

ANÁLISIS DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA Y EL DERECHO A LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL A RAZÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA

ANALYSIS OF THE EXCEPTIONAL MEASURE OF PREVENTIVE INTERMISSION AND THE RIGHT TO PROCEDURAL GUARANTEES OF THE ADOLESCENT IN CONFLICT WITH THE CRIMINAL LAW ON THE REASON OF THE SANITARY EMERGENCY

José Yván Saravia Quispe

* Juez Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Este. Ex Fiscal Adjunto Provincial de Familia del Distrito Fiscal de Amazonas. Ex Fiscal Adjunto Provincial en lo Civil del Distrito Fiscal de Lima. Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Doctorado en Derecho en la misma casa superior de estudios. Especialista en Derecho de Familia y Género de la Universidad de Jaén – España. Docente de la Academia de la Magistratura (2019).

LUMEN

ANÁLISIS DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA Y EL DERECHO A LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL A RAZÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA

ANALYSIS OF THE EXCEPTIONAL MEASURE OF PREVENTIVE INTERMISSION AND THE RIGHT TO PROCEDURAL GUARANTEES OF THE ADOLESCENT IN CONFLICT WITH THE CRIMINAL LAW ON THE REASON OF THE SANITARY EMERGENCY

José Yván Saravia Quispe

RESUMEN:

En este trabajo académico analizaremos la figura jurídica procesal de la internación preventiva, con la finalidad de determinar si se está aplicando dicha medida dentro del marco y los límites de las garantías procesales que instituye la Convención sobre los derechos del niño, la Constitución y las leyes de la especialidad. Reflexionaremos sobre las garantías procesales que la Judicatura debe tener en cuenta al momento de resolver una solicitud de internación preventiva.

De igual forma, examinaremos los derechos que cuentan los adolescentes privados de su libertad y que deben ser garantizados por el Estado mientras se encuentren bajo su custodia preventiva, tales como el derecho a la salud y a la integridad física y psicológica. Máxime si nos encontramos en una situación de emergencia sanitaria y pandemia mundial.

PALABRAS CLAVE:

Adolescentes en conflicto con la ley penal, internación preventiva, infracción a la ley, presunción de inocencia, doctrina de la situación irregular, doctrina de la protección integral, justicia penal juvenil, emergencia sanitaria.

ABSTRACT:

In this academic work we will analyze the procedural legal figure of preventive confinement, in order to determine if said measure is being applied within the framework and limits of the procedural guarantees established by the Convention on the Rights of the Child, the Constitution and laws of the specialty. We will reflect on the procedural guarantees that the Judiciary must take into account when deciding on a request for preventive admission.

Similarly, we will examine the rights of adolescents deprived of their liberty and which must be guaranteed by the state while they are in their preventive custody, such as the right to health and physical and psychological integrity. Maxima if we are in a situation of health emergency and global pandemic.

KEY WORDS:

Adolescents in conflict with criminal law, preventive hospitalization, infraction of the law, presumption of innocence, doctrine of the irregular situation, doctrine of comprehensive protection, juvenile criminal justice, health emergency.

INTRODUCCIÓN

Es sabido que el mundo está atravesando una de las emergencias sanitarias más complejas y difíciles que se han presentado en las últimas décadas. Para evitar que esta situación de emergencia se acreciente, el Perú y los demás países han tomado medidas que aseguren la atención a la salud

de los ciudadanos; de esta manera se emitió el Decreto Supremo N° 008-2020- SA, publicado en El Peruano el 11 de marzo de 2020, que declara la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictan medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19.

No obstante, dicha garantía al derecho a la salud incluye también para aquellas personas que por algún motivo se encuentran privados de su libertad por mandato judicial. Es así, que como Estado se ha empezado a tomar algunas acciones respecto a la población hacinada en los centros penitenciarios para adultos como en los centros de diagnósticos y rehabilitación juvenil.

Respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe Especial N° 03-2020-DP sobre la “Situación de las Personas Privadas de Libertad a Propósito de la declaratoria de Emergencia Sanitaria” demandando la declaratoria de emergencia del sistema de reinserción social de los adolescentes que han infringido la ley penal, debido al grave problema de hacinamiento de los centros juveniles y a las precarias condiciones de la infraestructura y servicios básicos existentes.

Es así como, mediante Oficio N° 095- 2020, el Defensor del Pueblo formuló al Ministro de Justicia y Derechos Humanos un conjunto de recomendaciones para reducir la actual sobrepoblación de adolescentes privados de libertad, las mismas que las desarrollan en el Informe Especial señalado. La Defensoría del Pueblo advierte que existen 2100 adolescentes privados de libertad, pero los centros sólo pueden albergar a 1665. Dichas condiciones generan hacinamiento y posible deterioro en la salud de los adolescentes que se encuentran en los Centros Juveniles, convirtiéndolos en un foco de contagio de enfermedades como el COVID-19.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Perú, mostró su preocupación por la aglomeración de adolescentes y las condiciones deficientes de los centros juveniles, solicitando al Estado peruano que se examine periódicamente la situación de los adolescentes privados de su libertad con miras a la variación de dicha medida y que la privación de la libertad se utilice como último recurso y durante el período más breve posible.

En base a ello, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Supremo N° 006-2020-JUS, que establece criterios y procedimiento especial para la recomendación de Gracias Presidenciales para los adolescentes privados de libertad, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19. El mismo que busca que se estudien las condiciones actuales de salud y hacinamiento en los centros juveniles, a razón de la emergencia sanitaria declarada a nivel nacional, para que de esta forma el Estado justifique la culminación de la ejecución de la medida socioeducativa y conlleve a la gracia presidencial, sin sacrificar los fines de la medida decretada por el Poder Judicial, sino que las razones de la situación actual de los adolescentes en conflicto con la ley penal hagan posible y necesario que el Estado renuncie al ejercicio del poder punitivo, a fin de prevenir el riesgo de contagio y garantizar de esta manera el derecho a la salud, vida e integridad de los adolescentes, haciendo que la continuidad de la persecución de la infracción a la ley penal pierda sentido jurídico y sancionador.

Por su parte, se tiene conocimiento que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos remitió el Oficio N° 222-2020-JUS/DM al Poder Judicial, donde propone algunas medidas para reducir el hacinamiento en el marco de la emergencia nacional por el Covid 19; siendo una de ellas que los órganos jurisdiccionales evalúen la necesidad de mantener vigentes las medidas excepcionales de privación de libertad, sean estas de manera preventiva o definitiva respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

En dicho documento el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pone de conocimiento que los adolescentes con medida de internación preventiva alcanzan a 378, de los cuales han vencido el plazo establecido en las normas correspondientes la cantidad de 47 adolescentes. Lo que ameritaría un pronunciamiento urgente por parte del Poder Judicial; toda vez, que el internamiento preventivo es una medida excepcional y estaría causando un exceso de carceraría.

