

## **IX ENCUENTRO DE AAPDP**

TEMA: PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

TITULO: ENCARCELAMIENTO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

AUTOR: GRACIELA ELIZABETH GOMEZ

T.E.: 03783-15270310

DIRECCION: JUJUY 1126.CTES

CORREO: gracielaegomez@hotmail.com

...Un chico a quien no se ha enseñado, en su propia historia y en sus propios derechos, el valor de la persona humana, difícilmente pueda valorarse y valorar a los otros en tanto personas con derechos, merecedores de respeto..."

Zega de Marquevichi

**SUMARIO: I) INTRODUCCIÓN II) LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL VS. SITUACIÓN IRREGULAR. III) LA CDN , CIDH Y LA LEY 22278 IV) INTERNACION DE MENORES V) LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE MENORES DE EDAD SEGÚN LOS TIDH VI) CONCLUSIONES**

### **I.- INTRODUCCION:**

Unos de los últimos informes de UNICEF y de Derechos Humanos de la Nación expresa que aproximadamente 20.000 niñas/os y adolescentes se encuentran privados de su libertad , lo que evidencia un país con un brutal déficit humanitario que no ha diseñado políticas públicas que generen oportunidades y eliminen desigualdades a fin de resolver esta verdad incontestable.

Parecería que el Estado sigue prefiriendo respuestas punitivas dirigidas a la criminalización y encarcelamiento de los adolescentes sin atender plenamente sus causas.

Sin duda alguna que las normas que regulan la situación del menor infractor, no responden a la adecuación normativa derivada del art. 31 de la C.N., y lejos de reglar las garantías que emergen del sistema constitucional, siguen siendo una fuente de violación sistemática de los derechos humanos en él reconocidos.

Durante décadas rigió en nuestro país un sistema conocido como “tutelar” mediante el cual las instituciones, incluidas las represivas, podían intervenir bajo la excusa de tutelar a los menores que se encontrarían en situaciones de “irregulares” o de “abandono” o “situación de riesgo”. Esto permitía que el Estado por medio de la justicia de menores pudiera institucionalizar a los menores pobres y abandonados por aplicación de la ley 10.903 conocida como Ley del Patronato o Ley Agote sin considerar si el niño había realizado una conducta ilegal que justifique su encierro pues , mas bien era culpable de ser pobre, abandonado o excluido ; contra esta idea tutelar y a fin de adecuar

la normativa nacional a la CDN se sanciona recientemente la ley 26.061 de “Protección integral de niños/as y adolescents” que deroga la 10.903 y reconoce a los niños como sujetos de derechos, adoptando un sistema de protección integral tendiente al “interés superior” del niño” dejando de llamarlos “menores” para ser “niños, niñas y adolescents”

Pero lo cierto es que en material penal rige la ley 22.278 que establece “que no son punibles los menores de 16 años, pero a la vez permite la imposición de una “medida cautelar”, es decir internaciones, las que en los hechos constituye una sanción penal

A través de la incorporación de los TIDH a la CN como también con la sanción de la ley 26061 se ha operado en cierto modo- por lo menos en teoría- un cambio de visión..

En este sentido la Convención de los Derechos del Niño (CDN) que hoy conforma el Bloque de Constitucionalidad Federal enuncia en el art. 40.4 las diversas medidas que puede disponer el juez, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada a su bienestar y que guarde proporción con las circunstancias personales del menor y con la infracción que se le atribuye. Ellas pueden consistir en el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, y en otras alternativas a la internación en instituciones.

Para responder a las finalidades previstas en el art. 40.1 de la CDN, en los casos en que durante el proceso sea necesaria la realización de un tratamiento socio-educativo, debe buscarse, en principio, medidas que se realicen en el ámbito de su propia familia, con participación de la comunidad y con diversas formas de asistencia por parte del Estado (orientación, libertad asistida, etc.). Cuando no fuera posible la contención familiar, se puede autorizar la guarda y sólo como última ratio, puede acudir a instancias de institucionalización con restricciones a la libertad.

La privación de libertad de un menor sólo se justifica en casos de extrema gravedad vgr. homicidios, violaciones, robos calificados, etc., protagonizado por niños que presentan un serio deterioro en su personalidad, cuando éste sea el único modo de garantizar que reciban un tratamiento adecuado. Estas medidas, que deben ser temporalmente limitadas, deben cumplirse en establecimientos adecuados con personal de seguridad especializado y bajo control judicial.

