

ALUMNA: SILANES MARIA FLORENCIA

UNIVERSIDAD DEL COMAHUE

**ESPECIALIZACION EN DERECHO
PENAL**

TESINA

**TEMA ELEGIDO: RESPONSABILIDAD
PENAL JUVENIL Y DERECHOS
HUMANOS**

TEMA ELEGIDO: RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS FUNDAMENTOS DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
3. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL.
4. LA ESPECIALIDAD DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.
5. EL DERECHO DE DEFENSA MATERIAL Y LEGAL.
6. EL ACCESO A SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL JUVENIL.
7. LAS MEDIDAS CAUTELARES NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.
8. LAS MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.
9. LAS SANCIONES ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.
10. FAMILIAS VULNERABLES Y DERECHOS DEL NIÑO.
11. POLÍTICAS PÚBLICAS EN INFANCIA. LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO MECANISMO DE JUDICIALIZACIÓN DE LA POBREZA.
12. LA INFANCIA, ADOLESCENCIA Y LA JUSTICIA SOCIAL.
13. LA CIUDADANÍA SOCIAL Y LA INFANCIA.
14. LAS POLÍTICAS SOCIALES.
15. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN.
16. ANÁLISIS DEL FALLO MALDONADO.
17. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL ACTO.
18. GARANTIAS PROCESALES PENALES.
 - a) LA NORMATIVA DE LA CDN.
 - b) GARANTÍAS PROCESALES PENALES DEL NIÑO EN DISPOSICIONES INTERNACIONALES.
 - c) GARANTÍAS PROCESALES EN LA LEY 26.061.

- d) RECEPCIÓN EN LAS LEYES LATINOAMERICANAS.
- 19. GARANTÍAS PROCESALES EN GENERAL.
- 20. PROCEDIMIENTO PENAL.
- 21. LEY 2302 EN NEUQUÉN.
- 22. SISTEMA INSTITUCIONAL DE GESTIÓN DE CONFLICTOS.
- 23. PRINCIPIO PRO HOMINE EN LA LEY 2302.
- 24. LA EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL.
- 25. DERECHOS HUMANOS Y NIVELES DE INTERVENCIÓN.
- 26. DOBLE PROTECCIÓN JURÍDICA EN LOS CASOS DE AS.
- 27. CONSECUENCIAS DE LA EDAD DE PUNIBILIDAD EN EL ROL DE DEFENSORIA DEL NIÑO/A Y ADOLESCENTE EN LA PROVINCIA DE NEUQUÉN.
- 28. DINAMICA DE PUNICIÓN: DINAMICA DE CÁRCEL.
- 29. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Me centraré en la problemática de la niñez, la adolescencia, los procesos de intervención y su relación con el sistema de responsabilidad penal juvenil.

Analizando algunos aspectos del tema de la responsabilidad penal juvenil y los derechos humanos, podríamos decir que la justicia penal adolescente es un sistema de administración de justicia que extiende los derechos y garantías del debido proceso a los adolescentes, a quienes se acusa de haber participado en la comisión de una infracción a la ley penal.

Es posible exponer que se ubica la discusión sobre el derecho y su vinculación con el cambio social en el contexto actual de América Latina. No es posible sobrestimar la función de la ley ni subestimarla como históricamente se hizo en nuestra región, que estuvo al margen de la legalidad por décadas. Hay resoluciones que la ley puede hacer y una de ellas es la posibilidad de crear mecanismos de exigibilidad para la vigencia de los derechos.

Asimismo, la ley puede señalar el camino que se debe seguir, pero ello no es suficiente. Cuando abordamos el tema de la responsabilidad penal juvenil verificamos la existencia de esta vinculación entre el derecho y el cambio social. Muchas veces la norma viene a establecer derechos, que la sociedad está haciendo propios, muy de a poco. Es un proceso de transformación social.

Es así que esta cuestión, que en principio es una cuestión jurídica, está emparentada para los latinoamericanos con la del cambio social. Esta vinculación cobra una conexión importante a la hora de las discusiones o diferencias a la hora de interpretar la seguridad ciudadana.

El sistema previo a la Convención era el sistema de la irresponsabilidad, un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada, pero que funcionaba como una profecía que se auto cumplía, porque era incapacitante para todos los involucrados. Sobre todas las cosas problemáticas era especialmente incapacitante de la familia pobre.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Existe una responsabilidad propia del adulto y otra propia de los niños y adolescentes. En América Latina el tema de la responsabilidad penal de los niños y los adolescentes no surgió como consecuencia de un intenso y preciso trabajo de técnicos o penalistas, sino como un parche estatal frente a emergencias sociales de la niñez y la adolescencia en crisis.

El sistema de responsabilidad penal juvenil tiene que ver estrictamente con las formas de organización de la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por los adolescentes. Es en este sentido que no existe construcción doctrinaria acerca de lo que debería ser. Aquí, el tema suele debatirse desde aspectos falaces de la problemática:

- que los jóvenes y adolescentes no son procesados como se debe (“entran por una puerta y salen por la otra”), como se manifiesta en los medios de comunicación, o
- la creencia de que la discusión tiene que ver con bajar o subir grados de imputabilidad.

Veremos que en realidad no tiene que ver con eso, sino con otras problemáticas sociales complejas.

El concepto del modelo de responsabilidad penal juvenil procede de un modelo copiado de Europa. No obstante, la discusión acerca de este tema está mucho más avanzada en América Latina que entre los anglosajones y más aún que las que se dieron dentro del sistema continental europeo.

Es decir que, como concepto, los sistemas de responsabilidad penal juvenil solo existen en América Latina y están dados en el marco del sistema de protección integral de derechos.

En ese marco existen tres fundamentos de estos sistemas.

1. El fundamento filosófico.

Es el relativo a la concepción de lo que el derecho penal es y lo que resulta ser la única justificación posible de un sistema de responsabilidad penal juvenil. Se basa en el Derecho Penal Mínimo.

2. El fundamento legal.

Se establece en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), que específicamente demuestran que las Naciones Unidas están adoptando el modelo de derecho penal mínimo.

3. Fundamento criminológico del modelo.

En este sentido, son claros los Tratados Internacionales. Se abandona definitivamente toda idea sobre la existencia del comportamiento desviado. Si uno es cliente del sistema de justicia penal, esto resulta de la fórmula de haber sido tratado así por el sistema de justicia penal y no por alguna característica personal, por el tatuaje o por vivir en la calle. Esto quedó explícitamente expuesto en los instrumentos internacionales. Cualquier dispositivo jurídico que se aleje de esta concepción de la desviación está operando todavía en el modelo tutelar.

A partir de estas características podría entenderse que no existen mayores diferencias entre el sistema de responsabilidad penal juvenil y el de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con sólo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales de menores.

En el pacto de ampliación de la ciudadanía a los americanos excluidos, los últimos en llegar a esta condición fueron los niños. El precio que pagó la infancia en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Éste es el motivo real por el que los Estados Unidos no ratifica la CDN (Convención sobre los Derechos del Niño). Así, por ejemplo, el sistema norteamericano permite la ejecución de personas menores de 18 años.

Pero la CDN no quiere decir esto. No pretende que los Estados reconozcan al niño como sujeto de derecho y después lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante

sería la peor interpretación que podría hacerse, tanto como la de ser los “salvadores del niño”. Pero la comunidad internacional aprendió la lección y estos sistemas de responsabilidad penal juvenil tienen que ver justamente con una interpretación con perspectiva de clave de Derechos Humanos.

3. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

Esto significa que niños, niñas y adolescentes son titulares de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más un “extra o un plus” de derechos específicos que se motiva en su condición de ser personas que están creciendo, que están atravesando un proceso vital y complejo, como la búsqueda de identidad y la formación de su propia personalidad, diferenciada de su familia de origen, mediados en la mayoría de los casos por problemáticas sociales, de pobreza y de no acceso a necesidades básicas.

Ni media persona ni persona incompleta, simplemente se trata de una persona en las circunstancias de estar creciendo. Las personas son completas en cada momento de su crecimiento.

El principio de legalidad es concluyente y, en consecuencia, la única manera de habilitar el poder punitivo del Estado o, dicho de modo coloquial, abrir las puertas de la cárcel, es una formal imputación por la comisión de un delito. La edad de imputabilidad es el límite inferior a partir del cual los adolescentes pueden ser juzgados por la justicia e ir presos a un establecimiento penitenciario.

La justicia penal juvenil debe tener como objetivo principal la restauración del daño, la rehabilitación y la reinserción social de la niña, niño o adolescente, a través de la remisión de casos u otras formas de justicia restitutiva. Con ello se tiende a subordinar los fines retributivos y preventivo-generales que, de manera tradicional, se han asignado al sistema penal, al privilegiar el fin preventivo especial positivo de la justicia juvenil.

El concepto jurídico del interés superior del niño define un criterio interpretativo rector que concilia dos realidades, al regular el sistema de justicia juvenil: por un lado,

el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía, dejando de ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el reconocimiento de su vulnerabilidad, dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando éstos pertenecen a sectores sociales desaventajados o a grupos discriminados como el de las mujeres.

En relación con la sanción penal juvenil, se señala como estándar el empleo de sanciones alternativas a la privación de la libertad y, en el caso excepcional de que proceda la pena de prisión, se estipula que debe tener ésta una menor duración que la aplicable a una persona adulta por el mismo hecho.

4. LA ESPECIALIDAD DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Se ha reconocido con amplio alcance el principio de especialidad de la justicia penal juvenil, el que comprende la capacitación de todos los operadores del sistema: jueces, fiscales y defensores, el personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas, el personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad y las fuerzas policiales. Por ejemplo, talleres, cursos, jornadas, dictado por profesionales dedicados a la temática, en un lenguaje accesible, que tenga por objeto la reinserción escolar, abordado desde un equipo interdisciplinario con las instituciones y los gabinetes psicopedagógicos de los colegios, si los hubiere, o con los Servicios Locales y Zonales, o cualquier otro recurso del Estado.

5. EL DERECHO DE DEFENSA MATERIAL Y LEGAL

En materia del ejercicio del derecho de defensa, se reconoce que el joven tiene derecho a no declarar o guardar silencio y que su testimonio no puede ser utilizado como prueba en su contra o como una confesión. Más aun con el patrocinio del Abogado del niño.

Exige que se explique a los niños y a las niñas las consecuencias del sistema penal juvenil, en un lenguaje adecuado a su edad y su cultura, con la posibilidad de

contar con un intérprete o con personal entrenado para trabajar con niños y niñas con capacidades especiales: ésta es una particularidad de la justicia penal juvenil que debe diseñar prácticas para que el proceso penal sea comprensible para el adolescente. Se prohíbe que el joven declare ante funcionarios policiales.

Se reconoció como estándar específico del proceso penal juvenil la participación de los padres o responsables del niño, lo que no debe traducirse en la simple notificación, sino en el desempeño de un rol activo en defensa del joven.

Se remarca la importancia de la existencia de registros administrativos de las medidas alternativas al proceso penal y de registros de antecedentes judiciales para las sanciones penales de carácter confidencial, con el fin de evitar la múltiple persecución por el mismo hecho.

Se trata de limitar al máximo la posibilidad de agravar las consecuencias penales por la valoración de la reincidencia del joven.

Para esto se postula que no deben ser considerados reincidentes los jóvenes que obtuvieron salidas alternativas al proceso penal por delitos anteriores (por ejemplo, una suspensión del juicio a prueba o una mediación). Tampoco pueden ser considerados reincidentes los jóvenes que son imputados cuando no son punibles por su temprana edad (por debajo de los 16 años de edad).

6. EL ACCESO A SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL JUVENIL

La aplicación de las salidas alternativas al proceso penal juvenil debe efectuarse respetando el debido proceso.

Ello significa que debe asegurarse, entre otros, el derecho del niño a ser oído en forma libre y sin presiones, el asesoramiento de un abogado defensor y la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales que lo perjudican. El uso de estas salidas alternativas, en ningún caso debe constituirse en un antecedente negativo en futuros procesos penales. La salida alternativa debe ser concedida en forma rápida e inmediata y se debe

atender a las recomendaciones de expertos o asistentes sociales, asegurando un enfoque multidisciplinario. Es necesario además incluir la participación de los padres y la asistencia escolar.

7. LAS MEDIDAS CAUTELARES NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Los Estados deben asegurar el cumplimiento del principio de excepcionalidad, en el uso de la privación de la libertad durante el proceso penal juvenil y fortalecer el uso de las medidas cautelares alternativas, a fin de neutralizar los peligros procesales. Si bien las medidas cautelares alternativas están previstas en las leyes de los Estados Americanos, no siempre se aplican y se recurre asiduamente a la prisión preventiva. Tal situación pone de resalto la insuficiencia de una mera reforma legal, sin la previsión de recursos institucionales y personales adecuados para sostener las medidas cautelares alternativas.

8. LAS MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

La Convención sobre los derechos del niño, en su artículo 37, establece un principio fundamental que debe regir en la aplicación de las medidas privativas de libertad, en el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal. Se trata del principio de excepcionalidad. Específicamente, la Convención establece que los Estados partes deben velar porque la detención, el encarcelamiento o la prisión de un joven, se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Las medidas solo son aplicables si existen riesgos procesales (peligro de fuga u obstrucción de la investigación). Debe sí existir un control periódico de los fundamentos de la medida. Y es menester que exista la separación de los niños condenados de las personas adultas. Se garantiza a su vez el acceso a los derechos (salud, educación, actividades recreativas, práctica de su religión, contacto con sus familias) durante la privación de la libertad.

9. LAS SANCIONES ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Las sanciones alternativas a la privación de la libertad deben facilitar la continuidad de la educación y el desarrollo de las relaciones familiares, así como apoyar a quienes están a su cuidado y poner al alcance de los niños los recursos comunitarios.

Las medidas alternativas son menos costosas que las de privación de libertad y, a la vez, son más eficaces para lograr la inserción de los jóvenes en la sociedad y contribuir a aumentar la seguridad pública, al reducir los índices de reiteración delictiva.

Más allá de la previsión legal, en los países americanos se sigue recurriendo en mayor medida a las sanciones privativas de la libertad. Esto se explica por la falta de programas comunitarios para que los niños cumplan las medidas alternativas, en particular en las áreas rurales; por la falta de financiamiento, la falta de coordinación entre las autoridades responsables de los niños en conflicto con la ley y por los limitados mecanismos para supervisar el cumplimiento de estas medidas.

En la apertura de inicio de sesiones ordinarias del año 2019, se puso nuevamente en la agenda del Congreso la reforma de la ley penal juvenil y se dijo que la reforma tendería a que el Estado “contenga a los chicos para que no caigan en la delincuencia”.

Esto constituye un motivo principal para que organizaciones sociales, profesionales, de derechos humanos y académicas no legitimen su tratamiento.

