

**Vestigios de la doctrina de la situación irregular.
Peligrosidad y marginalidad como fundamento de la prisión
preventiva de adolescentes**

Violeta González Valdez¹

Resumen: *Este artículo expone los fundamentos de la prisión preventiva en el Sistema Penal Juvenil, partiendo de una revisión circunscripta con especial referencia al contexto latinoamericano, con el objetivo de comprender su evolución y confrontarla con el estado actual de su concepción en Paraguay. A través del estudio crítico de la legislación penal juvenil y la jurisprudencia, se ha constatado que la normativa que rige la prisión preventiva del adolescente vulnera sus fundamentos constitucionales. Por lo que se proponen los presupuestos legales de la procedencia de la prisión preventiva, afirmándose sus principios de excepcionalidad y celeridad. Si bien no se pretende dar respuestas definitivas a las cuestiones planteadas, el interés radica en resaltar la trascendencia del reconocimiento y la vigencia de las garantías de un debido proceso en la reacción estatal ante los ilícitos cometidos por adolescentes, en el marco de un sistema de responsabilidad punitivo-garantista.*

Palabras clave: *Delincuencia juvenil; grupos vulnerables; exclusión social; prisión; proceso.*

**Vestiges of the irregular situation doctrine. Dangerousness and
marginality as the basis for the preventive detention of teenagers**

Abstract: *This article discusses the fundamentals of preventive detention in Juvenile Justice System, starting on a review in the Latin American context, in order to understand its evolution and compare it with the current state in Paraguay. From the analysis of the Juvenile Justice System of Paraguay, it was found that preventive detention violates constitutional principles. Therefore, in this paper it is proposed legal requisites for the application of preventive detention, based on celerity and exceptionality principles. This work do not pretends to provide definitive answers to all questions raised, however, emphasizes the importance of the recognition, fulfillment and the assurances of due process of law as part of a penal system punitive-liability, in the government response at the crimes committed by juveniles.*

Keywords: *Juvenile delinquency; vulnerable groups; social exclusion; prisons; process.*

¹ Universidad Autónoma de Asunción. Paraguay. Doctora en Ciencias Jurídicas, *summa cum laude* con recomendación de publicación, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional de Corrientes-Argentina. Postgrado en Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid; Derecho Constitucional, Penal y Criminología, Universidad de Salamanca -becada por la Agencia Española de Cooperación Internacional-. Pasantía en el Clinical Law e Institute for Social Research, Universidad de New Mexico-E.E.U.U. Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Asunción y de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Consejo de Redacción y Coordinadora del Suplemento Penal de La Ley Paraguaya Thomson Reuters. Autora de libros y artículos en el área del Derecho Penal y Derechos Humanos.

Correspondencia: Dra. Violeta González. E-mail: gv_violeta@hotmail.com

Recibido: 28/04/12. Aceptado: 25/07/12.

1. El despojo de un mito: la relevancia de la criminalidad juvenil en la fenomenología de la criminalidad

Una cuestión planteada como previa, al momento de analizar la prisión preventiva como instituto procesal del sistema penal juvenil, es despojarnos del mito que encierra la falacia de la afirmación que la criminalidad juvenil tiene una significativa relevancia en la fenomenología de la criminalidad. La percepción social generada -en gran parte- por los medios de comunicación sobre el aumento, gravedad y peligrosidad de la criminalidad juvenil así como su importancia en el espectro general de la criminalidad, no coincide con el marco de referencia empírico.

Recurriendo a una de las formas de conocer la criminalidad de un país o determinar la variabilidad del fenómeno delictivo, a través de las cifras oficiales reflejadas en la población de personas privadas de libertad (Redondo, 2001), se presentan datos que indican la población total privada de libertad en Paraguay -adultos y adolescentes, hombres y mujeres-².

La Dirección General de Establecimientos Penitenciarios y Ejecución Penal ha informado la existencia a nivel país de 6.146 personas adultas privadas de libertad, de las cuales 4.374 estaban procesadas y 1.772 condenadas, según datos correspondientes al Informe de Gestión (julio/2009). Por su parte, la Dirección General de Atención al Adolescente Infractor (SENAAI) ha informado la existencia de una población total de 471 adolescentes privados de libertad, de los cuales 443 estaban procesados y 28 condenados, conforme a los datos correspondientes al Informe de Gestión (julio/2009).

Los datos precedentes indican que las cifras de adolescentes involucrados a hechos punibles, sin tener en cuenta los casos que serían absueltos o sobreesidos, representan el 7,1% de la población total de personas involucradas a hechos punibles en privación de libertad en Paraguay. Es decir, a la fecha mencionada (julio/2009) el curso o desarrollo de la criminalidad (percepción social que surge de toda causa en la que se ha dictado prisión preventiva o condena), se manifiesta en las estadísticas en un 92,9% en la franja de personas adultas. Este marco de referencia criminológico adquiere trascendencia al momento de definir y orientar las reacciones estatales, así como en la interpretación dogmática y la aplicación concreta de las normas en la construcción de un sistema penal de la adolescencia (González Valdez, 2011).

2. Principios rectores de la prisión preventiva del adolescente

El uso o abuso de la prisión preventiva en el proceso penal es tan importante que, incluso, constituye el indicador probablemente menos impreciso, sobre el

² “Es importante mencionar que la población que se encuentra en los establecimientos penitenciarios y correccionales es móvil, es decir que las entradas y salidas de las personas privadas de su libertad se da en forma diaria. Estos datos corresponden al Informe de Gestión (julio/2009)”.

Fuente: <http://www.mjt.gov.py/viceministerio-de-justicia-y-derechos-humanos/fortalecimiento-de-la-gestion-penitenciaria.html>. Accedido por última vez 08/08/2011.

buen o mal funcionamiento de un sistema penal. Prácticamente todas las distorsiones que el sistema de justicia penal suele generar, se manifiestan a través de este instrumento. En nuestro país, el índice de prisión preventiva es del 71% del total de población privada de libertad. Tenemos el más alto índice, juntamente con Venezuela (62%), Bolivia (74%) y Haití (78%), cuando en la región la prisión preventiva constituye en promedio del 41% del total de las personas privadas de libertad³.

Ante la indudable distorsión de las garantías procesales que provoca en la práctica el instituto analizado, es preciso establecer con claridad los principios que rigen la imposición de medidas de coerción durante el proceso penal juvenil.

2.1. Excepcionalidad y subsidiariedad

Si la privación de libertad en el mundo de los adultos es excepcional durante el proceso, más aún para los adolescentes el encarcelamiento preventivo debe limitarse al máximo. Esta excepcionalidad se manifiesta en los requisitos para su procedencia: se requiere no sólo el presupuesto substancial, la evidencia de la participación del imputado en los hechos, sino también y conjuntamente, el presupuesto procesal, o sea, el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Si no se dan ambos presupuestos, la prisión provisional resulta arbitraria.

El principio de excepcionalidad está consagrado en el art. 19 de la Constitución de la República del Paraguay, el cual prescribe: *“La prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio”*. Igualmente lo reconocen los instrumentos internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 9.4 preceptúa: *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*; y en similares términos lo establece el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente en materia juvenil, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 37.b. prescribe: *“Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*. Este principio es invocado por la Corte Suprema de Justicia en la administración de medidas de coerción personal

³ “La tendencia en la mayoría de los países de la región, en un primer momento posterior a la reforma penal, fue la disminución de la proporción de personas privadas de libertad en prisión preventiva. Con las excepciones de la Provincia de Buenos Aires, Bolivia y Costa Rica, los procesos de reformas, han generado en poco tiempo un impacto importante en la disminución de la población privada de libertad sin condena”. Fuente: http://ceja.cl/congreso10a_rpp/CVILLADIEGO_Estrategiaspararacionalizarelusodelaprisionpreventiva.pdf Consultado por última vez 08/08/2011.

durante el proceso penal: *“La prisión preventiva es una medida excepcional a la libertad del procesado, mientras se substancie la causa, siendo la libertad del mismo la regla general; por ello, su dictamiento es de naturaleza excepcional y debe ser realizado con criterio restrictivo”* (C.S.J. Sala Penal. Asunción, octubre 05-001, Ac. y Sent. N°628).