Por tales motivos el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa N° 000128-2020- CE-PJ, de fecha 26 de abril del 2020, donde dispuso que los Jueces Especializados de Familia y/o Mixtos que son competentes para conocer los casos de internamiento preventivo, variación de medida socioeducativa de internación; y beneficio de semilibertad, durante el Estado de Emergencia Nacional, puedan de oficio o a pedido variar la medida socioeducativa de internación por libertad restringida; de igual forma, que los jueces y juezas de oficio puedan ordenar la libertad del adolescente al haber vencido el plazo de internación preventiva.

En el presente artículo nos enfocaremos en una de las acciones dispuestas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, respecto a la internación preventiva, pero dicho análisis no solo debe quedar en una situación de emergencia sanitaria, sino para la aplicación en todos los casos que vendrán en adelante, con la finalidad de que se proceda a garantizar los derecho procesales de los adolescentes al momento de que los magistrados tengan que resolver las solicitudes del Ministerio Público sobre el internamiento preventivo de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

1. ANÁLISIS DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA CONFORME A LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.

El Instituto Interamericano del Niño (1973) en su vocabulario multilingüe define la situación irregular como:

aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral o padece un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades (p. 280).

En esta definición se consideraba que los adolescentes que cometen una infracción a la ley eran niños delincuentes abandonados física y moralmente, por lo tanto, ameritaba que sean objetos de un control social, cuya finalidad era ejercer control preventivo hacia potenciales infractores a la ley penal. Para García (2004) “En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad” (p. 7)

La Doctrina de la Situación Irregular concebían a los adolescentes como objetos de protección a consecuencia de los actos considerados antisociales que los definían como personas que no saben, no tienen o no son capaces, por lo tanto, ameritaba la protección de un sistema “paternalista” en aquellos que infringían la ley y la decisión se tomaba dentro de un sistema inquisitivo por parte de un juez de menores.

García (1998) señala que la doctrina de la situación irregular tenía como principales ejes:

(...)

- a) Un conservadurismo jurídico-corporativo: Esta práctica partía de la premisa de que las leyes en materia de infancia eran insuficientes o tenían lagunas, lo que determinaba que la autoridad competente actuase, no sobre la base de la ley o los principios generales del derecho, sino como un buen padre de familia.

- b) Un decisionismo administrativista: Bajo la situación irregular, el funcionario público gozaba de un amplio margen de discrecionalidad, tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo, que en la práctica se reflejaba en un ejercicio arbitrario del poder.
- c) El basismo de la atención directa: Esto consistía en una práctica que traspasaba la esfera pública en la cual se consideraba que los programas de asistencia y políticas públicas en materia de infancia no requerían leyes sino mecanismos asistencialistas, considerando al niño como objeto de protección y no como sujeto derechos y garantías. (p. 23 a 25)

En base a estos tres ejes de la doctrina de la situación irregular, analizaremos si la Judicatura interpreta la redacción del Código de los Niños y Adolescentes, sobre el acto procesal del pedido de internación preventiva, pese a que a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño ya no debería aplicarse.

Es así como el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 207° establece que:

La denuncia del Fiscal debe contener un breve resumen de los hechos, acompañando las pruebas reveladoras de la existencia de la infracción por parte del adolescente y los fundamentos de derecho. Asimismo, el Fiscal debe solicitar las diligencias que deban actuarse. De igual forma el artículo 208° indica que: El Juez, en mérito a la denuncia, expedirá la resolución motivada declarando promovida la acción y dispondrá que se tome la declaración del adolescente en presencia de su abogado y del Fiscal determinando su condición procesal, que puede ser: la entrega a sus padres o responsables o el internamiento preventivo. En este último caso, la orden será comunicada a la Sala Superior.

La interpretación que se ha venido dando por los magistrados y magistradas es literal; es decir, que el pedido de internación preventiva se realiza de forma escrita por la Fiscalía, se procede a la referencial del adolescente y la Judicatura decide cuál es su situación jurídica, pero no se garantiza el debate de la petición efectuada por el titular de la acción penal y tampoco se accede al contradictorio y por ende al derecho de defensa del adolescente investigado. Muchas de las razones que considera la Fiscalía para la internación preventiva son las condiciones de la personalidad del adolescente, como las de su entorno familiar y su contexto social, que se enmarcan en factores de riesgos de los adolescentes intervenidos y la Judicatura resuelve en ese sentido con la finalidad de protección al adolescente que conforme a la doctrina de la situación irregular justificaría la intervención estatal coactiva tanto para el adolescente como para su familia.

Durante muchos años esta ha sido la forma de interponer y resolver el pedido de internación preventiva, pero como podemos observar no reúne un sistema de garantías mínimas para el adolescente imputado, lo que refleja una continuidad del sistema procesal inquisitivo que ya no se aplica en el derecho procesal penal peruano. La interpretación de los dispositivos legales enunciados de forma literal y sin mínimas garantías, concibe al adolescente como objeto, más no como sujeto de derechos.

En este sentido, la oficiosidad en la actuación judicial en la que se concentra todas las funciones en una sola persona; es decir la magistratura paternal o maternal, acusador, decisor y defensor, con la supuesta finalidad de protección al adolescente, se enmarca en una interpretación de la doctrina de la situación irregular. Mantener el secretismo de la decisión de la situación jurídica, sin que el adolescente tenga conocimiento del contenido del pedido del Ministerio Público y no tenga derecho a expresarse, debatir o contradecir los argumentos presentados por escrito por la Fiscalía, vulnera todas las garantías individuales propios de un sistema inquisitivo y por ende dentro de la doctrina de la situación irregular, que no tiene compatibilización con un Estado Constitucional de Derecho.

2. ANÁLISIS DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA CONFORME A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.

Diversos Instrumentos Internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño reconocen la calidad de seres humanos de todos los niños, los mismos que gozan de los derechos, libertades y garantías consagrados en dichos tratados sin discriminación de ninguna clase. Tejeiro (1998), señala que protección es:

el conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particularidades se requiere de la aplicación de medidas generales o especiales que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias íntimas para la construcción de su personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia (p. 67)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1959) enuncia por primera vez como persona sujeta de derecho a los niños niñas y adolescentes, siendo consolidado posteriormente en la Convención sobre los Derechos del Niño, iniciando así un proceso de cambio estructural respecto del sistema de protección de la niñez, implantándose progresivamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Es así como la Convención supera las concepciones de la doctrina de la situación irregular para iniciar un cambio a la doctrina de la protección integral.

