Presupuestos para la restricción de la libertad de niñas, niños y adolescentes

Autor: Felicetti, Nahuel Alberto

Editorial: Lejister ~ Cita online: IJ-MMCXXXVIII-86

**Presupuestos para la restricción de la libertad de niñas, niños y adolescentes**

Nahuel Albero Felicetti[1]

I. Introducción [arriba]

Establecer los presupuestos de procedencia de la denominada internación, como medida de privación de la libertad ambulatoria de niñas, niños y adolescentes durante la sustanciación de un proceso penal y hasta el dictado de una sentencia condenatoria firme, no resulta una tarea sencilla. Especialmente cuando dicha empresa se limita al marco de la justicia nacional.

La restricción del derecho a la libertad ambulatoria durante el proceso penal puede darse respecto de toda persona imputada de la presunta comisión de un hecho delictivo, sea mayor o menor de edad. Pero esa medida coercitiva según uno u otro caso, será disímil en cuanto a su naturaleza, la ley aplicable, los motivos en que debe fundarse, su forma de cumplimiento y, en parte, los fines perseguidos con su imposición.

Respecto a las personas adultas, definir con claridad frente a qué supuestos resulta procedente la privación de la libertad durante la tramitación de un proceso ha sido, sin dudas, un tema materia de múltiples controversias, aunque hoy existen ciertos puntos de acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A modo introductorio, esos puntos consisten, por un lado, en la insuficiencia aislada de la calificación provisoria de los hechos y la pena en abstracto para ellos prevista, como parámetro para imponer la prisión preventiva; y por otro, a la necesidad de concurrencia de los denominados peligros procesales -el riesgo de que el imputado procure sustraerse del accionar jurisdiccional, o entorpezca la investigación-.

De esa forma se estableció en el Plenario n° 13 "Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley" de la Cámara Nacional de Casación Penal, el 30 de octubre de 2008, aunque como antecedente jurisprudencial, sin la fuerza vinculante de un fallo plenario, debe mencionarse el fallo de la Sala I de la Cámara del Crimen, "Barbará, Rodrigo Ruy", del 10 de noviembre de 2003. Hoy, la situación parece más clara teniendo en consideración la entrada en vigencia de los arts. 210, 221 y 222, pertenecientes al Libro Quinto sobre medidas de coerción y cautelares, del Código Procesal Penal Federal (cuya entrada en vigencia, en su totalidad, a la fecha se encuentra suspendida).

El marco de situación expuesto, de concurrencia respecto a las personas mayores de dieciocho años de edad, supone la aceptación de la naturaleza cautelar de la privación de libertad. La razón estriba, en principio, en que sólo es admisible la restricción a ese derecho fundamental como pena, a consecuencia de una sentencia condenatoria firme, conclusión de un proceso conforme a la ley (debido proceso). Es por ello que la restricción de la libertad durante el proceso debe obedecer a razones diferentes, a riesgo de transformarse en una pena anticipada y violar así el principio de inocencia (Maier, 2004, pág. 514). Esas distintas razones, son las cautelares y se vinculan con los fines del proceso penal, se tratan de la realización del juicio, y el cumplimiento de la eventual pena que pudiera imponerse (Pastor, 2006, pág. 134; igual en Binder, 2009, pág. 196).

En función de lo expuesto, sigue el interrogante acerca de qué sucede respecto del grupo de niñas, niños y adolescentes, y específicamente, cuándo resultaría procedente la restricción de ese derecho fundamental; que, por limitaciones de extensión, en este artículo se limitará a aquellos jóvenes capaces de culpabilidad.

II. Viabilidad de restringir la libertad a los niños. Necesidad del establecimiento de pautas claras y precisas [arriba]

Teniendo en consideración los sujetos a los cuales se dirige la medida privativa de la libertad, los niños punibles imputados en procesos penales, se impone la necesidad de establecer en forma clara las reglas conforme a las cuales puede el Juez disponer la privación a la libertad ambulatoria. En este sentido, en el marco normativo vigente, concurren múltiples fuentes normativas con distinto grado de obligatoriedad, que, salvo excepciones, no contienen parámetros claros de procedencia de la internación.

En el sentido apuntado, debe hacerse referencia, en primer lugar, a que tanto la Constitución Nacional como los Tratados de Derechos Humanos, consagran el derecho a la libertad personal, y sólo admiten su restricción cuando así se encontrare previsto en la ley. La Convención sobre los Derechos del Niño regula el asunto en un sentido similar, aunque más específico, al establecer ciertos principios aplicables a dicha restricción de derechos, siendo dable destacar que no sólo no efectúa una disquisición clara entre prisión preventiva y pena, sino que nada dice respecto a los presupuestos de procedencia de la primera.

Quien sí se ha expedido en torno a la cuestión ha sido el Comité de los Derechos del Niño, a cuyo cargo se encuentra examinar los progresos en el cumplimiento de las obligaciones contraídas de cada Estado signatario de la Convención (art. 43 CDN), a la vez publica su interpretación del contenido de las disposiciones de dicho instrumento, sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas.

En lo que aquí interesa el Comité de los Derechos del Niño dictó en su oportunidad la Observación General nro. 10 que, el 18 de septiembre de 2019, reemplazó por la nro. 24. En el apartado 87 de la última mencionada se llamó la atención sobre la necesidad de que los Estados parte, mediante su legislación interna, establezcan en forma clara, los criterios para el uso de la prisión preventiva, y añadió que ella debe aplicarse "...principalmente para asegurar la comparecencia en los procedimientos judiciales y cuando el niño represente un peligro inmediato para los demás".

