

El internamiento como medida extrema: detención, prisión preventiva e internamiento en centro especializado en el Proyecto de Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Oaxaca

Rubén Vasconcelos Méndez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Situación actual. III. La medida de internamiento como medida extrema. IV. El internamiento como medida extrema en la Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Oaxaca. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas tienen el objetivo de proponer una interpretación del principio constitucional que ordena que, en la justicia para adolescentes, el internamiento debe ser una medida extrema y explicar de qué manera dicho principio irradia o debe irradiar en cada uno de los momentos o etapas que componen dicho sistema especializado. Voy a sostener que este principio debe regir en todo el proceso penal de responsabilidad para adolescentes, que constituye uno de los cambios culturales más importantes que consigna la reforma al artículo 18 de la Constitución de la República, y que, por tanto, el legislador, al momento de llevar a cabo la regulación de las diversas instituciones jurídicas que lo estructurarán, y los operadores jurídicos, al proceder a su aplicación, están obligados a considerarlo como un principio normativo ineludible. Para el desarrollo de esta tesis tomaré como puntos de referencia principalmente tres

* Subprocurador de Asuntos Internos de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca.

fuentes: el Anteproyecto de Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Oaxaca elaborado recientemente por una Comisión compuesta por integrantes del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado, el H. Congreso del Estado, la Procuraduría General de Justicia, y el Consejo de Tutela para Menores Infractores del Estado; el Anteproyecto de Código Procesal Penal para Oaxaca que recientemente dio a conocer el H. Tribunal Superior de Justicia del Estado;¹ y las diversas normas que existen en Latinoamérica sobre Justicia Penal para Adolescentes, algunas de ellas contenidas en leyes especializadas y otras en códigos integrales de protección de derechos de niños y adolescentes. Procederé, a efectos de dar orden a mi exposición, en tres pasos: primero, mostraré cómo funciona el sistema o modelo tutelar actual para tener presente la magnitud que el cambio constitucional implica; segundo, fundamentaré, basándome en los principios que rigen a un sistema penal mínimo y los que imperan en el derecho de la infancia, la interpretación que propongo; y, tercero, señalaré y analizaré las garantías específicas que en el Anteproyecto de Ley de Justicia para Adolescentes que existe en Oaxaca se pretenden consagrar para hacer efectivo dicho principio en todas las etapas del sistema.

II. SITUACIÓN ACTUAL²

Con respecto al sistema tutelar actual sólo voy a señalar algunas normas que lo rigen (según el modelo vigente en Oaxaca), relacionadas con el tema que me ocupa, para que se perciba con claridad la magnitud del cambio de paradigma que la reforma al artículo 18 constitucional importa.

¹ En lo que sigue utilizaré las abreviaturas ALJAO para referirme al Anteproyecto de Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Oaxaca y ACPPO para aludir al Anteproyecto de Código Procesal Penal para Oaxaca.

² Nota de la Dirección: Este artículo se escribió con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca el 9 de septiembre de 2006 y que entró en vigor el 1 de enero de 2007). Muchos de sus comentarios, sin embargo, mantienen su actualidad y utilidad en la interpretación de la legislación vigente.

1. El sistema vigente no distingue, (art. 509 del Código de Procedimientos Penales del Estado —CPP—) en su forma de reaccionar ante eventuales problemáticas que sufran los niños, entre aquéllos con derechos insatisfechos o vulnerados y aquellos que cometen delitos, dando respuestas similares, de tipo coactivo, a ambos grupos diferentes. Lo más grave de este lamentable equívoco es que conlleva, además de la violación al principio de legalidad, ya que se puede someter a procedimientos y sanciones a los adolescentes por conductas que no constituyen delito, la posibilidad de privarlos de su libertad sólo por tener carencias socioeconómicas y afectivas con el pretexto de la protección (Binder considera esto parte del “catálogo mínimo de la hipocresía” de la política estatal respecto a los niños). Es un sistema construido a partir de la primacía de la defensa social, no de la protección de derechos, que refleja las limitaciones del sistema estatal de asistencia social y que promueve, más que previene, la comisión de delitos (Carranza).

2. En el modelo tutelar actual se juzga previamente a los adolescentes que llegan al sistema. Su solo arribo los convierte en “menores infractores”. Así se puede apreciar en la definición de “menor infractor” que consagra el artículo 2 de la Ley de Tutela Pública para Menores Infractores del Estado de Oaxaca (LTPMIE): “toda persona física cuya edad fluctúa entre los once y dieciséis años de edad y que *se le impute* actos que las leyes tipifiquen como delitos”. Nótese que en esta definición sólo basta que a un adolescente se le “impute” la comisión de un delito para ser considerado “menor infractor”. Si ello es así la pregunta es: ¿qué caso tiene regular un procedimiento de responsabilidad? Además, piénsese en los efectos negativos de esta norma por la estigmatización que produce en la persona del adolescente y la afectación que ocasiona en su desarrollo.

3. En la ley aún vigente no existe ninguna consideración o respeto al principio de presunción de inocencia. El artículo 41 de la LTPMIE dispone que después de la declaración del presunto adolescente infractor de inmediato debe ordenarse “su internamiento provisional en el centro de internamiento...”. Para dictar la denominada tutela pública preventiva, que es equivalente a la prisión provisional, basta que la conducta atribuida sea “relevante” y probable la participación del menor, aspectos cuya confirmación se obtendrán de las evaluaciones iniciales que realizarán las

áreas de especialidades del Centro de Internamiento y que darán el perfil general sobre la personalidad de los adolescentes y de las diligencias que se hayan desahogado dentro del periodo de 72 horas (art. 41).

4. Las medidas que se imponen a los adolescentes no se basan en la gravedad del delito y la responsabilidad de quien lo cometió, sino en el resultado de diversos estudios biopsicosociales. No es la gravedad del hecho lo que determina la sanción, lo relevante son las características del adolescente. La culpabilidad no es un límite a la sanción. El sistema castiga a los adolescentes por lo que son y no por lo que hacen. Así, la ley vigente señala, en su artículo 48, que los dictámenes y estudios técnicos son la base para dictar *tutela definitiva* a los adolescentes, determinar el tipo específico y la duración del tratamiento y “las medidas a que se sujetará el menor dentro del Centro”. Estos estudios, cuyo fin es obtener un perfil general de la personalidad de los adolescentes, comprenden, así lo prescribe el artículo 46, el análisis de la personalidad, antecedentes, medios familiares, sociales, culturales, educativos y económicos de aquéllos. De esta manera, la modalidad de la sentencia y el tiempo de la medida se deja no a una cuestión objetiva relacionada con la conducta del adolescente, sino a los resultados de su “perfil general de personalidad”.

5. En el actual sistema, las medidas que se imponen a los adolescentes pueden ser no proporcionales con la infracción cometida (nada impide que se deje más tiempo interno a un adolescente que cometió un robo simple que a uno que cometió un homicidio) e indeterminadas, su único límite es algo muy subjetivo y arbitrario: “hasta que el menor haya logrado su adaptación al medio familiar y social” (art. 48). La ley sólo ordena establecer, en la resolución final, un pronóstico sobre su duración (art. 48).

6. El sistema regula como medida principal, casi única, la de privación de libertad (art. 50), lo que significa que está construido para responder a la comisión de cualquier delito por parte de los adolescentes con la medida más violenta que tiene el sistema coactivo del Estado.

7. La ley autoriza, en franca violación a los derechos básicos que tiene cualquier persona, privar de la libertad, hasta por tres meses, a los adolescentes puestos a disposición del Consejo de Tutela aunque no hubieren cometido delito alguno (art. 47 segundo párrafo).

III. LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO COMO MEDIDA EXTREMA

La Constitución transforma el inconstitucional e ilegítimo sistema tutelar: ordena la creación de un sistema de justicia integral para adolescentes de corte garantista; fija que aquéllos gozan de derechos específicos; consagra la garantía del debido proceso y la especialidad del sistema; y establece, que es el tema que a continuación desarrollaré, varias normas de procedencia de las medidas que se impongan a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Respecto a este último tema, la Constitución establece varias reglas. Primero, cuando sea posible, no deben imponerse medidas a los adolescentes y hay que utilizar mecanismos alternativos; segundo, todas las medidas deben ser proporcionales a la conducta realizada; y, tercero, la finalidad de las medidas será la reintegración social y el pleno desarrollo de la persona y capacidades del adolescente. La Ley Suprema establece normas adicionales cuando la medida sea de internamiento: ésta será extrema, procederá por el tiempo más breve posible, únicamente para los mayores de catorce años y sólo en caso de delitos graves. Estas normas, que conforman las directrices constitucionales de reacción ante la delincuencia de adolescentes, se resumen en tres principios o criterios de orientación fundamentales: debe evitarse la imposición de medidas (a través de los procesos de conciliación, mediación u otros mecanismos procesales); hay que restringir lo menos posible los derechos en caso de que sea necesario imponer alguna medida; y es preciso evitar dictar una medida privativa de libertad. Así pretende la Constitución hacer realidad el principio de que la libertad es la regla principal en el trato con los niños. Este principio de libertad está reforzado para el caso de los adolescentes, porque, para poder proceder a su restricción, la Constitución establece criterios objetivos, como la edad y el tipo de delito, que deben funcionar como auténticos límites al poder punitivo del Estado, como barreras a la forma estatal de reaccionar ante la comisión de delitos por parte de los adolescentes. Estos límites objetivos también actúan como criterios de exclusión del uso de la privación de libertad para la consecución de fines distintos a los establecidos en la misma Constitución, como podrían ser la defensa social o la prevención general.

No puedo ahora extenderme en este tema tan importante, pero considero necesario que nos percatemos de que la respuesta penal que el sistema de justicia para adolescentes debe configurar tiene que adecuarse a las características de los sujetos a los que se dirige. Es decir, sus instrumentos y procedimientos deben dirigirse a atender la especial situación de los adolescentes, sus necesidades específicas y el interés superior de los mismos.³ Es la única forma de lograr la finalidad, principalmente, de prevención especial y, por tanto, educativa, que impone la Constitución, de limitar los procesos de exclusión social y facilitar “los procesos de autoafirmación e inserción social de los jóvenes”.

Una vez dicho lo anterior, es importante definir, para no distorsionar los principios señalados antes, el significado del término “internamiento” utilizado por la Constitución. A nuestro parecer, éste debe ser entendido como una forma negativa de consagrar el derecho a la libertad de los adolescentes, como sinónimo de privación de libertad y, por tanto, debe comprender “toda restricción que reduzca sustancialmente la libertad personal ...”.⁴ De esta forma la noción de “internamiento” comprenderá la detención y la aprehensión, la prisión preventiva y el encierro en cárceles o cualquier recinto público o privado, porque todas estas medidas conllevan una injerencia o restricción del derecho de libertad. Este entendimiento es el que, consideramos, está consagrado en diversos convenios e instrumentos internacionales que rigen en la materia.⁵ Así, por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) señala en su artículo 37 b):

³ Sáinz-Cantero Caparros, José, “Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores”, ponencia del curso *La Justicia de Menores*, dirigido a secretarios judiciales, impartido del 6 al 8 de septiembre de 2004, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos, p. 5159 (consultado el 31 de enero de 2007 en <http://www.cej.justicia.es>).

⁴ Bovino, Alberto, “La libertad personal en el sistema interamericano”, en *Justicia penal y derechos humanos*, Argentina, Editores del Puerto, 2005, p. 77.

⁵ Así lo observa también, Martínez-Mora Charlebois, Laura, “La privación de libertad de adolescentes en el Derecho Internacional y en las legislaciones de Costa Rica, España y Chile”, p.63 (http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Cad_Sist._Justicia_Juvenil_Mod._5.htm). En Chile, el proyecto inicial del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes señalaba, en su artículo 14: “Privación de libertad. Para los efectos de esta Ley, se entiende por privación de libertad

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 periodo más breve que proceda.

La regla 11 b) de las Reglas de Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad, que casi literalmente repite el artículo 18 del ALJAO, señala que privación de libertad es:

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.

En el documento denominado “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión” se dice lo siguiente:

a) Por “arresto” se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad; b) Por “persona detenida” se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito; c) Por “persona presa” se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito; d) Por “detención” se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define *supra*; e) Por “prisión” se entiende la condición de las personas presas tal como se define *supra*; f) Por “un juez u otra autoridad” se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.

toda forma de aprehensión, arresto o detención, así como el internamiento en cárceles o recintos públicos o privados, ordenado o practicado por la autoridad judicial u otra autoridad pública, del que no se permita salir al adolescente por su propia voluntad”. La Corte Constitucional colombiana ha dicho que por libertad personal “debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier forma de limitación de la autonomía de la persona”.

La pregunta que podemos hacernos ahora es: ¿Por qué se establece en la Constitución y en la ley que las medidas privativas de libertad son último recurso? Son varias razones; todas ellas provienen de los derechos específicos de que gozan los niños y adolescentes y la determinación de los fines constitucionales del sistema. El cumplimiento de éstos debe darse a través de ciertos instrumentos que sean racionales y eficaces para su cumplimiento. Si el fin es la reincorporación, el medio empleado para conseguir este fin no es la privación de libertad sino otros medios, apareciendo aquélla como excepcional y aplicable sólo a ciertos casos que sean graves y no quede otra alternativa. La privación de libertad es un castigo sumamente severo para las personas que están en desarrollo.

Ahora bien, establecido el significado del principio de internamiento como medida extrema y definido su significado como una norma de protección, de salvaguarda del derecho a la libertad de los adolescentes en todos los supuestos en que éste pudiera sufrir riesgo, lo que sigue es la confección de las garantías que lo hagan efectivo. Esta función la debe cumplir la Ley de Justicia Penal para Adolescentes. Brevemente, voy a referirme a continuación a cada uno de los instrumentos comprendidos en dicha noción: la detención, la prisión provisional y el internamiento en centro especializado y a señalar la “intensidad” que adquieren dichos instrumentos en la justicia para adolescentes en la que deben configurarse como medidas extremas.

Antes es preciso señalar que la Ley de Justicia para Adolescentes ha realizado una selección de los bienes jurídicos que debe proteger con mayor intensidad y que confeccionan los delitos graves en la propia ley. Es importante decir que, como no podía ser de otra forma, el constituyente ha dejado al legislador, un amplio margen de libertad para señalar cuáles son los delitos que considera graves.