El artículo 4° de la Constitución Política del Estado reconoce a la doctrina de la Protección Integral al señalar que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. Asimismo, el principio del interés superior del niño y del adolescente, se encuentra recogido a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, cuando indica que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

García (1998) señala que los elementos principales de la doctrina de protección integral vienen a ser los siguientes:

(...)

- a) La consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección. Estos derechos incluyen todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú.
- b) La obligación de la sociedad y del Estado en la adopción e implementación de políticas públicas, de carácter prioritario, en materia de educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, justicia, trabajo, producción y consumo hacia el niño y adolescente. De forma complementaria, se establece la necesidad de que se adopten planes especiales sobre temas especiales enfocados hacia la infancia y adolescencia, tales como la trata de personas, programas de adopción, trabajo infantil, entre otros.
- c) Un sistema de protección basado en la Constitución y la ley, y a través del cual no es el niño o adolescente los que se encuentran en una situación irregular, sino que, por las instituciones,

públicas o privadas, las que se encuentran en tal condición por no poder satisfacer las necesidades de aquellos.

- d) El diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para aquellas personas menores de dieciocho años (de acuerdo con el Art. 1 de la Convención) que entren en colisión con la ley penal.
- e) Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en la cual el juez, la defensa y el Ministerio Público tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo "el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
- f) En casos excepcionales, se permite una privación de la libertad, pero bajo un régimen especial de acuerdo con la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales. (p. 28)

En base a estos elementos de la doctrina de la protección integral, analizaremos si corresponde una interpretación distinta a la que usualmente se realiza al trámite la solicitud de internación preventiva establecida en el artículo 207° y 208° del Código de los Niños y Adolescentes; toda vez, que este código tiene como base interpretativa la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ello significa que si bien el artículo 208° de la referida norma especial señala que

el Juez, en mérito a la denuncia, expedirá la resolución motivada declarando promovida la acción y dispondrá que se tome la declaración del adolescente en presencia de su abogado y del Fiscal determinando su condición procesal, que puede ser: la entrega a sus padres o responsables o el internamiento preventivo.

La interpretación conforme a la doctrina de la protección integral aseguraría el cumplimiento de las garantías judiciales constitucionales de los actores del proceso, que implicaría cambiar el paradigma de un proceso inquisitivo a uno acusatorio garantista.

Ello significaría asegurar una separación de funciones entre el Ministerio Público, quien es el titular de la acción penal, quien persigue el delito, acusa y tiene que probar su pretensión y el Juez quien dentro del principio de independencia e imparcialidad resuelve conforme a las pruebas presentadas por las partes procesales; asimismo, se debe garantizar al adolescente la igualdad de armas en la solicitud de internación preventiva, por lo tanto, debe someterse a debate y al contradictorio antes de que la Judicatura tenga que decidir sobre su situación jurídica, para tal efecto debe asegurarse la defensa técnica y efectuar una audiencia creada exclusivamente para el debate fáctico y jurídico de la solicitud de internación preventiva, siendo estas garantías judiciales mínimas de una verdadera tutela procesal efectiva en el marco de la doctrina de la protección integral.

3. SISTEMA GARANTISTA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

Como podemos apreciar la Doctrina de la Protección Integral exige aplicar un sistema de garantías a los adolescentes en conflicto con la ley penal; siendo que este modelo se ajusta al sistema de justicia para adolescentes a nivel internacional. En el Perú se encuentra establecido en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, emitido en el Decreto Legislativo 1348; sin embargo, dicho dispositivo legal no se encuentra vigente en cuanto a las etapas del proceso. En la actualidad continuamos aplicando el Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el Decreto Legislativo 1204, porque el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente solo está vigente en los artículos respecto a la medida socioeducativa y la ejecución de estas.

No obstante, la Magistratura puede interpretar los dispositivos legales del Código de los Niños y Adolescentes conforme a la doctrina de la protección integral y reconocerle a los adolescentes imputados las garantías individuales que se encuentran reconocidas en nuestra Carta Magna, añadiendo las específicas establecidas en la Convención sobre los Derechos del niño, sobre todo en una etapa del proceso como la solicitud de internación preventiva. Máxime, si es obligación de la Judicatura conducir un proceso en donde se asegure las garantías mínimas que establece la Constitución, que permitan a las y los adolescentes procesados enfrentar la acusación de una conducta infractora.

Ferrajoli (1995) sobre el garantismo señala que:

es un modelo normativo que minimiza la violencia institucional y maximiza la libertad. Esta idea inspirada en el derecho penal mínimo alude tanto al Poder Legislativo, como al Judicial. El primero en relación a la creación de la ley penal, tomando en consideración el principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos trascendentales; y el segundo como vigilante permanente de la legitimidad de la norma, no sólo ha de examinar su forma, sino, lo más importante, su contenido como instrumento cuya aplicación obedezca a los principios controladores del sistema penal. (p. 851)

El concepto de garantismo que alude Ferrajoli, puede que se exprese de diferentes maneras, no obstante, siempre buscará mediante las garantías de las personas limitar el poder estatal. Continúa en esa línea Ferrajoli (1995), al indicar: “pero en este caso dirigida expresamente al operador de justicia, y es así que garantismo es una actitud crítica dirigida a deslegitimar el sistema, cuando no se corresponda con su fuente de legitimación: la Constitución (...)” (p. 853)

No cabe duda, que lo referido por Ferrajoli cobra sentido cuando al momento que debemos interpretar cualquier dispositivo legal, este no debe ser literal sino conforme a la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y los principios establecidos en los dispositivos especiales, ello con la finalidad de que la norma sea racional, más aún si en el Perú existe un sistema garantista en el sistema procesal penal general, pero no se aplica a los adolescentes pese a que son principios consagrados en la Constitución.

Es así como el artículo 194° del Código de los Niños y Adolescentes vigente para el trámite de las solicitudes de internación preventiva establece que en todo proceso judicial de adolescentes que hayan infringido la ley penal se le deberá respetar las garantías de la Administración de Justicia consagradas en la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido cualquier otro dispositivo legal procesal, como el trámite de la internación preventiva, así no se encuentre literalmente establecido el o la Juez debe revestirlo de las garantías que manda la Carta Magna como las Normas Internacionales.

Asimismo, el artículo II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se establece claramente que los niños, así como los adolescentes son sujetos de derechos. Pudiendo incluso aplicarse supletoriamente el Código Procesal Penal cuando corresponda, conforme lo consagra el artículo VII del mismo Código. Si bien no se podrá aplicar la norma adjetiva en su totalidad porque está diseñada para un sistema de adultos si se puede recoger los principios procesales generales del derecho penal y que son garantías de un debido proceso. De igual forma, el artículo X del Título Preliminar establece que en los casos judiciales en donde se tomen decisiones de los adolescentes serán tratados como problemas humanos. Es así como más allá de la literalidad y el positivismo, la interpretación debe ser de forma sistemática y ello implica revestir de garantías el proceso en el sistema de responsabilidad penal juvenil.