Si bien la Observación General constituye una recomendación dirigida a los Estados, y por ende carece de la fuerza vinculante de las normas contenidas en la propia Convención, vale destacar que hace referencia expresa al peligro procesal de riesgo de fuga, a la vez que el vocablo "principalmente", dejaría latente la posibilidad de disponer de otros presupuestos, de modo tal que pareciera necesario cierto esfuerzo interpretativo para compatibilizar la recomendación al derecho interno.

En lo referente al ordenamiento nacional y en lo que hace específicamente al Código Procesal Penal de la Nación, el art. 315 veda la posibilidad de imponer la prisión preventiva a quienes no hubieren cumplido los dieciocho años de edad, quedando exceptuados en consecuencia, los institutos de la excarcelación y exención de prisión; a la vez, dicho artículo remite a la legislación específica. Sin perjuicio de ello, el art. 411 establece que la detención del menor sólo procederá frente a la presunción de que concurren en el caso los riesgos procesales de fuga y entorpecimiento de la investigación, que la norma refiere como aquellos supuestos en que el menor "...no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones", previendo el cumplimiento de la medida en una establecimiento (o sección) especial y separado de los mayores, con la necesaria intervención del asesor de menores en las decisiones atinentes a ello.

Ahora bien, vedada la posibilidad de imponer al joven la prisión preventiva por el art. 315 del código de forma, que remite a la legislación específica, cabe interrogarse acerca de cuál sería el instrumento o instituto para disponer una medida restrictiva de la libertad. Para ello es necesaria la remisión al Régimen Penal de la Minoridad (Ley N° 22.278), que establece la posibilidad de disponer tutelarmente del menor, en cuyo contexto se pueden disponer de las más variadas medidas respecto de la persona del niño, entre ellas, su internación. Cabe aclarar aquí que la Ley N° 22.278 tampoco se expide respecto de los presupuestos de procedencia de esa medida.

III. La disposición tutelar: libertad en la elección de medidas por el Juez [arriba]

1. Introducción

El régimen especial de la minoridad (Ley N° 22.278) consta tan sólo de 13 artículos. En el primero de ellos, establece que los niños, niñas y adolescentes que no hubieren cumplido los dieciséis años de edad no serán punibles respecto de delito alguno, como así tampoco lo serán hasta cumplir los dieciocho respecto de aquellos delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no excediera los dos (2) años, con multa o con inhabilitación. En el artículo 2do, por su parte, se indica que será punible el menor que habiendo cumplido los dieciséis años, no hubiere cumplido los 18 años de edad, lógicamente respecto de los delitos no exceptuados en el primer artículo. Conforme nuestro sistema entonces, los niños que no hubieran alcanzado la edad de 16 años, no son capaces de culpabilidad, puesto que así se presume iure et de iure.

Respecto de ambos grupos de personas, se habilita en cada uno de los artículos la disposición tutelar, en la medida en que se le asigna al juez de menores una jurisdicción adicional a la estrictamente punitiva, la tutelar, que importará una distinción fundamental con el procedimiento previsto para las personas mayores de edad, y puntualmente en lo que aquí interesa, respecto de las medidas que impliquen una restricción de derechos.

2. Medidas tutelares. Concepto. Naturaleza y finalidad

La Ley N° 22.278 establece la disposición provisional por parte del juez del menor durante la tramitación del proceso penal, lo que posibilitará la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 4to de la misma ley, en la medida en que las resultas del tratamiento tutelar serán tenidas en cuenta al momento de decidir si resulta necesaria o no la imposición de una pena, y en este último caso, su quantum.

La ley no establece en forma taxativa las medidas de orden tutelar que el juez de menores puede disponer (Cilleruelo, 2018, pág. 624). Tampoco existe una limitación en ese sentido en otras normas aplicables a la materia. La ley nacional citada, conforme lo dispuesto en el art. 3ro, sólo dispone que el menor quedará a cargo del juez, que deberá procurar su adecuada formación mediante su protección integral. Esta disposición supone un deber en cabeza del juez de garantizar, en forma efectiva, todos los derechos de los cuales el joven es titular, y, por ende, las medidas impuestas deberán seguir esa línea directriz.

En el orden convencional se hace referencia a medidas aplicables a los jóvenes, pero a título ejemplificativo, y sí se establece en forma expresa la finalidad que deberán perseguir. En ese sentido en la Convención sobre los Derechos del Niño se señala que "se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción" (art. 40.4 C.D.N.). Asimismo, surge de dicho ordenamiento el carácter preventivo especial, para su reinserción en la sociedad (art. 40.1 de la C.D.N.).

A partir del momento en que el Juez decide disponer provisionalmente del menor, se da inicio al tratamiento tutelar, que supone la adopción de una serie de medidas en la vida del joven, no taxativamente dispuestas, que pueden vincularse con diversos aspectos. Como medidas en concreto puede ejemplificarse con la escolarización, el acceso a capacitación profesional, otorgamiento de becas y ayudas a fin de garantizar la concurrencia a un establecimiento educativo o sometimiento a un tratamiento contra las adicciones (Beloff, Freedman y Terragni, 2012, pág. 427), entre otras.