Las organizaciones sociales, de derechos humanos y estatales, jueces y ministerios públicos difundieron numerosos documentos, con análisis técnicos, que fueron pasados por alto por la cartera de Justicia. Estas organizaciones fundamentan la oposición al proyecto afirmando que el mismo no prevé topes en las condenas, que las penas son altísimas y equiparadas a las de los adultos y, fundamentalmente, que en él se habilita la intervención punitiva respecto de los niños y niñas por debajo de los 15 años.

Es de destacar que el 48 por ciento de chicos se encuentran por debajo de la línea de pobreza, según datos del INDEC. Frente a esto, lejos de dotarse de políticas de emergencia alimentaria, sanitaria, educativa o social, se desfinancian programas y políticas dirigidas a la niñez en general. No existió consenso sobre el proyecto que el

Ejecutivo (presidido por Mauricio Macri, en su momento) presentó en el Parlamento para la modificación del régimen penal juvenil.

10. FAMILIAS VULNERABLES Y DERECHOS DEL NIÑO

Existe una clara diferencia entre el *abandono*, como forma de maltrato infantil, y otras situaciones en las que la imposibilidad de atender adecuadamente a los niños y jóvenes es una consecuencia de la situación de exclusión social de los adultos responsables.

La pobreza extrema ha dejado a muchas familias sin los recursos elementales para cuidarlos o para ampararse en redes básicas de contención. La distinción es importante a fin de evitar la llamada “penalización de la pobreza”, que se expresa en una tendencia a separar al niño o la niña de su hogar, institucionalizándolo. Aunque con esta medida se busque *protegerlos*, en realidad se los victimiza por segunda vez, privándolos del contacto con su familia. Cuando la falta de protección se origina en carencias económicas y culturales que se padecen en el hogar, es el Estado el principal responsable de la vulneración de sus derechos. Corresponde a éste, entonces, la ejecución de acciones concretas que promuevan la equidad social, protegiendo a la familia para que ella pueda atender al niño. Cabe destacar que el artículo 67 de la Ley N° 26.206, de Educación Nacional, referido a las obligaciones de los docentes, señala en el inciso e) “proteger y garantizar los derechos de los/as niños/as y adolescentes que se encuentren bajo su responsabilidad, en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 26.061”.

Asimismo, la ley 2302, en su art. 33 (con el título explícito de *desjudicialización de pobreza*) establece que “cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas, que deben brindar orientación, ayuda, apoyo, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de los niños y adolescentes”.

11. POLÍTICAS PÚBLICAS EN INFANCIA. LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO MECANISMO DE JUDICIALIZACIÓN DE LA POBREZA

Más de 70 millones de niños y niñas viven en situación de pobreza. Esto es más del 40% de la infancia latinoamericana, de la cual el 16.3% vive en extrema pobreza. La pobreza extrema es el determinante social que más influye sobre la salud y la calidad de vida de las personas a nivel global.

12. LA INFANCIA, ADOLESCENCIA Y LA JUSTICIA SOCIAL

Las cuestiones de justicia tienen que ver con las dimensiones de la distribución (económica), del reconocimiento (cultural) y de la representación (política). Todas estas dimensiones de la justicia son relevantes en relación con la infancia y en particular con la infancia en situación de pobreza. La injusta distribución de recursos está claramente presente en las carencias materiales que sufre la infancia pobre.

13. LA CIUDADANÍA SOCIAL Y LA INFANCIA

La justicia social y, con ella, la igualdad entre las/los ciudadanos, constituye un ideal político de las sociedades democráticas. Dicha igualdad no puede reducirse sólo a enunciados formales en Constituciones, normas jurídicas y documentos de política pública; por el contrario, debe materializarse en el nivel de bienestar y el ejercicio de libertades fundamentales de la población, particularmente de la población de niños y niñas, que son los más afectados por la pobreza.

14. LAS POLÍTICAS SOCIALES

Los niños y niñas de los sectores más excluidos crecen como “ciudadanos de segunda”, sin derecho a tener derechos y con una conciencia clara del lugar de subordinación que ocupan en la sociedad. La territorialización de los procesos de segregación social exige considerar procesos relacionales y estructurales difíciles de

transformar. Las propias modalidades institucionales de los sistemas de protección, de cuidado y de acceso a derechos de niños, niñas y adolescentes pueden invisibilizar procesos arraigados de exclusión institucional.

15. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN

Alessandro Baratta señala que las políticas públicas de protección de los niños, en el marco de la Convención, se distribuyen en cuatro niveles. Estos se presentan en la forma de una pirámide, cuya área disminuye cuanto más nos desplazamos desde la base hacia la cúspide. La sección más ancha está representada por las políticas sociales básicas (escuela, salud). En el segundo nivel encontramos las políticas de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto); más arriba las políticas correccionales (medidas socioeducativas de respuesta a la delincuencia juvenil) y, finalmente, las políticas institucionales que se refieren a la organización administrativa y judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños.

El principio central de la estrategia dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia es el de restablecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre éstas y las otras políticas públicas previstas en la Convención. Esto significa, en primer lugar, que las políticas sociales básicas tienen una función primaria y general y que, con respecto a éstas, todas las otras políticas deben ser subsidiarias y residuales; en segundo lugar, que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-parte de la Convención y a la comunidad internacional, respectivamente, el respeto de un estándar mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos.

16. ANÁLISIS DEL FALLO MALDONADO

Un Tribunal Oral de Menores condenó al imputado a la pena de catorce años de prisión, como autor del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad.

Contra ese fallo, el Fiscal General interpuso recurso de casación, por entender que, al atenuar la pena impuesta por medio de la aplicación de la escala penal de la tentativa, el tribunal había hecho una errónea interpretación del art. 4° de la ley 22.278.

La Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia y condenó al encausado a la pena de prisión perpetua. Dicha resolución fue apelada por la defensa oficial mediante recurso extraordinario, cuyo rechazo motivó la queja.

La recurrente cuestiona la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, por cuanto, por su gravedad, resulta violatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como así también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.

Asimismo, sostuvo que la aplicación de la pena indicada supone hacer a un lado el “interés superior del niño” y el principio de aplicación subsidiaria de la pena privativa de libertad respecto de menores.

Desde otro punto de vista, según la defensa, no es posible argumentar -como lo hace el a quo- que la posibilidad de libertad condicional garantiza su adecuación a la Constitución, en tanto los lapsos necesarios para llegar a su aplicación son demasiado prolongados como para satisfacer el mandato convencional.

La Corte Suprema revocó el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal, tras un análisis de la normativa aplicable a los niños/as y adolescentes y de la doctrina de la peligrosidad, llegando a la conclusión de que, en su condición de menor, la pena no puede serle graduada al igual que a un adulto y que, por eso, corresponde aplicar los atenuantes del caso.

Se analizó el alcance específico de la expresión "peligrosidad" contenida en el art. 41 del Código Penal. Destacaron que "no puede autorizarse que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al non bis in ídem". En efecto, consideraron que "la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia.

Asimismo, señala Lucas A. Dughetti que, si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores "bajo el inefable ropaje de la "peligrosidad", pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal".

Cuando se trata de hechos cometidos por menores, si el tribunal decide aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente.

En el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad, adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena.

El art. 4° de la ley 22.278, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de "la impresión directa recogida por el juez", constituye una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada.

La “necesidad de la pena” a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a “gravedad del hecho” o a “peligrosidad”. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1°).

El mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5°, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

A partir de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos.

Lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto no implica desconocerles *otros* derechos *propios*, que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.

Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen *además* derechos *especiales* derivados de su condición, a los que corresponden deberes *específicos* de la familia, la sociedad y el Estado.

Estos derechos especiales no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

En la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores.

De la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende, con claridad, que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para su reintegración a la sociedad.

De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de ella, respecto de ese autor en concreto.

En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona, no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho y, en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva, universalmente reconocida, como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la

apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental.

Dentro de los objetivos que guían la justicia que rige en materia de jóvenes infractores se encuentra el principio de proporcionalidad, amén de la necesidad de considerar que la privación de la libertad sólo puede ser impuesta como medida alternativa de último recurso y durante el período más breve que proceda (voto del Dr. Fayt).

El principio de benignidad, en conexión con la culpabilidad disminuida de aquella persona que ha cometido un delito siendo menor de 18 años de edad, opera en cuanto a sostener que, por regla, corresponde aplicar la escala reducida de mención. Es ésta la opción político-criminal escogida por el legislador nacional, que se corresponde con la formulación de directrices que, en el ámbito de esta justicia especializada, otorgan un margen de discrecionalidad a los “tribunales de menores” -mayor que el que tienen conforme la escala penal que rige en la justicia de adultos- a modo de velar porque se cumplan “las diversas necesidades especiales” y “la diversidad de medidas disponibles” en materia de derecho penal juvenil -confr. regla 6.1 de las Reglas de Beijing, in fine- (voto del Dr. Fayt).

Ni el art. 37, incs. “a” y “b”, de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni las demás reglas convencionales con rango constitucional -invocadas por la defensa- permiten atribuir a la voluntad del constituyente el sentido de prohibir lisa y llanamente la aplicación de la pena de prisión perpetua a menores de edad, siempre y cuando puedan contar con la posibilidad de obtener una libertad anticipada -“excarcelación”, en los términos del art. 37.a de la Convención sobre los Derechos del Niño- (voto de la Dra. Argibay).

El régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía dieciséis años y ello tampoco resulta, por sí solo, contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño (voto de la Dra. Argibay).

La Convención sobre los Derechos del Niño ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas (voto de la Dra. Argibay).

Las medidas que se adopten, incluso las pensadas para el bienestar de los niños o niñas que han sido encontradas culpables de delitos, deben guardar proporción con la infracción (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.4, in fine). En tales condiciones, el derecho interno no sólo debe prever alternativas o escalas que hagan posible ese juicio de proporcionalidad, sino que cuanto más se acerque la sanción al máximo legalmente posible, de mayor peso han de ser las razones, vinculadas con la gravedad del delito, para justificarla (voto de la Dra. Argibay).

Si bien no puede atribuirse a la Convención sobre los Derechos del Niño una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que, al momento de perpetrar el delito, eran menores de dieciocho años, sí se deriva de dicho instrumento internacional con rango constitucional una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, de la prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundadamente la suficiencia de las alternativas más leves (voto de la Dra. Argibay).

Cuando se trata de la pena de prisión perpetua, es la acusación, y, especialmente, el tribunal que la acoja, quien debe alegar y demostrar la insuficiencia de la escala de diez a quince años de prisión (arts. 4° de la ley 22.278 y 44, tercer párrafo del Código Penal) como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor, para así justificar la necesidad de aplicar la pena perpetua. Es, por ende, inconstitucional, el camino inverso de exigir a la defensa la demostración del derecho a una “reducción”, bajo apercibimiento de aplicar prisión perpetua (voto de la Dra. Argibay).

17. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL ACTO

El alto tribunal afirmó que nuestra constitución impuso, desde siempre, un derecho penal de acto, es decir un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche y rechaza todas las formas de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace y sólo en la estricta medida en que esto se le puede reprochar al autor”.

Por eso entendieron que esta incuestionada madurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional.

En ese mismo orden, los autores de la bibliografía seleccionada concluyen categóricamente que la pena aplicable a un sujeto, sea adulto o niño/a o adolescente, no puede superar la medida de su culpabilidad (principio de culpabilidad) y las normas internacionales referidas a los niños reafirman ese principio como medida de la pena y – en lo que resulta fundamental- afirman que los niños tienen una culpabilidad disminuida con relación a los adultos. Además, de su armoniosa interpretación se desprende que la aplicación de la escala de la tentativa prevista en el párrafo 2 del art. 4, de la Ley 22.278, debe ser considerada la regla. Esto es lo que exactamente determinó la CSJN por primera vez en el fallo analizado, que lo convirtió en un caso emblemático para el régimen penal juvenil argentino.

Tal es así que la CSJN, en el fallo analizado, tuvo que pronunciarse respecto del alcance normativo del segundo párrafo del artículo 4 de la Ley 22.278, explicando que la culpabilidad del menor es reducida por su condición y que los jueces deber aplicar, reglamentariamente, la reducción de la escala de la tentativa a la hora de imponer pena. Lamentablemente pasaron 25 años desde la sanción de la ley hasta que ello sucedió.

18. GARANTIAS PROCESALES PENALES

a. La normativa de la CDN.

Los artículos 40 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño refieren a las garantías procesales penales del niño y adolescente en conflicto con la ley penal.

El art. 40 de la CDN establece: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o de sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un

intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”

Mientras que el inciso d, del art. 37 de la CDN, prescribe:

“d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

b) Garantías procesales penales del niño en disposiciones internacionales.

El cambio sustancial en materia penal, desde el punto de vista de la CDN, es haber pasado de la doctrina de “situación irregular” a la doctrina de la *protección integral* de los derechos del niño. Anteriormente, se concebía al niño como objeto de tutela y, en consecuencia, no gozaba de los derechos y garantías procesales de los mayores.

Con la CDN se abre paso a una nueva corriente que significa reconocer al niño, como a cualquier ciudadano mayor de edad, todas las garantías del debido proceso. De ahí el reconocimiento de la calidad de sujeto de derechos.

Distintos instrumentos internacionales han ido perfilando el nuevo paradigma sobre la niñez en materia penal. Tres documentos merecen destacarse, en este sentido: I. las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de

Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por resolución 40/33 de la Asamblea General, el 29 de noviembre de 1985. II. las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de Riad), aprobadas por resolución 45/113, de la Asamblea General, del 2 de abril de 1991. III. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por resolución 45/112 de la Asamblea General, del 2 de abril de 1991.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado las garantías procesales del niño y del adolescente, al establecer que en los procedimientos judiciales o administrativos que involucran a niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal –esto es, las reglas sobre juez natural, competente, independiente e imparcial; doble instancia; presunción de inocencia; contradicción y audiencia y defensa-, atendiendo las particularidades que se derivan de su situación específica y que se proyectan razonablemente sobre la intervención personal en dichos procedimientos y la definición de las medidas de protección que sea indispensable adoptar (Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

c) Garantías procesales en la ley 26.061.

Si bien la ley nacional 26.061, recientemente sancionada, excluye el tratamiento del régimen penal juvenil, resulta de aplicación, aún a los procesos penales respecto de niños, lo establecido en el art. 27, que, bajo el título de “Garantías mínimas de Procedimiento. Garantía en los procedimientos judiciales o administrativos”, señala: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en la niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o

administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) a participar activamente en todo procedimiento; e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”

d) Recepción en las leyes latinoamericanas.

