

LA INTERNACIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ

Juan Carlos García Huayama¹

Fecha de publicación: 15/07/2016

Sumario: Introducción. **I.-** Malas prácticas en la aplicación de la internación preventiva. **II.-** La regulación de la internación preventiva en el código de los niños y adolescentes **III.-** Plazo razonable y la internación preventiva. **IV.-** Deficiencias en la regulación de la internación preventiva. Conclusiones. Bibliografía.

¹ Fiscal Provincial Titular de la Segunda Fiscalía de Familia de Chiclayo-Distrito Fiscal de Lambayeque. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad de Piura.

INTRODUCCIÓN

Con fecha 23 de septiembre de 2015 se publicó en el Diario Oficial, el Decreto Legislativo N° 1204, norma que modifica el Código de los Niños y Adolescentes en cuanto a diversos aspectos que resultan esenciales en el sistema penal juvenil peruano. Entre las innovaciones que introduce la norma antes referida se encuentran: (i) el cambio de denominación de las consecuencias jurídicas que asumen los adolescentes que infringen la ley penal, actualmente la norma se refiere a “sanciones”, dejando de lado el término medidas socioeducativas como se las denominaba con anterioridad, (ii) se establece un variado catálogo de sanciones, algunas de las cuales resultan novedosas en nuestro ordenamiento, tales como los mandatos y prohibiciones, reparación directa a la víctima e internación domiciliaria; (iii) se amplía el plazo de la internación en cuanto a determinados hechos punibles considerados de gravedad, (iv) se otorga facultades al juzgador para variar, reducir o dejar sin efecto la sanción durante la etapa de ejecución de sentencia, (v) se amplían los plazos de prescripción de la acción penal; (vi) se incorporó el Capítulo VII-A denominado “*Ejecución de las sanciones*” y (vii) se modificó el artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes referido a la medida cautelar de internación preventiva, lo que resulta materia de nuestro comentario.

En el presente artículo nos ocuparemos de analizar tres aspectos diferentes en cuanto al tema. En primer lugar, incidiremos en puntualizar algunas prácticas perversas que se producen en el plano real, con la finalidad de burlar los presupuestos materiales que exige la norma para privar de libertad a un adolescente antes de haber sido declarado responsable mediante sentencia.

En segundo término, analizaremos la actual regulación normativa de la medida cautelar de internación preventiva, destacando la distancia existente entre los principios y estándares que establecen las normas que integran el corpus iuris internacional en materia de niñez y la política criminal que asume nuestro país con respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal, específicamente en cuanto a la ampliación del plazo máximo de la medida cautelar de internación preventiva.

Finalmente, advertiremos algunas deficiencias legislativas que pueden conllevar a una inadecuada aplicación de la medida cautelar privativa de libertad.

I. MALAS PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA.

Con frecuencia se constata que algunos órganos jurisdiccionales interpretan inadecuadamente el fundamento así como los presupuestos materiales que sustentan la aplicación de la internación preventiva. En ocasiones se utiliza la medida cautelar de internamiento con la finalidad de obtener la colaboración activa del adolescente investigado en el proceso, verbigracia, procurar una declaración autoinculpatoria o forzarlo a estar presente en los actos de investigación propios de la fase procesal.

Así, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura en el Expediente Nro. 00096-2012-04-2001-SP-FP-02 seguido contra el adolescente de iniciales B.S.O.P por la infracción de Robo Agravado expuso: “...existe un temor fundado de destrucción u obstaculización de la prueba, porque pese haber (sic) sido sindicado por las agraviadas como partícipe del ilícito penal; ha negado en todo momento que bajó de la mototaxi a cometer el robo, lo que evidencia que en libertad obstaculizaría la actividad probatoria, al tener tendencia a mentir...”.

Hasta el máximo intérprete constitucional en el Exp. N° 2063-2005-PHC/TC sostuvo: “En consecuencia, hay suficientes elementos probatorios que vinculan al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor. Además, **dado que el actor ha negado rotundamente la comisión de los hechos, no obstante las declaraciones de los niños y los informes psicológicos, existe un riesgo razonable de que eludirá la acción de la justicia.** Por otra parte, siendo el actor vecino de los menores, podría intentar intimidar a sus familiares, en consecuencia, concurren todos los presupuestos contemplados en el artículo 209 del Código del Niño y Adolescente, razón por la cual el internamiento preventivo es legal...” (Resaltado fuera de texto).