Ahora bien, no debe entenderse que la elección de las medidas a adoptar sea una cuestión discrecional del Juez, sino que para ello será determinante la realización de diferentes informes que incidirán justamente en el dictado de medidas de distinta intensidad, y con objetivos particulares en concreto. Así, el juez contará con el auxilio de equipos interdisciplinarios que tomarán contacto directo con el niño, como así también con su grupo o referentes familiares, para abordar su situación y eventual problemática, y dispondrá en consecuencia las medidas que estime pertinentes, siempre en función del fin de carácter preventivo especial. La racionalidad estará dada, antes que nada, en la satisfacción de necesidades y derechos de los cuales careciere el niño, niña o adolescente.

Recapitulando, el juez posee jurisdicción tutelar desde el momento mismo en que se inicia el proceso penal, momento a partir del cual posee un amplio abanico de medidas a imponer, y que poseen como línea directriz la idea de la prevención especial positiva. Las medidas se dispondrán de acuerdo a un conocimiento exhaustivo del caso individual, siempre con el objeto de una adecuada formación mediante la protección integral. Es en el marco de ese innumerable catálogo de medidas, que se encuentra la privación de la libertad, a la cual se echará mano, sólo en casos muy particulares, cuando esa situación particular lo amerite.

Cabe destacar por último el importante papel que habrá de jugar la disposición tutelar al momento de dictar sentencia. Y es que, conforme lo dispuesto en el art. 4 de la Ley N°22.278 la imposición de pena quedará supeditada a distintos requisitos: 1. La declaración de responsabilidad penal (y civil si correspondiese); 2. Que hubiera cumplido dieciocho años de edad; y 3. El sometimiento a tratamiento tutelar por un plazo no inferior a un año (que podría ser prorrogado). El mismo artículo establece que, si de acuerdo a las circunstancias del hecho, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez "...hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa".

La interpretación correcta de la norma, adecuada a los lineamientos convencionales, permite sostener que el Juez deberá comprobar primero si es pertinente o no la imposición de pena, debiendo absolver cuando ella no fuere necesaria, para luego reducirla en los términos de la tentativa, y sólo cuando no fuera procedente -en el caso por ejemplo de un hecho sumamente gravoso con una intervención protagonista del imputado, un tratamiento tutelar insatisfactorio, etc.- aplicarla sin esa disminución pero siempre teniendo en consideración que el hecho fue cometido por un imputado que aún no había cumplido los 18 años de edad, circunstancia que ineludiblemente debería incidir en el estrato de la culpabilidad. En ese sentido se pronunció el Dr. Carlos S. Fayt de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que "...conforme se desprende de la regulación especial corresponde considerar, como una primera cuestión, si cabe -en relación con los hechos por los cuales el joven infractor había sido previamente declarado responsable- el beneficio de la absolución previsto en el art. 4 de la Ley N° 22.278 o la necesidad de pena. Como una segunda cuestión, y en su caso, si se aplica el marco legal que por regla corresponde a la tentativa, o bien el del delito consumado, para luego recién determinar la pena" (CSJN, Fallos 328:4343, Considerando 17).

3. La disposición tutelar como injerencia en la vida del niño

Es importante destacar que la disposición tutelar implica, necesariamente, una injerencia en la vida de la niña, niño o adolescente, en razón de que consiste en la adopción de medidas intrusivas en la vida del joven, joven que, en la medida en que no medie una sentencia condenatoria, es inocente pese a encontrarse imputado en un proceso penal (Cilleruelo, 2018, pág. 624).

Es evidente que a la disposición tutelar le es inherente cierto paternalismo, que caracteriza toda conducta cuando ésta se lleva adelante con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas, y a la vez se promueva sin la aceptación de la persona o personas afectadas (Atienza, citado en Beloff, 2019, pág. 47, cita 9). Para que ese paternalismo se encuentre justificado, conforme Garzón Valdez (citado en Beloff, 2019, págs. 47-48, nota 10), es necesario partir de dos premisas, la primera constituye un dato empírico, el déficit provocado por una incompetencia básica; y el segundo, de tipo ético normativo, consiste en que el déficit provocado por la incompetencia básica deba ser superado en aras de la autonomía y la igualdad.

En concreto, las medidas que se adoptaren en el marco de la disposición tutelar se hallarán legitimadas siempre que promuevan a la autonomía personal de la niña, niño o adolescente, fomentando así la libre elección de su plan de vida, respecto del cual sólo es dable exigir que sea respetuoso de los derechos de los restantes miembros de la sociedad (Nino, 2021, págs. 304 y 307). Dicha injerencia en la vida del niño, entonces, no sólo se hallará legitimada y fundamentada en la finalidad que se persiga, sino también en la realidad fenomenológica del niño, que, tal como se verá más adelante, es distinta a la de un adulto.

El paternalismo se encuentra justificado, o es legítimo, sólo cuando se dirige al auxilio de los individuos para que "elijan libremente planes de vida o a que materialicen su plan de vida libremente elegido" (Nino, 2021, p. 307 y 165/166). Ello no sólo es pertinente, sino antes bien obligatorio para el Estado cuando el sujeto es el niño, que, por su calidad de tal, exige que se le garanticen debidamente los derechos de protección.

IV. Privación de la libertad durante el proceso: la internación [arriba]

1. Introducción

Respecto de las personas que hubieran cumplido los 18 años de edad, la única medida de restricción de la libertad desde el formal inicio del proceso penal hasta el momento de la sentencia la constituye la prisión preventiva, que no resulta trasladable sin más a los niños, niñas y adolescentes, conforme lo dispuesto en el art. 315 del C.P.P.N. Vedada expresamente la prisión preventiva a los jóvenes imputados en un proceso penal, la restricción del derecho a la libertad sólo puede canalizarse como una medida que dispone el juez en el marco de la disposición tutelar.