Por su parte, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño a emitido la Observación General N° 24 (2019), que reemplaza a la Observación General N° 10, que el mismo

que debe obedecer a determinados parámetros de Garantías para un juicio justo. Estos incluyen, entre otros:

38. El artículo 40 (2) de la Convención contiene una lista importante de derechos y garantías destinados a garantizar que todos los niños reciban un trato y un juicio justos (...). Cabe señalar que estos son estándares mínimos. Los Estados partes pueden y deben tratar de establecer y observar estándares más altos. (...)

42. Ningún niño será declarado culpable de ningún delito que no constituya un delito, de conformidad con el derecho nacional o internacional, en el momento en que se cometió. Los Estados parte que amplían sus disposiciones de derecho penal para prevenir y combatir el terrorismo deben garantizar que esos cambios no den como resultado el castigo retroactivo o involuntario de los niños. Ningún niño debe ser castigado con una pena mayor que la aplicable en el momento del delito, pero si un cambio de ley después del delito prevé una pena más leve, el niño debe beneficiarse.

(...) 43. La presunción de inocencia requiere que la carga de la prueba del cargo recaiga en la acusación, independientemente de la naturaleza del delito. El niño tiene el beneficio de la duda y es culpable solo si los cargos han sido probados más allá de la duda razonable. El comportamiento sospechoso por parte del niño no debe conducir a suposiciones de culpa, ya que puede deberse a una falta de comprensión del proceso, inmadurez, miedo u otras razones.

Derecho a ser escuchado (art. 12) 44. En los párrafos 57 a 64 de la observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, el Comité explicó el derecho fundamental del niño a ser escuchado en el contexto de la justicia infantil.

45. Los niños tienen derecho a ser escuchados directamente, y no solo a través de un representante, en todas las etapas del proceso, desde el momento del contacto. El niño tiene derecho a permanecer en silencio y no debe hacerse ninguna inferencia adversa cuando los niños eligen no hacer declaraciones. Participación efectiva en el proceso (art. 40 (2) (b) (iv))

46. Un niño que supera la edad mínima de responsabilidad penal debe considerarse competente para participar en todo el proceso de justicia infantil. Para participar de manera efectiva, un niño debe contar con el apoyo de todos los profesionales para comprender los cargos y las posibles consecuencias y opciones con el fin de dirigir al representante legal, desafiar a los testigos, proporcionar una cuenta de los eventos y tomar las decisiones apropiadas sobre las pruebas, el testimonio y la medida (s) a imponer.

Los procedimientos deben llevarse a cabo en un idioma que el niño entienda completamente o se debe proporcionar un intérprete de forma gratuita. Los procedimientos deben llevarse a cabo en una atmósfera de comprensión para permitir que los niños participen plenamente. Los avances en la justicia adaptada a los niños proporcionan un impulso hacia un lenguaje amigable para los niños en todas las etapas, diseños amigables para los niños de espacios de entrevistas y tribunales, apoyo de adultos apropiados, eliminación de vestimenta legal intimidante y adaptación de procedimientos, incluido el alojamiento para niños con discapacidades. Información rápida y directa de los cargos (art. 40 (2) (b) (ii)) 47. Todo niño tiene derecho a ser informado de manera inmediata y directa (o cuando sea apropiado a través de sus padres o tutores) de los cargos presentados contra él o ella.

Inmediatamente significa lo antes posible después del primer contacto del niño con el sistema de justicia. La notificación a los padres no debe descuidarse por motivos de conveniencia o recursos. Los niños que son desviados en la etapa de cargos deben comprender sus opciones legales, y las salvaguardas legales deben respetarse plenamente.

48. Las autoridades deben asegurarse de que el niño comprenda los cargos, las opciones y los procesos. Proporcionar al niño un documento oficial es insuficiente y es necesaria una explicación oral. Aunque los niños deben recibir asistencia para comprender cualquier documento de un padre o adulto apropiado, las autoridades no deben dejar la explicación de los cargos a dichas personas. Asistencia legal u otra asistencia apropiada (art. 40 (2) (b) (ii))

49. Los estados deben garantizar que se garantice al niño asistencia legal u otra asistencia adecuada desde el inicio del procedimiento, en la preparación y presentación de la defensa, y hasta que se agoten todas las apelaciones y / o revisiones. El Comité solicita a los Estados parte que retiren cualquier reserva formulada con respecto al artículo 40 (2) (b) (ii).

50. El Comité sigue preocupado porque muchos niños enfrentan cargos penales ante autoridades judiciales, administrativas u otras autoridades públicas, y están privados de libertad, sin contar con el beneficio de representación legal. El Comité observa que en el artículo 14 (3) (d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la representación legal es una garantía mínima en el sistema de justicia penal para todas las personas, y esto debería aplicarse igualmente a los niños. Si bien el artículo permite que la persona se defienda personalmente, en cualquier caso donde los intereses de la justicia así lo requieran, se le debe asignar asistencia legal.

51. En vista de lo anterior, al Comité le preocupa que los niños reciban menos protección que las garantías del derecho internacional para los adultos. El Comité recomienda que los Estados brinden representación legal efectiva, sin cargo, para todos los niños que enfrentan cargos penales ante autoridades judiciales, administrativas u otras autoridades públicas. (...)

58. Los partidos estatales deben asegurarse de que un niño no esté obligado a dar testimonio o confesar o reconocer la culpa. La comisión de actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes para obtener una admisión o confesión constituye una grave violación de los derechos del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 (a)). Cualquier admisión o confesión de este tipo es inadmisibles como prueba (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 15).

62. El niño tiene derecho a que cualquier decisión de culpabilidad o las medidas impuestas sean revisadas por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial superior. (p.10 a 15)

Lo señalado se concuerda con la Opinión Consultiva OC- I 7/02, de fecha 28 de agosto de 2002, establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando indica que en los procesos judiciales en donde se resuelven derechos de los niños se deberá tener en cuenta las garantías de un juez natural, ello abarca que no solo sea competente, sino que a su vez sea independiente e imparcial, también prescribe el cumplimiento del derecho a la doble instancia, pero haremos especial énfasis en el presente trabajo académico, los derechos a la presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa.

El Comité en la Observación General N° 24 insta a los Estados parte que, en los procesos de adolescentes imputados, se respete los derechos y garantías a fin de contar con un trato y un juicio justo; entre los más resaltantes es la presunción de inocencia, precisando que la carga de la prueba recae en la acusación, es decir en el Ministerio Público, de ahí la importancia que sea la institución fiscal quien sustente y acredite el requerimiento de internación preventiva.