El principio de subsidiariedad es aquél que obliga a utilizar la prisión preventiva como último recurso, es decir, cuando su finalidad no pudo ser alcanzada con las medidas provisorias previstas en el art. 233 del Código de la Niñez y la Adolescencia, disposición legal que será analizada con detenimiento ulteriormente: *C.N.A. Art. 233. La prisión privativa de libertad de un adolescente podrá ser decretada sólo cuando con las medidas provisorias previstas en el artículo 232, primer párrafo, de este Código no sea posible lograr su finalidad...*

La jurisprudencia especializada ha plasmado en sus decisiones este principio rector de la detención provisional juvenil: *“No se ha seguido la secuencia lógica en la aplicación de la medida pues en lugar de aplicar aquélla menos gravosa se comenzó aplicando la de ultima ratio contrariamente a lo que la norma prescribe y para peor no dando razones por las cuales no son suficientes otras medidas”* (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 15-004, A.I. N°6, “E.C. y otros s/ Hurto Agravado”).

2.2. Proporcionalidad y fundamentación

El principio de proporcionalidad en sentido amplio se divide en tres subprincipios: de necesidad, por el cual toda injerencia a un derecho fundamental debe ser de *ultima ratio*, de modo que si el fin puede lograrse por medios que representen una menor intervención, debe optarse por ellos; de idoneidad, el cual exige que la prisión preventiva sea en realidad el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trata de evitar; y proporcionalidad en sentido estricto o prohibición de exceso, que obliga a determinar si en el caso concreto la restricción de los intereses individuales que representa la medida, guarda relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar (Llobet Rodríguez, 1996). Sólo procede la prisión preventiva del adolescente cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa, o pueda esperarse que el proceso tenga como resultado la imposición y ejecución de una medida privativa de libertad, o cuando la gravedad de los hechos atribuidos se corresponda con el daño irreparable que produce la prisión (Llobet Rodríguez, 2002).

El principio de fundamentación exige que al dictar la prisión preventiva de un adolescente, el juzgador se pronuncie sobre las razones por las cuales considera proporcionada la medida cautelar.

Este principio no es más que el deber de fundamentación de las medidas coercitivas que tienen los jueces penales y, más aún, los penales juveniles. En efecto, como consecuencia del principio de proporcionalidad, todo juez que atiende una causa en la que se halla involucrado un adolescente, debe fundamentar la

resolución que ordena la restricción al derecho fundamental de libertad personal. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa, y ello debe traducirlo y exponerlo al resolver. De esta manera, las partes y el Tribunal de Apelaciones pueden controlar el *iter* lógico seguido por el operador judicial para justificar si la medida cautelar es proporcionada o no (Armijo, 1997).

Ambos principios están contenidos en el nuevo Código juvenil, en la disposición reproducida a continuación: *C.N.A. Art. 233. ...Al considerar la proporcionalidad de la medida, se tendrá en cuenta la carga emocional que la ejecución de la misma implica para el adolescente. En caso de decretar la prisión preventiva, la orden debe manifestar expresamente las razones por las cuales otras medidas, en especial la internación transitoria en un hogar, no son suficientes y la prisión preventiva no es desproporcionada...*

En tanto no se resuelvan medidas definitivas en el proceso pueden disponerse medidas provisorias. El C.N.A. menciona la internación transitoria en un hogar como una más de entre las tantas otras medidas menos gravosas previstas, es decir, aquellas medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva contenidas en el art. 245 del C.P.P., aplicado supletoriamente en virtud al art. 193 del C.N.A. en tanto no contradiga a los principios rectores de este último, como se analizará en lo que sigue.

Se han hallado resoluciones de prisión preventiva, revocadas por el Tribunal especializado, en virtud a la inobservancia de los principios de proporcionalidad y fundamentación:

- “Se violó el principio de proporcionalidad pues las cosas supuestamente sustraídas son de escaso valor económico al decir de la propia fiscalía interviniente” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, abril 02-004, A.I. N°12, “F.L. y otros s/ Hurto Agravado”).
- “Es el órgano jurisdiccional como garante de los derechos del adolescente, quien está obligado, a seguir los presupuestos fijados en el art. 233 del C.N.A., o en defecto justificar los motivos por los cuales no fueron dispuestas medidas menos gravosas, dando fundadas razones de la aplicación de la prisión preventiva, conforme lo impone la normativa específica” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 15-004, A.I. N°7, “R.G. y otros s/ Hurto Agravado”).
- “El carácter excepcional de la medida impone al juez manifestar expresamente las razones por las cuales otras medidas, no son suficientes y la prisión preventiva no es desproporcionada, amén de tener en cuenta la carga emocional que la misma implica al adolescente” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 10-004, A.I. N°5, “M.M. s/ Homicidio Doloso”).

- “El desacertado enfoque hecho por el juzgador, denota no sólo la ligereza en el tratamiento del caso, sino también lo lleva a incurrir en errores substanciales, ya que alega que la prisión preventiva del adolescente sigue siendo absolutamente necesaria a las resultas del proceso, considerando la gravedad del hecho punible investigado, el cual posee una mínima de un año y una máxima de diez años de privativa de libertad, cuando la normativa específica prevé una medida privativa de libertad hasta ocho años” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 05-004, A.I. N°4, “R.E. s/ Robo Agravado”).

Resulta también plausible la exigencia efectuada por el Tribunal, de realizar estudios especializados a los efectos de determinar la vigencia del principio de proporcionalidad en la imposición de la prisión preventiva:

- “El art. 233 del C.N.A. exige que antes de disponer la medida se deberá evaluar los efectos de la misma. Del fallo recurrido surge con claridad que no ha mediado opinión profesional alguna al respecto” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 22-004, A.I. N°8, “B.C. s/ Robo”).
- “En el caso en estudio, no existe la conjunción de los presupuestos señalados para que pueda mantenerse la prisión preventiva. No se practicaron estudios especializados, ni se produjeron informes sicosociales sobre el encausado, para que el judicante pueda evaluar la carga emocional que la prisión preventiva implica para el adolescente” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, agosto 08-003, A.I. N°15, “B.Q. s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 20-003, A.I. N°5, “A.D. s/ Robo Agravado”).
- “Se advierte una censurable orfandad de toda actividad destinada al examen de la situación del adolescente a los fines de satisfacer siquiera mínimamente la prescripción contenida en el art. 233 del C.N.A. No se practicaron estudios especializados, si bien fueron ordenados, ni se produjeron informes sicosociales sobre el encausado para que el judicante tenga frente a sí toda la constelación de elementos evaluables, cuya ponderación era inexcusable para evaluar la carga emocional que la prisión preventiva implica para el adolescente” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, julio 28-003, A.I. N°11, “C.Z. s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, julio 03-003, A.I. N°8, “M.G. s/ Homicidio Doloso”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 10-003, A.I. N°4, “R.M. y otros s/ Robo Agravado”).

2.3. Celeridad y limitación temporal

La duración de la medida cautelar no puede superar la duración mínima de la medida privativa de libertad a la cual puede ser condenado un adolescente, conforme lo dispone imperativamente el art. 207 del C.N.A., es decir, seis meses.