En este contexto Argentina se comprometió internacionalmente a adecuar su legislación y sus prácticas a los postulados de este tratado de derechos humanos específicamente dedicado a la infancia, como así también a los demás instrumentos internacionales que regulan la situación de los niños, niñas y adolescents.

Sin embargo, este compromiso aún se encuentra pendiente y los documentos internacionales todavía no han logrado constituirse en un instrumento de reforma de políticas sociales y jurídicas destinado a mejorar la situación de niños y adolescentes.

La falta de adecuación de las leyes, de las prácticas y de las instituciones destinadas a la infancia a los lineamientos de la CDN tiene, entre sus consecuencias menos visibles socialmente, la restricción del derecho a la libertad ambulatoria de un significativo número de niños, niñas y adolescentes.

## **II. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL VS. SITUACIÓN IRREGULAR**

En América Latina se conoce con el nombre de doctrina de la protección integral al conjunto de principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de la infancia.

Este modelo surge a partir de la necesidad de revertir concepciones y prácticas jurídicas, sociales y culturales que conformaban la llamada doctrina de la situación irregular, encontrando su mayor expresión en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN).

Además de la CIDH, esta doctrina condensa tres instrumentos básicos:

- 1) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- 2) Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad.
- 3) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD)

Asimismo, el modelo de la protección integral comprende al conjunto de políticas que consideran al niño/a y adolescente como un sujeto activo de derechos a lo largo de su crecimiento a la vez que define las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado en relación a los derechos universales y especiales por su condición de personas en desarrollo.

Este nuevo paradigma se identifica como la contraposición al de la doctrina de la situación irregular., que considera al niño como un objeto de tutela por parte del estado, que utiliza como parámetro las condiciones morales y materiales de la vida privada y sustenta su intervención en el “riesgo moral y material”, actuando cuando existe peligro para el niño o los demás y se lleva a cabo por medio de la institucionalización y judicialización esencialmente de la pobreza .Se sustenta básicamente en el poder de coerción del Estado y son su consecuencia las leyes 10.903 y 22.278 que han generado una poderosa maquinaria de instituciones tutelares sustitutivas de lo familiar y lo comunitario sustentadas en el clientelismo y asistencialismo, desconociendo principios universales de políticas públicas para niños /as y adolescentes

Nuestro país ha incorporado en 1990 a su ordenamiento jurídico interno, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a través de la Ley 23.849. En el año 1994, se incluyó este instrumento jurídico internacional, junto a otros de derechos humanos en el texto de la Constitución Nacional, quedando definida su vigencia en la cúspide del sistema jurídico nacional, dando origen al sistema de protección integral de derechos y la concepción del niño sujeto de derecho, este paso tan importante tampoco

pudo hasta hoy con el patronato y su sistema de control y tutelaje ya que en la practica esta normativa supranacional sólo tuvo un impacto retórico o político .

La ley 22.278 no responde a una concepción de los niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho, en el sentido de que son personas humanas a las cuales les corresponden los mismos derechos y garantías básicos de los que gozan todas las personas más un "extra" de derechos específicos que se motiva en su condición de ser personas en estado de desarrollo.

Cabe agregar que esta normativa responde a un modelo inquisitivo que se articula perfectamente con la lógica de la situación irregular y que en virtud del nuevo bloque normativo mencionado up upra muchas de sus disposiciones han devenido en la actualidad abiertamente inaplicables .

### **III LA CDN , CIDH, LEY 22278**

La CDN, ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, al tiempo que no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la "evolución" de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evolución de su "madurez" (art. 12), y al impulso que debe darse a su "desarrollo" (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el "desarrollo" del niño (art. 6.2).

La Convención, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que son personas humanas y por el otro, tiende como objetivo primordial, a "proporcionar al niño una protección especial".

Interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la "protección especial" en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar "efectividad", adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4).

La Convención, supone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general.

Uno de los principios establecidos en ella se relaciona con el "trato" a que tiene "derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales" (Convención, art. 40.1). Este derecho es el de ser tratado "de manera acorde con el

fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"

Además la Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños "a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes. Como así también siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales" (art. 40.3).

Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los "menores delincuentes" pasibles de sanción, se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de éstos sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente". Esta práctica, constituye la "mejor respuesta", y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las "diversas medidas" ajenas a los procedimientos judiciales, y a "otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones", que debe prever el Estado.