Asimismo, el Comité hace hincapié que los adolescentes que infringen la ley penal tienen derecho a ser escuchados directamente en todas las etapas del proceso, ello incluye en el pedido de

internación preventiva. El artículo 9° del Código de los niños y adolescentes reconoce el derecho a ser escuchado, dentro de este derecho incluye el permanecer en silencio, asimismo su participación efectiva en todo el proceso.

De igual forma se precisa que los adolescentes imputados tienen derecho a ser informado de manera inmediata y directa de los cargos presentados contra él o ella. No basta que se le proporcione una resolución judicial, sino que tiene derecho a una explicación oral, ello va acompañado que se le garantice el derecho a la representación legal. En el caso de la internación preventiva, se debe garantizar el debate del pedido y el derecho al contradictorio. Finalmente, el Comité le preocupa que los adolescentes reciban menos protección que las garantías del derecho internacional para los adultos, más aún si en el Perú se encuentra vigente un sistema garantista para adultos y los adolescentes no se le aplica los mismos derechos que la Constitución reconoce para todos los ciudadanos peruanos.

4. EL REQUERIMIENTO FISCAL Y LA AUDIENCIA DE INTERNACIÓN PREVENTIVA.

Conforme lo establece el artículo 139° del Código de los niños y adolescentes es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba al ser el titular de la acción. De igual forma, la fiscalía tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, conforme lo señala el artículo 138°, siendo la entidad competente para promover la acción penal respecto de los adolescentes investigados, conforme lo indica el artículo 144°c) del mismo código.

Consecuentemente, los y las representantes del Organismo Autónomo, al igual que la Judicatura, también tienen la obligación de velar y respetar los derechos y garantías procesales de los adolescentes imputados, ello implica los establecidos por la Convención sobre los derechos del niño y la Observación General N° 24 del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Debiendo cumplir con su rol de Titular de la acción penal y explicar su requerimiento oralmente; toda vez que el Comité ha dejado claro que no es suficiente que se le notifique mediante un documento oficial. Asimismo, se le debe otorgar el derecho a la contradicción del requerimiento fiscal mediante la defensa técnica o pública.

De igual forma, se debe señalar que la carga probatoria la tiene el Ministerio Público, por lo tanto debe ofrecer suficientes elementos de convicción para que el Juez dicte la medida restrictiva y excepcional de internación preventiva; ello conforme al principio de rogación a cargo del Fiscal en el ejercicio de la acción penal, pues la Judicatura de oficio no puede iniciar procesos penales, ni dictar medidas restrictivas contra los adolescentes en conflicto con la ley penal; es necesario la demostración objetiva por el Ministerio Público de los presupuestos establecidos en el Código de los Niños y Adolescentes.

Ello significa que dichas garantías deben realizarse en cumpliendo con lo establecido por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; siendo necesario convocar a una audiencia donde se procesa a debatir la solicitud de internación preventiva y a contradecir los medios probatorios. El problema radica que el artículo 207° y 208° del Código Especial no contempla que para que se resuelva la situación jurídica del adolescente imputado se tenga que convocar a una audiencia; no obstante, ello no limita a que el Juez, como director del proceso, deba organizar y desarrollar el trámite asegurando un debido proceso y garantizando las recomendaciones que el Comité ha señalado en la Observación General N° 24, ello de conformidad con el artículo 136° del Código de los Niños y Adolescentes.

El debate permite que la o el adolescente inmerso en un proceso penal juvenil tenga la oportunidad de defenderse ante la solicitud de una medida tan severa como la internación preventiva en un medio cerrado. De esta manera, el debate en audiencia permitirá que la Magistratura pueda

evaluar los elementos de prueba que han sido sometidos a contradictorio, así como los argumentos presentados por una y otra parte para generar convicción que acrediten los presupuestos para determinar la internación preventiva, conforme lo señala Del Río Labarthe (2015) “es el debate, la mejor garantía de una decisión justa.” (p. 183)

Como se puede apreciar, es garantía del proceso escuchar a las partes, proceder al debate de los elementos de prueba y el contradictorio, mediante una audiencia, donde puedan sustentar sus posiciones y discutir las, para que finalmente el Juez o Jueza encontrándose en una mejor posición pueda decidir si procede o no la solicitud de internación preventiva, justificando y motivando la imposición de una medida limitativa de derecho excepcional. Reforzando el derecho de defensa del adolescente imputado, más aún, si no hay defensa sin contradicción.

5. INTERNACIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL Y LOS ELEMENTOS DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA.

Se debe señalar que el artículo 37° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su literal b) que la privación de la libertad de un adolescente será utilizada solamente como una medida de “último recurso y durante el período más breve”, ello dentro de un marco general de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Es así como la misma Convención fija como regla que la internación preventiva como la medida socioeducativa de internación solo es posible como una medida de último recurso. De ahí que la prioridad de los Estados es la implementación de políticas preventivas que busquen la socialización e integración de los niños y adolescentes a las familias, centros educativos y en la comunidad. Por lo que para los Estados partes la aplicación de una judicialización juvenil siempre deberá ser el elemento final de una política juventud.

Cordero (2000) sobre la prisión preventiva pero aplicable también a la internación preventiva que:

La presunción de inocencia, no solo excluye que el imputado sea sometido a penas anticipadas y requiere que el Ministerio Público acredite los cargos que atribuya – sea cuando acuse como cuando requiera alguna medida intermedia limitativa de derecho-, sino que asimismo excluye el automatismo de la prisión preventiva, independiente de las efectivas exigencias cautelares (*fumus comissi delicti*), las prohibiciones legales a la libertad provisional o restrictiva y los términos prolongados de la prisión preventiva. (p. 398)

De esta forma, la medida de internación preventiva se aplicará solamente como una medida de última ratio, es por ese motivo que para que proceda se establecen presupuestos rigurosos y que deben ser acreditados por el Ministerio Público. No debiendo desnaturalizarla y convertirla en regla cuando debe ser la excepción. Asimismo, dicha medida no podrá ser estimada como una condena anticipada y solo es posible utilizarla cuando sea imposible imponer otra medida alternativa menos gravosa establecida en las disposiciones especializada, que también asegurarían la presencia del adolescente investigado en el proceso.

Gonzalo Del Río Labarthe (2008) señala que:

La suficiencia probatoria implica, un juicio asentado en criterios objetivos que permitan identificar los elementos conducentes a una razonada atribución del hecho punible, descartando cualquier aplicación automática o arbitraria de los presupuestos establecidos por el ordenamiento procesal. (p. 72)

Es así que el artículo 209° del Código de los Niños y Adolescentes ha establecido presupuestos rigurosos para que sean evaluados antes de emitir un pronunciamiento sobre el requerimiento del Ministerio Público. Además de los presupuestos señalados, la disposición legal establece que el

Juez, debe tener en cuenta otros requisitos complementarios que refuerza la excepcionalidad de la internación preventiva.