Así lo impone el principio de limitación temporal de la prisión preventiva, consagrado en el art. 19 de la C.N.: “...En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo

con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo”, y expuesto también en el art. 236 del C.P.P.: “Proporcionalidad de la privación de libertad. La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcional a la pena que se espera. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho en la ley...”, y el art. 252 incs. 2 y 4 del C.P.P.: “Revocación de la prisión preventiva. La prisión preventiva será revocada: ...2. Cuando su duración supere o equivalga al mínimo de la pena prevista... y, 4. Cuando la restricción de la libertad del imputado ha adquirido las características de una pena anticipada...”, aplicables en carácter supletorio en virtud al art. 193 del C.N.A. Estas disposiciones normativas establecen un límite temporal claro, preciso e improrrogable para esta medida de coerción personal, a los efectos de reforzar el carácter excepcional de la privación preventiva de libertad.

De esta manera se pretende evitar que el encarcelamiento procesal, por su prolongación exagerada, opere en la práctica como una forma de realización directa del Derecho Penal, como si fuera una pena anticipada. Con esta finalidad, se impone un límite máximo a la duración de la prisión preventiva, sin perjuicio de la prosecución del proceso. En este sentido, el Pacto de San José de Costa Rica, Ley N°1/89, consagra en el art. 7.5 el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad; en el mismo sentido lo consigna el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N°5/92. Igualmente el art. 37.b. de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N°57/90, establece que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo durante el período más breve que proceda.

Este período está específicamente establecido en algunas legislaciones. Así por ejemplo, lo preceptúa el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil -Ley N°8069 del 13 de julio de 1990-, cuya referencia resulta relevante al constituir su sanción el inicio del proceso de reformas legales sobre la materia en América Latina: *Art. 107. La aprehensión de cualquier adolescente y el local donde se encuentra detenido serán comunicados inmediatamente a la autoridad judicial competente y a la familia del aprehendido o a la persona por él indicada. Párrafo único. Se examinará, en el acto y bajo pena de responsabilidad, la posibilidad de liberación inmediata. Art. 108. La internación, antes de la sentencia, puede ser determinada por **el plazo máximo de cuarenta y cinco días**. Párrafo único. La decisión deber ser fundada y basarse en indicios suficientes de autoría y materialidad, y deberá probarse la necesidad imperiosa de la medida⁴.*

Aunque parezca un contrasentido, actualmente existe renuencia en el sistema penal juvenil paraguayo en conceder la revocación de la prisión preventiva por exceso de su duración legal. Es sabido que en el anterior sistema inquisitivo, la “libertad por compurgamiento de pena mínima”, de alguna manera, se erigía en

⁴ Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, Ley N°8069 del 13 de julio de 1990. Las negritas no corresponden al texto oficial.

una “salida” procesal perversa que proporcionaba el sistema igualmente vicioso. Hoy, simplemente se ignoran o dilatan pedidos de esta naturaleza y en algunos casos, para evadirlos, se aceleran los medios conclusivos normales. E incluso se los niega invocando el peligro de fuga del imputado, cuando este límite temporal y la imposibilidad de rebasarlo están determinados por la propia Constitución. Con esta actitud no se asume la demora judicial, e injustamente se trasladan sus efectos al adolescente.⁵

Se ha notado también que no existe en nuestro ordenamiento, disposición legal expresa ni mecanismo alguno que obligue a otorgar celeridad preferencial a las causas seguidas a adolescentes en privación de libertad. Las disposiciones internacionales en ese sentido, no dejan de ser retórica cuando los “expedientes judiciales” y los “cuadernos fiscales” de adolescentes reclusos, se pierden entre los cientos que abarrotan los “casilleros” de Juzgados y Fiscalías. Ante tal escenario de saturación judicial, alguna prioridad debe ser establecida para que la prisión preventiva no se constituya en realidad en un compurgamiento obligado de la sanción mínima, y que vuelva a adoptarse como la salida procesal más “sencilla” al igual que en aquel inicio sistema dejado atrás. Es más, situaciones como ésta provocan la familiaridad del problema de los presos sin condena, la pérdida de la capacidad de indignación ante el mismo, y hasta la “espera” cómplice del plazo por parte de sus operadores deslindando la responsabilidad de negar u otorgar la libertad. Además, ante esta libertad obligada provocada por el transcurso inexorable del tiempo mínimo, sin una intervención estatal que pudiese reencauzar o efectuar un seguimiento de la salida en libertad, el peligro de comisión de nuevos ilícitos resulta aún más latente.

Y esta situación la corroboran las estadísticas. El porcentaje de adolescentes privados de libertad sin condena no ha sufrido considerables variaciones con la entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia.

El diagnóstico procesal de jóvenes privados de libertad en el Correccional de Menores Panchito López, realizados por la Dirección de Política Criminal y

⁵ De la misma forma lo ha percibido el Tribunal de Apelación de la Adolescencia: “La falta de celeridad injustificada en que incurren los operadores, pues de las constancias de autos se desprende claramente la iniciación de la investigación el 16 de octubre de 2003, el 17 de octubre se decretó la prisión preventiva habiendo transcurrido casi seis meses, retardo injustificado e incompatible con disposiciones de carácter internacional ratificadas por nuestro país. En estas condiciones los operadores faltan a su deber de ser garantes de los derechos fundamentales del imputado; hecho censurable que va en detrimento de los derechos humanos del adolescente” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, abril 02-004, A.I. N°12, “F.L. y otros s/ Hurto Agravado”). “Cuando el adolescente se encuentra privado de su libertad las autoridades judiciales tenemos el deber de tramitar la causa con mayor celeridad, conforme lo dispone el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos por los efectos afflictivos que dicha privación ocasiona al humano. En las condiciones señaladas, es obligación del órgano jurisdiccional dar cumplimiento a lo establecido en el art. 139 del C.P.P. El legítimo derecho de la sociedad de adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias para defenderse del adolescente infractor no puede excluir el respeto del debido proceso y la libertad individual. En razón a ello, es obligación del juez adoptar con mayor mesura las medidas que la restrinjan y evitar la violación de las garantías consagradas” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, febrero 09-004, A.I. N°2, “C.G. s/ Robo Agravado”).

Criminología del Ministerio Público, en el año 1995, ha revelado que los adolescentes sin condena representaban aproximadamente el 94 % de la población total recluida en la institución. Conforme a los datos recogidos en una investigación sobre la Justicia Penal Juvenil en el Paraguay (González Valdez, 2006) referente a la población del Centro Educativo Integral de Itagua durante el año 2004, se pudo constatar que aún se mantenía un elevado porcentaje, el 86% de los adolescentes se encontraban privados de libertad en virtud a prisión preventiva. Esta cifra ha aumentado nuevamente, pues según el Informe de Gestión de julio del año 2009 de la Dirección General de Atención al Adolescente Infractor (SENAAI) de la población total de 471 adolescentes privados de libertad, 443 estaban procesados y 28 condenados, cifra que representa el 94%, exactamente el mismo porcentaje que existía en el año 1995, antes de la reforma penal y penal juvenil. Este aumento (**Tabla 1**), podría deberse a las modificaciones de las medidas alternativas, a través de la Ley N°4431 del 15 de setiembre de 2011 “Que modifica el Art. 245 de la Ley N°1286/98 Código Procesal Penal, modificado por la Ley N°2492/04 “Que modifica el Art. 245 de la Ley N°1286/98 Código Procesal Penal”, aplicadas también a adolescentes.

Tabla 1. Evolución de la utilización del instituto en el panorama juvenil.

