 93-108.
- Núñez, Jimena. Jurisprudencia penal de la CIDH. En: García Méndez, Emilio/Núñez, Jimena/Rodríguez, Laura. Los derechos de la infancia entre el tutelarismo y la política. Buenos Aires, Didot, 2015, pp. 229-248.
- Ostendorf, Heribert: Das deutsche Jugendstrafrecht zwischen Erziehung und Represion. En: StV (Alemania), 1998, 297-303.
- Paeffgen. Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haftrechts. Colonia y otros, 1986.
- Parma, Carlos. Derecho Penal de menores. En: Chan Mora, Gustavo/Rodríguez Campos, Alexander/Parma, Carlos Alberto. Homenaje al Profesor Dr. Javier Llobet Rodríguez. Ciencias Penales y Derechos Humanos. San José, Editorial Jurídica Continental, 2020, pp. 1051-1070
- Schaefer, Sigrid. Die Untersuchungshaft als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Pfaffenweiler. Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1992.
- Schaffstein, Friedrich /Beulke, Werner. Jugendstrafrecht. Stuttgart/Berlin/Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1998.
- Steiner, Christian/Uribe, Patricia (Editores). Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Salvador, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

- Tiffer Sotomayor, Carlos. Justicia penal juvenil costarricense: un modelo armado para aplicar. En: Seminario Taller ley de justicia penal juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria (Editor: UNICEF y otros), 1998, pp. 14-27.
- Tiffer Sotomayor, Carlos. Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica. Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg, 2000.
- Tiffer Sotomayor, Carlos. Argentina en su laberinto. A propósito de la privación de libertad a menores de edad. En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, No. 1, 2009.
- Tiffer Sotomayor, Carlos. Desjudicialización penal juvenil como un camino hacia la justicia restaurativa. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD/Editorial Jurídica Continental, 2014, pp. 98-188.
- Tiffer Sotomayor, Carlos/Dünkel, Frieder. Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica. En: ZStW (Alemania), 1989, pp. 206-228.
- Tiscornia, Sofía. Activismo de los derechos humanos y las burocracias estatales. El caso Walter Bulacio. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- UNICEF. Justicia Penal Juvenil. Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Panamá, UNICEF, 2013.
- UNICEF. Diagnóstico del sistema penal juvenil Costa Rica 2012. Resumen.- Agosto 2013. San José, UNICEF/Corte Suprema de Justicia, 2013a.
- Uriarte, Carlos. Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos. Montevideo, ILANUD/Fundación de Cultura Universitaria y otros, 2006.