En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales y, en el caso de que un proceso judicial sea necesario, se disponga de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso (Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", sentencia del 2-9-2004, Serie C N° 112, párr. 211). Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su 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 vulnerabilidad" (ídem, párr. 225). Es pertinente también reproducir los términos en que la citada Corte ha censurado el comportamiento de gobiernos que toleran una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo: "En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad", a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida" (Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19-11- 1999, Serie C N° 63, párr. 191).

Estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema. Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto

regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión. Así, por ejemplo, los menores son privados de su libertad, bajo calificaciones tales como "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares", situaciones que han significado, en muchos casos, el encierro en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución.

La mencionada tensión se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables, a saber: el "retaceo" de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la "situación irregular" en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 1º, párrafos segundo, tercero y cuarto.

No obstante el dictado de la ley 26061 que considera al menor sujeto de derechos, el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la "situación irregular".

Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia

El texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes "debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, y los Municipios en la elaboración de políticas, planes y programas de protección de derechos.

Por lo tanto resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño).

El deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional en consecuencia, todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1

Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde.

En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos los mismos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La ley 26.061, establece un sistema de protección integral de las niñas/os y adolescentes, únicamente deroga a la ley 10.903, por lo que, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, considerándose derogada en todo cuando se oponga o resulte más perjudicial que el régimen dispuesto en las legislaciones posteriores.

Puntualmente, en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, "si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños" (Observación General N° 10/2007, "Derechos del niños en la Justicia de menores", del 25 de abril de 2007, párr. 31).

Por lo que, es función de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior. Ello, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y el consiguiente condicionamiento negativo. Obviamente, que en el ejercicio de dicho rol, les corresponde 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.

Además, se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los "menores delincuentes" pasibles de sanción, se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de éstos sin recurrir a las autoridades competentes. Esta práctica, en muchos casos constituye la mejor respuesta y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las "diversas medidas", ajenas a los procedimientos judiciales y a "otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones", que debe prever el Estado.

Como corolario podemos afirmar que la doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, resulta a todas luces "anacrónica", por cuanto "caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la "protección integral", sobre la que se basa la CDN y una de sus consecuencias más graves, es el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica, muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal.

En síntesis, la Argentina, sigue en deuda con: 1) la obligación de establecer mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; 2) con revisar sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y 3) sobre todo con establecer una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección.

Sin dudas que "garantizar" los derechos humanos implica para el Estado el deber "de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar" de aquéllos ("Gioldi y otro", Fallos: 318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lo cual comprende el ejercicio del "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas aplicables *in concreto* y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional ("Mazzeo", Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Es función esencial de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio, (doctrina de "*Verbitsky*", citado, ps. 1203/1204)..

#### **IV INTERNACION DE MENORES**

La CDN señala en el art. 37.b. que "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."

Las conocidas "Reglas de Beijing" establecen en el art. 19.1. que "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el plazo más breve posible."

La regla 17 de las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad" de Naciones Unidas (Reglas de La Habana) expresa que "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 al detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias."

La Ley N° 22.278/22.803 -sancionadas en 1.980 y 1.983, durante un régimen militar-habilita al juez a disponer ampliamente de la persona del adolescente, ya sea aplicando medidas privativas o no privativas de la libertad, desde el inicio mismo del proceso penal, cuando el joven se encuentre en situación irregular, y toda esta discrecionalidad del Juez encuentra fundamento en otra norma que instituye la figura del Patronato del Estado (Ley N° 10.903 de 1.919).

Estas leyes se han demostrado contradictorias e incompatibles con la normativa constitucional emergente del DIDHs (CDN y CADH, en especial), de modo tal que en la medida de lo posible deben reinterpretarse armónicamente a la luz de estas normativas, considerarse tácitamente derogadas o lisa y llanamente deben ser declaradas inconstitucionales.

En efecto, de las normas nacionales up supra se deduce la consideración de los niños/adolescentes no solamente como objetos de protección sino también como carentes de la titularidad de derechos y garantías básicos del derecho penal de cuño liberal que informa toda nuestra legislación penal y procesal penal ya sea a nivel provincial como nacional.

En síntesis, la “internación” del adolescente durante el proceso penal como “medida tutelar” es violatoria del “principio de legalidad”, del “principio de reserva”, de la garantía del “juicio previo”, del principio de “culpabilidad por el acto”, del principio “non bis in idem”, del “principio de inocencia”, del principio del “interés superior del niño”, del principio de “mínima intervención penal”, del principio de “no discriminación” y del principio de “unidad familiar”, todos ellos deducidos tácita o expresamente de la Constitución Nacional y de los TIDH incorporados por la cláusula del art. 75, inc. 22 de la norma suprema..