En este caso, el máximo intérprete constitucional al establecer que existe riesgo razonable de eludir la acción de la justicia por el hecho que el adolescente en conflicto con la ley penal haya negado la comisión de los hechos o no colabore con la administración de justicia, está utilizando indebidamente la medida cautelar de internamiento como impulsora del descubrimiento del delito, con la única finalidad de obtener pruebas o arrancar una confesión, lo que sin duda vulnera el artículo 40.2.b).iv) de la

Convención sobre los Derechos del Niño, donde se instituye que el menor de edad acusado de haber infringido leyes penales no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable. De igual forma se infringe el inciso 2) del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal -aplicable supletoriamente- en cuanto establece que nadie puede ser obligado o inducido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Prácticas como esta deben ser desterradas, pues como sostiene Del Río Labarthe: “...en ningún caso se puede aplicar la prisión preventiva para obligar al imputado a declarar, confesarse culpable, decir la verdad o participar activamente en la investigación, por la sencilla razón de que el ordenamiento no puede obligar a una persona a contribuir al esclarecimiento de un hecho que puede acarrear una sanción penal en su contra”².

Otro argumento que usualmente se utiliza –en ocasiones el más importante– para privar de libertad al adolescente (sea mediante sentencia o como medida cautelar), es la ausencia de familiares. Según el informe “Justicia Juvenil en el Perú”, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el 70% de los jueces y fiscales entrevistados manifestaron que en más de una oportunidad solicitaron o aplicaron internación preventiva por falta de soporte familiar. Agregando que en algunos casos la carencia de soporte familiar se convierte en el factor más importante para determinar la privación de libertad del adolescente, incluso por encima de la gravedad de la infracción que origina el proceso judicial.

La falta de apoyo familiar se convierte en la práctica en un argumento que impulsa la privación de libertad de los adolescentes que infringen la ley penal, por lo tanto desfavorece al adolescente de la misma forma que lo hace un agravante, a pesar de ser una condición que no está vinculada directamente al hecho infractor³. Se ha podido comprobar que la falta de autoridad de los padres, la ausencia de uno de ellos, la falta de tiempo para

2 DEL RIO LABARTHE, Gonzalo: “La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos, procedimiento y duración”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 160, marzo del 2007, p. 160.

3 Ver estudio “Justicia Juvenil en el Perú” elaborado por elaborado por la UNODC por pedido de la Mesa Interinstitucional sobre Adolescentes en conflicto con la ley penal. En: http://www.unodc.org/documents/peruandecuador//Informes/Justicia_Juvenil_Peru_2013Final.pdf.

compartir con sus hijos por horarios exigentes de trabajo, entre otros aspectos, son considerados como criterios que indican la existencia de peligro procesal y por tanto, útiles para imponer la medida cautelar de internación preventiva. Así, en el Expediente Nro. 00008-2013-24-2001-SP-FP-01 seguido contra los adolescentes E.E.R.A y V.A.E.C por la infracción de Robo Agravado, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura indicó: “Respecto al riesgo razonable de eludir el proceso, es de considerar que respecto del adolescente V.A.E.C., este en su declaración indagatoria sostiene que ha dejado de estudiar por problemas en su hogar y, cuando su madre sale a trabajar no hay persona adulta que ejerza su control, pues su mamá sale a las 5:00 de la mañana y regresa a las 7:00 de la noche y, que, sale sin el permiso de su madre; en consecuencia, **con esta declaración está acreditado que éste adolescente infractor al no tener persona alguna que ejerza su control sobre él mismo, puede eludir el proceso...**” (Resaltado fuera de texto).

La resolución analizada para admitir el internamiento preventivo utiliza indebidamente argumentos que no se encuentran vinculados a los presupuestos materiales que exige la ley (tales como carencia de soporte familiar, no cursar estudios, falta de trabajo, entre otros), omitiendo invocar razones que en verdad conduzcan a creer que el adolescente evadirá la acción de la justicia o que destruirá o alterará elementos probatorios. La privación de la libertad es la más grave medida de coerción que el Estado puede emplear frente a personas imputadas de delitos, y no admite calificaciones asistencialistas, ni un margen de discrecionalidad. Como sostiene Hulsman, la privación de la libertad en ningún caso es vivida como algo bueno que le ocurre al ser humano, aunque se presente con fines altruistas⁴.