Cabe puntualizar que esa disposición e internación no son lo mismo: el menor dispuesto puede ser privado de su libertad en caso de entenderse que corresponde su internación, mientras que no puede internarse a quien no se ha dispuesto tutelarmente (Terragni, 2015, pág. 112). Se trata de una relación de género-especie.

En tanto medida procedente en el marco de la disposición tutelar, es evidente que la privación de la libertad pone en manos del Juez que la dispone la necesidad de prestar -en un sentido positivo- todos los derechos que legítimamente detenta el niño -y más aún aquellos que el Juez advierta como vulnerados-, para la consecución de los fines propios de la disposición tutelar; pero esa idea directriz no debe subvertirse al punto de considerar suficiente la necesidad de prestación positiva de derechos al joven para disponer la restricción a la libertad, a riesgo de volver a un indeseado paternalismo no justificado o tutelarismo clásico -imperante desde inicios y durante gran parte del siglo XX en nuestro país, y cuya máxima expresión las constituyó, sin dudas, la Ley N° 10.903 (Ley Agote)-, conforme al cual se sacrificaban derechos de primera generación, como la libertad, en favor de los derechos económicos, sociales y culturales (Beloff, 2019, págs. 47-50). Más aún cuando dicha satisfacción de derechos es posible mediante otras vías alternativas, incluso fuera del sistema penal.

Por eso debe entrar aquí a jugar un papel decisivo el esquema de procedencia del encierro preventivo respecto de personas mayores de edad; tal como se verá enseguida.

2. Punto de partida: distinción fenomenológica entre el niño y el adulto

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra en su art. 37 el derecho a la libertad personal, y establece a su vez distintos principios rectores frente a la restricción legal de la misma. La Ley N° 26.061 en su art. 19 también consagra el derecho a la libertad en sus múltiples sentidos (a tener propias ideas, culto religioso, creencias; libertad de opinión/expresión en los ámbitos de su vida cotidiana, como usuario de servicios públicos, entre otros), y específicamente tutela el derecho a la libertad ambulatoria, que sólo puede ser restringido conforme el ordenamiento jurídico vigente.

La norma (Ley N° 26.061), a su vez, delimita el concepto de privación de la libertad personal, como la ubicación de la niña, niño o adolescente, en un lugar del que no pudiese salir por propia voluntad, y que sólo podría realizarse de acuerdo a la normativa vigente (anteúltimo y último párrafo del artículo citado). En forma análoga se desprende de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, en su artículo 11, inciso "b".

La normativa vigente, tanto desde el ámbito internacional como nacional, reconoce al niño el derecho a la libertad, y admite, excepcionalmente, su restricción. Sentado entonces que es posible la restricción de la libertad, queda entonces, previo a responder acerca de los motivos conforme a los cuales cabría disponer dicha medida sobre los niños, hacer referencia al punto de partida metodológico para abordar tal respuesta.

Se propone como método, la previa observación y reconocimiento de la realidad, y posterior valoración respetando los datos ontológicos obtenidos. Ese es el proceder metodológico que, en el campo de la ciencia del derecho penal, Luis Gracia Martín -en el contexto dogmático del finalismo- calificó como método sintético real-normativo u óntico-axiológico, basándose en aportes previos de Hans Welzel (Gracia Martín, 2006).

Debe partirse de los datos ontológicos y fenomenológicos. Y es desde esa perspectiva desde la cual se advierte que las niñas, niños y adolescentes constituyen un grupo diferenciable a aquél constituido por los adultos (Beloff, Kierszenbaum y Terragni, 2018, pág. 1). Ahora bien, ¿qué características diferenciales presenta un niño? Se trata de una persona en formación y con capacidad diferenciadas. En tanto persona en formación, se reconoce en el niño o joven una madurez distinta al adulto por no haber concluido en su caso la evolución fisiológica, y por ello su inmadurez es inherente a su edad.

Estas cuestiones, y particularmente la distinción fenomenológica del niño respecto al adulto, fue destacada en su oportunidad el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nro. 10, del año 2007, al señalar que niños y adultos se diferencian "...tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tiene conflictos con la justicia" y más recientemente en el punto 2) de la introducción a la Observación General nro. 24, especificar que "Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado".

La CSJN (CSJN, Fallos 328:4343) también había resaltado esta cuestión al indicar que "los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)".

El derecho entonces, en tanto expresión de la valoración, debe reconocer esa realidad preexistente del joven que pretende regular. Entonces, en tanto capaz de culpabilidad, el niño debe revestir necesariamente el carácter de sujeto en el proceso, y gozar en ese sentido de todos los derechos y garantías procesales, para ejercer un rol activo en el proceso que se le sigue. Al mismo tiempo, también debe tenerse en consideración su condición de persona en formación y brindársele todos los derechos de los que se hubiere encontrado privado (y de los que requiriese para materializar su plan de vida), como así también debe considerarse su capacidad de culpabilidad disminuida y mayor accesibilidad a la educación, lo que habrá de incidir en la mensuración de la pena y en un papel protagónico de las medidas socioeducativas.

Así, el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, como así también la necesidad de garantizar el efectivo ejercicio de aquellos, quedó evidenciado a partir de la sanción de la Ley N° 26.061 de protección integral, como también de la propia Convención sobre los Derechos del Niño, en sus arts. 4 y 19. En definitiva, cabe adoptar una corriente mixta, que incluya los derechos de protección, a modo de tutela, para garantizar al niño una vida digna de ser vivida -especialmente cuando se adviertan carencias de derechos y particulares situaciones de vulnerabilidad-, y derechos de defensa producto del ingreso del joven o la joven a un proceso penal en calidad de imputado (considerado como sujeto de derecho).