Año	1995	2004	2009
Privación de libertad de adolescentes en prisión preventiva en Paraguay	94%	86%	94%

Los adolescentes en prisión preventiva están amparados por el principio de reprochabilidad, el principio de inocencia y otras garantías básicas del Derecho Penal Juvenil. Estas garantías son continuamente vulneradas cuando materialmente cumplen una privación preventiva de libertad, que se erige posteriormente en la condena obligada para justificar el prolongado tiempo transcurrido. En efecto, muchas veces son puestos en libertad dándose por compurgada la condena por el tiempo cumplido en prisión preventiva, sin discutir siquiera la comprobación de su culpabilidad.

Todo lo cual nos lleva a concluir, que cuando un adolescente se encuentra en prisión preventiva el proceso debe tramitarse con especial premura. En este sentido se propone incluir en el ordenamiento penal juvenil paraguayo, el reconocimiento del principio de celeridad estableciendo el deber expreso de impulsar con celeridad las actuaciones judiciales en los procesos de adolescentes privados preventivamente de libertad y el cumplimiento estricto de los plazos procesales⁶. A

⁶ En este sentido recomiendan las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad: III.17. ...deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación

partir del mismo, se podrán exigir los mecanismos de control que lo materialicen; por ejemplo, la separación de las causas durante su tramitación en Juzgados, Tribunales, Corte, Fiscalías y Defensorías; la exigencia de informes periódicos de los operadores de la justicia sobre la secuencia temporal del estado de las causas, el cumplimiento de los plazos y las razones concretas de su inobservancia.⁷

3. Presupuestos legales

Los presupuestos legales de la prisión preventiva del adolescente son concebidos por la jurisprudencia especializada de la siguiente manera:

- “Los presupuestos para dictar la prisión preventiva son distintos y están orientados exclusivamente para la protección del adolescente debido a su falta de madurez física y mental, y en torno a su interés superior” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, abril 01-004, A.I. N°10, “C.F s/ Tenencia sin Autorización de Estupefacientes”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 10-004, A.I. N°5, “M.M. s/ Homicidio Doloso”).
- “Resulta evidente que en este proceso las garantías procesales consagradas no han sido cauteladas por parte del juez al disponer la prisión preventiva por los límites impuestos en el art. 242 del C.P.P., debiendo regirse por los presupuestos establecidos por el art. 233 del C.N.A.” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 22-004, A.I. N°8, “B.C. s/ Robo”).
- “El *a quo* no consideró la condición de adolescente del imputado pues al fundar su resolución lo hizo exclusivamente en base al art. 242 del C.P.P. y sobre todo al mencionar el inc. 3 del artículo en cuestión ha dejado a la vista que en caso de que el mismo sea hallado culpable podría sufrir una condena que se extendería hasta los diez años, y demás está decir que en el fuero penal de la adolescencia la duración máxima de la medida será de ocho años” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 15-004, A.I. N°6, “E.C. y otros s/ Hurto Agravado”).
- “La medida privativa de libertad debe adoptarse con la mayor mesura que el caso exija estando obligado el juez a observar en su aplicación las pautas establecidas en el art. 233 del C.N.A.” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 22-004, A.I. N°8, “B.C. s/ Robo”).

Como puede apreciarse, la jurisprudencia considera que los presupuestos legales de la prisión preventiva impuesta a los adolescentes no son los contenidos

deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible... Asimismo hemos hallado en el derecho comparado esta disposición, Ley N°7576/96, de Justicia Penal Juvenil de la República de Costa Rica, art. 60; Código de la Niñez y la Juventud de la República de Guatemala, Decreto N°78/96, art. 210.

⁷ Anteproyecto de Modificación de la Ley N°1680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia” propuesto en este sentido: “Máxima prioridad. Los Tribunales, Juzgados, Defensorías Públicas y los órganos de investigación deben otorgar máxima prioridad a la tramitación efectiva de las causas de adolescentes en prisión preventiva para que su duración sea lo más breve posible” (González Valdez, 2011).

en el art. 242 del Código Procesal Penal sino los previstos en el art. 233 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Posición con la que disintimos, como argumentaremos seguidamente.

El carácter garantista del nuevo proceso penal, ha estrenado un concepto de la privación preventiva de libertad, ajustándose así a los presupuestos constitucionales: sólo está destinada a asegurar el desarrollo del juicio y el cumplimiento de una eventual condena.

Partiendo de que la libertad es la regla y la prisión preventiva es la excepción, para su aplicación deben indefectiblemente concurrir dos presupuestos: el presupuesto substancial *-fumus boni iuris-* y el presupuesto procesal *-periculum in mora-*. El primero exige la sospecha racional y fundada de la existencia de un hecho punible, y de la participación del imputado en el mismo. Y el presupuesto procesal requiere que la utilización de la prisión preventiva se justifique sólo para asegurar la prosecución del proceso o la imposición de la pena, que de otro modo se verían frustradas; es decir, para garantizar la presencia del imputado, cuya intervención personal en el proceso es necesaria ya que éste no puede desarrollarse en rebeldía. El presupuesto procesal se concreta a su vez, en dos motivos bien especificados: el peligro de fuga y el peligro de obstrucción.

Los presupuestos precedentemente mencionados están contenidos en el art. 242 del C.P.P., las disposiciones del art. 233 del C.N.A. nada refieren al respecto. Si el proceso penal juvenil está resguardado con las garantías formales propias del Derecho Procesal, no puede privarse provisoriamente de libertad al adolescente sin que medien conjuntamente estos requisitos, asimismo la medida sólo puede tener finalidad cautelar.⁸

Por lo que afirmamos que en este tema son aplicables las disposiciones del Código Procesal Penal, en todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en el Código de la Niñez y la Adolescencia, y en tanto sus previsiones no sean distintas a las del Código de adultos. Es decir, para la procedencia de la prisión preventiva de un adolescente es necesaria la valoración racional de la existencia conjunta de los presupuestos substanciales y procesales, como también el respeto al principio de proporcionalidad.

En este sentido manifiesta el máximo Tribunal: “Tanto el peligro de fuga como el de obstrucción se configuran como pautas lógicas y elementales para la admisibilidad de cualquier régimen restrictivo de libertad, por lo que su consideración es independiente incluso a su regulación en el nuevo ordenamiento procesal penal” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, octubre 05-002. Ac. y Sent. N°628).

⁸ La Ley N°7576/96, de Justicia Penal Juvenil de la República de Costa Rica preceptúa expresamente este carácter cautelar: Art. 58. Detención provisional. El Juez Penal Juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar.

En este orden de ideas, el art. 233 del C.N.A. expresa una limitación tajante en relación al peligro de fuga, previsto en el Código de adultos, como presupuesto para decretar la prisión del adolescente: *C.N.A. Art. 233. ...En caso de que el adolescente no haya cumplido diez y seis años, la prisión preventiva podrá ser decretada por peligro de fuga, sólo cuando éste: a. en el mismo procedimiento ya se haya fugado con anterioridad o cuando realice preparativos concretos para fugarse; o, b. no tenga arraigo.*

Es decir, las circunstancias descriptas en el art. 243 del C.P.P. a ser tenidas en cuenta conjuntamente para decidir sobre la existencia de peligro de fuga, no pueden ser consideradas por el juez cuando el adolescente es menor de diez y seis años, sino las expresamente establecidas en el artículo transcrito precedentemente.

Resulta sumamente progresista el voto emitido por el Tribunal Penal Juvenil costarricense en este sentido: “Dada la especialidad de la justicia penal de menores, las reglas de interpretación del riesgo de fuga que prevé para los adultos, no son de aplicación automática. En este sentido ha de tenerse en cuenta que a los menores de edad no les es exigible contar con domicilio fijo ni trabajo u ocupación, como sí lo sería para un adulto, incluso la realidad nos muestra que muchos de esos jóvenes carecen de núcleo familiar, y sancionarles procesalmente por ello configuraría criminalizarles” (voto 12-00 del 22 de febrero de 2000).