Las leyes del niño y del adolescente de los distintos países latinoamericanos contemplan expresamente las garantías procesales penales del niño y del adolescente en su articulado, siguiendo los lineamientos de la CDN. Por lo que, sin perjuicio del procedimiento penal de niños y adolescentes, que algunas leyes del niño incorporan, lo importante es que, al prever las garantías procesales penales, se reafirma el principio de garantía ciudadana a personas menores de 18 años de edad que se encuentren en conflicto con la ley penal.

e) Garantías procesales penales en las leyes provinciales sobre la niñez.

Las distintas leyes provinciales sobre la niñez, dictadas en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, han previsto las garantías procesales penales del niño y del adolescente en el ámbito penal, coherente con la idea de sujeto de derechos y del reconocimiento de las garantías ciudadanas.

Todo ello implica un avance respecto de las leyes de fondo, en cuanto al régimen penal de la minoridad vigente que, al tratar al niño como objeto de tutela, no se le reconocen los derechos y garantías del debido proceso.

De ahí que tales leyes han significado un avance en las respectivas jurisdicciones en materia de régimen penal de la minoridad. Veremos a continuación las distintas leyes provinciales que reconocen tales derechos y garantías.

19. GARANTÍAS PROCESALES EN GENERAL

Algunas legislaciones provinciales contemplan específicamente disposiciones bajo la denominación de garantías procesales, similar al texto del art. 40 de la CDN.

La ley 114, de la Ciudad de Buenos Aires, dice: “La Ciudad garantiza a niños, niñas y adolescentes a quienes se atribuya una conducta ilícita, los siguientes derechos: a) a ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad; b) al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se atribuye y de las garantías procesales con que cuenta. Todo ello debe ser explicado en forma suficiente, oportuna, y adecuada al nivel cultural de la niña, niño o adolescente; c) a la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto puede producir todas las pruebas que estime conveniente para su defensa; d) a la asistencia de un abogado/a especializado/a en niñez y adolescencia de su libre elección o proporcionado/a gratuitamente por el Gobierno de la Ciudad; e) a ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como judicial; f) a no ser obligado a declarar; g) a solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento; h) a que sus padres, responsables, o persona a la que la niña, niño o adolescente adhiera afectivamente, sean informados inmediatamente en casos de aprehensión, del lugar donde se encuentra, hecho que se imputa, tribunal y organismo de prevención intervinientes; i) a que toda actuación referida a la aprehensión de niños, niñas y adolescentes, así como los hechos que se imputen sean estrictamente confidenciales; j) a comunicarse en caso de privación de libertad, en un plazo no mayor de una hora, por vía telefónica o a través de cualquier otro medio, con su grupo familiar responsable, o persona a la que adhiera afectivamente.” (art. 11).

La ley 521, de Tierra del Fuego, bajo el título de “garantías procesales penales”, en su art. 32, dice: “El Estado provincial garantizará a todos los niños, niñas y adolescentes a quienes se atribuya haber infringido las leyes penales, los principios y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado argentino, la Constitución de la Provincia, el Código Procesal Penal de la Provincia y en especial: a) A ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad; b) al preciso y formal conocimiento del acto infractor que se atribuye y de las garantías procesales con que cuenta. Todo ello debe ser explicado en forma suficiente, oportuna y adecuada al nivel cultural del niño, niña y adolescente; c) a la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto puede producir todas las pruebas que estime convenientes para su defensa; d) a la asistencia técnica de un abogado/a especializado/a, desde el inicio de

las actuaciones y durante todo el trámite del proceso, lo que será proporcionada gratuitamente por el Estado provincial, en caso de no optar por un profesional de la matrícula; e) a ser escuchado personalmente por las autoridades competentes en cualquier etapa del procedimiento; f) a no ser obligado a declarar; g) a solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión o detención y en cualquier etapa del procedimiento; h) a que sus padres, responsables o personas con quien tenga trato afectivo sean informadas de inmediato en caso de aprehensión o detención, del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa y tribunal y fiscalía que interviene; i) a que toda decisión que afecte a sus intereses y especialmente aquella que implique alguna forma de restricción de derechos sea revisable por una autoridad superior; y j) a que la privación de la libertad sea la última ratio, determinada y por el tiempo más breve que proceda.”

La ley 3820, de Misiones, contempla en el art. 31 las garantías procesales del niño y del adolescentes, en los siguientes términos: “El Estado garantiza a los niños, niñas y adolescentes en todo proceso legal, los principios y garantías procesales reconocidos a las personas adultas y los inherentes a la protección complementaria de la que son sujetos titulares, en especial: a) a ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad; b) al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta. Todo ello debe ser explicado en forma suficiente, oportuna y adecuada al nivel cultural del niño, niña y adolescente; c) a la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto puede producir toda la prueba que resulte conducente para su defensa; d) a la asistencia técnica letrada especializada para la defensa de sus derechos, independientemente de la representación promiscua del artículo 59 del Código Civil; e) a tener participación activa en el proceso y a ser oído personalmente por las autoridades competentes administrativas y judiciales; f) a negarse a declarar, sin que ello implique presunción en su contra; g) a solicitar la presencia inmediata de los padres o responsables a partir de su aprehensión o detención y en cualquier etapa del procedimiento; h) a que sus padres, responsables o personas con quien el niño, niña y adolescente tenga trato afectivo, sean informados de inmediato y en un plazo máximo de una hora, en caso de aprehensión o detención, del

lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, tribunal y organismo de prevención intervinientes; i) a preservar su intimidad.”

La ley 5288, de Jujuy, prevé las garantías procesales penales del niño y del adolescente en su art. 23. Según el mismo: “El Estado Provincial garantizará al niño y al adolescente el debido proceso penal respetando los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y Provincial, en los Tratados Internacionales y en las leyes nacionales y provinciales. A estos fines, y sin que la enunciación siguiente pueda ser interpretada como limitativa de los derechos y garantías de los niños y adolescentes en relación con el proceso penal, el Estado Provincial garantizará a los mismos el ejercicio de los siguientes derechos: a) A ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad. b) Al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta. c) A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas que estimare convenientes para su defensa. d) A la asistencia de un asesor letrado a su elección o proporcionado en forma gratuita por el Estado Provincial. e) A ser oído personalmente por la autoridad competente. f) A solicitar la presencia de sus padres o del responsable a partir de su detención y en cualquier etapa del proceso. g) A que sus padres, tutor o guardadores sean informados, en el momento de su imputación y en caso de aprehensión, del lugar donde se encuentra, hecho que se imputa, Juzgado y organismo policial interviniente. h) A no declarar en contra de sí mismo. i) A que toda actuación referida a su aprehensión y/o detención y los hechos que se imputaren sean estrictamente confidenciales.”

La ley 7338, De San Juan, en el art. 209, bajo el nombre de Garantías Básicas, prescribe: “El Estado garantizará a los niños en el proceso penal los siguientes derechos y garantías: a) a ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su responsabilidad; b) al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta; c) a la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas pertinentes a su defensa; d) a la asistencia técnica de un defensor letrado a su elección o proporcionado gratuitamente por el Estado; e) a ser oído personalmente por la autoridad competente; f) a contar con la presencia de sus padres o de sus responsables a partir inmediatamente de su aprehensión y en todas las

fases del procedimiento; g) a que sus padres, tutores o guardadores sean informados inmediatamente en caso de aprehensión respecto del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, Juzgado y organismo policial intervinientes; h) a abstenerse de declarar; i) a que toda actuación relativa a su aprehensión y los hechos que se le imputaren, sean estrictamente confidenciales; j) a apelar a una instancia superior.”