Derivado de esa situación habremos de observar que es posible la privación de la libertad del niño, niña y adolescente, dónde motivos cautelares y tutelares jugarán un papel determinante, y en definitiva podrán legitimar la medida adoptada.

3. Hacia una propuesta mixta: presupuestos cautelares y fines tutelares

Se ha señalado que es la consecución de los fines propios del derecho procesal penal (la realización del juicio y la aplicación y cumplimiento de la pena), el motivo que fundamenta la restricción de derechos fundamentales durante el transcurso del proceso. Y este esquema procedente respecto a las personas mayores de dieciocho años, también debe aplicarse a aquellos jóvenes que hubieren alcanzado los dieciséis años de edad y aun no hubieren cumplido los dieciocho, en la medida en que resultan punibles (capaces de culpabilidad) de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2 de la Ley N° 22.278.

La capacidad de culpabilidad, esto es, el reproche por un injusto (acción, típica y antijurídica), habilita al Estado, por intermedio de sus órganos competentes, a llevar adelante el proceso penal tendiente a la verificación de los hechos delictivos atribuidos, y la responsabilidad que al joven le pudiere caber, y en última instancia, a pronunciarse respecto a tales circunstancias mediante una sentencia, que puede importar la imposición de pena [2]. Por ello, si bien el derecho penal juvenil posee caracteres propios, no por ello abandona el objetivo procesal de aplicar la ley de fondo (aunque esta tenga sus propias finalidades, en parte distintas y en parte semejantes al derecho penal de adultos), finalidad que podría verse obstruida si el joven se sustrajese del accionar jurisdiccional o entorpeciese el curso de la investigación, lo cual debiera ser neutralizado mediante la restricción a la libertad (siempre y cuando ninguna otra medida de menor intensidad, resultare idónea).

Ahora bien, esa medida, en el ámbito del derecho penal juvenil debe darse, como se ha explicado, dentro de la disposición tutelar, donde recibirá el nombre de internación, y donde ninguna medida que allí se dispusiese puede perseguir una finalidad distinta a la reinserción del niño en la sociedad. Es por ello que se propone la adopción por parte del Juez de Menores de las medidas dirigidas a la consecución de esa finalidad, y sólo en aquellos casos en que se verifique que el niño, de permanecer en libertad, procurará eludir el accionar jurisdiccional y/o entorpecer el curso de la investigación, podrá el juez disponer su internación [3].

Ahora bien, la privación de la libertad, esto es, la internación del joven por parte del Juez de Menores, y que obedece principalmente a fines cautelares, debe no sólo ejecutarse en respeto a los derechos fundamentales, ya que el Estado se halla en posición de garante respecto de las personas privadas de su libertad; sino además debe constituir la oportunidad para garantizar al joven todos sus derechos. Así, a sólo título ejemplificativo, en caso de verificarse riesgo en su salud por el consumo de estupefacientes deberá poderle ser brindado un tratamiento contra dicha problemática durante su encierro. Asimismo, de constatarse que no se hubiera encontrado escolarizado, o habiendo abandonado sus estudios, se puede propiciar su ingreso o reingreso al sistema educativo, o disponerse el aprendizaje de un oficio, que le permita adquirir herramientas para desarrollar luego una actividad laboral. Incluso si careciera de documentación personal (por ejemplo, su Documento Nacional de Identidad), deberán disponerse las medidas conducentes a satisfacer tales carencias.

Estas situaciones que se han ejemplificado, no hacen otra cosa que reflejar distintas carencias o vulneraciones de derechos, sea a salud, a la identidad, como en los ejemplos, o tantas otras. Si el modelo de protección integral acogido por nuestra legislación supone una participación activa de los distintos órganos del Estado para lograr esa efectivización de derechos, el juez a cargo de la intervención tutelar tendrá la obligación de garantizar su goce.

Lo expuesto deja en evidencia como son los fines cautelares los que sirven como presupuesto de la privación de la libertad, y legitiman la medida, que por otra parte debe ser "utilizada" para garantizar al menor la totalidad de sus derechos, y, en definitiva, dotarlo de las herramientas necesarias para su vida (una vida digna) una vez fuera del sistema penal.

Ahora bien, en el sentido apuntado debe tenerse cierto cuidado en el fundamento de la decisión sobre la privación de la libertad, de la misma manera que se requieren argumentos de índole cautelar, simultáneamente se deberán garantizar al joven todos sus derechos; pero no por ausencia de esos derechos podrá imponerse la restricción de su libertad, para garantizarlos, sino que ante ese extremo deberá buscarse primeramente una solución que no implique tal restricción, nuevamente en razón del carácter excepcional y de ultima ratio de la privación de la libertad, principio existente respecto de los mayores, y aún con mayor intensidad -y reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño-, respecto de los jóvenes. Se añade como requisito que, por el delito atribuido al niño, hubiese correspondido efectivamente pena privativa de la libertad (Beloff, Deymonnaz, Freedman, Herrera y Terragni, 2012, pág. 245).

Recapitulando entonces consideramos que la orden de internación en el supuesto de menores imputados, debe obedecer a una conjunción de fines cautelares y tutelares, debiendo ejecutarse en respeto a los derechos fundamentales y mediante la prestación también positiva de derechos. Esto genera como consecuencia que, en el contexto de la disposición tutelar, sólo en la medida en que concurra cierto mérito sustantivo, y alguno (o ambos) peligros procesales, podrá imponerse la medida de restricción de la libertad, que necesariamente deberá perseguir a su vez fines tutelares (mediante prestación positiva de derechos).