Es una paradoja como “en aras de la protección al menor, los tribunales “disponen” de ellos, privándolos de su libertad (...). El niño recibe tratamiento de objeto de derecho que debe ser tutelado. La medida excepcional de internación es muchas veces la primera respuesta posible ante los problemas de vivienda, educación, salud y desamparo. En definitiva, lo que se logra con esto es penalizar la pobreza y vulnerar el principio de legalidad y de inocencia. De esto poco importa el delito

4 Citado por ANTIQUEIRA, María: “La aplicación de la prisión preventiva en relación a los procesos de los menores de edad”. En: “Estudios sobre prisión preventiva Perú y América Latina”. BLG Ediciones; Trujillo, noviembre del 2010, p. 138.

cometido, sino que pone énfasis en cambiar la “situación irregular” del joven”⁵.

Es cierto que en muchos casos hay una relación entre delito y falta de contención familiar, falta de ocupación de muchos jóvenes que pasan gran parte de su tiempo en la calle, falta de educación y necesidades básicas no satisfechas. No puede negarse la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran inmersos muchos niños y jóvenes, pero de ningún modo creo que esto deba pesar en contra del imputado a la hora de decidir sobre su libertad ambulatoria. Nada tiene que ver el desamparo moral con la responsabilidad penal. Esto debe andar por carriles separados⁶.

II. LA REGULACIÓN DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

La internación preventiva es una medida coercitiva personal privativa de la libertad que persigue asegurar la presencia del presunto adolescente infractor en el proceso y de ser el caso, ejecutar la sanción que pudiera corresponderle. El vigente artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes establece lo siguiente:

“La internación preventiva, debidamente motivada, sólo puede decretarse, a partir de los primeros recaudos, siempre que sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Suficientes elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o leyes especiales, que vinculen al adolescente como autor o partícipe del mismo;
- b) Que el hecho punible cometido sea sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro años;
- c) Riesgo razonable de que el adolescente eluda la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad.

El Juez, además, tiene en cuenta la gravedad del hecho cometido, si el adolescente infractor se encuentra incurso en alguno de los supuestos de los literales b), c), d) y e) del artículo 235 o si hubiere mediado violencia o grave amenaza contra la víctima.

La internación preventiva tiene carácter excepcional, especialmente para los adolescentes entre catorce y menos de dieciséis años, y sólo se aplica cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

La internación preventiva tiene una duración máxima de cuatro meses, prorrogables, a solicitud del Ministerio Público, hasta por dos meses,

⁵ ANTIQUEIRA, María. Ob. Cit., p. 147.

⁶ Ídem. p. 135.

cuando el proceso sea complejo o concurren circunstancias que importen una especial dificultad. Vencido dicho plazo, el Juez puede imponer comparecencia con restricciones.

Durante el internamiento preventivo, el adolescente es evaluado por el equipo multidisciplinario, el cual informa al juez del tratamiento que recibirá, siendo además de aplicación, en lo pertinente, el artículo 241 –D”.

Es claro que el juez no puede dictar de oficio dicha medida restrictiva de la libertad, sino que requiere siempre de una previa solicitud o requerimiento del fiscal. En este caso, la norma destaca que el requerimiento de internación preventiva que realice el Ministerio Público debe encontrarse “*debidamente motivado*”; ello implica analizar con base objetiva y razonable todos los presupuestos exigidos para la admisión de esta medida cautelar, indicándose además, porqué motivos no resultaría aplicable una alternativa menos gravosa a la restricción de la libertad física del adolescente investigado. Esto debido a que en el caso de adolescentes “los criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad”⁷.

2.1. Presupuestos Materiales

En general para aplicar el internamiento preventivo, han de concurrir los presupuestos típicos de las medidas cautelares, que son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. La norma comentada exige la concurrencia de los presupuestos que a continuación se mencionan:

a) Suficientes elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o leyes especiales, que vinculen al adolescente como autor o partícipe del mismo (*fumus boni iuris*):

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es el primer presupuesto material exigido por el artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes. Consiste en un juicio de imputación o de fundada sospecha de la participación del adolescente en la infracción a la ley penal que se le atribuye, es por ello que podemos hablar de un título de imputación determinado, que está sustentado en suficientes elementos indiciarios o medios probatorios que lo vinculan como autor o partícipe del hecho ilícito.