La ley 7039, de Salta, en su art. 26, prescribe que el Estado garantizará al niño y al adolescente, a partir de su detención y en todo proceso, los siguientes derechos y garantías: a) a ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad; b) al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta; c) a contar, en forma inmediata, con la presencia de sus padres, o del responsable a partir de su aprehensión y en cualquier fase del procedimiento; d) a que sus padres, tutores, guardadores sean informados en el momento de su imputación y en el caso de aprehensión inmediatamente, del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, juzgado y organismo oficial interviniente; e) a un examen psicofísico, inmediatamente posterior a su detención; f) a la asistencia de un defensor letrado de la matrícula designado por sus padres, tutores, curadores o guardador o un defensor oficial proporcionado gratuitamente por el Estado; g) a ser oído personalmente por la autoridad competente y a no declarar contra sí mismo; h) a la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas que estimare conveniente a su defensa; i) a que toda actuación referida a su aprehensión y/o detención y los hechos que se imputaren sean de carácter reservado.

La ley 7590, de La Rioja, bajo el título de garantías procesales (art. 27), determina: “Queda garantizado a los niños/as y adolescentes a quienes se atribuya una conducta ilícita los siguientes derechos: a) ser considerados inocentes hasta que se demuestre lo contrario. b) Al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta. Todo ello debe ser explicado en forma suficiente, oportuna y adecuada al nivel cultural del niño/a o adolescente. c) A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto puede producir todas las pruebas que estime convenientes para su defensa. d) A la asistencia de un defensor libremente elegido o de un defensor de menores gratuitamente proporcionado por la Provincia. e) A ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como en la judicial. f) A no ser obligado a declarar. g) A solicitar la

presencia de los padres o responsables a partir de su aprensión y en cualquier etapa del proceso y a que éstos tengan conocimiento inmediato del lugar donde se encuentran, hecho que se les imputa, tribunal y organismo intervinientes. h) A que toda actuación referida a niños/as y adolescentes sea estrictamente confidencial.”

La ley 4109, de Río Negro, en su art. 62 enumera en forma extensa los derechos y garantías procesales del niño cuando el mismo es imputado de un delito.

Bajo la denominación de “Derechos fundamentales en el proceso”, **la ley 2302, de Neuquén**, en su art. 62, establece: “Todo niño tiene derecho a ser tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad, y a gozar de todos los derechos y garantías previstas en la Constitución Nacional y en las normas contenidas en la presente ley. En especial y, entre otros, tendrá los siguientes derechos y garantías: 1. A ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial con competencia específica, formación especializada en la materia, independiente e imparcial. 2. A no ser juzgado sino por acciones u omisiones descriptas, como delito o contravención, en una ley anterior al hecho del proceso, que permita su conocimiento y comprensión como tales. 3. A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad a través de una sentencia firme de condena, debiendo ser tratado como tal durante el proceso. 4. A no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni constreñido a participar activamente en actos de contenido probatorio. 5. A ser informado por la autoridad judicial, desde el comienzo del proceso y sin demora, directamente o a través de sus padres o representantes legales, de los hechos que se atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra. 6. A nombrar abogado defensor, por sí mismo o a través de sus representantes legales, desde la existencia de una imputación en su contra, con independencia de que se haya o no dado formal iniciación al proceso. Si no se hiciera uso de ese derecho, será su defensor el defensor oficial con competencia penal en la materia, haya sido o no designado y con independencia de que se le haya dado o no participación en el proceso. Sin perjuicio de ello, al defensor que corresponda debe acordársele formal intervención a partir de la imputación. El defensor deberá asistirlo durante todo el proceso y especialmente antes de la realización de cualquier acto en el que intervenga. La defensa del niño y

adolescente es irrenunciable y debe prestarse en forma real y efectiva. 7. A no declarar durante todo el proceso y a no ser llamado a tal fin por ninguna autoridad, pudiendo ser oído personalmente sólo por el juez interviniente y únicamente en caso de ser expresamente solicitado por el niño o adolescente. También tendrá derecho a presentar su descargo por escrito. El niño y adolescente podrá prestar declaración, verbal o escrita, en cualquier instante del proceso, debiendo ser ella recibida, bajo pena de nulidad, previa asistencia técnica. La autoridad policial no podrá recibir declaración al niño y adolescente en ningún caso. 8. A la igualdad procesal de las partes, pudiendo producir todas las pruebas que considere necesarias para su defensa. 9. A no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación, debiéndose respetar su vida privada en todas las etapas del procedimiento. 10. A que su situación frente a la atribución delictiva que se le formule sea decidida sin demora, en una audiencia oral y contradictoria, basada en una acusación, con plenas garantías de igualdad y de defensa.”

20. PROCEDIMIENTO PENAL

Algunas leyes de la niñez establecen el procedimiento penal del niño y del adolescente.

La ley 2302, de Neuquén, legisla extensa y específicamente la temática en el título III, denominado “De la Justicia Penal, de la Niñez y la Adolescencia” (arts. 53 a 100). Se contempla el procedimiento penal en relación a los adolescentes imputables (arts. 61 a 92). El art. 63 dice: “Queda prohibida la divulgación de cualquier dato referente a la identificación de niños o adolescentes imputados o víctimas de delitos, abarcando, en particular, las fotografías, referencias al nombre, sobrenombre, filiación, parentesco o cualquier otro dato que posibilite la identificación. Tanto al detener a un niño o adolescente, como al hacer averiguaciones respecto de los hechos imputados a éstos o cometidos en su perjuicio los funcionarios que intervengan deberán guardar absoluta reserva, evitando el conocimiento público y cualquier clase de publicidad,

debiendo poner el mayor celo en la privacidad del niño o adolescente. En todo momento deberá respetarse su identidad y la imagen del menor.”

En relación a las defensas del niño, se establece en el art. 69: “El niño tiene derecho a la identificación de los responsables de su detención, debiendo ser informados por éstos acerca de la totalidad de sus derechos y, en particular, de la prohibición de recibir su declaración por parte de toda autoridad distinta a la judicial que corresponda y a su derecho a no declarar ante el juez competente y ser oído personalmente por éste. Asimismo, se le hará saber, en forma clara y sencilla, la naturaleza del delito que se le atribuye y las pruebas que obren en su contra. La detención también será comunicada inmediatamente a su familia y a la persona por él indicada. Será deber de la autoridad que lo detiene permitir que el niño o adolescente se comunique telefónicamente (o del modo que sea posible), en forma inmediata, con la persona que él disponga.”

De los niños y adolescentes inimputables, se ocupa el capítulo V (arts. 93 a 95). El primero de los artículos señalados dice: “Comprobada la existencia de un hecho calificado por ley como delito, y presumida la intervención de un niño o adolescente inimputable, el fiscal determinará el grado de participación del éste y coleccionará a tales fines la prueba que considere pertinente y los informes de evaluación del equipo técnico interdisciplinario. Reunido dicho material, y en un plazo que no exceda de (1) mes, a contar de la individualización del niño o adolescente, el fiscal elevará las actuaciones al juez penal de Garantías del Niño y Adolescente, expidiéndose respecto de la existencia del hecho, calificación legal e intervención que le cupo en el mismo. En aquellas causas en las que se encuentren involucradas punibles e inimputables, el plazo previsto en el párrafo anterior no excederá a los dos (2) meses acordados a la instrucción preparatoria.”

En cuanto al derecho de los niños inimputables, el art. 94 prescribe: “El niño o adolescente inimputable gozará del derecho a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o adulto responsable y el asesoramiento o asistencia técnica del defensor penal del niño o adolescente oficial o de confianza.”