Ahora bien, este esquema de procedencia deja latente un interrogante ¿qué sucede frente a la ausencia de motivos cautelares? ¿es viable la restricción de la libertad? Se considera que existe un único supuesto en que es posible limitar la libertad personal de un niño, que concurre en aquellos casos, extremos, dónde no es posible garantizar, hallándose el joven en libertad, los fines tutelares (brindar aquellos derechos que promuevan a la autonomía personal de la niña, niño o adolescentes, fomentando así la libre elección de su plan de vida). Por el contrario, son casos excepcionalísimos dónde la restricción de la libertad se advierte como el único medio para lograr la finalidad prevista por la Convención (promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad, art. 40.1 CDN). La norma que habilita la medida no puede ser otra que la referencia al interés superior del niño (art. 3 CDN).

La regla de satisfacción de los derechos de protección es -y así debe ser- las medidas que no impliquen restricción de la libertad, de allí que estos últimos casos constituyan, como se dijera, la excepción de la excepción (o excepcionalísimos).

4. La regulación de la internación. Principios rectores

En torno a los principios rectores de la internación, veremos que estos operan de un modo sensiblemente diferente al modo en que lo hacen respecto a la prisión preventiva.

El primero y más importante lo constituye la excepcionalidad. La Convención sobre los Derechos del Niño no distingue entre pena y prisión preventiva, refiriéndose a la privación de la libertad genéricamente, la cual se utilizará como medida de último recurso y durante el lapso más breve posible (37.b). En el mismo art. 37 se estable el trato de la persona privada de la libertad con humanidad y atendiendo a su dignidad, con especial atención y en consideración a su edad (37.c), separado de adultos y viendo garantizado el contacto con su familia (mismo 37.c), y por último la garantía de la defensa en juicio, pero con especial énfasis a su estado de privación de la libertad, debiendo contar con la posibilidad de impugnar la legalidad de la medida, como así también ser destinatario de una pronta respuesta (37.d). Respecto a la pena en concreto, se excluyen la pena capital y la prisión perpetua. (37.a).

En virtud de la naturaleza de la privación de la libertad, el carácter de mínima intervención y ultima ratio de la privación de la libertad en el supuesto de los menores de edad, en su sentido de último recurso al que se debe acudir [4], genera varias consecuencias, inicialmente el deber de examinar exhaustivamente si corresponde o no su aplicación. En el mismo sentido señala Terragni (2015) que "...la prisión, encarcelamiento o detención de un niño deberá llevarse a cabo de conformidad con la ley, como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible. La regla es la libertad..." (p. 153). Sobre esta cuestión se pronunció la Corte IDH caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", al señalar que la prisión preventiva constituía la medida de mayor severidad aplicable a un imputado, de forma tal que su disposición debía tener carácter excepcional, y que, en casos de niños, la regla debía ser la aplicación de medidas sustitutorias (citado indirectamente de Beloff, 2019, pág. 187).

En cuanto a los lugares en que un niño, niña o adolescente pueda ser alojado, en el ámbito nacional se puede ejemplificar con comunidades terapéuticas, residencias socioeducativas, o institutos de régimen cerrado [5].

Derivada de la misma idea de excepcionalidad, surge el principio de provisionalidad: una vez dispuesta la internación durante el proceso se debe establecer un seguimiento constante, ya que de verificarse la ausencia de los elementos que llevaron a adoptar la medida, la privación de la libertad deberá cesar (Cilleruelo, 2018, pág. 626). Esto presupone por parte del Juez de Menores un conocimiento constante y actualizado de la situación del menor, a partir de los informes que periódicamente se efectúan, tanto en los institutos donde se encuentre alojado, como incluso en la sede de los tribunales -que como dijéramos cuentan con un equipo interdisciplinario que también procura el seguimiento del menor, a instancias del Juez- [6], todo lo cual deberá quedar debidamente reflejado en el expediente tutelar.

En este sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo García Méndez, al señalar que será obligación de los jueces "... controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como la vigencia de su necesidad y razonabilidad..." [7]. La revisión periódica, pero respecto de la condena también ha sido reconocida por la Corte IDH en el caso "Mendoza y otros vs. Argentina", al señalar que en supuestos en que las condiciones o circunstancias que originaran la privación de la libertad hubieran cambiado los Estados debían poner a los niños en libertad (citado indirectamente de Beloff, 2019).

En el caso de los niños este principio debe extenderse, y vincularse en forma directa con la finalidad propia de la disposición tutelar. De allí, que la restricción de la libertad y simultánea prestación positiva de derechos al joven, debe dirigirse, justamente, a neutralizar los riesgos procesales para que el joven pueda gozar de su libertad ambulatoria.

Dicho en otros términos, como la disposición tutelar en cuyo marco se ordena la privación de la libertad por concurrir peligros procesales, supone la restricción de un derecho fundamental por parte del Estado, este deberá orientar sus medidas a proveer al niño también de ese derecho. A modo de ejemplo, puede considerase la situación de un joven que, pese a que su familia posee un domicilio, vive en "situación de calle" y por ende carece de arraigo, a lo que se añade una desvinculación de su grupo familiar. Si por determinadas circunstancias del caso (a modo de ejemplo, aporta datos filiatorios falsos, posee actitudes elusivas, etc.) a las que se añade la situación expuesta el joven se encontrara privado de la libertad, y esa situación, que supone una carencia de derechos, además hace a la presunción de riesgo de fuga (ver en ese sentido por ejemplo el art. 221 del Código Procesal Penal Federal); en el marco de la disposición tutelar el Juez debe propiciar la re-vinculación familiar, la posibilidad de que el joven pueda retornar a su hogar, lo que a las claras debe incidir directamente en desvirtuar -al menos en ese punto- el riesgo de que el imputado, de hallarse en libertad, pueda sustraiga del accionar jurisdiccional.