En este sentido, aplicando el principio que “primero se investiga y después se detiene”, para demostrar la existencia de este requisito es

7 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.

indispensable un conjunto de actos de investigación realizados por el Ministerio Público, bajo los cuales sustenta la existencia de verosimilitud de la imputación de una infracción a la ley penal a un determinado adolescente. No se exige la certeza de la responsabilidad del adolescente, pero sí que existan suficientes elementos de convicción que lo vinculen con el hecho ilícito investigado sea como autor (inmediato, mediato o coautoría) u otro grado de participación (cómplice o instigador).

No basta la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o simples sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero sí, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes⁸.

b) Que el hecho punible cometido sea sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro años:

Para admitir el internamiento preventivo la infracción imputada al adolescente debe tratarse de un acto infractor que se encuentre tipificado en el Código Penal con una pena mayor de cuatro años, pues si desde el inicio del proceso el juzgador considera que existe la probabilidad de dictar una sanción menos grave que el internamiento, no procedería tampoco decretarlo como medida restrictiva temporal. En otras palabras, se debe tener en consideración el principio de proporcionalidad de la pena, de forma tal que no se podrá aplicar la internación preventiva cuando la sanción prevista para la infracción imputada no sea privativa de la libertad.

Sin embargo, es importante destacar que el juzgador no sólo deberá basarse en la gravedad de la sanción esperada a efectos de imponer el internamiento preventivo, debe analizar otros factores que demuestren en el caso concreto el peligro de fuga y demás elementos materiales exigidos. En este sentido, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1091-2002-HC/TC refiriéndose a la gravedad de la pena señaló: “En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción

⁸ MELLADO, Ascencio. “La regulación de la prisión preventiva en el Código procesal Penal del Perú”. En: *El nuevo proceso penal peruano. Estudios fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 512.

punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede sólo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”.

c) Riesgo razonable de que el adolescente eluda la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad (*periculum in mora*):

El peligro procesal constituye el requisito más importante de la internación preventiva, el requisito legitimante de la cautela. El Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 1091-2002-HC/TC señala que: “(...) el principal elemento a considerarse de una medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia”.

Sobre el tema Alberto Bovino fundamenta:

“La existencia de peligro procesal es importante destararlo, no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aún cuando no existiera peligro alguno. No basta entonces con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto, o sin fundamento alguno...”⁹.

A falta de regulación en la norma especial sobre criterios específicos para evaluar el peligro de fuga, el Juez de Familia estará facultado para aplicar supletoriamente el artículo 269 del Código Procesal Penal y –como sucede en el caso de los adultos para adoptar la medida de prisión preventiva–, guiarse en las siguientes pautas: a) el arraigo en el país del investigado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para permanecer oculto; b) la gravedad de la sanción que se espera como resultado del proceso, que obviamente será de internamiento; 3) la importancia del daño resarcible y la actitud que el adolescente infractor adopta, voluntariamente, frente a él y 4) el comportamiento del adolescente imputado durante el procedimiento o en

9 Citado por ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “La prisión preventiva y sus presupuestos materiales”, *Gaceta Penal*. Tomo 25, julio de 2011.

otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

El peligro de obstaculización de la investigación también debe identificarse de un modo nítido y objetivo. El peligro de destrucción u obstaculización de medios probatorios se verificará a través de los antecedentes del infractor y otras circunstancias del caso concreto (posibilidad de destrucción u ocultamiento de medios probatorios, amenazas a testigos, intimidación a los agraviados, acuerdos fraudulentos entre el investigado y otros partícipes del ilícito, etc.).

PRESUPUESTOS PARA DICTAR LA MEDIDA DE INTERNACIÓN PREVENTIVA

Art. 209 del Código de los Niños y Adolescentes (Norma vigente)	Art. 209 del Código de los Niños y Adolescentes (Regulación anterior)
La internación preventiva, debidamente motivada, sólo puede decretarse, a partir de los primeros recaudos, siempre que sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Suficientes elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o leyes especiales, que vinculen al adolescente como autor o partícipe del mismo; b) Que el hecho punible cometido sea sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro años; c) Riesgo razonable de que el adolescente eluda la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad.	El internamiento preventivo sólo puede decretarse cuando concurren los siguientes presupuestos: a) Suficientes elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor. b) Riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso; y c) Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

La norma agrega que el juzgador, además, para admitir la medida cautelar privativa de libertad también debe considerar la gravedad del hecho cometido, especialmente si en la ejecución del hecho hubiere mediado violencia o grave amenaza contra la víctima, o si el adolescente infractor se encuentra incurso en alguno de los supuestos señalados en los literales b), c) y d) del artículo 235 del Código de los Niños y Adolescentes (si bien la norma hace alusión al inciso e del citado artículo, este es inexistente).