Por otra parte, principios liminares del Derecho Penal Juvenil, tales como los de “especificidad”, “interés superior del niño”, “mínima intervención penal” y “brevedad, excepcionalidad y último recurso” de la privación de libertad, cristalizados constitucionalmente por vía del art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional que otorga jerarquía constitucional a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sustentan jurídicamente desde el punto más alto de la pirámide jurídica tal postura respecto de esta materia en particular.

Por ultimo hay que destacar que “cualquier intervención coactiva que se aplique antes de una sentencia de condena -particularmente cuando se trate de una medida restrictiva de la libertad- debe estar fundada estrictamente en cuestiones de carácter procesal debidamente probadas y debe cubrir una serie de exigencias tales como: mérito sustantivo, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, por el tiempo más breve que proceda.” (Expte. N° 22.909, “Famoso, Elizabeth, y otros., 17/03/2004, La Ley 2004-D-194).

## **V- LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS MENORES DE EDAD SEGÚN LOS TIDH**

La CDN en sus art. 37 y 40, sientan las bases de un derecho penal de menores enmarcado en la doctrina de la protección integral y el respeto de las garantías procesales fundamentales.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por Resolución n° 40/33 de la Asamblea General, el 29 de noviembre de 1.985, integran el preámbulo de la Convención Sobre los Derechos del Niño y consagran un plexo de derechos y garantías similar.

En cuanto a las medidas privativas de libertad establecen que sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible (art. 13.1). 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 lugar o a una institución educativa (art. 13.2). Las decisiones judiciales que se adopten serán siempre proporcionadas, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad. Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible. Sólo se impondrá privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 14/113 de diciembre de 1.990, prescriben que la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso, por el período mínimo y necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción deberá determinarse por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo (art. 2). Por privación de libertad se entiende 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, por orden de cualquier autoridad judicial administrativa u otra autoridad pública (art. 11.b). 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 prisión 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 (art. 17).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño resaltó que "el Estado

tiene la obligación de elaborar programas de prevención del delito. El internamiento de niños sin que hayan cometido una falta y sin respetar las garantías del debido proceso, constituiría una violación a los artículos 7° y 8° de la Convención Americana, al artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la Constitución y al principio fundamental en el Derecho penal de *nulla poena sine lege*. Además, para la detención de niños deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión consultiva OC-17/2002, 28/08/2002)

Por todo lo expuesto y dentro del contexto de nuestro sistema constitucional, el único modo de justificar la limitación de la libertad individual de personas menores de edad -en forma previa al dictado de una sentencia de condena es a título cautelar. En consecuencia, la imposición de este tipo de medidas debe ser excepcional y de carácter instrumental, es decir, nunca podrán ser consideradas un fin en sí mismas, sino sólo un medio para asegurar los fines del proceso

Además, deberán respetarse todas las garantías y presupuestos que se exigen en el proceso penal ordinario para su imposición.

En esta inteligencia, algunas normas de Régimen Penal de la Minoridad -cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada- resultan fundamentales a la hora de decidir la imposición o mantenimiento de una medida privativa de libertad conforme a los principios constitucionales puntualizados. *ut supra*

En efecto, con relación a los menores entre 16 y 18 años "imputables relativos" o "menores punibles" los principios de *excepcionalidad* y *proporcionalidad*, juegan un papel protagónico pues, la eventual pena a imponer puede ser reducida en la forma prevista para la tentativa y aún ser eximida su imposición, teniendo en cuenta los antecedentes del joven, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez. En consecuencia, todas estas alternativas deben ser ponderadas obligatoriamente por el juez a la hora de evaluar la necesidad y legalidad de la internación pues, si de acuerdo a esta serie de indicadores o parámetros, es posible pronosticar que al momento de la sentencia definitiva el menor será beneficiado con alguno de estos "criterios de oportunidad", cualquier limitación de la libertad personal previa será injusta y desproporcionada.

Además, tendrán influencia en la determinación del peligro procesal -*periculum in mora*- pues, una de las pautas objetivas más importantes a tener en cuenta, tiene que ver con la pena con la que se encuentra reprimido el delito que se atribuye al imputado. De manera que, si de acuerdo a la valoración de los indicadores antes señalados es factible pronosticar que la eventual pena a imponer no será de cumplimiento efectivo, tampoco existirán razones para sospechar que el menor eludirá la acción de la justicia.