En cuanto al principio de proporcionalidad en el marco de la internación cuando el imputado aún no cumpliere los 18 años de edad, y cuando alcanzare esa edad y el juez considere que debe permanecer privado de la libertad bajo prisión preventiva por ese mismo hecho que presuntamente cometió, en razón de que este principio opera teniendo en consideración (sea proporcional a...) la pena que eventualmente le correspondiera por el hecho, en los casos de menores exige realizar ciertas consideraciones a la luz de lo establecido en el art. 4to de la Ley N° 22.278.

Conforme la norma citada, aún en aquellos casos en que el tribunal de juicio arribase a una total certeza respecto del hecho e intervención del imputado (y dicte en consecuencia una sentencia de responsabilidad) puede no imponer pena (o disminuirla), de modo tal que durante el proceso siempre se encuentra latente dicha posibilidad, que por lo demás, dependerá en parte del propio imputado; lo que genera sin dudas que, con mayor intensidad, se procure la privación de la libertad por el tiempo más breve posible a la luz del principio de proporcionalidad.

Véase con mayor claridad que en el supuesto de imputados mayores debe tenerse en cuenta que la persona -inocente-, tras el dictado de una sentencia puede resultar culpable o inocente, como así también que de ser considerado culpable, podrá ser destinatario de una pena "x" dentro del espectro previsto por la pena en abstracto; mientras que en el supuesto de personas imputadas por hechos cometidos cuando todavía no habían cumplido los 18 años de edad, no sólo podrán ser declarados culpables o inocentes al momento de la sentencia, sino que además, de ser considerados responsables por el hecho, ser absueltos de pena en función de lo dispuesto en el art. 4to. de la Ley N° 22.278, o imponérseles una pena "X" pero disminuida en la escala de la tentativa. Como se dijera anteriormente, esta circunstancia decanta necesariamente en un reforzamiento del principio de proporcionalidad en el supuesto del derecho penal juvenil.

V. Conclusiones [arriba]

A partir de lo expuesto debe reconocerse entonces que prisión preventiva e internación constituyen dos institutos claramente diferenciables, pero que las directrices que operan sobre la primera, los supuestos de procedencia, y los principios que la rigen, constituyen el eje sobre el cual se sustenta, al menos en parte, la internación; operando ello, en claro favorecimiento de la situación del niño.

En el contexto de la disposición tutelar, y como regla, sólo en aquellos supuestos en que se advierta la concurrencia del esquema de procedencia propio de la prisión preventiva, puede el Juez examinar la pertinencia respecto a la restricción de la libertad del joven. Así, deben operar en los supuestos de privación de la libertad de los menores, un mérito sustantivo que puede asemejarse al estándar de sospecha como cuestión de fondo, la evaluación de peligros procesales -de riesgo de fuga y entorpecimiento de la investigación-; y que se vean en su disposición y cumplimiento satisfechos los distintos principios que la rigen: de excepcionalidad, proporcionalidad y provisoriedad, que presentan cada uno de ellos sus particularidades propias al tratarse el niño del sujeto del proceso. En cuanto a la procedencia, y como carácter distintivo, se deberán atender a razones -más específicamente finalidades- preventivo especiales, pero que, a diferencia de la situación respecto de las personas mayores, aquí incidirá directamente sobre la pena: para decidir su imposición o no, o eventualmente su reducción, en función de lo dispuesto en el art. 4to de la Ley N° 22.278. Solo así la privación de la libertad al niño constituirá una medida razonable y legítima, y ajustada a los lineamientos constitucionales y convencionales.

En cualquier caso, la internación del menor en un instituto de régimen cerrado constituirá la oportunidad para el Estado de garantizar todos los derechos que hubiere advertido vulnerados en el caso concreto, y un deber sobre el mismo para que, mediante un esfuerzo proactivo, procure hacerla cesar (mediante la disposición de medidas tendientes, justamente, a la neutralización de los peligros procesales) y así el niño o niña goce de la libertad ambulatoria que el mismo Estado viene privando.

No puede soslayarse que el esquema aquí propuesto deja abiertos algunos interrogantes, siempre en conexión con la justicia nacional -a lo cual se ha acotado la temática tratada-, así, por ejemplo: Si Fiscal y querellante no resultan parte en el expediente tutelar ¿carecen de la posibilidad de requerir la privación de la libertad? Potestad que se ha puesto en sus manos en las normas actualmente vigentes del Código Procesal Penal de la Nación (art. 210). Más aún ¿Qué papel posee la víctima? Dado que tampoco es parte en el expediente tutelar, pese a que, respecto de las medidas cautelares de imputados, se ha procurado garantizarles el derecho a ser oídos (ver Ley de Protección a la Víctima). Otra cuestión no menor se refiere al tratamiento procesal del trámite de internación, tanto respecto a cómo debe desarrollarse como al establecimiento de plazos, respecto a todo lo cual la ley vigente no hace mención. Sin dudas es imperioso que, por medio de ley vigente, se traten todos estos asuntos.