De este modo, se establece como criterios complementarios a efectos de admitir la medida cautelar privativa de libertad, los presupuestos requeridos para aplicar la sanción de internación, esto distorsiona el fundamento de la prisión preventiva, que en ningún caso debe ser aplicada como un anticipo de condena. “La internación no es una pena ni debe ser utilizada como tal. Una sociedad que aplica la prisión preventiva como anticipo de la pena, es una que no respeta el carácter democrático del proceso”¹⁰. Tales criterios complementarios son los siguientes:

- ***La reiteración en la perpetración de otros hechos delictivos graves en un lapso que no exceda de dos años.*** En cuanto al criterio de reincidencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estima que en ningún caso debería utilizarse como criterio rector para presumir que ésta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia. Además, en ningún caso podrá considerarse la reincidencia en función de registros policiales u otra base documental distinta de sentencias ejecutoriadas emitidas por los tribunales competentes.
- ***Cuando según el informe preliminar del equipo multidisciplinario, el adolescente infractor sea considerado de alta peligrosidad, en atención a sus características, personalidad, perfil y demás circunstancias y rasgos particulares.*** Este criterio desatiende lo señalado por la Comisión Interamericana en el caso Peirano Basso v. Uruguay, donde se estableció que en ningún caso se podrá disponer la no liberación del acusado durante el proceso sobre la base de conceptos tales como “alarma social”, “repercusión social” o “peligrosidad”.

10 DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Ob. Cit., p. 160.

2.2. Principios mínimos a considerar para aplicar la internación preventiva

La norma analizada establece que la internación preventiva tiene “*carácter excepcional*”, especialmente para los adolescentes entre catorce y menos de dieciséis años, y “*sólo se aplica cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa*”. Así, se destaca los principios de excepcionalidad y subsidiariedad, que también se encuentran reconocidos en múltiples normas internacionales tales como el artículo 37 inciso b) de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹, las reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores¹² y la regla 6 de las Reglas Mínimas sobre medidas no privativas de la Libertad¹³.

Los principios de excepcionalidad y subsidiariedad establecen que la privación de la libertad –mucho más en los casos de menores de edad– constituye una medida cautelar alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de ilícitos muy graves, limitada en el tiempo y breve. En palabras de Amoretti Pachas, estos principios implican que: “...la privación de la libertad queda justificada como última ratio, porque solo puede ser dictada cuando fuera absolutamente indispensable y necesaria en un proceso penal, siempre que no existan otros mecanismos menos radicales y, que de ninguna manera puede convertirse en una regla general ni mucho menos ser obligatoria, debiéndose adoptar únicamente cuando se dé cumplimiento a los fines que la justifican”¹⁴.

El carácter excepcional de la internación preventiva hace indispensable que solamente dure mientras subsistan los motivos que conllevaron a imponerla. Es que conforme a la cláusula *rebus sic stantibus* se hace necesaria la reforma de la medida cautelar privativa de libertad cuando se alteren las circunstancias tomadas en consideración para su

11 El artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño determina el marco general de un sistema de responsabilidad penal juvenil al establecer que la privación de la libertad del niño sólo es posible como una medida de último recurso.

12 “13.1 Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso (...)”

“19.1 El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utiliza en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

13 “6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso (...)”.

14 AMORETTI PACHAS, Mario. *Prisión Preventiva*. Magna Editores, Lima, septiembre del 2008. p. 127.

adopción, en tal sentido, el juez de oficio o a solicitud de parte, podrá reformar la internación preventiva cuando considere que han variado las condiciones que en su momento justificaron dicha medida, disponiendo la inmediata libertad del adolescente o una medida menos gravosa a la internación preventiva.

El máximo intérprete constitucional se pronunció en el siguiente sentido: “...la detención judicial preventiva es una medida provisional; es decir, que su mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado. En efecto, las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que significa que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, ésta pueda ser variada” (Exp. N° 05765-2009-PHC/TC).

En esta línea el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados parte que adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que cuando se prive a un adolescente de su libertad, los juzgadores revisen periódicamente si los motivos que originariamente fundaron la internación preventiva aún subsisten. Si la resolución es denegatoria, dicha autoridad en su decisión deberá expresar las circunstancias concretas que permitan presumir fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el niño imputado en libertad¹⁵.