El Tribunal de la Adolescencia de Asunción ha resaltado también este aspecto: “Destaca el fallo, que el hecho punible podría merecer como sanción una pena privativa de libertad de hasta diez años, sin base legal alguna cuando que la prescripción contenida en el art. 207 del C.N.A. establece la máxima duración de la medida privativa de libertad, hasta ocho años” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 10-003, A.I. N°4, “R.M. y otros s/ Robo Agravado”).

De la misma forma, no corresponde la exigencia de arraigo económico a los adolescentes -como tampoco a personas de notoria insolvencia-, ya que el análisis de las circunstancias a tener en cuenta para decidir sobre el peligro de fuga, y la manera de evitarlo, debe realizarse en función a la posición económica del imputado.⁹

Respecto a la carga de la prueba sobre el peligro de fuga, ha sido terminante el Tribunal juvenil de Asunción: “En la resolución impugnada se ha vulnerado un derecho fundamental de raigambre constitucional, con consecuencia directa e

⁹ Imponer al imputado de escasos recursos una caución cuantiosa importa negarle la libertad, por la imposibilidad de cumplir la obligación requerida como condición para hacerla efectiva. En este sentido, la exigencia de cauciones económicas impuestas por ciertos magistrados a imputados de notoria insolvencia, en abierta inobservancia a la disposición legal que establece que no se impondrán medidas de cumplimiento imposible y materialmente irrazonable, pone de manifiesto la selectividad desigual del sistema y la disparidad en el tratamiento legal de los imputados, a las que a veces contribuyen sus propios operadores; lo cual se evidencia aún más con el prejuicio que la insolvencia constituye una presunción de fuga, cuando ocurre todo lo contrario, una condición económica holgada facilita la posibilidad de permanecer oculto o abandonar el país, y de hecho la experiencia ya lo viene demostrando así.

inmediata sobre la libertad personal del adolescente, al fundar en el riesgo de que evada la acción de la justicia, circunstancia, de ser cierta, debió ser acreditada por cualquiera de los medios de prueba que el ordenamiento procesal permite. Al no acreditarse carece de legitimidad la prisión preventiva” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, abril 02-004, A.I. N°12, “F.L. y otros s/ Hurto Agravado”). “El fiscal a cargo de la investigación no aportó prueba alguna de peligro de fuga” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 10-004, A.I. N°5, “M.M. s/ Homicidio Doloso”).

Un sector de la doctrina considera que la única finalidad legítima de la prisión es evitar la fuga del imputado, ya sea para asegurar su presencia durante el proceso: Carnelutti, Conso e Ibáñez García Velasco; o la ejecución de la pena: De Luca, De Marisco, Ferrante, Pansini, Ortells Ramos y Gómez Rodríguez. Al respecto, sostiene Binder (1993) que en un sistema constitucional garantista, la prisión preventiva sólo es admisible cuando se trata de un mecanismo excepcional y restringido que tiende a evitar la fuga del imputado. Sólo el peligro de evasión puede constituir su fundamento genuino, porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar el eventual entorpecimiento a la investigación que pudiera ocasionar el imputado. Manifiesta además, que es difícil de creer que el imputado pueda producir por sí mismo más daño a la investigación que el que pueda evitar el aparato estatal por medio de la policía, la fiscalía, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. No se puede cargar en la cuenta del imputado la ineficacia del Estado, mucho menos a costa de su privación de libertad.

Estos argumentos, en contra de la fundamentación de la prisión preventiva en el peligro de obstrucción, adquieren mayor relevancia en los casos de adolescentes, que en general cuentan con menos medios para obstaculizar la investigación. Por esta razón, cuando la privación de libertad se funda en este presupuesto, es preciso dar cumplimiento estricto a la disposición normativa que exige una “grave sospecha” de este peligro, así como la individualización del “acto concreto de investigación”, la que debe ser efectuada por el representante del Ministerio Público a cargo de la investigación, y así puede exigirlo la defensa del adolescente.

En efecto, la calidad de parte del Ministerio Público en el proceso no desnaturaliza su función primordial de defensor de los intereses fundamentales del adolescente, aunque el mismo resulte ser el autor de la infracción y, en razón de ello, debe velar por el respeto de las garantías del debido proceso legal (Garrido, 2001).

Por su parte Albrecht (1990) considera que un presupuesto adicional de la prisión preventiva de menores es la existencia de una sospecha muy fundada respecto de la madurez en la responsabilidad, la cual debe ser constatada expresamente en la fundamentación de la resolución.

4. Las medidas alternativas a la prisión preventiva y sus “deformas”

Las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, contenidas en el Art. 245 del C.P.P., aplicables en materia juvenil, fueron objeto nuevamente de reforma a través de la Ley N°4431 del 15 de setiembre de 2011 “Que modifica el Art. 245 de la Ley N°1286/98 Código Procesal Penal, modificado por la Ley N°2492/04 “Que modifica el Art. 245 de la Ley N°1286/98 Código Procesal Penal”.

La normativa vigente establece la improcedencia de las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva cuando “el sindicado esté imputado en otras causas”, cuya expectativa de pena sea superior a cinco años de privación de libertad, siempre que el hecho sea tipificado como crimen o cuando su comisión lleve aparejada la vulneración de la vida como resultado de una conducta dolosa.

Asimismo, preceptúa la inaplicabilidad de la caución juratoria para “las personas que estén siendo sometidas a otro proceso” y los “reincidentes”; igualmente, para “quienes ya hayan violado alguna medida alternativa o sustitutiva de la prisión”.

Y, por último, la obligatoriedad de imposición de medidas determinadas, las establecidas en los numerales 3 al 6 del Art. 245, en los casos de “indiciados o procesados con antecedentes penales o procesales”.

Es preciso destacar que la disposición normativa asimila los antecedentes penales a los procesales. Es decir, basta la imputación o sometimiento a otros procesos para la aplicación de las restricciones resaltadas. Es sabido que la valoración de procesos anteriores -a cualquier efecto- en los que no han recaído sentencia condenatoria firme, resulta groseramente violatoria del principio de inocencia.

A nuestro criterio, las modificaciones realizadas a la normativa original presentan innovaciones incompatibles con los principios rectores de la Justicia Penal Juvenil, además de padecer de inconstitucionalidad.

Se ha producido un retroceso en los lineamientos del proceso penal democrático, alcanzados con la promulgación del Código Procesal Penal, distorsionando el principio constitucional de excepcionalidad de la prisión preventiva, y vulnerando normas internacionales ratificadas por nuestro país. Resurgen los hechos punibles inexcusables -los crímenes-, ante los cuales nunca rige el principio citado. Resulta también inaceptable en un Estado de Derecho, permitir la vigencia de un Derecho Penal de autor, al considerar los registros delictivos como causal de negativa absoluta de las medidas, en abierta vulneración al principio de inocencia y a otros principios procesales y penales. Todo lo cual revela el fundamento de esta ley en la peligrosidad del autor, deformando el instituto de la prisión preventiva al concebirlo con finalidades de

prevención general y pena anticipada, en evidente vulneración al régimen constitucional del mismo.¹⁰

No obstante, somos absolutamente conscientes de la responsabilidad atribuida por la sociedad al sistema penal y a sus administradores por el aumento de la criminalidad. No dejamos de advertir la alarma social que existe actualmente en nuestro país debido al auge de la delincuencia, generando dolor y desolación en la población. Sin embargo, existe confusión sobre sus verdaderas causas. La seguridad ciudadana no se ve salvaguardada por las cárceles sino, más bien, se encuentra una y otra vez puesta en peligro por las mismas personas a las que se supone están tratando (Ríos Martín, 1998). Personas que arrastran los mismos problemas tras su paso por la cárcel: miseria y marginación, y a veces completan el proceso deshumanizante de prisionización¹¹ hasta el punto de haberse adaptado plenamente al medio carcelario, por lo que probablemente terminan retornando a él para continuar la carrera delictiva. En definitiva, la cárcel no protege a la sociedad, únicamente desplaza la inseguridad al momento de la obtención de libertad, y con ello al mismo tiempo la potencia.

