

La privación provisional de la libertad de los menores de edad

Mariano R. La Rosa

El Régimen Penal de la minoridad (Ley 22.273) establece en su primer artículo que no resulta punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación y, con relación a su situación personal, dispone que *“En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable”*. Seguidamente el segundo artículo expresa que resulta punible el menor de 16 a 18 años que no incurriera en los delitos enumerados en el art. 1º, *“En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el art. 4º”*.-

A su tiempo, y consecuente con las normas expuestas, el Código Procesal Penal de la Nación en su art. 315 refiere que *“Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica”*¹; y en el art. 411 dispone que *“La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que 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. En tales casos el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de los mayores... Toda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores”*²; de lo cual se advierte que, bajo estos estrictos parámetros, en definitiva se aplica la privación de la libertad de un menor de edad con el objeto de asegurar la tramitación del proceso. Pero, no obstante, es posible diferenciar que la prisión preventiva está destinada a la aseguración del imputado al proceso, para lo cual tiene en cuenta la naturaleza del delito inculcado y la personalidad de su supuesto autor,

¹ Es así que se dijo que: *“Los menores de edad se hallan excluidos de los beneficios de la libertad bajo caución, puesto que respecto de ellos rige la ley nacional 22.278 (modificada por la ley 22.803) que establece un régimen preventivo tutelar y punitivo especial, aplicables a menores sometidos a proceso y por el CPMP que en su art. 689 establece como principio la inaplicabilidad de las disposiciones sobre detención y prisión preventiva en los procesos seguidos contra menores de 16 a 18 años de edad. No corresponde aplicar las disposiciones excarcelatorias a los menores de 18 años sometidos a proceso”* (CCrim. y Correc. Río Gallegos, 26/2/96, *“Romano Edgardo y otros s/robo calificado”*). Sin embargo, a los fines de limitar el rigor de la detención de los menores de edad se ha resuelto que a su respecto rigen los límites de la ley de plazos máximos de la prisión preventiva: *“Los menores no se encuentran al margen de la aplicación del cómputo de los plazos de prisión preventiva establecido en el art. 7º de la ley 24.390, ya que dicha norma se instrumenta en razón de la garantía de duración razonable del proceso... no debiendo aplicarse con posterioridad al juzgamiento firme cuando la responsabilidad del menor, en un hecho delictivo, ha quedado establecida en los términos del art. 4º de la ley 22.278”* (TSJ Córdoba, Sala Penal, *“M.L.D. y otros”*, 5/3/99, La Ley Córdoba 2000, pág. 393).-

² De tal forma, se ha distinguido entre la prisión preventiva de la internación aplicable a los menores de edad: *“Conforme a las normas legales vigentes no rigen para los menores de edad las disposiciones de la prisión preventiva –art. 14, ley 10.903 y 315 Cód. Procesal Penal- no siendo equiparable este instituto la internación a que pueden ser sometidos quienes se encuentran dispuestos por un tribunal”* (CNCrim. y Correc. Sala V, causa nro. 4733 –menor-, 18/12/97).-

teniendo en miras el probable cumplimiento de una condena. Para el caso de los menores, y al no existir esta medida cautelar, la privación de la libertad reviste un carácter esencialmente tutelar, destinado a proteger principalmente la personalidad del menor, puesto que la medida de internación es proteccional y tiene como principal objetivo reinsertarlo en la comunidad, de allí que mal puede ser interpretada como “*prisión preventiva*”³; no sin antes considerar que en frecuentes ocasiones esta “*cautelar*”, excede el ámbito de la restricción ambulatoria y penetra otras dimensiones como la suspensión o desplazamiento de la patria potestad de los progenitores, el acrecentamiento de la vulnerabilidad, la temprana institucionalización, etc.⁴

También debemos tener en cuenta que el otro modo de desplegar el poder jurisdiccional sobre un menor es mediante el instituto de la disposición tutelar, el que no guarda relación con la causa penal donde el joven resulta imputado, pues no tiene como finalidad evitar que se fugue o entorpezca la investigación, sino que es impuesta cuando “*el menor se halla abandonado, alto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador*” (art. 1º, ley 22.278); con lo cual se advierte que esta medida desconoce el principio de culpabilidad por el acto, pues expresamente señala que la externación -o no- del menor no tiene que ver con el hecho que se le imputa sino con su problemática o la de su familia y que el hecho atribuido será una circunstancia más a tener en cuenta, pero que en la mayor parte de los casos no reviste carácter determinante⁵.-

De esta forma, deben considerarse como denominadores comunes entre la prisión preventiva y la internación a los siguientes caracteres: son de plazo determinado, se cumplen en establecimientos especiales, a quienes se les aplica no han sido condenados por el hecho que se les imputa, se dictan mediante auto fundado, son apelables ante la alzada, cesan por auto de sobreseimiento o por sentencia absolutoria o condenatoria, se computan temporalmente a los efectos de la pena que se imponga, no se trata de una sanción anticipada, son medidas de coerción que restringen libertades⁶.-

Por tal motivo, es que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no distingue entre privación de libertad e internación y reconoce garantías específicas para el caso en que la persona menor de dieciocho años se encuentre en tal situación.

