

El Principio de excepcionalidad de las medidas privativas de libertad

Autora: Viviana Beigel

Abogada de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil

Eje temático: Trabajo social en contextos de encierro. Medidas alternativas y externación.

La Convención sobre los derechos del niño, en su artículo 37, establece un principio fundamental que debe regir en la aplicación de las medidas privativas de libertad en el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal. Se trata del principio de excepcionalidad.

Específicamente, la Convención establece que los Estados partes deben velar porque la detención, el encarcelamiento o la prisión de un joven se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Del mismo modo, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), disponen la excepcionalidad de las medidas de libertad.

De acuerdo a la concepción doctrinaria predominante, se entiende que existe privación de libertad cuando una persona se encuentra alojada cualquier institución, dependencia, o centro, cualquiera sea la modalidad de estos, sin que exista posibilidad de salir de ese lugar por su propia voluntad.

En este sentido, cabe señalar que la CIDH ha definido la privación de libertad como: "Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para

personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.” (CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.)

Como se puede observar, la definición de la CIDH es amplia e incluye diversas formas de restricción al derecho a la libertad y todas estas formas deben ser evitadas en la medida de lo posible cuando se trata de jóvenes en conflicto con la ley penal.

Sin embargo, muchos tribunales penales de menores de nuestro país, a mi entender, sostienen un concepto erróneo para fundar las medidas privativas de libertad de adolescentes. En diversos fallos judiciales, se resuelve “internar” a jóvenes acusados de delitos, considerando que se está disponiendo una medida de protección que se dirige a promover socialmente al adolescente y a su núcleo familiar.

Muy lejos estamos de una medida de protección. Por tratarse de una medida que priva de un derecho fundamental, de ningún modo se puede considerar que la mal llamada “internación” es una medida de protección.

La “internación” de adolescentes imputados de un delito es privación de libertad y así debería denominarse, tal y como lo que es. En el caso de jóvenes cuyo proceso penal se encuentra en etapa de instrucción y que aún no han sido declarados responsables penalmente, estamos frente al dictado de una prisión preventiva. En el caso de adolescentes declarados responsables penalmente, estamos frente al dictado de una pena de prisión.

Las penas privativas de libertad de ningún modo pueden ser consideradas medidas de protección. Así lo establece la ley nacional 26.061 y toda la normativa internacional de protección de los derechos humanos.

Nuestra ley provincial N° 6354 de protección de la minoridad es algo confusa, ya que en un mismo capítulo enumera las medidas de protección y las medidas privativas de libertad, pero si analizamos la normativa en el contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, no cabe otra conclusión que considerar que las medidas privativas de libertad no tienen la naturaleza de una medida de protección.

Lo expresado surge del siguiente análisis. El artículo 179 de la ley provincial 6354 establece que el juez penal de menores puede aplicar un tratamiento tutelar y ordenar que se dispongan las medidas de protección del artículo 180.

De la lectura del artículo 180 surge que todas las medidas allí enumeradas son medidas de protección y que ninguna de ellas puede consistir en la restricción del derecho a la libertad (véase el inciso L) que resulta ilustrativo en este aspecto).

El artículo 184 de la ley provincial es el que contiene las medidas privativas de libertad y los requisitos para su aplicación se determinan en los siguientes artículos, siendo necesario que se demuestre la existencia de un delito, que haya pruebas suficientes y que se haya acreditado la autoría del hecho.

El problema conceptual se observa principalmente en el artículo 190 de la ley 6354, toda vez que considera que la “internación” es una medida de protección y que ésta consiste en la “colocación del menor en lugares que no pueda abandonar por su propia voluntad”.

Nos encontramos entonces con un concepto que en primer lugar se aparta de los parámetros que surgen de las convenciones internacionales de derechos humanos, en las que de ningún modo se puede hablar de medida de protección cuando estamos frente a una privación de libertad.

Además, la ley provincial utiliza el eufemismo de la “internación” para conceptualizar una medida que implica que el joven no pueda abandonar un lugar por su propia voluntad. Este artículo trata al joven como un “objeto” que puede ser “colocado” en una dependencia, apartándose de la idea de “sujeto de derechos” que se instaló con el cambio de paradigma, cuando la Convención impuso la doctrina de la protección integral por sobre la doctrina de la situación irregular.

El artículo 191 de nuestra ley provincial considera que la “internación” es una medida privativa de libertad y que debe estar sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y condición peculiar del menor, aclarándose aquí la naturaleza de la mal llamada internación en el marco de los principios que surgen de la normativa internacional.

De lo analizado, surge con claridad la necesidad de reformar nuestra ley provincial en lo que respecta al régimen penal juvenil, en consonancia con lo que se viene discutiendo hace años a nivel nacional: la necesidad de establecer una ley nacional de responsabilidad penal juvenil que derogue la ley 22.278 y que asegure la plena vigencia de la doctrina de la protección integral.