El problema se presenta con respecto a los menores de 16 años -menores "no punibles"- pues, al no existir expectativa de pena alguna, la aplicación de estos principios excluiría, en principio, la posibilidad de privar de libertad a título cautelar.

En efecto, el proceso penal en el que alguno de estos menores se encuentre eventualmente involucrado estaría destinado a finalizar necesariamente en una resolución de archivo o sobreseimiento, por lo que la imposición de medidas cautelares previas quedaría absolutamente vacía de contenido. En este supuesto, sólo podría admitirse la imposición de medidas como la citación, el arresto y la aprehensión en flagrancia, con el objeto de llevar a estos menores a conocimiento directo y personal del magistrado.

## **VI- CONCLUSIONES:**

a) El modelo de la protección integral adoptado por el bloque normativo en materia de infancia y adolescencia impone la necesidad de que en todo proceso punitivo contra ellos existan salidas alternativas a la mera retribución mediante la imposición de una pena, esto es aplicación de institutos jurídicos que permitan resolver el conflicto que evidencia el inicio de una causa penal por medio de alternativas jurídicas que carezan de una carga coactiva, estigmatizante y privativa de derechos

b) Las limitaciones a la libertad individual que se impongan a personas menores de edad durante la tramitación del proceso penal –cualquiera sea su denominación- deben respetar las mismas garantías y presupuestos que se reconocen a los adultos, en especial, los principios de ultima ratio, excepcionalidad, legalidad, provisionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y limitación temporal que surgen de la normativa constitucional. , por lo que el órgano jurisdiccional deberá fundamentar, en cada caso, la necesidad de su imposición, vinculada con la finalidad de asegurar los fines del proceso (peligro procesal).

c) Las exigencias de naturaleza educativa, orientadas a la protección integral del menor, nunca pueden implicar una disminución de tales garantías, las que por el contrario, deben ser reforzadas y acentuadas en atención a su condición de personas en desarrollo.

d) Se impone la urgente e imperiosa necesidad de adecuar la legislación nacional y provinciales a los principios y garantías que surgen de los TIDH, en especial la Convención Sobre los Derechos del Niño.

e) Propugnamos e insistimos se implementen-con la premura que el caso requiere- las acciones necesarias para hacer operativa la garantía de la desjudicialización, direccionando las políticas a un derecho penal mínimo especial., donde la problemática penal juvenil se resuelva a través de alternativas al juicio y a la pena: la doctrina habla de “consecuencias penales atenuadas”: solución de conflicto, justicia restaurativa, criterios de

oportunidad, aplicación de criterios de tentativa, reparación del daño, suspensión del juicio a prueba, trabajo en comunidad., mediación penal juvenil.

En este sentido, no puedo concluir este trabajo sin mencionar que el Senado de la Nación aprobó el 08/07/09 un Régimen Penal Juvenil para responsabilizar a menores de entre 14 y 18 años por delitos establecidos en el Código Penal de acción pública en la que se merece destacar la proposición de siete sanciones: disculpas personales ante la víctima; reparar el daño causado; prestación de servicios a la comunidad; órdenes de supervisión y orientación; privación de libertad durante el fin de semana o tiempo libre; privación de libertad en domicilio; privación de libertad en centro especializado. En tanto, que otro proyecto –también en tratamiento incluye la inhabilitación.

Todo ello importa concretar respuestas menos lesivas y muchas veces más efectivas para enfrentar el conflicto que tiene como sujeto esencial a un niño o un adolescente con el fin de evitar los efectos devastadores de la institucionalización, que señala acertadamente el Dr Zaffaroni cuando dice “las medidas impuestas a los adolescents y niños ,cuando configuran institucionalizaciones tienen efectos deteriorantes totales e irreversibles, considerablemente agravados , porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto”

#### BIBLIOGRAFIA

BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. del Puerto, Bs. As, 1998, p. 155.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Imputabilidad y edad penal”, [www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org), CSJN in re “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa “*Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus*”, 03/05/2005, publicado en *Actualidad Jurídica de Córdoba. Derecho Penal*, II, v. 43, junio de 2005, p. 2709 y ss..

DIARIO JUDICIAL del 10 de julio de 2009

FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, comentario a la ley 26.061, Nota de legislación, ADLA, 2005-E, 5809.

FELLINI, Zulita, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1996, p. 62 y ss.

MAIER, Julio B. J., “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n°2, P. 9

ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As. 2000, p. 178/183

Opiniones Consultivas y Jurisprudencia de la Corte IDH