IV. EL INTERNAMIENTO COMO MEDIDA EXTREMA EN LA LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES PARA EL ESTADO DE OAXACA

1. *La detención de adolescentes*

La detención de los adolescentes, como cualquier acto de molestia, debe estar justificada y realizarse únicamente en los casos y mediante las

condiciones establecidas en la Constitución de la República. No voy a repetir aquí los derechos que otorga ésta a las personas que son detenidas o aprehendidas, cuya titularidad también corresponde a los adolescentes cuando están en esa situación. Me parece más importante ahora analizar las causas por las que, según el ALJAO, procederá la detención de adolescentes: por órdenes de comparecencia y presentación, decretadas por autoridad judicial (que deben cumplir con las exigencias formales de ser escritas, estar fundadas y motivadas) y por flagrancia (supuesto en el que la detención la puede hacer cualquier persona). La detención sólo procederá, en consecuencia, por orden judicial, con excepción de los casos de flagrancia. Habrá una sola excepción al principio de que toda detención debe provenir de orden judicial ya que se eliminan los casos de urgencia⁶ y, con ello, el único supuesto mediante el cual el Ministerio Público (MP), por autorización de la propia Constitución, puede detener a las personas. Así, el ALJAO establece, con precisión, las causas de la detención y los procedimientos que deben seguirse para su ejecución⁷ definiendo las condiciones materiales y los requisitos formales de la misma.

El ALJAO señala que en el caso de las órdenes de comparecencia, que implican la utilización de la fuerza pública, éstas únicamente pueden decretarse cuando el adolescente no hubiere cumplido con una citación previa sin causa justificada y su presencia sea necesaria en un acto del proceso; esta medida debe estar muy bien motivada porque el juez no puede emplear la fuerza por cualquier motivo contra un adolescente. Considero incluso que habrá muchos casos en los que, antes de utilizar el auxilio de la fuerza pública, el juez podría citar al adolescente

⁶ El actual art. 15 del CPP del Estado señala que el MP podrá ordenar la detención de una persona por flagrancia o en casos urgentes, como lo dispone la Constitución de la República.

⁷ Señala el art. 7.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". El art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos (PIDCP) dice: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales...". El 9.1 del mismo Pacto señala: "...Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta".

por segunda ocasión advirtiéndole de las consecuencias del incumplimiento.⁸ En este supuesto de detención el plazo de la medida sólo puede durar lo que lleve la realización de la diligencia respectiva. No podemos dejar de señalar que la citación y, en caso de incumplimiento, la orden de comparecencia, son las únicas medidas que pueden dictarse contra los adolescentes de 12 y 13 años y en los supuestos de la comisión de delitos no graves.

En el caso de las órdenes de presentación, el juez podrá ordenarlas cuando concurren los siguientes requisitos: a) denuncia o querrela previa; b) petición del MP;⁹ c) se trate de delito grave, que, como dijimos antes, son los únicos que pueden ser sancionados con medida privativa de libertad; d) adolescentes mayores de catorce años; y, e) “exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el adolescente podría no someterse al proceso u obstaculizaría el esclarecimiento del hecho o se estime que el adolescente puede cometer un delito doloso contra la propia víctima, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el proceso, o contra algún tercero”. No podrá dictarse orden de presentación a adolescentes si no concurren los requisitos anteriores, han cometido delitos considerados no graves o bien tengan 12 o 13 años. En estos casos, como hemos dicho antes, sólo podrá emitirse una citación y, en su caso, una orden de comparecencia. Una vez puesto a disposición del juez, la audiencia respectiva deberá llevarse a cabo de

⁸ El artículo 227 del ACPPO señala la forma de citación del imputado: “En los casos en que sea necesaria la presencia del imputado para realizar una diligencia, el Ministerio Público o el juez, según corresponda lo citarán, junto con su defensor, a comparecer, con indicación precisa del hecho atribuido y del objeto del acto, la oficina a la que debe comparecer y el nombre del servidor público encargado de realizar la actuación. Se advertirá allí que la incomparecencia injustificada puede provocar su conducción por la fuerza pública y que estará sujeto a las sanciones penales y disciplinarias correspondientes”.

⁹ Este es un requisito que ha sido establecido, en el caso de las órdenes de aprehensión, por la propia SCJN en la tesis 227, Quinta Época, que aparece en el *Apéndice de 1995*, p. 129; dice: “ORDEN DE APREHENSIÓN. Para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si éste no solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla”.

inmediato (art. 100 segundo párrafo del ALJAO) pudiendo el juez, decretar la imposición de alguna medida cautelar.

La detención por flagrancia —que, como hemos dicho, es el único caso de excepción a la regla de que toda privación de libertad exige orden judicial y que presupone la “necesidad de intervención inmediata”— está resguardada con diversas normas que la limitan, comenzando con la propia noción de flagrancia ya que se elimina la denominada flagrancia equiparada.¹⁰ En estos casos, los adolescentes deben ser puestos a disposición del MP inmediatamente por quien haya hecho la detención, ya sea un particular o la policía. Una vez puestos a disposición de aquél, hay que considerar algunos de los diversos supuestos que se presentarán por la edad y tipo del delito presuntamente cometido:

- a) Los adolescentes menores de catorce años sorprendidos en la comisión de cualquier delito, graves y no graves, serán puestos de inmediato a disposición del juez.
- b) Los adolescentes mayores de catorce años que no hayan cometido delitos graves, serán puestos de inmediato a disposición del juez.
- c) Si se trata de mayores de catorce años que hayan cometido delitos graves, el MP tendrá 48 horas para plantear la imputación ante el juez, tal como lo establece el párrafo sexto del artículo

¹⁰ El art. 23 bis del CPP del Estado establece los supuestos de flagrancia equiparada. Como escribe Carbonell, este concepto es inconstitucional ya que permite detenciones fuera de lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución de la República. Como nos informa este autor, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU consideró que esta figura es incompatible con la presunción de inocencia y genera riesgos de detenciones arbitrarias y extorsiones.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2005, p. 709. El artículo 74 del ALJAO señala: “Flagrancia. Se podrá detener al adolescente sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay delito flagrante cuando:

- I. La persona es sorprendida en el momento de estarlo cometiendo;
- II. Inmediatamente después de cometerlo, es perseguido materialmente; y
- III. Inmediatamente después de cometerlo, la persona es señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, y se le encuentren objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en un delito”.

16 de la Constitución de la República, o bien decretar el archivo provisional o definitivo de la investigación y poner al adolescente inmediatamente en libertad (art. 96 último párrafo).

- d) Si se trata de delitos que se persigan por querrela, quien pueda presentar la denuncia será informado inmediatamente de dicha posibilidad y, si no lo hace “en ese momento” (*sic*), el adolescente será puesto en libertad (art. 74 último párrafo).¹¹

Como se puede apreciar, además de que se pretende hacer efectivo el derecho del adolescente de ser puesto de inmediato a disposición del juez para evitar cualquier acto ilegal o arbitrario contra su persona, también se busca reducir al mínimo la interferencia del Estado en la libertad del adolescente, haciendo la distinción entre aquellos supuestos en los que procederá o no la privación de libertad para no someter inútilmente a un adolescente a esta medida extrema. Estamos ante un supuesto de limitación a las autoridades del MP de sus facultades de retención de una persona. Y la razón es muy sencilla: si no procederá de ninguna forma en esos casos la privación de libertad, no tiene sentido retardarla.

La regulación de la detención de una persona adolescente debe estar complementada con garantías específicas que hagan más intensas sus notas de excepcionalidad y provisionalidad en consideración a su etapa vital de desarrollo y a los riesgos que corre (mayores mientras más chico es) de que sus derechos sean vulnerados. Estas garantías deben expresarse en las condiciones que regulan cada uno de los casos de procedencia de la detención. Por ello, me parece que es preciso que el sistema de justicia para adolescentes contenga normas adicionales a las que el Anteproyecto establece para considerar debidamente los derechos específicos de los sujetos a aquél. Así, entre otras, proponemos las siguientes:

- a) Aclarar que los niños (menores de 12 años) no pueden ser detenidos en ningún caso, ni siquiera en delito flagrante, por lo que, ante este evento, de inmediato deben ser remitidos con sus

¹¹ Es la misma norma contenida en el art. 167 del ACPPo.