Ya Carranza (1998) reflexionaba sobre esta tendencia de proporcionar respuestas al clamor ciudadano de seguridad, con el aumento de los presos en prisión preventiva, advirtiendo que la delincuencia, su aumento y disminución, son fenómenos sociales que no responden sino en pequeña medida a la acción del sistema de justicia penal, el que por su naturaleza actúa siempre *ex post facto* con respecto al delito. En efecto, ante el aumento cierto de la criminalidad, se ataca severamente a la justicia penal por ineficaz e ineficiente, partiendo de la suposición de que ésta podría controlar ese fenómeno social, y de que es la única responsable de hacerlo. Este ataque, en su versión más clásica, viene unido a la afirmación de que los jueces -o su mayoría- son benévolos, burócratas o corruptos según el caso, y al reclamo a aumentar el número de presos sin condena creando categorías de delitos inexcusables. El autor citado coincide en que la justicia penal, como todos los ámbitos del Estado, debe desburocratizarse en procura de una mayor eficiencia, y perseguirse también, implacablemente, los casos de corrupción. Pero discrepa cuando la crítica se formula de forma irresponsable, sin información

¹⁰ Ya antes de la vigencia de estas leyes modificatorias, se ha percibido esta tendencia desde la propia Corte Suprema de Justicia a través de la Acordada N°319 del 16 de junio de 2004 "Que reglamenta la concesión o revocación de medidas cautelares", por la cual se exige a los Jueces Penales contar con los antecedentes penales del imputado para adoptar una decisión de esa naturaleza. En igual postura la Fiscalía General del Estado, por medio de los Instructivos Generales para Agentes Fiscales del 22 de agosto de 2002 y del 26 de junio de 2003, prohíbe la aplicación de medidas alternativas y sustitutivas en los casos de crímenes, aprehensiones en flagrancia y cuando los imputados cuenten con antecedentes, agregándose de esta manera limitaciones no previstas entonces en el C.P.P., por ende, ilegales e inconstitucionales.

¹¹ "La prisionización es el deterioro físico de la persona. Esto se debe a un mal que afecta a quienes permanecen encerrados por mucho tiempo. Muchos internos están como aletargados. No salen del interior de sus celdas. Los sentidos de la vista y el oído disminuyen su capacidad progresivamente. Esto se produce por falta de estímulos. El interno sólo escucha el chasquido de las cadenas y el ruido de las rejas al abrirse o cerrarse. El olfato también se deteriora. Sólo huelen transpiración de varón y detergente." (De la Vega, 2004).

básica sobre la realidad de la criminalidad y la justicia penal, y en procura sólo del logro de una mayor “eficacia” consistente en lograr “más de lo mismo”, haciendo aún más las cárceles y haciendo un uso irracional del sistema de justicia penal, contrario a los principios filosóficos y jurídicos que lo sustentan. Concluye afirmando que el fenómeno de los presos sin condena no puede verse fuera de contexto, y que la respuesta tendrá que ser coherente con una política criminológica integral, eficaz para reducir la frecuencia del delito y sus niveles de violencia, pero sin multiplicar ésta con un uso excesivo o ilegítimo de la coerción y violencia estatales.

La exigencia de respuestas de la ciudadanía y la atribución de la responsabilidad de la violencia a la justicia, a pesar del análisis simplista y de la falta de responsabilidad estatal compartida, obliga a apuntar a soluciones verdaderamente efectivas que eviten respuestas equivocadas que contribuyan en realidad a reproducir la criminalidad.

En este sentido, consideramos que el derecho fundamental a la seguridad de las personas proclamado en el art. 7 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede garantizarse respetando los derechos fundamentales de las personas sindicadas de su vulneración. Constituye una falacia mediática afirmar que la solución estaría en la prohibición absoluta de alternativas a la prisión preventiva pues ello, aún ignorando el principio constitucional de excepcionalidad, nos conduciría irreversiblemente a aumentar la superpoblación de las cárceles perfeccionando las carreras delictivas desarrolladas en ellas y, por ende, a elevar el peligro para la sociedad a la que pretendemos proteger.

No es menos cierto que las alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, impuestas por los juzgadores, revelan un alto grado de ineficacia; las órdenes frecuentemente no son acatadas. La ausencia de seguimiento tiene como consecuencia que, ante el incumplimiento de las medidas, no se produzca su inmediata revocación sino la realización de otros hechos punibles, las más de las veces más graves que el anterior. Así planteadas las medidas, su incumplimiento se percibe como un instrumento de aumento de la criminalidad. Debe reconocerse entonces que en la praxis, la correcta implementación de las medidas alternativas y sustitutivas de la prisión preventiva, es uno de los aspectos menos trabajados y en el cual queda mucho por avanzar.

Por las razones expuestas, las disposiciones introducidas al C.P.P. colisionan con toda la filosofía en la que se funda la privación de libertad como *ultima ratio* en el C.N.A. y, por tanto, no rigen para los adolescentes. En este sentido, es imperioso lograr sustraer a la justicia penal juvenil de los procesos de “deformas” legislativas o retrocesos interpretativos¹² en los lineamientos de un debido proceso penal,

¹² Cfr. en este sentido: “El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura todavía hoy en muchas cabezas y algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda, en cambio, es de que el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia” (García Méndez, 1999).

producidos en muchos países de Latinoamérica -incluido Paraguay- como respuesta a la presión mediática y social.¹³

5. La pervivencia de la doctrina de la situación irregular: bienestar, marginalidad y peligrosidad como fundamento de la prisión preventiva

En este contexto de análisis, la característica principal de la prisión preventiva es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso (Cafferata Nores, 1994). En ello radica el principio de instrumentalidad que rige la administración de las medidas cautelares, con fundamento constitucional en el principio de excepcionalidad, es decir, la prisión preventiva es de último recurso, sólo cuando sea inevitable para la realización del proceso.¹⁴

Ahora bien, el Código de la Adolescencia establece en el transcurso art. 233 que “la prisión preventiva podrá ser decretada sólo cuando con las medidas provisionales previstas en el art. 232, primer párrafo, de este Código no sea posible lograr su finalidad”. Se ha notado que la interpretación de esta normativa efectuada en la práctica, convierte en necesaria la pregunta: ¿la prisión preventiva puede decretarse para lograr la finalidad de la propia prisión preventiva o la finalidad de las medidas provisionales? Una y otra respuesta tendría consecuencias distintas.

La finalidad de la prisión preventiva es la que se infiere del C.P.P.: garantizar la presencia del imputado para la realización del juicio -art. 242 inc. 2.-, así como su sujeción a la investigación y a la persecución penal -art. 243 inc. 4.-. Esto es, deberá decretarse al sólo efecto de asegurar su comparecencia al procedimiento o el cumplimiento de la eventual sanción -art. 254-, y siempre que ello no pueda lograrse con una medida menos gravosa -art. 245-. Con lo cual el diseño del C.N.A., en este punto, sería respetuoso de las garantías procesales propias del proceso de los adultos.

El dilema se plantea cuando la respuesta fuera, la prisión preventiva puede decretarse para lograr la finalidad de las medidas provisionales, la cual está descripta en el Código de la infancia: C.N.A. Art. 232. De las medidas provisionales. Hasta que la sentencia quede firme, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá decretar medidas provisionales con el fin de promover la educación y de garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado. El Juzgado Penal de la Adolescencia podrá ordenar la internación transitoria del adolescente en un hogar adecuado, en espera de las medidas definitivas resultantes del proceso, si ello fuera recomendable para proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo y el peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles.