Para terminar, cabe llamar la atención sobre la necesidad de contar con una ley penal juvenil, que regule todos los aspectos vinculados a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal y, en torno a la cuestión aquí tratada, se expida en forma clara y concreta respecto a los presupuestos de procedencia de la restricción de la libertad, a la vez que debería tratar algunas cuestiones como aquellas puestas en evidencia. Esa regulación es una deuda para con los niños, niñas y adolescentes que el Estado nacional debe saldar con suma urgencia, y también una obligación derivada de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Referencias bibliográficas [arriba]

- Beloff, Mary, Deymonnaz, Virginia, Freedman, Diego, Herrera, Marisa, Terragni, Martiniano (2012), Convención sobre los Derechos del Niño, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, Argentina: editorial La Ley.

- Beloff, Mary (2019), Derechos del niño, su protección especial en el Sistema Interamericano, 2da edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina: editorial Hammurabi.

- Beloff Mary, Freedman, Diego, Terragni, Martiniano (2012), "La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: apuntes para un balance", en Régimen de los menores de edad, (Dir. Solari, Néstor Eliseo y Benavente, María Isabel), Buenos Aires, Argentina: editorial La Ley.

- Beloff, Mary; Kierszenbaum, Mariano; Terragni, Martiniano (2018), "Una sensata cantidad de liberacionismo: el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad" en RDF 84, 17/05/2018, 1, cita online: AR/DOC/2985/2018.

- Binder, Alberto M. (2009), Introducción al derecho procesal penal, 2da edición actualizada y ampliada, 5ta reimpresión, Buenos Aires, Argentina: editorial Ad-Hoc.

- Cilleruelo, Alejandro Rodolfo (2017), Teoría del delito y su reflejo jurisprudencial, Buenos Aires, editorial Cathedra Jurídica.

- Cilleruelo, Alejandro Rodolfo (2018), Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc.

- Custet Llambi, María R., "Medidas Privativas de la Libertad en el Sistema Penal", en Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes, Silvia Fernández (dir.), ps. 3525-3570.

- Gracia Martín, Luis (2006), "El Finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de la responsabilidad penal" en Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Barcelona, España: editorial Atelier.

- Maier, Julio, B. J. (2004), Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos, 2da edición, 3ra. Reimpresión, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

- Nino, Carlos Santiago (2021), Fundamentos de derecho constitucional, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina: editorial Astrea.

- Pastor, Daniel R. (2006), "Las funciones de la prisión preventiva" en Revista de Derecho Procesal Penal 2006-1, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado, Donna Edgardo Alberto (Dir.), Santa Fe, Argentina: editorial Rubinzal-Culzoni.

- Terragni, Martiniano (2015), Proceso penal juvenil, práctica y jurisprudencia, Buenos Aires, Argentina: editorial La Ley.

- Terragni, Martiniano; Freedman, Diego (2020), "Reflexiones sobre las nuevas reglas y principios internacionales y nacionales aplicables a la prisión preventiva de adolescentes" en LA LEY 21/05/2020, 6 Cita Online: AR/DOC/901/2020.

Notas [arriba]

[1] Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Posgrado Derecho Penal en la Universidad de Palermo. Especializando en Derecho Penal, Universidad del Salvador (USAL). Jefe de Trabajos Prácticos de Teoría del Delito, Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. Asistente investigador (USAL).[2] Respecto de las personas que no hubieren cumplido los dieciséis años de edad, la ley exige la comprobación del hecho, pero aún en tales casos, no existe la posibilidad de imponer pena, puesto que quien no hubiera cumplido esa edad es incapaz de culpabilidad (art. 1 de la ley 22.278). Por ende, no se podría afirmar nunca a su respecto la comisión de un delito (entendido como una acción, típica, antijurídica y culpable).[3] En un sentido análogo, en cuanto a la aplicación a la internación de los estándares constitucionales vigentes para la prisión preventiva (como así también los riesgos procesales como presupuestos de procedencia) se expiden Freedman y Terragni (2017). Así también lo propone María R. Custet Llambi quien sostiene, al hablar de los niños y niñas punibles, que "debe tenerse presente que no resulta válido dictar este tipo de medidas [privativas de la libertad] en ausencia de riesgo procesal y sólo con fines proteccionales" (2017, p. 3542).[4] Sobre la cuestión, ver Cilleruelo (2017), en el comentario al fallo Maldonado (Fallos 328:4343). Por otra parte, estos estándares se encuentran expresamente previstos en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que los Estados velaran porque... 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. El criterio a su vez fue sentado por Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio vs. Argentina, del 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 135 (cita de Beloff, et. al., 2012, p. 245, nota 651).[5] Sólo la residencia socioeducativa y el instituto de régimen cerrado importan privación de la libertad ambulatoria, en la medida en que el joven puede abandonar la comunidad terapéutica si así lo quisiera.[6] Sobre la cuestión: "... la existencia de una Justicia especializada que cuenta con la permanente asistencia de un equipo técnico, integrado por profesionales de otras disciplinas, provoca que se cuente con información personal, familiar y social más compleja y exhaustiva si se lo compara con los datos de una persona adulta en un proceso penal ordinario: el problema es cómo utilizar esta información" (Beloff, et. al., 2012, p. 437).[7] Fallos 331:2691, considerando 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; citado asimismo en Terragni (2015). También se recomendó el examen periódico en la Observación General 10 del Comité sobre los Derechos del Niño, párrafo 83, y así se establece que "Todo menor detenido y privado de libertad deber 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 esta. 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...".