- padres, tutores o responsables o con la asistencia social cuando no existan aquéllos.¹²
- b) Hay que subrayar que las órdenes de presentación y comparecencia deben ser emitidas por un juez con competencia para conocer de asuntos de adolescentes en conflicto con la ley penal.
 - c) Como deben estar señalados taxativamente los casos en que se permite la detención de adolescentes, consideramos necesario establecer que también es procedente cuando éstos se fuguen del Centro Especializado en que cumplan la medida que les fue impuesta.¹³ Esta sería otra excepción a la regla de la detención de adolescentes sólo por orden judicial.
 - d) Por la importancia de la norma y para proteger adecuadamente al adolescente, y aunque pudiera parecer una reiteración del ACPPO por el carácter supletorio que se pretende que éste tenga en el sistema, nos parece conveniente establecer en la Ley de Justicia para Adolescentes que la policía está obligada a poner *de inmediato* a disposición del MP o del juez al adolescente detenido,¹⁴ fijando, incluso, un término específico, que podría ir de seis a ocho horas con las excepciones propias de las dificultades

¹² Con suma precisión, así establece esta idea el artículo 326, último párrafo, del Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador: “Ningún niño puede ser detenido, ni siquiera en caso de infracción flagrante. En este evento deberá ser entregado de inmediato a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe recibir a un niño en un Centro de Internamiento; y si de hecho sucediera, el Director del Centro será destituido de su cargo”.

¹³ Decimos que debe aclararse, aunque sabemos que se puede incluir como un caso de flagrancia y proceder la detención por evasión del adolescente del establecimiento de internamiento.

¹⁴ Recuérdese que la Constitución señala que se debe poner al acusado a disposición del juez “sin dilación alguna”. Me parece importante la norma que estableció la iniciativa de Ley General de Justicia Penal para Adolescentes presentada por el Ejecutivo Federal; ésta señala en su artículo 55: “inmediatamente que se ejecute una orden de aprehensión, la Policía deberá poner al imputado a la disposición del juez en las instalaciones del juzgado”. El artículo 26 del ALJPA señala: “Todo adolescente tiene derecho a ser presentado *inmediatamente y sin demora* ante el juez o el Ministerio Público, siempre dentro de los plazos que establece esta ley, así como a no ser conducido o apresado por la comunidad de modo que se afecte su dignidad o se le exponga a algún peligro”.

del lugar, las comunicaciones, etc.; este plazo permitiría dilucidar legalmente lo que significa el término *inmediato* para que la policía ponga a disposición del MP al adolescente detenido y de que éste, a su vez, ponga a disposición del juez al que no ha cometido delitos graves o que, cometiéndolos, es menor de catorce años; lo importante y determinante respecto a este tema es evitar que el adolescente permanezca detenido indebidamente y pueda sufrir algún daño.

- e) En los diversos supuestos de detención que referimos también se hace necesario establecer, en aquellos casos en que no se trate de delitos graves, que la policía no debe ni puede detener al adolescente más que para efectos de llevarlo a la presencia del MP.¹⁵
- f) Hay que fijar el plazo que tiene la persona ofendida en los delitos de querrela para ir a presentar su denuncia, para no extender la retención del adolescente y ponerlo, en caso de que aquélla no se produzca, de inmediato en libertad. Pienso que el plazo no puede ser superior a 24 horas.
- g) Hay que establecer sanciones a las personas o autoridades que detengan arbitrariamente a un niño o a un adolescente. Un buen ejemplo que nos ofrece el Derecho comparado es el artículo 395 del Código para el Sistema de Protección de los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana que dice:

Quando se prive a un niño, niña o adolescente de su libertad, procediendo a apresarlos sin estar cometiendo un delito flagrante o sin estar provisto el que da la orden y el que la ejecuta de una orden escrita

¹⁵ Ejemplo de una regulación específica en la materia es el art. 48 de la Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal aprobada recientemente en Chile: “Citación, registro y detención en casos de flagrancia. El adolescente que fuere sorprendido *in fraganti* cometiendo una infracción a la ley penal que no se encuentre sancionada con penas privativas ni restrictivas de la libertad, será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio. La policía podrá registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona que será citada. Asimismo, podrá conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí la citación”.

del juez competente, se castigará con la pena de detención de seis (6) meses a un (1) año de prisión y una multa de tres (3) a cinco (5) salarios mínimos establecidos oficialmente, vigente al momento de la comisión de la infracción.

- h) En el supuesto de los mayores de catorce años que hayan cometido delitos graves, pensamos que podría reducirse el plazo de retención a 24 horas para que el MP plantee la imputación ante el juez¹⁶ o, en su defecto, señalar y dejar aclarado que el plazo máximo de 48 horas no le concede un derecho a agotarlo, y que las diligencias que correspondan deben realizarse de forma preferente para que la consignación al juez dure lo menos posible y se evite la prolongación de la privación de libertad¹⁷. La detención debe reducirse al tiempo más breve posible sin que pueda rebasar las 48 horas que funciona como límite máximo.¹⁸ El derecho a la libertad de que goza el adolescente se vulnera si queda detenido aun cuando se hayan terminado las averiguaciones dirigidas a esclarecer los hechos. El plazo de 48

¹⁶ Así, por ejemplo, el art. 296 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana: “Hechos en flagrancia. En las infracciones flagrantes, las autoridades o las personas que realicen la aprehensión, de inmediato deberán poner a disposición del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes a la persona adolescente imputada. El Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes deberá, dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, identificar, tomar declaración indagatoria y, cuando legalmente proceda, solicitar la imposición de medidas cautelares [...]”.

¹⁷ Al respecto puede verse, Miranda Estrampes, Manuel, “Medidas de Coerción”, *Seminario para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2005, p. 58. Como escribe Andrés Ibáñez, hay una tendencia a pensar que existe un derecho de *disponer* del plazo legal de detención, “cuando lo cierto es que lo único que legitima el mantenimiento de la medida es la permanencia de la necesidad de realizar actuaciones que constitucional y legalmente la justifiquen desde el supuesto concreto”. Ibáñez, Perfecto Andrés, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, núm. 6, julio-diciembre 2005, p.15.

¹⁸ Respecto a este tema es importante y clarificador, Fernández Segado, Francisco, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal en la doctrina constitucional española”, en *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, 2003, p. 131-132.

horas me parece excesivo en todos los supuestos pero más aún cuando se trata de adolescentes.¹⁹

No puedo extenderme en este tema ahora, pero me interesa señalar que en el caso de la detención de adolescentes hay otro grupo de garantías que, más que como límites al poder público, funcionan como exigencias u obligaciones positivas a cargo del mismo. Estas garantías especiales, referidas a las condiciones de la detención de los adolescentes, y que tratan de “proteger el bienestar de los detenidos en momentos en que están totalmente bajo control del Estado y, por tanto, son particularmente vulnerables a los abusos de autoridad”,²⁰ deben estar reguladas con amplitud porque disponen, precisamente, el trato que debe otorgarse y las atenciones sociales que deben brindarse a los adolescentes desde el momento en que se enfrentan con las autoridades policíacas. Estas normas configuradas como derechos deben establecer obligaciones para los operadores del sistema y conformar un catálogo de reglas de actuación de la policía en el momento en que procede a la detención de adolescentes. Si éstas no se cumplen, la detención efectuada será arbitraria o abusiva por no llevarse a cabo de forma acorde con los principios que protegen a los menores de edad.