¹³ Un tema paradigmático constituye la distorsión del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva.

¹⁴ Así lo entiende también la Corte Suprema de Justicia: “La privación de libertad en la prisión preventiva sólo puede tener carácter cautelar” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, octubre 05-001, Ac. y Sent. N°628).

Estas finalidades son: la educación, garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado, proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo y el peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles.

Por su parte el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia ha asumido que la finalidad de la prisión preventiva es la educación y entiende claramente que su carácter no es estrictamente procesal, es decir, la prisión preventiva persigue la finalidad que el C.N.A. atribuye a las medidas provisionales:

- “La fundamentación para desestimar la revisión de la prisión preventiva decretada no se compadece con las particularidades del fuero penal de la adolescencia que está determinado por el principio educativo y de protección. Este carácter, impone que la prisión preventiva no sea estrictamente procesal como lo es en el fuero penal común. Los presupuestos para dictar la prisión preventiva en espera de las medidas definitivas son distintos y están orientados exclusivamente a promover la educación del adolescente infractor y protegerlo para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la sociedad. No debemos soslayar que de las constancias de autos y de los archivos de esta sala de apelación surge la preexistencia de otro proceso en el que el adolescente está vinculado en el que se le aplicó medidas sustitutivas que evidentemente no rindió sus frutos según la nueva imputación, demostrando su insensibilidad al atacar a una anciana de setenta años, por lo que como medida de protección corresponde su internación transitoria con urgente apoyo psicológico y custodia permanente a fin de evitar que continúe atacando el orden jurídico” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, enero 06-004, A.I. N°1, “C.Q. s/ Robo”).
- “El C.N.A., se sustrae de la esfera del C.P.P., respecto a la prisión preventiva y establece medidas alternativas previas que no deben ser traspasadas, pudiendo aplicársela sólo cuando otras menos gravosas, no cumplieron la finalidad perseguida, cual es la educativa” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 05-004, A.I. N°4, “R.E. s/ Robo Agravado”).
- “Como la prisión preventiva comporta una separación brusca de la familia, de los amigos, estigmatiza al que sufre, prejuzga la culpabilidad del preventivo, razón por la cual la orden debe manifestar expresamente las razones por las cuales las otras medidas previstas en el art. 232 no son suficientes para lograr la finalidad educativa que se persigue (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 10-003, A.I. N°4, “R.M. y otros s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 20-003, A.I. N°5, “A.D. s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, julio 03-003, A.I. N°8, “M.G. s/ Homicidio Doloso”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, julio 28-003, A.I. N°11, “C.Z. s/ Robo Agravado”).
- “La libertad es una garantía consagrada por la ley suprema de la nación y sólo podrá ser restringida con carácter excepcional en los límites absolutamente indispensables para asegurar su educación, protección y asistencia” (T. de

Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 10-004, A.I. N°5, “M.M. s/ Homicidio Doloso”).

- “La prisión preventiva es la medida cautelar de carácter personal más gravosa para el imputado y por esta razón el legislador condiciona su aplicación, debiendo manifestarse expresamente las razones por las cuales otras medidas, no son suficientes para lograr la finalidad educativa que se persigue. Por ello, antes de la sentencia final debe aplicarse “sólo” si se comprueba que las medidas provisorias previstas en el primer párrafo del art. 232, no cumplieron el efecto perseguido” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 10-003, A.I. N°4, “R.M. y otros s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 20-003, A.I. N°5, “A.D. s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, julio 03-003, A.I. N°8, “M.G. s/ Homicidio Doloso”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, agosto 08-003, A.I. N°15, “B.Q. s/ Robo Agravado”).
- “Los principios y finalidades perseguidos por el C.N.A. son diferentes a los parámetros previstos en el C.P. El Derecho Penal de la adolescencia es especial, diferenciado del derecho de adultos (principio de justicia especializada) por lo que en todas las etapas del proceso en que sea involucrado el adolescente deben ser respetados sus derechos y garantías con un plus de protección por su condición de persona en desarrollo. Esta particular característica, impone que la prisión preventiva no sea estrictamente procesal como lo es en el fuero ordinario” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, abril 01-004, A.I. N°10, “C.F. s/ Tenencia sin Autorización de Estupefacientes”).

A nuestro juicio, considerar como finalidades de la prisión preventiva **“la educación”** y **“proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo”**, es esconder realidades. En efecto, nadie ignora que las condiciones de ejecución de la prisión preventiva en nada se distinguen de aquéllas en que se cumplen condena. Es más, los trastornos emocionales y psíquicos que se producen en los adolescentes privados preventivamente de libertad son más frecuentes que en los que purgan una sanción, en razón de que les consume el desconcierto y la angustia sobre la conclusión de la causa. Toda internación en una “institución total” (Goffman, 1994) causa daños irreparables al adolescente, y constituye una influencia igualmente nociva para su desarrollo. Más aún considerando, la crisis de la ejecución de las medidas aplicadas al adolescente infractor, denunciada por Do Amaral (1999), por la inexistencia de propuestas pedagógicas y de reglas claras y precisas, que han contribuido a la ineficacia de las sentencias y el descrédito del sistema.

Por tanto, justificar la prisión preventiva en el bienestar del adolescente y su necesidad de educación genera una sensación de hipocresía. El propio Tribunal ha destacado los efectos dañinos provocados por la privación preventiva de libertad, y la necesidad de dar vigencia al principio de subsidiariedad: “Resulta claro que los

presupuestos para ordenar la prisión preventiva son diferentes que los de adultos. Ello es así en razón de las consecuencias perjudiciales que ocasiona en los adolescentes mientras se encuentran en prisión preventiva, entre las que se pueden mencionar: 1. La prisión preventiva implica un grave peligro de contagio criminal, ya que obliga al preventivo a vivir con los ya condenados o, por lo menos, en sus mismas condiciones. 2. La prisión preventiva es tan estigmatizante como la misma pena. 3. Los detenidos viven la prisión preventiva, aislados en su mayoría, con sentimientos de culpabilidad que compensan a través de agresión. A ello se agrega la sobrecarga psíquica por el futuro incierto de la situación jurídica no aclarada” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 10-003, A.I. N°4, “R.M. y otros s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 20-003, A.I. N°5, “A.D. s/ Robo Agravado”); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, julio 03-003, A.I. N°8, “M.G. s/ Homicidio Doloso”).

Asimismo, en Alemania se ha criticado la existencia de causales apócrifas de la detención provisional; Jutta Gerken y Karl Schumann -citados por Llobet (2002)- han denunciado que el principio educativo ha llegado a funcionar como un “caballo troyano en el Estado de Derecho”. Al respecto, también objeta Albrecht (1990): “El trasfondo decisivo para la imposición de prisión preventiva se ve en la intención político-criminal, de resguardar justamente a los menores, mediante este medio y por razones “educativas” de bien común, de su desvío hacia la “criminalidad”: De este modo se coloca justo a la inversa el principio de subsidiariedad legal, según el cual la prisión preventiva ha de ceder el paso frente a medidas educativas”.

Sobre la educación en la ejecución de la prisión preventiva, señalan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores: *13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y todas las asistencias -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.*

Pero de ninguna manera la necesidad de tales asistencias puede fundar o constituir un presupuesto de la privación preventiva de libertad, así lo aclaran las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad: *III.18.b. Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación.*

Resulta más peligroso aún atribuir a la prisión preventiva el propósito de **“garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado”**, pues nuevamente es el estado de pobreza o miseria la justificación para internar al adolescente, es decir, la situación de indigencia o simple carencia económica o social se erige en fundamento de su encierro. Esto fácilmente contribuye a que la marginalidad social actúe como elemento estructural sobre la criminalización; el

contacto con el sistema penal, y sobre todo con una “institución total”, eleva las posibilidades de reincidencia en tanto se ingresa a la carrera delictiva.