Resulta necesario desarrollar cada uno de los presupuestos que serán debatidos y sometidos al contradictorio en la audiencia por parte del Ministerio Público, así como la defensa técnica, con la finalidad de ser aplicados con la rigurosidad que imparte el dispositivo legal y siempre desde la mirada de la excepcionalidad.

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.

Este primer presupuesto está referido a la existencia de elementos iniciales obtenidos en la etapa preliminar que permita generar convicción de una fundada sospecha de la participación del adolescente imputado mediante un juicio de imputación. Para demostrar la presencia de este presupuesto es precisa la realización de actos de investigación que deberá realizar el Ministerio Público, con la finalidad de que pueda sustentar la verosimilitud de la imputación, así como la vinculación del adolescente en la autoría o participación de la infracción penal.

No resulta suficiente la concurrencia de indicios apenas contrastados o sospechas genéricas; ello debido a que este presupuesto se basa en una sospecha grave, fuerte y fundada, a fin de contar con elementos probatorios que generen convicción de este elemento de la pretensión solicitada por el fiscal. Señalando Asencio (2005) que en este presupuesto:

se exigen 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 suficientes. (p. 512)

En este sentido, se requiere un alto grado de probabilidad de que el adolescente procesado vaya a ser considerado responsable del hecho imputado, porque si la imputación fiscal se funda en una baja probabilidad y por tanto el sometido a esta medida excepcional termine absuelto, no habría justificación de ordenar la internación preventiva. Esta alta probabilidad tiene que estar sentada en criterios objetivos sólidos; como afirma Roxin (2019) “requiere asumir, con tal entidad o nivel de probabilidad, de que el imputado ha cometido el hecho delictivo – como autor o como partícipe- y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.” (p. 374-375)

Asimismo, se debe realizar un juicio de imputación; es decir que se pueda precisar que el hecho sea considerado delictivo, conforme a la tipicidad establecida en la legislación Penal, asimismo, no debe concurrir alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad infractora y que se debe aplicar supletoriamente los artículos 20° y 78° del Código Penal.

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

El segundo presupuesto que se debe exigirse es que la conducta infractora se encuentre tipificada en el Código Penal con una pena mayor de cuatro años, ello en razón del principio de proporcionalidad, que fija un mínimo legal objetivo y cuantitativo que genere la probabilidad de que se pueda dictar una medida de internamiento al considerar que la infracción cometida es grave, en caso contrario no ameritaría ordenar una medida restrictiva temporal, porque existe la probabilidad de dictar una sanción menos grave que el internamiento.

No obstante, se deberá tener en consideración lo establecido en el artículo 162° del Código de Responsabilidad del Adolescente vigente, al considerar como presupuesto para una medida socioeducativa de internación y en aplicación de la excepcionalidad de la medida que los hechos sean “tipificados como delitos dolosos y sean sancionados en el Código Penal o Leyes especiales, con pena privativa de libertad no menor de seis (06) años, siempre que se haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas.”

En este sentido, al haberse considerado en el dispositivo señalado una exigencia más alta para la medida socioeducativa de internación, de igual forma debe aplicarse para la medida preventiva solo en hechos tipificados con sanción no menor de seis años y además de ello que el adolescente investigado no haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de la víctima o las víctimas.

También es importante señalar que la internación preventiva al ser excepcional requiere una motivación conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la justifiquen, pero ello no significa que dicha justificación sea solamente en la prognosis de la medida socioeducativa que se establecerá en la sentencia, porque el adolescente tiene la condición jurídica de procesado, y motivar la decisión solo en la anticipación de la medida a imponerse supondría vulnerar el principio de presunción de inocencia del adolescente en conflicto con la ley penal.

C. Riesgo razonable de que el adolescente eluda la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad.

Este presupuesto desarrolla la peligrosidad procesal, dentro de ello incluye el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. No obstante, no es necesario que se acrediten ambos. En el peligro de fuga se trata impedir que el adolescente pueda eludir la acción de la justicia, siendo su finalidad que el adolescente comparezca en todas las etapas del proceso. Respecto del peligro de obstaculización busca evitar que el adolescente procesado obstaculice las pruebas con relación a los hechos investigados, siendo su función asegurar la prueba o la actividad probatoria que se va a desplegar en el proceso.

C.1. PELIGRO DE FUGA.

Conforme lo señala Guerra (2010) cuando refiere que “el fin primordial de este riesgo es la realización plena de la tutela jurisdiccional: la huida del imputado frustraría no solo la futura ejecución de la pena sino, antes, el desarrollo normal del propio proceso penal”. (p. 151) Es así como dentro del análisis fáctico la judicatura debe tener en cuenta que exista situaciones específicas que constituyan riesgo procesal de mayor o menor peligro, que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso.

En el caso del Peligro de fuga, si bien el Código de los Niños y Adolescentes no enumera como debe ser calificado este presupuesto de peligrosidad procesal, también es sabido que el Código Procesal Penal en el artículo 269° y el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente en el artículo 53°, establecen los criterios que se deben tener en cuenta para su calificación y si bien este último aún no está vigente, recoge lo señalado por la jurisprudencia y doctrina por lo que se puede contar como referencia.

Es así como el Ministerio Público debe acreditar como peligro de fuga el arraigo, es decir la existencia de un domicilio o residencia habitual, centro de estudios al que asista regularmente, centro laboral o la convivencia con un entorno familiar. Asimismo, las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; la importancia del daño resarcible y la actitud que el adolescente adopta, voluntariamente, frente al mismo; el comportamiento durante el proceso o en otro anterior,

en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y, la pertenencia del adolescente a una organización criminal o su reintegración a las mismas. Es menester señalar que estos criterios son *numerus apertus* y no *numerus clausus* porque se trata de tipologías referenciales.

Sin embargo, no puede valorarse lo solicitado por el Ministerio Público de manera subjetiva, sino que estos criterios deban perjudicar el proceso y que le sea imputado al adolescente en conflicto con la ley penal. Por ejemplo, si el adolescente habita en vivienda alquilada o se ha mudado de residencia por motivos justificados de los padres, no estaríamos ante un peligro de fuga, porque las circunstancias que motivaron son extraprocesales y no necesariamente pondrían en peligro la presencia del adolescente durante las etapas del proceso judicial. Asimismo, el solo hecho de que el adolescente tenga otros procesos no acreditaría el presupuesto de peligro de fuga, sino que en dichos procesos no haya comparecido, resaltando el comportamiento negativo del adolescente procesado; ello debido a que si el adolescente viene presentándose en los procesos judiciales demuestra que su comportamiento es el adecuado; por lo que ordenar la internación preventiva solo por contar con otros procesos vulnera el principio de presunción de inocencia.