2. *La prisión preventiva*

Tomando en cuenta los referentes indicados antes, la siguiente cuestión es ¿cómo puede operar, en el caso de la realización del juicio, respecto a los adolescentes sometidos a proceso, la norma constitucional que ordena que la medida de internamiento debe ser una medida extrema? ¿Cuál es la solución que propone el ALJAO? ¿Cuáles son las notas que hacen o pueden hacer más “intensa” la protección de la libertad de

¹⁹ Como escribe Carbonell, “la retención es una figura que no encaja del todo dentro del sistema constitucional de privación legal de libertad”. Su reconocimiento en la Constitución, dice, es “peligroso” ya que se lleva a cabo sin ningún tipo de control judicial. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005, p. 711.

²⁰ Así lo dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, nota 5, párrafo 120.

los adolescentes sometidos a un juicio en atención a sus derechos específicos y a sus particulares condiciones de desarrollo?

Los adolescentes, como los adultos, deben ser considerados inocentes, y ser tratados como tales, cuando se está en vías de determinar su responsabilidad penal y, en su caso, hasta que ésta se fije mediante sentencia firme, derecho que impone límites estrechos a la posibilidad de internamiento temporal antes del juicio. La presunción de inocencia es un derecho fundamental que deriva del principio general de libertad y en uno de sus significados, como escribe Ferrajoli, “es una regla de tratamiento del imputado” que excluye o restringe al máximo la posibilidad de limitar la libertad de las personas. Por ello, la libertad del adolescente procesado debe ser la regla y la imposición de medidas de coerción personal, y, entre ellas, la prisión provisional, que implica la privación de libertad sin juicio y que es, por eso mismo, “la modalidad más radical de intervención del Estado” sobre las personas, debe racionalizarse bajo la consideración de ser una medida excepcional.²¹

El ALJAO, por lo anterior, regula con precisión las medidas cautelares que se podrán imponer a los adolescentes, delimitando sus presupuestos de procedencia y fines. Como puede fácilmente entenderse, estas dos cuestiones son fundamentales en la regulación de estas medidas ya que definen su naturaleza jurídica y determinan sus características. Las medidas cautelares procederán, a petición del Ministerio Público, cuando el juez cuente con los elementos de convicción e indicios suficientes “para determinar la existencia del hecho y la probable participación del adolescente en él” (art. 77 segundo párrafo); y cuando “exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el adolescente podría no someterse al proceso, obstaculizaría el esclarecimiento de los hechos o que su conducta represente un riesgo para la víctima o para la sociedad” (art. 77 párrafo inicial).²² Así, los objetivos o fines de las medidas cautelares serán

²¹ El art. 9.3 del PIDCP dice: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”.

²² El Anteproyecto establece en los arts. 79 al 81 algunas circunstancias que podrían considerarse la concretización de los tres supuestos señalados como presupuestos que harían procedente la adopción de una medida cautelar.

evitar que el adolescente se evada de la acción de la justicia; impedir que elimine u obstaculice pruebas; y proteger a la víctima y a la sociedad.²³

Lo anterior nos permite resaltar (de gran importancia si consideramos la forma en que está regulada actualmente la prisión provisional dentro de la justicia ordinaria, y, más aún, en el modelo tutelar) la naturaleza eminentemente procesal de las medidas cautelares, pero ello no basta para desarrollar o brindar efectividad en nuestro ordenamiento al principio de que la prisión preventiva debe ser una medida extrema, aun cuando dicha finalidad excluye que aquélla pueda tener un fin punitivo, se imponga como pena anticipada o medida de seguridad y se utilice para efectos de “protección” o para otros objetivos, como realizar estudios físicos o biopsicosociales.

La propia Constitución establece dos requisitos de procedencia adicionales a los mencionados antes para que pueda dictarse la prisión preventiva: la gravedad del delito y la edad del adolescente. Es decir, además de tener suficientes elementos de convicción de la participación del adolescente en la ejecución del delito y del riesgo que corre la realización del proceso, el juez deberá tomar en consideración necesariamente el delito cometido y la edad del adolescente. En los casos de delitos no graves y de adolescentes menores de catorce años, la prisión preventiva no será procedente. No se trata en estos casos de que la medida sea más excepcional, como sucede en otros ordenamientos,²⁴

²³ La regulación es idéntica a la propuesta en el ACPPO: “Artículo 170. Procedencia. El juez podrá aplicar medidas de coerción cuando concurran las circunstancias siguientes:

I. Existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del imputado; y

II. Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado podría no someterse al proceso, obstaculizaría la averiguación de la verdad o que su conducta represente un riesgo para la víctima o para la sociedad”.

²⁴ Así, por ejemplo, en Costa Rica, el art. 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil dice: “La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa [...]”. De la misma forma, el art. 182 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala.

sino simplemente que el juez no podrá dictarla. Tampoco procederá, y esto es importante decirlo, *sólo* por la consideración de la gravedad del delito, ya que el juez podrá fijar otra medida cautelar distinta aun cuando esté en presencia de un delito grave o no dictar ninguna si considera que ello no es necesario para cumplir con los fines procesales. Asimismo, se excluye la posibilidad de dictar prisión preventiva fundamentándola en la conducta reiterante o reincidente de los adolescentes o en la sospecha de que cometa algún delito si se le otorga su libertad.

Además de los presupuestos relacionados con la propia naturaleza de las medidas cautelares y los elementos materiales y objetivos adicionales señalados antes, para no generalizar el uso de la prisión preventiva, y, efectivamente, hacerla de aplicación excepcional, en el ALJAO se regulan diversas medidas cautelares personales distintas aquélla²⁵ menos lesivas y respetuosas de los derechos de los adolescentes.²⁶ Las medidas cautelares que se proponen son las siguientes:

- I. la presentación de una garantía económica;
- II. la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- III. la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;
- IV. la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- V. la colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del adolescente;
- VI. la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- VII. la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

²⁵ El artículo 13.2 de las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores señala: “Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva [...]”.

²⁶ Dice la regla 6 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad: “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible”.

VIII. la separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el adolescente.

Estas medidas cautelares serán de aplicación prioritaria a la prisión preventiva si cumplen de forma eficaz o idónea los fines procesales que pretenden proteger. Así se hace ésta excepcional, se evita la lesión grave del derecho a la libertad del adolescente y se adecua la respuesta penal a las circunstancias de éste.

Es importante advertir, respecto a estas medidas, que todas ellas están contempladas en el ACPPO.²⁷ No es su consagración lo que es destacable en el ALJAO (ya que es claro que todas ellas también pueden proceder en la justicia para adolescentes), sino la omisión de otras que resultaría oportuno incorporar en la ley para afectar menos los derechos de los adolescentes y cumplir los fines constitucionales y procesales del sistema. En virtud de esto, nos parece pertinente hacer dos propuestas: consagrar otras medidas que podrían ser más eficientes para que el adolescente no se sustraiga al juicio y hacer procedente la imposición de éstas por decisión del juez, es decir, de oficio.²⁸

El establecimiento como medidas cautelares de órdenes como matricularse en un centro educativo, no ingerir bebidas alcohólicas o alguna sustancia tóxica, o recibir tratamiento de rehabilitación por consumo de drogas es, desde mi punto de vista, muy eficaz para que el adolescente no se sustraiga de la acción de la justicia, no impida el desarrollo de la investigación o no afecte a la víctima o a la sociedad, como lo pretenden estas medidas. Con respecto a lo segundo, la propuesta es dejar al juez la posibilidad de decidir si el adolescente debe ser sujeto a una medida cautelar, aunque el MP no la solicite, ya que por el informe que le dará el equipo técnico que lo asistirá conocerá las circunstancias personales, familiares y sociales de aquél. Un ejemplo de esta forma de regular las medidas cautelares y de mitigar el principio de justicia rogada en la determinación de éstas en los procesos para adolescentes, lo encontramos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, que seña-

²⁷ Artículo 169.