El Código de los Niños y Adolescentes no contiene norma alguna sobre la posibilidad de que el juzgador revise periódicamente si han variado las circunstancias que originaron el internamiento preventivo, no obstante, para dichos efectos supletoriamente se puede acudir a las normas que regulan el proceso penal de adultos, específicamente el artículo 283 Código Procesal Penal que indica: “El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente (...). La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia (...)”.

15 Observación General 10 párrafo 77 y 86.

III. PLAZO RAZONABLE Y LA INTERNACIÓN PREVENTIVA.

La privación de la libertad durante el proceso, conocida normalmente como prisión o detención preventiva, constituye una de las afectaciones más significativas a los derechos de las personas sujetas a una investigación criminal y, por lo mismo, es objeto de preocupación especial en los tratados internacionales de derechos humanos. Dichas preocupaciones se ven intensificadas cuando se utiliza esta medida cautelar privativa de libertad en casos de menores de edad en conflicto con la ley penal, por lo que se establece exigencias más estrictas que se traducen en deberes adicionales de los Estados, pues se señala que los adolescentes por su estado de desarrollo se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad que los adultos, conllevando a que los efectos negativos de la privación de libertad sean más profundos y tengan consecuencias que se extienden por un periodo más largo en el tiempo¹⁶.

Son diversas las normas del corpus iuris internacional en materia de niñez¹⁷, que exigen que la prisión preventiva no dure más allá del plazo razonable, sin excepción. Así, la regla 13.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (*“Reglas de Beijing”*) dispone que respecto de los menores de edad sólo se aplicará la prisión preventiva durante el plazo más breve. Igualmente, la regla 17 de las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (*“Reglas de La Habana”*) establece que cuando se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Asimismo, el artículo 7.5 de la Convención Americana indica que toda persona que haya sido detenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

16 DUCE, Mauricio: “El Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”. En: www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf.

17 El concepto de *corpus juris* en materia de niñez significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes. Entre este conjunto de normas fundamentales se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (*“Reglas de Beijing”*), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad (*“Reglas de La Habana”*), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (*“Directrices de Riad”*), etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay*, refiriéndose a la aplicación de la prisión preventiva en casos de personas menores de edad señala que es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Agregando que “...la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales de derecho universalmente reconocidos”.

Se ha destacado que el mantener a una persona bajo régimen de detención preventiva por un período prolongado, puede crear una situación de hecho en la que los jueces sean mucho más propensos a dictar sentencias condenatorias para, en cierta forma, avalar su decisión de haber encarcelado ya al acusado durante el juicio. Así, una eventual sentencia absolutoria sería un reconocimiento de que se privó de libertad por mucho tiempo a un inocente. Desde esa perspectiva, la prolongada detención sin juicio de una persona constituye, en cierta forma, una presunción de culpabilidad¹⁸.

Con la modificación del artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes, se amplió el plazo de la internación preventiva a una duración máxima de cuatro (04) meses, con la posibilidad de extenderla hasta por dos (02) meses adicionales, cuando el proceso sea complejo o concurren circunstancias que importen una especial dificultad. En este contexto, resulta legítimo preguntarse si con esta reforma nuestro país ha tomado distancia del marco normativo internacional antes expuesto, en cuanto alude al plazo razonable de la prisión preventiva.

En realidad, se puede afirmar que el plazo máximo de duración de la internación preventiva resulta excesivo para la mayoría de infracciones cometidas por adolescentes, pues salvo excepciones, en nuestro país los menores de edad no incurrir en hechos punibles que puedan dar lugar a procesos judiciales calificados como complejos o donde se encuentren circunstancias especialmente difíciles que impidan emitir sentencia antes

18 CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*.

del término indicado, tan es así que con anterioridad a la modificatoria, los procesos judiciales con adolescentes internados preventivamente, sólo de manera excepcional excedieron el plazo máximo de cincuenta (50) días que establecía la norma vigente en aquél momento. Al respecto, el Informe “Justicia Juvenil en el Perú” elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, indica que en el 2009, solamente en un caso se excedió el plazo de internamiento preventivo en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima (ex Maranguita), asimismo, durante el año 2010, existieron a nivel nacional, únicamente nueve casos de exceso de internación preventiva. En tal sentido, se puede decir que antes de la reforma el nivel de cumplimiento de los plazos para la conclusión del proceso judicial con adolescentes internados preventivamente era de 99.4%.