Emilio García Mendez explica esta necesidad de reformar nuestras leyes con mucha claridad. El doctrinario considera que la “...cultura jurídica y social del

eufemismo y la ambigüedad ha contribuido a una visión esquizofrénica de los jóvenes la que, según sea la ideología que la alimente, los convierte automáticamente en ángeles o en demonios. De este modo, las respuestas culturales e institucionales oscilan entre un paternalismo ingenuo (que justifica todo a priori) y un retribucionismo hipócrita (que condena todo a priori). Una ley de Responsabilidad Penal Juvenil presupone, entre otras cosas, que es posible y sobre todo necesario, superar el falso dilema anteriormente señalado para comenzar a considerar a los jóvenes que han infringido la ley penal ni como ángeles ni cómo demonios, sino como sujetos de derechos y de responsabilidades...”ⁱ

Comprender el alcance de la medida de privación de libertad implica entender entonces, que las resoluciones de los jueces penales de menores que ordenan la “internación” de un joven, en realidad, están disponiendo la prisión preventiva o la pena de prisión de un adolescente. Por eso las mal llamadas “unidades de internación” en los institutos de responsabilidad penal juvenil deben denominarse unidades de privación de libertad, para de este modo pasar a llamar las cosas por su nombre. Y en este contexto es en el que debemos trabajar, aplicando todos los principios, garantías y derechos que surgen de la normativa internacional. Uno de estos principios es el de excepcionalidad, que es el que en su máxima expresión sustenta las medidas alternativas que necesariamente deben intentarse cuando estamos frente a un joven que ha sido involucrado en un proceso penal.

El artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a la Argentina a cumplir con el principio de excepcionalidad y establece la necesidad de contar con medidas alternativas ya que allí se establece 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.

El uso de medidas alternativas a la privación de libertad en el caso de adolescentes infractores no solo es importante para proteger el derecho a la libertad, sino que además, sirve para proteger los derechos a la vida, a la integridad personal, al desarrollo, a la vida familiar, entre otros.

Además, se evitan las consecuencias negativas del encarcelamiento, y de este modo se procura la continuidad de la educación de los jóvenes infractores y se fortalecen las relaciones familiares y los recursos comunitarios, para posibilitar su reintegración a la vida en comunidad.

Por otra parte, los sistemas de justicia deben ser integrales, reparatorios y enfocados a la rehabilitación y reintegración en la comunidad de adolescentes infractores de las leyes penales.

Por eso cuando hablamos de responsabilidad penal juvenil, el principio de excepcionalidad de las medidas privativas de libertad es un concepto central y que debe orientar todas las acciones que se desarrollen.

Para todos los que trabajamos en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, este principio debe ser el que determine cada una de las intervenciones que realizamos.

En concordancia con lo previsto en la Convención, la Ley 26.061 establece que ninguna medida de protección puede consistir en la privación de libertad de un niño, niña o adolescente. La ley nacional lo prohíbe expresamente en el artículo 36.

Además, esta ley creó el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (COFENAF) y fue previsto como un ámbito con funciones “deliberativas, consultivas, de formulación de propuestas y de políticas de concertación”.

El COFENAF abordó el problema de los adolescentes en conflicto con la ley penal y en su sesión del 18 de abril del año 2008 se aprobó un Acta Compromiso titulada “Una Política Respetuosa de los Derechos Humanos para los Adolescentes Infractores de la Ley Penal”, donde las provincias asumen el compromiso de trabajar conjuntamente con la Nación para “lograr una mayor adecuación del sistema penal juvenil argentino a la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte de la misma y a los estándares internacionales en la materia”. El Acta tuvo por objeto elaborar programas destinados a adolescentes infractores y que el eje de las intervenciones se centre en el ejercicio de derechos, pero además se buscó impulsar acciones para que la medida de privación de libertad de un adolescente sea efectivamente el último de los recursos y que se aplique por el menor tiempo posible. Se propuso la necesidad de fomentar las medidas alternativas y a mejorar las condiciones en el egreso de los jóvenes que transiten por el sistema penal juvenil.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mendoza y o/s. vs Argentina, con sentencia del 14 de mayo de 2013, consideró el principio de proporcionalidad que complementa al principio de excepcionalidad. Allí se resolvió que: “...En relación con el tema específico planteado en el presente caso, directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados

pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad...”ⁱⁱ

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-17/2002 consideró que la sanción penal juvenil busca rehabilitar y no reprimir, por lo que la privación de libertad debe ser la última medida. Manifestó que antes de cualquier encarcelamiento deben valorarse otras medidas de carácter socioeducativo como: orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, obligación de reparar el daño y libertad asistida. Las medidas deben ser siempre proporcionales y estar fundamentadas en el interés superior del niño y su reintegración familiar y comunitaria.

Si bien es cierto que a nivel nacional y en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, no sido posible la reforma de la ley 22.278, la normativa internacional debe prevalecer por tener jerarquía superior a las leyes, y en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta se encuentra incorporada en el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Entonces, ¿qué criterio debemos utilizar al momento de considerar la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la privación de libertad?