²⁸ El art. 74 del ALJAO señala que el juez para adolescentes solo puede imponer medidas cautelares a solicitud del Ministerio Público.

la que la única medida cautelar que no procede de oficio y que es impuesta necesariamente por petición del fiscal es la privación de libertad provisional (arts.180 inciso g) y 182 tercer párrafo).

La procedencia de la prisión preventiva tiene un requisito más que, aunque no se mencione en el ALJAO, el juez deberá valorar en el momento de dictar la prisión preventiva: las circunstancias del adolescente infractor. El principio de proporcionalidad exige que el juez necesariamente considere, para dictar la prisión provisional, además de la gravedad del delito y la sanción que probablemente se impondrá, las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean al adolescente,²⁹ las cuales podrá conocer a través de los informes que le presenten los especialistas y técnicos que lo apoyen.³⁰ Es muy importante que el juez escuche a las personas directamente involucradas en el caso para tomar la decisión de afectar los derechos o la libertad de un adolescente. El conocimiento preciso de estas circunstancias le permitirá contar con mayores elementos para determinar si existe el riesgo procesal que fundamentan las medidas cautelares.

El análisis que realice el juez para adolescentes de las circunstancias de la comisión del ilícito y de las condiciones personales del presunto infractor justifican la facultad que el ALJAO le otorga de imponer una medida menos grave de la que le solicite el MP o no imponer ninguna. El juez debe contar con un espacio de discreción para decidir o no la imposición de medidas. A pesar de estar frente a un delito grave, puede no dictar la prisión preventiva y utilizar otra medida cautelar si considera

²⁹ Con suma claridad así lo señala el art. 28.2 de la Ley 5/2000 española: “Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, *valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor*”.

³⁰ Al respecto la Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia panameña señala que el juez para imponer una medida cautelar debe “contar con información suficiente que justifique la adopción de la medida” (art. 54). La Ley 5/2000 de España, en su art. 28.2, señala que para la adopción de la medida cautelar de internamiento el juez debe oír al letrado del menor, al representante del equipo técnico y al representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, quienes le informarán “sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal”.

que es lo más conveniente para el adolescente y el proceso.³¹ La Constitución no hace obligatoria la procedencia de la medida de internamiento cuando se está en presencia de un delito grave; dicha regla funciona sólo como un límite a la afectación de derechos. Por el contrario, si el juez decide la imposición de la prisión preventiva debe justificar que es una medida adecuada y necesaria en el sentido de que, por un lado, cumplirá con la finalidad educativa del sistema y, por otro, que es la única forma de no poner en riesgo el proceso. En estas normas es donde con nitidez se observa que cualquier medida que imponga el juez debe estar precedida de la consideración de los fines del sistema. En ningún momento procesal puede olvidar que cualquier decisión que tome puede perjudicar al adolescente en su personalidad, en sus relaciones con su comunidad y, en general, en su vida futura.

El ALJAO no sólo establece que la prisión preventiva es una medida excepcional que procede de forma subsidiaria a otras medidas cautelares. Además, hace medida extrema el régimen de prisión provisional en centro especializado. Según el Anteproyecto (art.75 fracción IX), la prisión preventiva puede llevarse a cabo en tres lugares: en el domicilio del adolescente, en un centro médico o en un centro especializado. Si el fundamento de esta norma es el principio de la privación de libertad como medida extrema, debe ser leída como estableciendo un orden de prelación. El juez para adolescentes, en consecuencia, deberá valorar en cada caso cuál es el lugar más conveniente, para el adolescente y para cumplir con los fines procesales, en que esta medida puede ejecutarse y deberá fundamentar, en el caso de que elija imponer la prisión preventiva en centro especializado,³² que es la medida más grave, por qué no la

³¹ Se ha dicho que incluso cuando procede la aplicación de una medida de privación de libertad, los jueces no están obligados a aplicarla y “más bien están obligados a tratar de aplicar otra medida, tomando en cuenta el carácter excepcional que expresamente le asigna la ley a la sanción privativa de libertad”. Cortés Morales, Julio, “Derechos humanos, derechos del niño y privación de libertad. Un enfoque crítico de las ‘penas’ de los niños”, en *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 7, Chile, UNICEF-Universidad Diego Portales, 2005, p. 87.

³² En este caso, por centro especializado debemos entender un establecimiento distinto al que se utilice para los adolescentes sentenciados o, por lo menos, lugares separados de éstos.

decreta en el domicilio o en un centro médico. Me parece que esta norma es muy importante y sería conveniente, sin cerrar o saturar la propia regla, dejar establecidos algunos supuestos por los que obligatoriamente procedería la prisión preventiva en el domicilio, cuando se cumplieran los requisitos que hemos señalado antes, como podrían ser los casos de las adolescentes embarazadas o de adolescentes que sean madres en periodo de lactancia y algunos supuestos por los que procedería la prisión provisional en centro médico, como los casos de adolescentes con enfermedades graves y terminales o que tuvieran severos problemas de adicciones.

Los anteriores son los elementos que al momento de decidir la imposición de la prisión preventiva deben componer el juicio de razonabilidad que realizará el juez para adolescentes para que la medida esté justificada. Debe haber una relación clara entre el fin perseguido y la medida adoptada, además de que deberá determinarse con precisión la ocurrencia de las condiciones o presupuestos mencionados y el análisis de la proporcionalidad de la medida.

Una vez dictada la prisión provisional, es importante destacar, aunque sea brevemente, tres cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa, dos de ellas que consideramos no están adecuadamente reguladas en el ALJAO: el principio de máxima prioridad, la forma en que se debe cumplir la medida y el régimen de revisión de ésta.

Con el objeto de que el adolescente esté privado de su libertad el menor tiempo posible, el ALJAO establece el principio de máxima prioridad, es decir, consagra la obligación de los tribunales y órganos de investigación “de considerar de máxima prioridad la tramitación efectiva de los casos en que un adolescente se encuentre detenido” (art. 84).

Con respecto a la forma en que la prisión provisional en centro especializado puede llevarse a cabo, pensamos que el ALJAO debe incorporar otras normas que permitan realmente conformar un auténtico régimen especial orientado por el principio del internamiento como medida extrema. Una de ellas podría ser otorgar al adolescente la posibilidad de que la prisión preventiva se realice de forma que no permaneciera totalmente sustraído de la sociedad. Ello se conseguiría introduciendo en la ley un régimen de salidas cuando se hubiere dictado dicha medida. Es decir, se podría establecer la posibilidad de que el

internamiento temporal esté mitigado con salidas, por ejemplo, por las mañanas, tomando, claro está, las precauciones necesarias. Esta sería una forma de hacer realidad aquel principio y operar el de minimización de la violencia cuando se somete a una persona a prisión preventiva.³³ Ejemplo de una regulación en este sentido en el Derecho comparado lo hayamos en el artículo 51 de la ley de la materia aprobada en Chile, que dice al respecto:

Permiso de salida diaria. Tratándose del adolescente imputado que se encuentre sujeto a una medida de internación provisoria, el juez podrá, en casos calificados, concederle permiso para salir durante el día, siempre que con ello no se vulneren los objetivos de la medida. Al efecto, el juez podrá adoptar las providencias que estime convenientes.³⁴

Una omisión que consideramos relevante en el ALJAO es la clara regulación de las normas sobre la sustitución, modificación o revocación de las medidas cautelares y, específicamente, de la prisión provisional. Si una cuestión es importante en la regulación de las medidas cautelares o de coerción, ésta es la que se relaciona con las reglas referidas a su revisión. Más aún cuando en la materia rige, como hemos dicho antes, el principio de la máxima potenciación de los derechos y mínima restricción de los mismos. La omisión se pretende eliminar, otra vez, con el carácter supletorio de la regulación efectuada en el ACPPO que señala que la revisión de la medida de prisión preventiva puede ser solicitada por el imputado y su defensor en cualquier momento³⁵ y que será revisada

³³ Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Argentina, Ad-Hoc, 2005, p. 202.