En definitiva, cumplir con el plazo razonable de la medida cautelar privativa de libertad dependerá fundamentalmente de la actitud de los operadores de derecho, pues si bien la norma establece un término máximo de cuatro meses, con la posibilidad de ampliación por dos meses para ciertas circunstancias, nada impide que el juzgador emita sentencia con anterioridad al vencimiento del referido plazo. También es factible que en la resolución que dispone el internamiento preventivo del adolescente se indique un lapso de duración menor a cuatro meses, siempre que resulte adecuado a las circunstancias y complejidad del caso en concreto, dentro del cual el juez deberá sentenciar. Del mismo modo, el juez -actuando a solicitud de parte o de oficio- puede reformar el mandato de internamiento preventivo en cualquier momento si considera que han variado las condiciones que lo justificaron, disponiendo la inmediata libertad del adolescente o una medida menos gravosa.

No está demás señalar que el plazo máximo de duración para el internamiento preventivo que establece el Código de los Niños y Adolescentes, se encuentra entre los más extensos de América Latina, conforme se aprecia seguidamente:

DURACIÓN MÁXIMA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA PARA MENORES DE EDAD EN AMERICA LATINA

PAÍS	DURACIÓN MÁXIMA DE LA MEDIDA CAUTELAR PRIVATIVA DE LIBERTAD
ARGENTINA	3 meses
BOLIVIA	45 días
BRASIL	45 días
COLOMBIA	4 meses
COSTA RICA	2 meses
ECUADOR	90 días
PARAGUAY	6 meses
PERÚ	4 meses (prorrogables hasta por 2 meses adicionales)
URUGUAY	60 días
VENEZUELA	3 meses

IV. DEFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA

Desde nuestra perspectiva resulta incongruente que el inciso a) del artículo 235 del Código de los Niños y Adolescentes establezca que para imponer la sanción de internamiento, el hecho punible atribuido al menor de edad debe estar tipificado como delito doloso, sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis (06) años, en tanto que el artículo 209 inciso b) del mismo texto legal, mencione que para admitir la medida cautelar privativa de libertad basta con que el hecho punible cometido sea castigado con pena privativa de libertad no menor de cuatro (04) años.

Esto conlleva a concluir que si un adolescente comete una infracción sancionada con pena privativa de libertad no mayor de cinco años, sí cabría despojarlo de su libertad durante el proceso, pero finalmente en el momento de la sentencia no resultaría posible imponer la sanción de

internación, ya que para esto se exige el ilícito sea castigado con pena privativa de libertad no menor de seis años. Esto resulta absurdo, pues no será justificado el internamiento preventivo cuando, en el caso concreto, no se espere la imposición de una sanción privativa de la libertad, contrariamente, se estaría brindando un trato más gravoso a un menor de edad que aún se le presume inocente respecto de aquél ya sentenciado y hallado responsable.

La Corte Interamericana, en el *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, se ha referido de manera muy concreta a este aspecto en los siguientes términos: “Una persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción”.

De otro lado, se aprecia que para dictar la medida de internamiento preventivo la norma no exige realizar debate oral y contradictorio, a diferencia de lo que sucede con su equivalente prisión preventiva en el proceso penal de adultos. La reforma normativa debió establecer la necesidad de realizar una audiencia para decidir sobre el requerimiento de internamiento preventivo efectuado por el Ministerio Público, sin embargo, continuando con la tónica de un sistema escritural -característica propia del modelo inquisitivo-, prescindió de ella. La presunción de inocencia se defiende mejor en audiencia, donde se someterá a debate la concurrencia de los presupuestos materiales exigidos para admitir el internamiento preventivo, ya que promueve investigaciones más eficientes al someter a contradictorio la verosimilitud de la imputación y la necesidad de una medida cautelar privativa de libertad.

El debate permite al juez un planteamiento adecuado del caso y de las pruebas que soportan al mismo. Es necesario que el imputado tenga la capacidad -real- de defenderse frente a una medida tan violenta como su ingreso en prisión. El debate garantiza que el juez, evalúe los elementos de convicción que acreditan la prognosis de pena y el peligro procesal. Pero

además, los elementos deben ser sometidos a contradictorio, porque es el debate, la mejor garantía de una decisión justa¹⁹.