³ DAY TERESA; PARMA CARLOS; “*La Internación De Menores Y La Prisión Preventiva: “Medida Cautelar”*”, www.carlosparma.com.

⁴ DAY TERESA; PARMA CARLOS; “*La Internación De Menores Y La Prisión Preventiva: “Medida Cautelar”*”, www.carlosparma.com. Se ha sostenido jurisprudencialmente, que la prisión preventiva no es equiparable al instituto de la internación de menores (Cám. Crim. y Correccional, sala V, del 18/12/1997, causa 4733)

⁵ LÓPEZ OLIVA MABEL, “*La privación de la libertad en el procedimiento penal de “menores”. Un caso paradigmático a propósito de la aplicación de la “instrucción sumaria” (artículo 353 bis, Código Procesal Penal de la Nación)*”. La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 28/4/00. En este modelo, el procedimiento penal seguido a un menor permite la intervención coactiva en su vida en virtud de circunstancias personales o familiares, en desmedro de los principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en el marco de un estado de derecho: principio de legalidad y principio de culpabilidad.-

⁶DAY TERESA; PARMA CARLOS; “*La Internación De Menores Y La Prisión Preventiva: “Medida Cautelar”*”, www.carlosparma.com.-

También establece que los niños, niñas y jóvenes son sujetos plenos de derechos y que gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos, más aquéllos específicos por su especial condición de personas que están creciendo. El mentado instrumento internacional constituye la principal fuente emergente del llamado modelo de la protección integral de los derechos del niño, niñas y jóvenes⁷. Es así que el artículo 37 de esta Convención señala que la privación de libertad se utilizará como último recurso y por el período mas breve posible: *“todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana...estará separado de los adultos...tendrá derecho a mantener contacto con su familia...tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada”*. Asimismo el artículo 25 reconoce el derecho del niño -que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes- a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación. Incluso en el artículo 40 de la Convención se habla de *“proporcionalidad”* respecto a las medidas de protección que el Juez impone al menor, la cual debe ser apropiada para su bienestar y debe guardar proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.-

En consonancia con lo expuesto, las Reglas de Beijing establecen que: *“todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”* (regla 2.2.a). Y cuando se mencionan los objetivos de la justicia de menores dice que *“el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes, será proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”* (regla 5.1).

Con relación a la detención provisional, la regla 13, que se titula *“Prisión Preventiva”*, determina que se aplicará como último recurso y durante el plazo mas breve posible, haciendo la salvedad de que *“siempre que sea posible se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva...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”*, incluso, la regla 19 habla del carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, insistiéndose que esta medida siempre se utilizará como último recurso y por el más breve plazo posible. En esta orientación, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, dispone que la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos

⁷ LÓPEZ OLIVA MABEL, *“La privación de la libertad en el procedimiento penal de “menores”. Un caso paradigmático a propósito de la aplicación de la “instrucción sumaria” (artículo 353 bis, Código Procesal Penal de la Nación)”*. La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 28/4/00. Apunta la autora que un sistema de responsabilidad penal juvenil se estructura sobre las bases de un derecho penal de mínima intervención. De esta forma, se caracteriza principalmente por establecer una serie de sanciones diferentes, donde la pena privativa de la libertad es alternativa, excepcional, utilizada como último recurso y por el tiempo más breve.-

excepcionales.(pto. 2). Se define a la privación de libertad como toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad (pto.11.b). Asimismo el título III habla de “*Menores detenidos o en prisión preventiva*” y que .deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. Asimismo, los menores detenidos tendrán derecho a educación, formación profesional, trabajo, actividades recreativas, atención médica, a cumplir sus obligaciones religiosas y a tener contacto con la comunidad en general⁸.

Con lo cual colegimos que si bien nuestra normativa vigente reniega en admitir que se priva de la libertad a un menor en condiciones parangonadas a la tradicional prisión preventiva debe, por lo menos, respetarse este conjunto de principios en atención a su particular situación, con miras a que esta sujeción al proceso debe ser lo menos injerente posible y lo más breve que se pueda, con el objeto de tender siempre a la aplicación de medidas sustitutivas de la privación de la libertad.-

⁸ Para ello la Comisión Interamericana de DDHH ha establecido que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que tales derechos se hagan verdaderamente efectivos: “*En el ámbito mundial, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas establece que los Estados partes tendrán, inter alia: la obligación de garantizar la creación de instituciones y servicios destinados a su cuidado (artículo 18). Tendrán, asimismo, la obligación de adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a los niños de toda forma de violencia física o mental, lesión corporal, abuso, trato negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual, mientras permanezcan bajo el cuidado de los padres, guardianes legales u otra persona que tenga a cargo su cuidado. Tales medidas deben incluir procedimientos efectivos para el establecimiento de programas sociales destinados a darle al niño y a los que están encargados de su cuidado, el apoyo necesario para la identificación, denuncia, investigación, tratamiento y seguimiento de las formas de violencia antes mencionadas, y para la intervención judicial (artículo 19)*” (Dictamen de la Comisión del 10 de marzo de 1999, in re “*Menores detenidos*”).-