³⁴ El art. 150 párrafo quinto del Código Procesal Penal chileno señala: “Excepcionalmente, el tribunal podrá conceder al imputado permiso de salida durante el día, por un periodo determinado o con carácter indefinido, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva”.

³⁵ “Art. 186. Revisión de la prisión preventiva y de la internación. El imputado y su defensor pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento, cuando estimen que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó, para lo cual deberán señalar las nuevas razones y las pruebas en que se sustente la petición. Si en principio el juez estima necesaria la realización de la audiencia, ésta se celebrará

de oficio por el juez cada tres meses.³⁶ Por la importancia de ambas reglas pensamos que sería muy importante incorporarlas en la Ley de Justicia para Adolescentes. Si bien en el ALJAO está regulada la posibilidad de que el adolescente imputado en cualquier momento pueda solicitar la revisión de la medida, es preciso consignar la revisión judicial obligatoria estableciendo un lapso acorde al proceso para adolescentes, que podría ser, para que tenga algún sentido, cada quince días.

Con respecto a la duración de la prisión preventiva, tema que merece un espacio aparte, sólo diré ahora que el ALJAO fija un límite temporal de cuarenta y cinco días prorrogables de forma motivada y razonada por un periodo igual. La prórroga procede en el caso de la subsistencia de la causal que justificó su imposición. ¿Qué ocurre si pasa este tiempo y no hay sentencia definitiva? Ante esto, el Juez, aunque no se diga en el ALJAO, debe conceder la libertad al adolescente.

PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS LEYES QUE REGULAN LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES EN LATINOAMÉRICA		
PAÍS	LEGISLACIÓN	DURACIÓN
Guatemala	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2003)	2 meses, sin posibilidad de prórroga (Art.179 segundo párrafo)

dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud de revisión. Sin perjuicio de lo anterior, el juzgador examinará de oficio, en audiencia oral con citación de todas las partes, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará inmediatamente su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda. Las audiencias celebradas a petición de parte interrumpen el plazo de las revisiones oficiosas”.

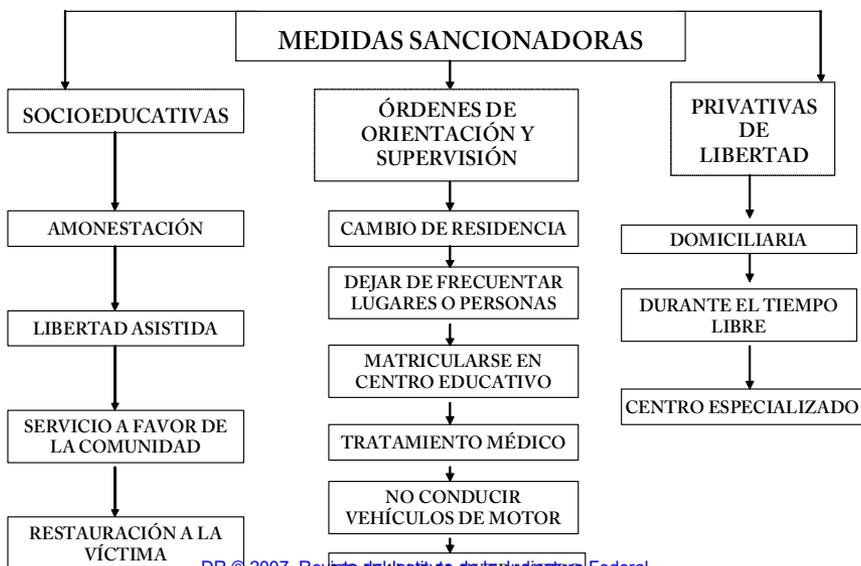
³⁶ La regla 6 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad señalan que la autoridad que ordene una detención “mantendrá en examen la necesidad de la detención”.

Nicaragua	Código de la Niñez y la Adolescencia	3 meses, (en lo que dura el proceso) (Art.142)
Bolivia	Código del Niño, Niña y Adolescente (27 de octubre de 1999)	45 días (Art.233)
Ecuador	Código de la Niñez y la Adolescencia (23 de diciembre de 2002)	90 días, sin prórroga (Art.331)
España	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. (12 de enero de 2000)	3 meses, con posibilidad de prórroga por otros 3 meses. (Art.28.3)
Panamá	Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (26 de agosto de 1999)	2 meses, sin posibilidad de prórroga (Arts.52, 62-63)
Uruguay	Código de la Niñez y la Adolescencia (14 de septiembre de 2004)	60 días (Art.76)
Venezuela	Ley Orgánica del Niño y del Adolescente (02 de octubre de 1998)	Tres meses (Art.581 segundo párrafo)
Costa Rica	Ley de Justicia Penal Juvenil (01 de mayo de 1996)	Dos meses (art.59). Prorrogable hasta por dos meses más
República Dominicana	Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes	30 días, prorrogable por 15 días más.
Oaxaca	Anteproyecto de Ley de Justicia para Adolescentes	45 días, prorrogables por un plazo igual. El máximo es 90 días.

3. *El internamiento en centro especializado*

Una vez determinada la responsabilidad del adolescente en la comisión de un ilícito, para hacer que la medida de privación de libertad sea excepcional, y considerando que la propia Constitución de la República, como hemos insistido en todo este trabajo, hace improcedente ésta para los adolescentes menores de catorce años y por delitos no graves, el ALJAO contiene tres lineamientos básicos: establece un amplio catálogo de medidas sancionadoras; consagra una afectación graduada de la libertad en caso de que proceda su restricción; y otorga amplias facultades al juez para que imponga la medida que considere más apropiada a efecto de lograr los fines constitucionales del sistema.

Con respecto a lo primero, se regula un amplio catálogo de respuestas a los delitos cometidos por adolescentes que incluye medidas adecuadas a cada caso para dar eficacia al principio de que las medidas no privativas de libertad serán las centrales o de aplicación prioritaria dentro del sistema de justicia para adolescentes. Este catálogo es una traducción o desarrollo del principio constitucional que impone considerar como medida alternativa a la privación de libertad y como principales a otras sanciones. Aquélla debe proceder únicamente cuando no sea posible aplicar una medida de las consideradas principales.



Las medidas diferentes a la privación de libertad tienen, como escribe Bonasso, tres ventajas: establecen una clara relación entre el delito y la sanción, propiciando que sean significativas no sólo para el infractor sino también para la sociedad; permiten señalar de forma más adecuada las consecuencias de la infracción y, por tanto, la responsabilidad del adolescente en y hacia la sociedad; y alientan a ésta a asumir responsabilidad en el proceso de respuesta a la conducta infractora de los adolescentes que forman parte de sus comunidades. Las ventajas que se atribuyen a estas medidas, como se observa, se inquieren de la participación que otorgan en su ejecución a los integrantes de la sociedad y a la confianza de que es en el propio medio en que el adolescente se desarrolla, en su comunidad, donde se conseguirá el fin, como no puede ser de otra forma, de la integración social.