El criterio es que la medida alternativa se debe aplicar SIEMPRE. La medida alternativa debe ser la regla, y por ello, debe intentarse una opción no privativa de libertad en todos los casos. Solo en última instancia, y cuando no sea posible por las circunstancias del proceso penal, podrá disponerse la privación de libertad.

Específicamente considero que, la medida privativa de libertad solo procede si se dan en forma conjunta las siguientes condiciones: la acusación de un delito grave, la existencia de peligro de fuga o posibilidades de entorpecimiento probatorio. El resto de las circunstancias personales, de salud, sociales, económicas, familiares o inculpatórias, no justifican la privación de libertad.

Aún en el caso de delitos graves, si no hay posibilidades de fuga o de entorpecimiento probatorio y si no hay reiteración de delitos, deben proponerse medidas alternativas a la privación de libertad.

Este criterio se utiliza en el derecho penal de adultos para imponer la prisión preventiva, y en el caso de los jóvenes, la medida no puede ordenarse con menores requisitos. Por el contrario, se trata de un derecho penal especial, que propone en forma expresa y concreta la excepcionalidad de las medidas privativas de libertad, más aún cuando se trata de prisión preventiva.

Es importante recordar y tener siempre presente, que los jóvenes imputados de delitos, gozan del principio de inocencia, y que, hasta tanto no se haya declarado su responsabilidad penal, no puede considerarse que el joven es culpable.

Por ello, la prisión preventiva, que es la que mayormente tenemos en los centros de detención de jóvenes, debe ser considerada mucho más estrictamente.

A pesar de ello, en muchas ocasiones, los jueces penales de menores, aplican la prisión preventiva sin tener en cuenta estos parámetros y para ello buscan el aval de quienes intervenimos en el sistema penal juvenil desde las políticas públicas.

La búsqueda de propuestas en el ámbito familiar, de salud, comunitarias o económicas es una tarea muy difícil cuando no hay claridad en las políticas destinadas a satisfacer los derechos de los jóvenes.

Sin embargo, la legislación que protege a los jóvenes obliga a encontrar estas soluciones y a impulsar nuevas prácticas, más creativas y más dinámicas para hacer efectivos los derechos.

Pero que sucede cuando estamos frente a un joven acusado de un delito menor y se presentan dificultades en el ámbito familiar, económico o social para trabajar una medida alternativa?.

Estamos frente a una disyuntiva: o cumplimos con lo establecido por la ley y efectivizamos derechos o declinamos la intervención y le abrimos la puerta a los sistemas carcelarios juveniles.

Considero que la actitud que deben adoptar los profesionales y operadores del sistema es la intervención sobre la base de los derechos y en función del principio de excepcionalidad.

Cada intervención que se realice debe tener presente que el joven es inocente hasta que se demuestre lo contrario, que la legislación le otorga el derecho a permanecer en libertad, que no hay medida de protección que consista en conculcar este preciado derecho y que los adolescentes que se encuentran acusados de un delito son sujetos de derecho que merecen una protección especial en virtud de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ninguna circunstancia social, familiar, económica o de salud puede ser motivo suficiente para privar de libertad a un joven. El Estado debe garantizar derechos y hacerlos efectivos a través de políticas públicas adecuadas.

Así lo manifestó el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto concurrente razonado a la Opinión Consultiva OC-17 sobre “Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño” al decir que: “..El Estado tiene deberes de protección inmediata —previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia— de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos —la familia, por ejemplo— no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro...Considero indispensable subrayar —y celebro que lo haya hecho la OC-17/2002— una cuestión mayor para la reflexión sobre esta materia, que integra el telón de fondo para entender dónde se hallan las soluciones a muchos de los problemas —no todos, obviamente— que en este orden nos aquejan. Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales y luego sujetos a medidas de protección en virtud de infracciones penales o de situaciones de otra naturaleza, se observará, en la inmensa mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párr. 86). Generalmente son éstos —y no los mejor provistos— quienes llegan a las barandillas de la policía, por diversos cargos, o sufren la violación de algunos de sus derechos más esenciales: la vida misma, como se ha visto en la experiencia judicial de la Corte Interamericana...”ⁱⁱⁱ

En definitiva, la medida alternativa de libertad es la única opción y excepcionalmente, en última instancia, podemos pensar que puede ordenarse la privación de libertad de un adolescente.

Tengamos presente este principio fundamental en el derecho penal juvenil. Solo así estaremos más cerca de hacer realidad los derechos de nuestros chicos.

ⁱ <http://blogs.lanacion.com.ar/cronicas-del-crimen/escenario/por-que-una-ley-de-responsabilidad-penal-juvenil/>

ⁱⁱ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia del 14 de mayo de 2013. Punto 151.

ⁱⁱⁱ Unicef. Derechos de Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres. Compendio legislativo internacional y nacional para la protección de derechos. Ciudad de Bs. As. Enero, 2010. Pág. 231.