En este sentido, conforme lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 35/07, al explicar que “el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito”. En todo caso, su determinación obliga al juez, como acota Nieva (2017), a “construir una perspectiva de futuro, así como evitando presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas”. (p. 285) De igual forma, Alberto Bovino Citado por Angulo (2011) fundamenta:

La existencia de peligro procesal es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno. No basta entonces con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto, o sin fundamento alguno... (p. 22)

Conforme a lo señalado por la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se puede considerar como único argumento que los adolescentes investigados están fuera del control de sus padres o al ausentismo escolar; así como su situación social por consumos de drogas o alcohol, porque se estaría dictando una medida en razón a la condición del adolescente imputado (status offences); y no en razones objetivas y estrictamente de carácter procesal. Motivar de manera distinta a todo lo señalado, sería retroceder a la doctrina de la situación irregular en donde se consideraba como relevante el riesgo social y no el riesgo procesal, situación que desvincula el hecho materia de investigación.

C.2. PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN.

Respecto al peligro procesal de obstaculización del proceso, conforme lo señala Del Rio Labarthe (2015)

Se trata de garantizar lo que la doctrina denomina “protección pasiva” de las fuentes de investigación o de prueba y del proceso, dirigida a obtener la abstención del imputado respecto de determinadas conductas consideradas legalmente como determinantes para afectar la actividad de investigación y de prueba.(p. 221).

Por su parte, Gimeno Sendra (2012) agrega que:

Son dos los fines a los que se supedita este riesgo:

a) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal, esto es, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, lo que excluye las fuentes de prueba tendentes a acreditar las responsabilidades civiles; y, b) que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de investigación o de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados, peritos o quienes pudieran serlo. (p. 632)

Asencio Mellado (2015) señala que:

El imputado ha de tener una auténtica capacidad para, por sí solo o por medios de terceros, influir en las actividades tendentes a menoscabar las fuentes -medios de investigación o de prueba; y, además, desde la garantía de presunción de inocencia, están excluidos como condiciones determinantes del peligro de obstaculización los actos derivados del ejercicio del derecho de defensa del imputado o como respuesta a su falta de colaboración en la investigación. (p. 212)

Si bien el Código de los Niños y Adolescentes tampoco establece literalmente los criterios para determinar el peligro de obstaculización; sin embargo, el Código Procesal Penal en el artículo 270° y el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente en su artículo 54°, establecen los criterios que se deben tener en cuenta para su calificación y si bien este último aún no está vigente, recoge lo señalado por la jurisprudencia y doctrina por lo que se puede contar como referencia.

Es así como el Ministerio Público debe acreditar como peligro de obstaculización el riesgo razonable de que el adolescente destruya, modifique, oculte, suprima o falsifique elementos de prueba; influya para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente en el desarrollo del proceso; e induzca o pueda ser inducido por otros a realizar los comportamientos descritos en los literales anteriores. No obstante, no se puede considerar obstáculo el que el adolescente no desee declarar o su declaración sea contraria a la teoría del caso del representante del Ministerio Público, ello en razón al principio de no autoincriminación, siendo que la carga de la prueba le corresponde al titular de la acción penal. Conforme sostiene Del Río Labarthe (2015):

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. (p. 160)

C.3. CRITERIOS COMPLEMENTARIOS.

En base a la excepcionalidad de la medida de internación preventiva la ley establece criterios complementarios adicionales a los tres presupuestos antes mencionados, por lo tanto, la judicatura deberá tener en cuenta también 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 en conflicto con la ley penal 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.

Es menester señalar que la norma señala gravedad del hecho, que no es lo mismo que las agravantes de la infracción cometida; debiendo el juez o jueza realizar un análisis objetivo en el caso en concreto de lo que corresponde a un hecho grave, no pudiendo motivarlo con las agravantes del ilícito penal; por ejemplo un hecho grave es el empleo de un arma de fuego, que coincide con un

agravante del delito de robo agravado, pero no correspondería que el mismo haya sido efectuado durante la noche, porque si bien es un agravante no necesariamente es un hecho grave.

Asimismo, el artículo 235° del Código de los Niños y Adolescentes que regulaba los presupuestos de la internación no se encuentra vigente, porque fue reemplazado por el artículo 162° del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, vigente solo respecto a las medidas socioeducativas y la ejecución de estas.

Respecto a que el adolescente en conflicto con la ley penal haya incumplido injustificada y reiteradamente las medidas socioeducativas distintas a la de internación, así como la reiteración en la perpetración de otros hechos delictivos, es menester señalar que es contrario al principio de presunción de inocencia presumir que existe riesgo procesal la mera indicación de la reincidencia. Tampoco se puede considerar la reincidencia a razón de registros policiales u otra distinta a una sentencia consentida o ejecutoriada, por lo que se debe analizar cautelosamente estos criterios al momento de aplicar la internación preventiva en base a conceptos subjetivos.

Finalmente, el dispositivo legal refuerza el concepto de carácter excepcional de la internación preventiva, especialmente para los adolescentes entre catorce y menos de dieciséis años, precisando que solamente se aplicaría cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa. Ello significa que, en estos casos, luego de realizar un análisis de todos los presupuestos, la judicatura tendría que realizar un juicio de ponderación para verificar que exista medidas menos gravosas; es decir, medidas alternativas para los adolescentes menores de dieciséis años a catorce. Ello en el marco de los principios de excepcionalidad y subsidiariedad de la privación de la libertad.

Como podemos apreciar los presupuestos correctamente aplicados garantizan que la medida de internación preventiva sea excepcional y de último recurso. De igual manera indica Amoretti Pachas (2018), que conforme a los principios de excepcionalidad y subsidiariedad 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 (p. 127)

6. EL ROL GARANTE DEL ESTADO. Y EL DESVANECIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA EN LA EMERGENCIA SANITARIA.

Conforme se desprende de la Resolución Administrativa N° 000128-2020-CE-PJ, de fecha 26 de abril del 2020, donde se advierte la preocupación por parte del Poder ejecutivo ante la declaración del Estado de Emergencia Sanitaria en el Perú, como el resto del mundo, ameritando una preocupación por la propagación del Covid19 en los centros penitenciarios y juveniles a nivel nacional. En este sentido, el Consejo Ejecutivo procedió a habilitar a todos los Jueces y Juezas con competencias para conocer los casos de internamiento preventivo, variación de medida socioeducativa de internación; y beneficio de semilibertad, para que puedan proceder a dar cuenta de los casos de internación preventiva cuyos plazos han vencido y sobre los pedidos de variación de las medidas socioeducativas y otros beneficios conforme a ley.

Respecto a la internación preventiva, que es el tema del presente artículo académico, tiene su justificación en la presunción de inocencia, el derecho de la salud del adolescente procesado debido al hacinamiento en los centros juveniles del país. Cuando la judicatura ordena la internación preventiva de un adolescente imputado, solo restringe su derecho a la libertad y no otros derechos,

por lo que el Estado asume la custodia del adolescente y por lo tanto adopta una posición de garante y debe adoptar todas las medidas para garantizar la vida y salud de los internos. La responsabilidad que asume el Estado será mayor si se trata de adolescentes cuya imputación aún no ha sido demostrada y se encuentran privados de su libertad provisionalmente con un riesgo para su salud y la vida; máxime si sola minoría de edad los hace parte de un grupo vulnerable, debiendo abordarse estos casos con perspectiva de derechos humanos.

Al respecto, la introducción de la Resolución N° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos advertía que la pandemia que el mundo está viviendo puede causar efectos graves a la vigencia de los derechos humanos sobre todo en el derecho a la vida, salud e integridad personal a consecuencia del COVID-19; sobre todo en las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, señala la Corte Interamericana que el COVID-19 puede tener un gran impacto a las personas privadas de libertad y que se debe tener en cuenta la posición de garante del Estado respecto de la población penitenciaria, debiendo tomar medidas para reducir la sobrepoblación y hacinamiento mediante medidas alternativas distintas a la privación de la libertad.

En este sentido, el Poder Judicial como parte del Estado Peruano, también adopta una posición de garante respecto de las decisiones judiciales emitidas y por tanto deben resolverse con una perspectiva de derechos humanos. Teniendo en cuenta que los adolescentes que infringen ley penal son considerados población vulnerable, debiendo buscar medidas alternativas a la internación preventiva garantizando de modo oportuno y apropiado el derecho a la vida y la salud de los adolescentes; máxime si los centros juveniles se encuentran en niveles de sobrepoblación y hacinamientos.

Es así como lo ha señalado el máximo intérprete constitucional en el STC 05765-2009-PHC/TC, de fecha 17 días del mes de agosto de 2010, sobre la revisión de la detención preventiva provisoria, que puede ser aplicado a la internación preventiva que: “...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” (f. 7).

El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados Parte en la Observación General N° 10 (2007) que los juzgadores deban realizar un examen periódico de la internación preventiva con la finalidad de verificar si los presupuestos aún subsisten. (párrafo 80) En este sentido, resulta conforme a derecho que el Consejo Ejecutivo haya dispuesto que los Jueces de Familia y Mixtos deban revisar de oficio los presupuestos que motivaron la resolución que ordenó la internación preventiva y si los plazos se han excedido deberá ordenar su variación por la de comparecencia y medidas accesorias que garanticen la presencia del adolescente en el proceso. Debiéndose efectuar un análisis caso por caso y mediante una ponderación resolver dentro de la perspectiva de derechos humanos.

CONCLUSIONES.

- Debe desterrarse la Doctrina de la Situación Irregular en la interpretación de las normas procesales del Código de los Niños y Adolescentes, cambiar los paradigmas de un sistema inquisitivo en donde la magistratura asume un rol paternal o maternal, pero también es el

acusador, decisor y defensor, con la supuesta finalidad de protección al adolescente. Asimismo, debe evitarse el secretismo de la decisión sobre la situación jurídica de los adolescentes, acciones que vulneran todas las garantías individuales y que no tiene compatibilización con un Estado Constitucional de Derecho.

- La interpretación conforme a la Doctrina de la Protección Integral es la que garantizará los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal de un proceso justo, en donde se respete la separación de funciones entre los actores que participan en el proceso; asimismo, se debe garantizar el debate y el contradictorio de la solicitud de internación preventiva antes de que la Judicatura tenga que decidir sobre su situación jurídica.
- Se debe realizar un examen minucioso de los presupuestos establecidos en la ley, con la finalidad de garantizar la excepcionalidad de la medida de internación preventiva, conforme a los principios de excepcionalidad y subsidiaridad, buscando mecanismos menos radicales para los adolescentes en conflicto con la ley penal.
- Poder Judicial como parte del Estado Peruano, debe adoptar una posición de garante respecto de las decisiones de los adolescentes en conflicto con la ley penal que los jueces y juezas han emitido y por tanto las decisiones judiciales deben resolverse con una perspectiva de derechos humanos.
- Debe tenerse en cuenta que los adolescentes en conflicto con la ley penal son considerados población vulnerable, debiendo buscar medidas alternativas a la internación preventiva garantizando de modo oportuno y apropiado el derecho a la vida y la salud de los adolescentes; máxime si los centros juveniles se encuentran en niveles de sobrepoblación y hacinamientos

REFERENCIAS.

- AMORETTI, M. (2008) *Prisión Preventiva*. Magna Editores, Lima,.
- ASENCIO, J.M. (2005) *La regulación de la prisión preventiva en el Código procesal Penal del Perú*. En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadores). El nuevo proceso penal peruano. Estudios fundamentales. Palestra Editores, Lima.
- ASENCIO, J.M. (2004) *Derecho Procesal*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- CILLERO, M. (1998) *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Compiladores): *Infancia. Ley y Democracia en América Latina*. Editorial Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998.
- CORDERO, F. (2000) *Procedimiento Penal I*. Editorial Temis, Bogotá, p.398.
- DEL RÍO LABARTHE, G. (2007) *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos, procedimiento y duración*, Revista Actualidad Jurídica, N° 160.
- DEL RÍO LABARTHE, G. (2015) *La prisión preventiva: una década después*. En: *Prisión Preventiva*. Instituto Pacífico, Lima.
- DEL RÍO LABARTHE, G. (2008). *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*, ARA Editores, Lima.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta. Madrid, 1995.
- GARCÍA, E. (2004) *Legislación infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias. Infancia. De los derechos y de la justicia*. Buenos Aire, Editorial del Puerto.
- GARCÍA, E. (1998) *Derecho de la infancia-adolescencia: De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Universidad de Los Andes y UNICEF, 3ra edición.

- GIMENO, V. (2012) *Derecho Procesal Penal*, 1era Edición Editorial Civitas, Pamplona.
- GUERRA, C. (2010) *La decisión judicial de prisión preventiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIEVA, J. (2017) *Derecho Procesal III*, Editorial Marial Pons, Madrid. Citado por ANGULO, P. (2011) "La prisión preventiva y sus presupuestos materiales"; *Gaceta Penal* Tomo 25; Julio del 2011.
- ROXIN, C. (2019) Shünemann, Bernd: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires.
- TEJEIRO, C. (1998) *Teoría general de niñez y adolescencia*. Bogotá: Universidad de Los Andes y UNICEF, 3ra edición.

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 01 de junio de 2020