No obstante, a falta de regulación expresa por parte de la norma especial, creemos que el Juez de Familia, aplicando supletoriamente el artículo 271 del Código Procesal Penal, se encuentra en la posibilidad de llevar a cabo una audiencia, donde luego de escuchar el debate contradictorio, decida si procede o no la internación preventiva. Sólo así se permite a las partes sustentar realmente sus posiciones, discutir las y llevar al Juez a un convencimiento sobre la procedencia o no de esta medida coercitiva, más aún cuando la realización de una audiencia refuerza el derecho de defensa del imputado. No hay defensa sin contradicción, y ello implica estar en capacidad de rebatir los argumentos que puedan justificar una medida limitativa de derechos fundamentales tan grave como es el internamiento preventivo.

Finalmente, dado que se ha procedido a ampliar el plazo de duración de la internación preventiva, resultaba recomendable -para evitar dilaciones innecesarias- que en el Código de los Niños y Adolescentes se introdujera una norma expresa que obligue a otorgar celeridad preferente y mantener especial diligencia en el trámite de los procesos donde se encuentren menores de edad privados de su libertad mediante medida cautelar. Esto en concordancia con lo indicado en la regla 17 de las Reglas de La Habana que dispone “cuando...se recurra a la detención 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”.

CONCLUSIONES:

1. La internación preventiva de un menor de edad es una medida de coerción excepcional y proporcional en su uso, que únicamente debe proceder para el resguardo de una finalidad procesal concreta (asegurar el proceso) y cuando mediante otro tipo de medidas cautelares no se logren los fines procesales buscados con la limitación de libertad. Sólo estos fines procesales, es decir, los relacionados con la existencia de indicios racionales de la comisión de una infracción a la ley penal y el riesgo de obstruir o eludir la acción de la justicia pueden hacer proceder esta medida extrema. En cambio, no resulta válido privar la libertad de un menor de edad bajo el único argumento

¹⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva: una década después”. En: *Prisión Preventiva*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 183.

de estar “fuera del control de sus padres” o debido al “ausentismo escolar”, pues estos fundamentos contra el menor de edad se establecen simplemente en razón de su condición (*status offences*) y, en general no debe dictarse internamiento preventivo alegando razones que no tienen carácter estrictamente procesal; verbigracia, la necesidad de educación, adicción a drogas, garantizar el sustento de adolescente o protegerlo frente a influencias nocivas.

2. Se debe descartar la medida cautelar de internamiento con la finalidad de obligar al imputado a declarar, confesarse culpable, decir la verdad o en general obtener su colaboración activa en la investigación, pues de lo contrario se estaría utilizando indebidamente la medida cautelar de internamiento como impulsora del descubrimiento del delito, con la única finalidad de obtener pruebas o arrancar una confesión, lo que sin duda excede los límites constitucionales y contraviene el artículo 40.2.b).iv) de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto establece que el menor de edad acusado de haber infringido leyes penales no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable.
3. Cuando se prive a un adolescente de su libertad mediante internamiento, el juzgador de oficio o a solicitud de parte deberá revisar periódicamente si los motivos que originariamente fundaron el internamiento preventivo aún subsisten. Si la resolución es denegatoria, el juzgador en su decisión la autoridad deberá expresar las circunstancias concretas que permitan presumir fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el adolescente imputado en libertad.
4. El Código de los Niños y Adolescentes siguiendo la tónica de un sistema escritural, característica del modelo inquisitivo, ni siquiera menciona la necesidad de realizar una audiencia de internamiento preventivo, aun cuando constituye la medida cautelar más grave, pues implica la privación de libertad del adolescente infractor, máxime cuando la realización de una audiencia refuerza el derecho de defensa del imputado. No hay defensa sin contradicción, y ello implica estar en capacidad de rebatir los argumentos que puedan justificar una medida limitativa de derechos fundamentales tan grave como es la internación preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORETTI PACHAS, Mario. *Prisión Preventiva*. Magna Editores, Lima, septiembre del 2008.
- ANTIQUEIRA, María: “La aplicación de la prisión preventiva en relación a los procesos de los menores de edad”. En: *Estudios sobre prisión preventiva Perú y América Latina*. BLG Ediciones; Trujillo, noviembre del 2010.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo: “La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos, procedimiento y duración”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 160, marzo del 2007.
- DUCE, Mauricio: “El Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”. En: www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf.
- Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- MELLADO, Ascencio: “La regulación de la prisión preventiva en el Código procesal Penal del Perú”. En: *El nuevo proceso penal peruano. Estudios fundamentales*. Palestra Editores; Lima, 2005.
- ORNOSA FERNANDEZ, María Rosario. *Derecho penal de menores*. 4° Edición, Editorial Bosch S.A; Barcelona, 2007.