El Tribunal Penal Juvenil de Costa Rica ha advertido sobre el peligro de admitir este criterio para decretar la prisión, en tanto equivale a resucitar la ideología de la situación irregular: “El nuevo proceso penal juvenil se sustrae, de la esfera simbiótica tutelar familiar. El hecho de que el menor se encuentre en estado de abandono o de simple pobreza no es suficiente para la imposición de una medida cautelar. La situación social o familiar del menor es una consideración que no compete a la ley penal o procesal, porque el principio de legalidad, es un límite que no debe ser traspasado al imponer una medida restrictiva de libertad” (voto 69-01 del 11 de mayo de 2001).

La marginalidad como baremo para imponer la detención provisional, otorga plena vigencia a aquellas características destacadas por Gomes Da Costa (1991), como propias de la figura del menor en situación irregular: “Niños y adolescentes son considerados por lo que no son, por lo que no saben, por lo que no tienen, por lo que no son capaces; y no por lo que realmente son, saben, tienen y por lo que, efectiva o potencialmente, son capaces”. Cuando en realidad son víctimas de la inexistencia o ineficacia de políticas públicas; y, al contrario, “los responsables de esas políticas deberían ser considerados en situación irregular, cuando ellas no fueran ofrecidas, o lo fueran en forma irregular, o se configuraran omisiones culposas” (Seda, 1992).

Considerar el **“peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles”** como finalidad, pervertiría la prisión preventiva transformándola, de un instrumento exclusivamente procesal en instrumento de prevención y de defensa social, motivada por la necesidad de impedir la comisión de otros ilícitos. Sobre la utilización de la detención provisional en vulneración al principio de inocencia sostiene Ferrajoli (2000): “Hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad”.

Y esta regresión lo advierte lúcidamente Zaffaroni (2011): “Hoy el objeto, son los jóvenes y adolescentes de los barrios precarios, contra ellos la pretendida prisión cautelar en rigor es una prisión *imprudente* a la que se pretende asignarle una función neutralizante, de medida policial administrativa, de coerción directa, como en toda inquisición”.

En cuanto a la primera respuesta -la prisión preventiva puede ser decretada sólo cuando con las medidas provisorias no sea posible lograr la finalidad de la prisión preventiva-, el cuestionamiento no se evita en tanto el art. 232 del C.N.A. asigna a la internación el fin de protección contra el peligro de realización de nuevos hechos punibles. Aunque la internación sea “transitoria” y en “hogar adecuado”, no deja de constituir una privación de libertad en una “institución

total” y con el mismo contenido aflictivo que la pena. De esta manera, el instituto deja de ser una medida procesal o cautelar, y en consecuencia no penal, convirtiéndose en una ilegítima pena sin juicio.

Es por eso que resulta arbitraria la imposición de prisión preventiva en respuesta a la alarma social provocada por un determinado hecho punible, y a veces exacerbada por los medios de comunicación, pues pretende atribuir a esta medida cautelar una finalidad de prevención general, aplicando una suerte de pena anticipada. Esta finalidad subyace en la disposición cuestionada precedentemente, al asimilar la internación transitoria del adolescente en un hogar a las medidas de seguridad, en tanto se le otorga la finalidad de evitar la comisión de nuevos hechos, es decir, están supeditadas a la supuesta peligrosidad del autor. En este aspecto sostuvo la Corte Suprema de Justicia: “El órgano jurisdiccional no puede imponer una medida que asimile caracteres de “pena anticipada”, porque cualquier procesado goza de un estado de inocencia que sólo la sentencia condenatoria es capaz de destruir. Por eso su encierro sólo puede tener carácter cautelar” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, octubre 05-001. Ac. y Sent. N°628).

En definitiva, la libertad personal sólo puede ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar los fines que el proceso penal persigue, por lo que sólo cabe interpretar el art. 233 del C.N.A. respetando los principios de inocencia, de culpabilidad, de proporcionalidad, de excepcionalidad, que rigen el proceso penal juvenil. Por tanto, los requisitos de la prisión preventiva del adolescente deben ser los contenidos en el art. 242 del C.P.P.; no obstante, hay que admitir que la formulación de la disposición analizada es equívoca.

En las disposiciones del art. 232 del C.N.A., referido a la internación como medida provisoria, subyacen el estado de peligrosidad social, el bienestar del menor y aquellos paliativos de la doctrina de la situación irregular que se ha pretendido dejar atrás con su promulgación, en abierta contradicción con los principios mencionados, por lo que propugnamos su derogación.

Tal como lo sostiene Binder (1993), “la prisión preventiva sólo será legítima si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcional a la violencia propia de la condena, si respeta sus requisitos -es decir, si hay una mínima sospecha racionalmente fundada y si se demuestra claramente su necesidad para evitar la fuga del imputado-, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de la pena. Solamente si se cumplen en conjunto todos y cada uno de estos requisitos, se estará respetando el diseño constitucional del uso de la fuerza durante el proceso penal”. Inclusive, la evitación de daños al desarrollo del adolescente merece prioridad frente a objetivos de seguridad del proceso del instituto jurídico de la prisión preventiva (Albrecht, 1990). Con estas características definitorias debe ser concebida inequívocamente en el Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay.

REFERENCIAS

- Albrecht, P. (1990). Derecho Penal de Menores. Barcelona: PPU S.A.
- Armijo, G. (1997). Enfoque procesal de la ley penal juvenil costarricense. San José: ILANUD.
- Binder, A. (1993). Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Cafferata Nores, J. (1994) Introducción al Derecho Procesal Penal. Córdoba: Marcos Lerner Editora.
- Carranza, E. (1998). Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. San José: ILANUD.
- De la Vega, J. (2004, 5 de diciembre). Asunción: Una luz en medio del infierno. En *Diario Noticias*.
- Do Amaral e Silva, A. (1999). Comentario al proceso de reforma legislativa del Brasil. En *Infancia, ley y democracia en América Latina. Tomo I*. Buenos Aires: Depalma.
- Ley N°8069 (1990). *Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil*. Disponible en: http://enj.org/portal/biblioteca/penal/penal_juvenil/3.pdf
- Ferrajoli, L. (2000). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- García Méndez, E. y Beloff, M. (1999). Infancia, ley y democracia en América Latina. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- Garrido De Paula, P. (2001). El Ministerio Público y los derechos del niño y adolescente en el Brasil. En *Justicia y Derechos del Niño N°2*. Buenos Aires: UNICEF.
- Goffman, E. (1994). Internados. Buenos Aires: Amorrortu.
- Gomes Da Costa, A. C. (1994). De menor a cidadão. En *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros.
- González Valdez, V. (2006). La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay. Revisión crítica de su evolución y situación actual. Asunción: Servilibro.
- González Valdez, V. (2011). Justicia Penal Juvenil. Asunción: La Ley Thomson Reuters.
- Llobet Rodríguez, J. (2002). Derecho Penal Juvenil. San José: Mundo Gráfico.
- Llobet Rodríguez, J. (1996). Reflexiones sobre el nuevo proceso penal costarricense. San José: Mundo Gráfico.
- Redondo, S. (2001). Violencia y delincuencia juvenil. Explicación y prevención. Mendoza: Juridicas Cuyo.
- Ríos Martín, J. (1998). Mil voces presas. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

González-Valdez V. Vestigios de la doctrina de la situación irregular. Peligrosidad y marginalidad como fundamento de la ...

Seda, E. (1992). Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente. En *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*. Buenos Aires: Galerna.

Zaffaroni, E. (2011). La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar.