

Régimen penal juvenil

TEDH. *Affaire Reist c. Suisse*, 27 de octubre de 2020

Por Lucas Lecour¹ y M. Mercedes Dubertí²

1. Introducción

En el presente trabajo analizaremos la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la privación de libertad del joven Steve Somgiat Reist, quien demanda a la Confederación Suiza por violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la imposición, en diciembre del 2014, de una medida de protección provisional ordenada por un fiscal de menores de la ciudad de Berna, sin control judicial, ni participación de la defensa, que consistía en la internación en un establecimiento cuya primera fase se desarrollaba en un entorno cerrado.

El 27 de octubre de 2020 el TEDH rechazó la demanda al considerar que la privación de libertad se encontraba suficientemente fundamentada conforme con las normas suizas y las interpretaciones realizadas por los tribunales locales.

1 Abogado (UNCuyo). Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales (UPF-Barcelona). Presidente de Xumek, Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Docente de la Diplomatura en Litigación Internacional (UNCuyo) y de la Diplomatura en Abordaje Integral de Consumos Problemáticos (UAconcaqua).

2 Abogada (UNCuyo). Vicepresidenta de Xumek, Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Integrante del Mecanismo Local de Prevención de la Tortura de Mendoza (período 2014-2020). Actualmente se desempeña en el equipo técnico del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT).

Pese a los argumentos desarrollados en la sentencia, entendemos que la decisión no se ajusta a los estándares necesarios para imponer medidas restrictivas de libertad a niños, niñas y adolescentes, aun cuando estas se apliquen con fines de protección. Tampoco fueron analizadas por el Tribunal ciertas limitaciones a garantías judiciales en el sistema penal juvenil suizo.

A continuación, expondremos los hechos del caso, luego destacaremos los aspectos jurídicos más relevantes de la decisión del TEDH, para finalmente realizar una valoración crítica de los mismos.

2. Los hechos del caso

El 18 de marzo de 2014, un fiscal de menores dictó una orden penal³ contra el joven Steve Reist, mediante la cual lo condenó a cinco días de prisión en suspenso, acompañada de un año de libertad condicional por robo, fraude múltiple y compra, consumo y reventa de cannabis. En forma conjunta, ordenó una medida de protección consistente en la asistencia personal del joven.

El 8 de julio de ese año, Reist alcanzó la mayoría de edad (18 años) y meses después, el fiscal interpuso ante el Juzgado de Menores un procedimiento de sustitución de la medida de protección, por considerar que, ante la comisión de nuevos delitos y la continuidad del consumo de estupefacientes, las anteriores medidas eran incompatibles con su desarrollo personal. A la espera de la decisión del Juzgado, el fiscal ordenó, sin intervención de la defensa del joven, una medida de protección provisional de internación en un establecimiento abierto, cuya primera fase consistía en tres meses de un entorno cerrado, al considerar que la situación de riesgo en la que se encontraba Reist no podía abordarse mediante un tratamiento ambulatorio.⁴

La defensa apeló la medida y el Tribunal Supremo del Cantón de Berna desestimó el recurso con fundamento en las previsiones del artículo 5 de la Ley Penal de Menores (LPMen) que establece un procedimiento de sustitución de medidas de protección en interés del menor ante un peligro grave para este. El Tribunal Supremo destacó que la fiscalía tiene facultades para ordenar la sustitución de medidas cautelares sin afectar la competencia del Juzgado de Menores, que posteriormente confirmó la sustitución de la medida cautelar.

Asimismo, consideró que la LPMen es aplicable desde que un joven comete un delito siendo menor de edad y continúa aplicándose hasta que cumple 22 años. Por último, los jueces rechazaron el argumento de la defensa sobre que la nueva medida constituía una violación al artículo 5.1, apartado a del CEDH, al considerar que la orden penal de marzo de 2014 equivale a una “condena dictada por un tribunal competente” conforme con lo prescrito en el mencionado precepto.⁵

3 La Ley Penal de Menores de Suiza faculta al Ministerio Público Fiscal a dictar una resolución denominada “orden penal” mediante la cual se establece una sanción que no implique internación, multa de más de 1.000 francos suizos o privación de libertad de más de tres meses (art. 34, párrafo 1). Esta sanción cierra el procedimiento penal contra el adolescente y equivale a una condena emanada por un tribunal de menores.

4 TEDH. *Affaire Reist c. Suisse*, Requête No. 39246/15, Cour (Troisième Section), 27 de octubre de 2020, párr. 10.

5 *Ibidem*, párrs. 15 y 16.

Contra esta decisión, el joven interpuso un recurso ante el Tribunal Federal solicitando su liberación inmediata. Antes de que se resolviera, su internación finalizó por orden del Juzgado de Menores. No obstante, el Tribunal Federal desestimó el recurso reafirmando que estas medidas pueden ser sustituidas en cualquier momento de la ejecución, hasta los 22 años de la persona, y que tienen como principal fundamento dar a las autoridades –en este caso, el fiscal de menores– la posibilidad de intervenir con carácter provisional y en casos de emergencia, concluyendo que existía un vínculo causal suficiente entre la orden penal inicial y la medida de cautelar posterior.⁶

2.1. Aspectos más relevantes de la decisión del TEDH

La defensa presentó el caso ante el TEDH. En su demanda, Reist alegó que su privación de libertad no tenía base legal, puesto que el fiscal de menores no tenía facultad para ordenar una medida cautelar privativa de la libertad fuera de la etapa de investigación y que no existe ninguna relación causal entre la orden penal dictada en marzo de 2014 y la medida dispuesta en diciembre del mismo año. Por su parte, el Estado señaló que en determinadas ocasiones resulta imposible esperar ante situaciones de crisis el dictado de una nueva medida por el Juzgado de Menores y, por lo tanto, es responsabilidad del fiscal de menores asegurar una adecuada protección.

El TEDH, al ingresar al estudio del asunto, entiende primero necesario hacer referencia al marco legal suizo, analizando la LPMen, cuya disposición más relevante es su artículo 5, que permite a las autoridades ordenar, en forma provisional, medidas cautelares, si los intereses de los menores de edad así lo requieren. Entre las medidas se prevé la colocación de jóvenes en establecimientos. En este sentido, el artículo 15 de la LPMen expresa que en caso de que sea un establecimiento cerrado, antes de ordenar la internación, se requiere de informes médicos o psicológicos. Además, habilita a la autoridad competente a ordenar la internación en un establecimiento cerrado únicamente por protección personal o para el tratamiento de trastorno mental del menor de edad que lo requiere imperativamente, o su condición representa una amenaza grave para terceros y esta medida es necesaria para protegerlos.

En igual sentido, explica que, en los cantones suizos los fiscales de menores son autoridades multidisciplinarias integradas por juristas y abogados, así como trabajadores y educadores sociales, que supervisan la ejecución de las medidas de protección y que también proponen, en los casos necesarios, la sustitución de estas. Además, se señala que en el cantón de Berna existe un modelo –denominado *Jugendanwalt*– donde el fiscal de menores es responsable de la investigación y ejecución de las sanciones y medidas de protección, siendo el Tribunal de Menores competente en las decisiones posteriores relativas a la sustitución de una medida de protección.

Con todo ello, al resolver el TEDH observa que resulta indiscutible la inaplicabilidad en el presente caso del apartado d del artículo 5.1 del Convenio, teniendo en cuenta que el joven era mayor de edad

⁶ *Ibidem*, párrs. 18 a 24.

al momento de la privación de libertad y, por lo tanto, solo corresponde determinar si existió violación al apartado a del mencionado precepto.⁷

El TEDH ha dicho en reiteradas oportunidades que toda detención, para ser lícita, debe llevarse a cabo según la legislación nacional, respetando tanto las normas sustantivas como procesales y que toda privación de libertad debe ajustarse al fin previsto en el artículo 5 del Convenio, de lo contrario, la detención será arbitraria.⁸

En aplicación de estos principios, el Tribunal Europeo entiende que la competencia del fiscal de menores para ordenar una internación provisional en un establecimiento cerrado luego de la etapa de la instrucción no está explícitamente regulada en el LPMen. Sin embargo, sería contrario a los objetivos esenciales del derecho penal juvenil privar al fiscal de menores de la posibilidad de intervenir, de manera provisional, en caso de emergencia, durante la etapa de ejecución de sanciones. Por ello, más allá de las imprecisiones, el TEDH considera que la privación de libertad es una medida cautelar y, por lo tanto, al ser ordenada por un fiscal de menores, estamos ante una autoridad competente.⁹

En cuanto a la existencia de un vínculo causal suficiente entre la orden penal inicial y la internación provisional, el Tribunal Europeo entiende que la orden penal equivale a una condena y, por lo tanto, su sustitución posterior, por una internación, se encuentra vinculada a la misma. En consecuencia, la medida se enmarca en una “condena” conforme lo previsto en el artículo 5.1, apartado a del Convenio.

Por último, agrega el TEDH que, dado que en el caso no se había roto la relación de causalidad, el LPMen seguía siendo aplicable al demandante, incluso después de que hubiera alcanzado la mayoría de edad.¹⁰

Por todo lo mencionado, concluyó que la privación de libertad de Steve Somgiat Reist fue legal, ya que quedó cubierta por la letra a del artículo 5.1 del Convenio.

3. Análisis del fallo

Pese a los argumentos expuestos en sus considerandos, entendemos que la decisión del TEDH no se ajusta adecuadamente a los parámetros y estándares internacionales necesarios para imponer medidas restrictivas de libertad a niños, niñas y adolescentes. Asimismo, observamos la naturalización de ciertas limitaciones a garantías judiciales en el sistema penal juvenil suizo, bajo fundamentos tutelares, como la urgente protección, que tampoco fueron analizadas en la sentencia.

7 Ídem, nota 4, párr. 76.

8 Ibídem, párr. 79.

9 Ibídem, párrs. 78-80.

10 Ibídem, párr. 91.

3.1. Resabios del modelo tutelar en el sistema suizo

Del análisis de la sentencia surge que Suiza cuenta con un procedimiento especializado para jóvenes en conflicto con la ley penal de tipo acusatorio. No obstante, en el Cantón de Berna, en determinados casos el sistema prevé amplias facultades en cabeza del Ministerio Público Fiscal de menores, no solo en la etapa de instrucción, sino también durante la ejecución de la sanción y con motivo de protección, sin control judicial inmediato, que lo vuelve de tipo tutelar clásico, pero en cabeza del acusador.

Es decir, se dan amplias facultades discrecionales al fiscal de menores, que en casos de escasa lesividad puede dictar una orden penal, que equivale a una sentencia condenatoria de un juez, debiendo recurrir solo a un tribunal cuando se requiera sustituir la medida por una de mayor gravedad, pudiendo incluso, durante la tramitación de la misma, ordenar una privación de libertad por cuestiones de urgencia, sin control judicial.

Observamos en este punto que, pese a la especialidad del proceso penal y la multidisciplinariedad del fiscal de menores, el sistema judicial suizo no logra superar el modelo clásico de intervención irrestricta, sin límite ni garantías por parte de la autoridad judicial –en este caso, el fiscal de menores–, para “proteger” al adolescente incapaz, que necesita de “tutela”, propio de una concepción paternalista.

La sentencia del TEDH invisibiliza esta situación irregular, contraria al nuevo paradigma que introdujo la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de la “doctrina de la protección integral”, que se enfoca en el interés superior del niño, tiene su fundamento en la dignidad del ser humano y consagra una justicia penal especializada, con mayores garantías.

Por lo tanto, si es universalmente aceptado que para privar de la libertad a una persona mayor de edad se requiere una condena dictada por un tribunal competente, entonces, ¿cuál sería la razón para relajar estos conceptos y admitir excepciones en el caso de personas menores de edad?

Es evidente que las condiciones en las que participa un adolescente en un proceso penal no son las mismas que las de un adulto. Por ello resulta fundamental adoptar medidas especiales para su protección, que de ningún modo puedan limitar las garantías respecto de aquellas que gozan los mayores de edad.

En este sentido, la Corte IDH expresó que

si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.¹¹

¹¹ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 98.

En los procesos judiciales para adolescentes en conflicto con la ley penal existen algunos principios fundamentales que determinan la existencia de un verdadero sistema especializado. La CIDH considera entre esos principios los siguientes: i) legalidad; ii) excepcionalidad; iii) especialización; y iv) no regresividad. De los mencionados, el principio de legalidad en relación con adolescentes en conflicto con la ley penal es el que da cuenta del paso del modelo tutelar a un verdadero sistema de protección integral. Así, la falta de aplicación de este principio en las intervenciones tanto administrativas como judiciales provoca que se confunda la aplicación del derecho penal con la aplicación de medidas de “protección”. La aplicación irrestricta de este principio contribuye a que a las personas adolescentes a las que se les atribuye la comisión de un hecho ilícito se les apliquen todas las garantías procesales generales, al igual que a las personas adultas. Es así que las medidas tutelares que se dispongan, en forma independiente o conjunta, son sustancialmente un tipo de sanción, ya que tienen los mismos efectos de estas, pero no son vistas como tales por su finalidad de “protección” decidida por la autoridad judicial y, por ello, es habitual que no se aplique el debido proceso correspondiente.¹²

En consecuencia, pese a los fundamentos dados por el TEDH en su sentencia sobre las bondades del sistema penal juvenil suizo, este todavía mantiene en determinados aspectos de su regulación resabios de un modelo tutelar, superado con motivo del nuevo paradigma de la doctrina de la protección integral que consagra la CDN.

3.2. Control judicial inmediato y derecho de defensa

Conforme con lo expresado en el punto anterior, podemos asegurar que la medida de internación en un establecimiento abierto ordenada por el fiscal de menores, cuya primera fase consistía en tres meses en un entorno cerrado, es una medida privativa de la libertad, aun cuando se haya invocado para su interposición que era en protección del joven Reist y tenía carácter provisional.

En esa línea, la CIDH define claramente a la privación de libertad como

cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugia-

¹² CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, 13 de julio de 2011, pp. 17 y ss.

dos, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.¹³

En este aspecto, la Corte IDH también ha sido categórica, al expresar que

una privación de libertad se configura cuando una persona, en este caso una niña o niño, no puede o no tiene la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De conformidad con dicha definición, el acogimiento residencial de niñas y niños puede constituir una forma de privación de libertad, si las niñas y niños están sujetos a medidas de restricción de su libertad ambulatoria que van más allá de las reglas que impondría una familia para salvaguardar el bienestar de la niña o el niño, como por ejemplo, prohibirles salir de noche.¹⁴

En consecuencia, teniendo en cuenta que se trata de una privación de libertad, deberían regir para su imposición, al menos, las mismas garantías que para las personas adultas. En este caso, una de las principales es el control judicial inmediato.

Según la CIDH, dichas garantías deben ser observadas, en especial, cuando el procedimiento signifique la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad, lo que incluye las llamadas medidas de “internación” o de “protección”.¹⁵

En efecto, es necesario reconocer el derecho de toda persona privada de libertad durante un proceso penal, cualquiera sea, a que su situación sea inmediatamente conocida y analizada por un juez o tribunal competente, aun en los casos en los que el control jurisdiccional no haya sido requerido por la persona detenida o su defensor.

El fundamento de este inmediato control jurisdiccional deriva, de una parte, de la posición de garante institucional que ocupa el Estado en relación con las personas que se encuentran privadas de su libertad. Por otra parte, la necesidad de que la detención sea controlada por un juez imparcial deviene de la misma lógica adversarial del sistema acusatorio, en la que el que fiscal ocupa el lugar de parte con un interés concreto. No es admisible dejar en manos de un sujeto procesal autónomo, pero no imparcial, sin control jurisdiccional alguno, la decisión sobre una medida de coerción tan grave como la detención de la persona sometida al poder punitivo del Estado.

13 CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

14 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 329.

15 Ídem, nota 11, párr. 147.

En materia de niñez y adolescencia, la CIDH señala que la normativa internacional refuerza el estándar de conducción sin demora ante un juez especializado, ya que el control judicial inmediato es indispensable para prevenir la arbitrariedad o ilegalidad de la privación de libertad.¹⁶

En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de esta.¹⁷

En el presente caso, si bien no se alegó una violación del artículo 5.3 del CEDH, que exige la intervención del órgano jurisdiccional de forma inmediata, entendemos que, por el principio de *iura novit curia*, el Tribunal Europeo podía analizar la situación ante la ausencia de control judicial de la medida ordenada por el fiscal de menores.

Además, la privación de libertad fue dictada sin intervención de la defensa del joven, que solo pudo apelar la medida ante el Tribunal Supremo del Cantón de Berna. Es el derecho de defensa uno de los pilares fundamentales de cualquier proceso judicial, incluido el penal de menores. Por lo tanto, en cualquier medida que se imponga a un adolescente, resulta fundamental la notificación a su abogado y la posibilidad de que se reúnan en privado, como acto inherente a su derecho de defensa.

Por todo ello, tanto el control judicial inmediato como la intervención de la defensa responden a un procedimiento adversarial o contradictorio que garantiza que la medida sea ordenada por un juez, quien luego de escuchar a las partes, decide sobre la licitud de la privación de libertad y, de esta manera, evita detenciones arbitrarias.

4. Conclusión

Entendemos que la decisión del TEDH al analizar la situación del joven Reist soslaya por completo el nuevo paradigma de la protección integral. Se evidencia una naturalización de la ausencia de garantías en un proceso penal seguido contra un adolescente, que resulta privado de su libertad por orden de un fiscal de menores, sin control judicial inmediato ni intervención de la defensa.

Sorprende también que se equipare una orden penal dispuesta por un fiscal de menores a una sentencia dictada por tribunal competente, para justificar la ausencia de vulneración al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 5.1, apartado a del Convenio.

La alegada situación de urgencia y la finalidad de “protección” del joven por parte del fiscal de menores de Berna para ordenar su internación en un establecimiento abierto, aun en el marco de una medida tutelar, demuestran los resabios del modelo paternalista en el sistema suizo, que no fue siquiera tratado por el TEDH en sus fundamentos.

¹⁶ Ídem, nota 12, párr. 253.

¹⁷ CDN. Observación General N° 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 83.

Debemos señalar que este déficit de legitimidad del sistema penal juvenil suizo a la luz de los principios de la CDN y otros estándares internacionales ya fue advertido por el Comité de los Derechos del Niño, quien recomendó adaptar su sistema de administración de la justicia de menores a lo dispuesto, entre otros, en el artículo 37 de la CDN –relativo a la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes– y otras normas de las Naciones Unidas relativas a la justicia de menores, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing”, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “Directrices de Riad”, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Acción de Viena sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal.¹⁸

En síntesis, sin perjuicio de las bondades que pueda tener el sistema penal juvenil suizo, nada justifica el mantenimiento de un sistema tutelar que entiende que los adolescentes en conflicto con la ley son objeto de protección y no sujetos de derecho, y, por lo tanto, se los prive de garantías fundamentales del debido proceso penal que se reconocen a cualquier persona adulta, incluso a las acusadas de haber cometido los delitos más graves del catálogo penal.

18 CDN. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Switzerland. 13/06/2002. CRC/C/15/Add.182, párr. 57.