Cuando se establecen medidas alternativas a la privación de la libertad hay que vigilar que no ocurra lo que se ha denominado “efecto de ampliación de la red”, que consiste en “que los jueces, al disponer de nuevas posibilidades de sanción a su alcance, en lugar de dictarlas en sustitución de las penas de prisión que van a dictar, continúan dictando prisión en tales casos, y, además, en otros casos en los que posiblemente hubieran absuelto por no encontrar suficiente evidencia, condenan también, por las dudas, a sanciones más benignas o privativas de libertad”.³⁷ En otras palabras, conductas que no hubieran sido castigadas lo son ante la existencia de sanciones alternativas, produciéndose la ampliación de la criminalización y del control social y ocasionando que dichas medidas, como escribe Pavarini, funcionen como alternativas a la libertad en vez de como alternativas a la prisión.

En relación con el segundo lineamiento básico, para hacer a la privación de libertad una medida extrema su aplicación se gradúa a través de diversas formas. El ALJAO regula tres tipos de medidas privativas de libertad: en el domicilio, durante el tiempo libre y en centro especializado. Su consagración en un orden determinado no es casual ya que, como puede apreciarse, cada vez se vuelve más grave la restricción de

³⁷ Carranza, Elías, “Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa”, en www.cienciaspenales.org/revista16f.htm.

libertad. Por ello, considerar a la privación de libertad como medida extrema incluye la noción de la afectación graduada del derecho a la libertad dejando como última medida, en efecto extrema, al internamiento en régimen cerrado. El juez deberá fundamentar en cada caso, debidamente, por qué no utiliza formas menos extremas de privación de libertad.

En cuanto al tercero, el sistema de adopción de medidas se basa en el principio de flexibilidad, derivado, precisamente, de las características especiales de los sujetos al sistema y, claro está, de los fines del mismo. Este principio se expresa, tomando como referencia el principio de proporcionalidad, en la inexistencia de una relación ineludible entre el delito cometido y la sanción a imponer. No hay predeterminada una medida para un delito, como sucede en el caso de los adultos, dejándose amplios márgenes de discrecionalidad al juzgador para adoptar la medida que considere más conveniente para el adolescente y determinar el tiempo de su duración.

La discrecionalidad del juzgador en la determinación de las medidas está limitada con ciertos criterios obligatorios que le impone el ALJAO al momento de proceder a su individualización. Estos son la comprobación del hecho y el grado de participación del adolescente en el mismo; las características del caso concreto, las circunstancias y la gravedad del hecho o hechos cometidos; la edad del adolescente; y las posibilidades que tiene de cumplir con la medida y con la reparación del daño (art. 130). Pensamos que a estos criterios de individualización de la medida les hace falta insistir en la necesaria consideración de las circunstancias personales, familiares y sociales del adolescente y en que la sanción debe ser la idónea para fortalecer el respeto por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. Además, como una forma de restringir las medidas que pueda imponer el juez para adolescentes y hacer vigente en el proceso el principio acusatorio, sería conveniente incluir una norma que señalara que el juez no puede imponer una medida que implique mayor restricción de derechos o por un tiempo superior al solicitado por el Ministerio Público.

Una vez decretada la medida es importante considerar que ésta puede ser revisada para que, en su caso, sea modificada favorablemente al adolescente. Dice el art. 145 del ALJAO:

...al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, el juez de ejecución deberá revisar de oficio o a solicitud de parte, o por recomendación técnica del equipo multidisciplinario que supervisa la ejecución de la sanción, la posibilidad de sustituir esta sanción por otra más leve, de conformidad con el desenvolvimiento del adolescente durante el cumplimiento de la privación de libertad.

Este mismo artículo da algunos criterios para determinar lo que debe entenderse como “desenvolvimiento del adolescente”: su desempeño académico en los programas educativos, su participación en programas de justicia restaurativa y el cumplimiento de los fines de la medida sancionadora.

La importancia de estas normas es notoria y por ello nos parece necesario hacer las siguientes consideraciones y propuestas de modificación en torno a ellas: a) reconsiderar el término que se establece para revisar la medida y preverlo, cuando más, a la tercera parte del tiempo en que fue impuesta; b) establecer que la revisión de la medida no sólo implica que el juez puede sustituirla por otra más leve sino, también, que puede hacer cesar sus efectos; c) incluir, como criterios objetivos para determinar el desenvolvimiento del adolescente, otros muy importantes como, por ejemplo, los avances logrados en el cumplimiento de los objetivos y metas contenidos en su Plan Individual de Desarrollo o su desempeño general en los diferentes programas de formación en que se le incluya durante su estancia en el centro especializado; y d) ampliar el entendimiento de los criterios establecidos para la revisión, ya que el ALJAO los regula en torno a la medida de privación de libertad, y éste es un derecho de los adolescentes cuando se les impone cualquier tipo de medida. Es verdad que en el artículo 159, fracción II, del ALJAO se concede al Juez de Ejecución la atribución de revisar las medidas sancionatorias cada tres meses para cesarlas, modificarlas o sustituirlas, pero no puede desconocerse que revisar la medida es, fundamentalmente, un derecho del adolescente y, por consiguiente, una obligación más que una atribución del Juez de Ejecución.

V. CONCLUSIÓN

El nuevo Derecho penal para adolescentes, que la reforma al artículo 18 de la Constitución de la República impone construir, se diferencia del de los adultos porque las garantías de éste están “reforzadas” o poseen mayor “intensidad”. El tema que he desarrollado nos permite constatar esta característica básica. Aquél se singulariza por “más” *ultima ratio* de las medidas, y, sobre todo, más *ultima ratio* de las que implican privación de libertad.³⁸ En este principio, en su aplicación, y en el funcionamiento de los instrumentos que incluye, la detención, la prisión preventiva y el internamiento en régimen cerrado, se debate la eficacia del futuro sistema de justicia para adolescentes. ¿Por qué? Simplemente porque ese principio es la expresión más firme de varias ideas que fundamentan la reforma: el sistema penal siempre dirige su carácter represivo a los grupos más desprotegidos, a los más pobres; la criminalidad de los adolescentes no se reduce con más represión sino con más política social; el encierro es una medida gravosa y perjudicial; es necesario cuidar que se cause a los adolescentes el menor perjuicio posible y salvaguardar al máximo su desarrollo; se debe considerar, al imponerles cualquier medida, su futuro y afectar lo menos posible su personalidad; la reacción violenta o coactiva a los conflictos sociales en que se ve involucrado un adolescente debe ser la última forma de responder a ellos; y el rigor en el tratamiento a los adolescentes no reincorpora, ni socializa ni educa, sólo reproduce la criminalidad. Quienes operarán el sistema de justicia para adolescentes y quienes estaremos pendientes de su desarrollo, debemos ocupar como base para medir su buen funcionamiento el principio del internamiento como medida extrema, ya que todos los sistemas de justicia penal, pero con mayor razón el de adolescentes, tienen como parámetro para medir su calidad, la frecuencia con la que hacen uso de la medida de privación de libertad (Carranza).

³⁸ Llobet Rodríguez, Javier, “La sanción penal juvenil”, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/cursoprojur2004/bibliografia_sist._justicia_juvenil_mod_5/pdf/sancion%20penal%20juvenil.pdf.