La ley 4347, de Chubut, dedica ampliamente el tema en el título III “De la Justicia Penal y Contravencional” (arts. 144 a 196).

El art. 149 señala: “El niño o adolescente deberá ser informado sin demora de las causas de su detención y de sus derechos y garantías, en especial, del derecho a una defensa técnica desde el primer acto de la persecución penal, bajo pena de nulidad de todo lo actuado a su respecto. El incumplimiento de esta obligación hará pasible al responsable de las sanciones que correspondieren.”

En relación a los menores imputables el capítulo III, prevé el procedimiento penal (arts. 152 a 178).

Sobre los niños y adolescentes inimputables se ocupa el capítulo V (arts. 184 a 189). Se establece que: “Comprobada la existencia de un hecho calificado por ley como delito y presumida la intervención de un niño o adolescente inimputable, el procurador fiscal determinará el grado de participación de éste y coleccionará a tales fines la prueba que considere pertinente y los informes de evaluación del Equipo Técnico Interdisciplinario. Reunido dicho material y en un plazo que no exceda de un mes, a contar de la individualización del niño o adolescente, el procurador fiscal deberá elevar las actuaciones ante el juez Penal y Contravencional de Niños y Adolescentes, expidiéndose respecto de la existencia del hecho, calificación legal, intervención que le cupo en el mismo y si corresponde o no aplicar medidas de protección. En aquellas causas en las que se encuentre involucradas personas punibles e inimputables, el plazo previsto en el párrafo anterior se extenderá a los dos meses acordados a la instrucción preparatoria.” (art. 184).

Además: “El niño o adolescente inimputable gozará del derecho a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o adulto responsable y el asesoramiento y asistencia de un defensor técnico oficial o de confianza.” (art. 185).

La ley 6354, de Mendoza, también trata específicamente la temática en cuestión, bajo la denominación “De la justicia en lo penal de menores” (arts. 109 a 197). El título IV, denominado proceso judicial (arts. 134 a 169), legisla sobre los menores que son punibles.

Se ocupa extensamente del tema la **ley 3820**, de Misiones, en el título III, denominado “Justicia penal de niños, niñas y adolescentes” (arts. 89 a 123).

El capítulo tercero legisla sobre el procedimiento penal (arts. 97 a 106).

En relación a los niños, niñas y adolescentes inimputables, se encuentra tratado en el capítulo séptimo (arts. 119 a 123).

Precisamente en cuanto a niños inimputables, el art. 119 dice: “Comprobada la existencia de un hecho calificada por ley como delito y presumida la intervención de un niño o niña o adolescente inimputable, el agente fiscal elevará las actuaciones al juez penal de garantías de niños, niñas y adolescentes, expidiéndose sobre la existencia del hecho, calificación legal e intervención que le cupo en el mismo.”

Asimismo, el art. 120 señala: “El niño, niña o adolescente inimputable gozará de todas las garantías establecidas en el artículo 31 de esta ley.” Es decir, las garantías procesales penales del niño y del adolescente.

La ley 7039, de Salta, señala que en la justicia penal de menores deberán observarse los siguientes principios: oficiosidad, oralidad, información sin restricciones, asistencia jurídica, brevedad, celeridad, reformabilidad de las decisiones y revisabilidad de los actos judiciales (art. 22)

Se establece que los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oído en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que los afecte y el respeto y dignidad que se les debe como personas en desarrollo. Su opinión deberá tenerse en cuenta a los efectos de la decisión, atendiendo a su edad y a la comprensión que tenga de la naturaleza del acto (art. 25).

En relación a la privacidad de las actuaciones, se establece: “Prohíbese la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho (18) años de edad incurso en hechos que la ley califica como delitos o contravenciones, o que sean víctimas de ellos, o que se encuentre en estado de abandono o en peligro moral o material, o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor, o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado. Exclúyanse de dicha prohibición las informaciones que emitan los órganos judiciales competentes.” (art. 28).

La ley 13.298, de la Provincia de Buenos Aires, en el capítulo IV, dedica disposiciones sobre el procedimiento penal. Se establece que en el procedimiento penal acusatorio el niño gozará de todas las garantías del debido proceso (art. 54).

La ley 7338, De San Juan, se ocupa del Procedimiento, entre los arts. 210 y 252.

21. LEY 2302 DE NEUQUEN

La ley 2302 fue la quinta ley provincial argentina dirigida a adecuar el derecho interno provincial a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En este sentido, Neuquén aprovechó la experiencia de Mendoza, Chubut, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Salta, que la habían precedido en este complejo proceso; y, de manera inteligente y creativa, aprobó una ley e implementó una excelente constitucionalidad en materia de infancia.

Como bien se señala en el libro **“Ley 2302, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescente. El problema de la edad de punibilidad”**, de Gustavo Vitale y Nara Osés, la implementación de la ley ha de ser analizada en dos ámbitos: el de los programas pertenecientes al Poder Ejecutivo y el de la nueva organización del Poder Judicial.

La ley solo enumeró los organismos judiciales a crear y quedó un vacío respecto de cuáles serían los programas mínimos a llevar adelante por el poder administrador para lograr la efectiva implementación de la ley; pero, teniendo en cuenta los objetivos de internación excepcional de niños y adolescentes, se puede inferir que los programas indispensables son aquellos de fortalecimiento familiar y de prevención y tratamiento de la violencia familiar, de las adicciones y (en la capital) el programa de prevención y asistencia de niños en la calle.

En la actualidad, se realizan coordinaciones entre el poder administrador y el Poder Judicial, a los fines de trabajar en la atención descentralizada, participación en redes intersectoriales y participación en reuniones o coordinaciones intersectoriales con los organismos que abordan las situaciones.

En relación a la participación en redes, se entiende que la misma posibilita desarrollar vínculos institucionales de trabajo y una comunicación más efectiva para el abordaje de situaciones, centralmente en lo relativo a las acciones de prevención y promoción de derechos.

Asimismo, se desarrollan reuniones y coordinaciones intersectoriales e interdisciplinarias, a los fines de fortalecer espacios de encuentros que permitan desarrollar la co-responsabilidad institucional y evitar las multi-intervenciones.

Considero que, acertadamente, Nara Osés y Gustavo Vitale se adelantaban a un problema que sigue existiendo en la actualidad, que es la diferencia de recursos humanos en la capital de la provincia y el interior de la misma; ellos ya señalaban que “Los nuevos organismos judiciales y los programas de protección de derechos que se van gestando tienen una gran especialización en la ciudad de Neuquén, pero difieren en su cantidad de recursos humanos en el interior de la provincia; punto que provoca un reclamo justo desde el resto de la circunscripciones judiciales, ya que implementar esta ley (y aplicarla) demanda cambios de procedimientos y de visiones de las prácticas: abandonar la aproximación caritativa a ciertos niños para generar la visión de adultos deudores de derechos de niños, de todos ellos”.

22. SISTEMA INSTITUCIONAL DE GESTIÓN DE CONFLICTOS.

Esta arista de fortalecer los vínculos institucionales de trabajo y una comunicación más efectiva para el abordaje de situaciones, planteados por Gustavo Vitale y Nara Osés, se relaciona estrechamente con un concepto que hemos trabajado con el Dr. Alberto Binder en relación a que “El enemigo más grande es la idea de trámite”. De allí el mantra “Chau trámite, hola conflicto”.

Por ello, el desafío es explicar todo el derecho penal prescindiendo del análisis secuencial. La antinomia fundamental “eficacia-garantía” va ser la idea para organizar el sistema. Asimismo, el concepto inicial que tiene que tomar la política criminal es la idea de conflicto. Los distintos niveles de intervención en el sistema de gestión de conflictos nos ayudarán en esta tarea, pacificándolos, relocalizando los conflictos en un nivel de intervención donde no se use la violencia.

Alberto Binder señala que hay cinco niveles de intervención, que es el conjunto de herramientas que tiene la sociedad para resolver el conflicto. Este es el desarrollo de un conjunto de herramientas para evitar la venganza.

El Estado desarrolla herramientas, niveles de intervención que se denomina **“Sistema Institucional de gestión de conflictos.”**

Sus niveles de intervención son cinco:

1) 1er. Nivel. Articulación con Instituciones Sociales. Estas son prácticas consolidadas que gestionan la conflictividad. Ejemplo; La familia es una institución social que gestiona conflictos. No siempre puede solucionar todos. Por eso están las instituciones como la Iglesia, los barrios, etc.

En este nivel de intervención se trata de solucionar la conflictividad. Y a este nivel es al que se refieren Gustavo Vitale y Nara Osés.

De igual forma, este nivel puede relacionarse con el Texto de Robert Park: “La Organización de la comunidad y la delincuencia juvenil”, en el cual señala a la familia como una persona colectiva. También el autor dice que después de la persona del individuo, la familia es el ambiente más íntimo en el cual la persona reacciona. La familia, incluso en las condiciones de vida más antiguas y sencillas, es una especie de persona colectiva más amplia. Asimismo, el autor escribe sobre la comunidad, señalando que la comunidad es el nombre que atribuimos a este ambiente social más vasto y comprensivo puesto fuera de nosotros, de nuestra familia y de nuestro vecindario inmediato, en el cual el individuo conduce no solo su existencia en cuanto individuo, sino también en cuanto persona.

2) 2do. Nivel. Mensajes Sociales. Principios de referencia. Ser buen vecino, los pactos se cumplen, las escuelas educan. Son mensajes culturales, no mientas.

La Justicia a lo largo de la historia ha dado un montón de mensajes sociales. Movimientos feministas tratan de mandar mensajes graves, contundentes.

Hay un mecanismo que es la construcción de los mensajes sociales. La burocratización y el ocultamiento de la justicia, el jurado vuelve a poner en el centro de la escena cómo se vive dentro de la sociedad.

3er. NIVEL. Ámbitos de conciliación. Las personas pierden la capacidad de solucionar sus conflictos. Están los Jueces de paz, etc.

4to. NIVEL. Instituciones de Adjudicación. Oficinas administrativas donde vas con tu conflicto, a institucionalizar tu conflicto y siempre hay una autoridad que dice quien tienen razón. Formas pacificadoras.

5to. NIVEL. El Estado interviene con violencia. Instrumento, la cárcel. Pueden encerrarte de por vida.

El sistema Institucional de Gestión de conflictos tiene todos estos niveles. Va aumentando y en el 5to. se interviene con violencia.

Esto me permite construir una identificación de la política criminal. La política criminal es el conjunto de actividades que organizan la utilización de los elementos violentos del estado.

Esto nos permite interconectar el concepto de niveles de gestión del conflicto con lo desarrollado, en el libro citado, por Gustavo Vitale y Nara Osés, quienes claramente focalizan la intervención de coordinaciones entre el Poder Administrador y el Poder Judicial, a los fines de trabajar en la atención descentralizada, participación en redes intersectoriales y participación en reuniones o coordinaciones intersectoriales con los organismos que abordan las situaciones; esto es el primer nivel de intervención desarrollado por Alberto Binder.

23. PRINCIPIO PRO HOMINE EN LA LEY 2302

Para el caso de conflicto entre cualquier norma aplicable a niños o adolescentes imputados de delito o contravención, el artículo 91 de la ley establece que “será de aplicación la que más favorezca los derechos del niño o adolescente”.

Éste es el principio pro homine, contenido en el artículo 29, b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual ninguna norma de dicha

Convención puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

En forma análoga, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado... para... realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidas en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él (5.1), añadiendo que “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones o reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

De modo semejante, el artículo 9 de las Reglas de la Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (que son parte integrante de la ley 2302) establece que “ninguna de las disposiciones contenidas en las presentes reglas deberá interpretarse de manera que excluya la aplicación de los instrumentos y normas pertinentes de las Naciones Unidas y de los referentes a los derechos humanos, reconocidos por la comunidad internacional, que velen mejor por los derechos... de todos los jóvenes”.

Este principio de interpretación de la ley resulta relevante para cubrir lagunas en caso de conflicto de normas, sobre todo cuando se integran al texto de la ley neuquina, además de la Convención, una serie de reglas internacionales (conf. Art. 90).

24. LA EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

Un tema de profundo y permanente debate en el país es el de la edad mínima de responsabilidad penal juvenil, es decir, a partir de qué edad los jóvenes quedan sujetos a la justicia penal juvenil.

Se considera que los niños y las niñas que infringen la ley penal y que se encuentran por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal juvenil, deben quedar por fuera de la justicia juvenil y recibir exclusivamente un tratamiento socioeducativo. En particular, se precisa que pueden adoptarse medidas especiales excepcionales, reguladas, idóneas, necesarias y proporcionales, que no constituyan en ningún caso una privación de la libertad.

Ahora bien, analicemos la normativa legal.

La ley 22.278 establece:

Artículo 1º. No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la nación establece, en su artículo 126, lo siguiente:

“Son menores las personas que no hubieran cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años”.

Resulta que nos ponemos a debatir bajar la edad de punibilidad, cuando lo más acertado sería debatir acerca de subirla a los 18 años de edad. Parece que lo más oportuno sería pensarnos como sociedad, y repensar nuestras prácticas sociales y, en vez de querer encarcelar a los adolescentes, que atraviesan un ciclo vital de suma importancia, deberíamos pensar en acompañarlos en esos procesos. Incluso si una

persona debe esperar para tomar decisiones en la vida civil hasta los 18 años de edad, o aplicarse el principio de autonomía progresiva, con mucha más razón no debería responder penalmente hasta esa edad, sobre todo teniendo en cuenta la gravedad de la sanción penal, razón por la cual la intervención penal debe ser siempre de “ultima ratio”.

Esto me hace analizar otra faceta que ocurre en el rol de la Defensoría del Niño/a y Adolescente; muchas veces llega un caso en donde un niño o niña es víctima de abuso sexual de parte de otro niño/a, supongamos mayor de 16 años y menor de 18 años. En estos casos se abre un caso extrajudicial, conforme lo establece el art. 49 de la Ley 2302, así como también un EQ, con el legajo correspondiente a la acusación penal. En estos casos deben intervenir dos defensorías diferentes, porque una de ellas será quien acuse junto al Ministerio Público Fiscal al adolescente imputado. En los supuestos en que ocurriera lo mismo, pero ambos fueran menores de 16 años, se intervendría en el primer nivel de gestión de conflictos antes explicado por el Dr. Binder; interviene una sola defensoría con su equipo interdisciplinario en coordinación con redes institucionales del poder ejecutivo, a los fines de un abordaje integral de protección de derechos de ambos niños/as. ¿Por qué me parece importante destacar esta arista que sucede? Por lo menos en la provincia de Neuquén, como dije anteriormente, discutimos de manera superficial y bajo la concepción de la resolución del quinto nivel de intervención, esto es abrir las puertas de la cárcel, y debatimos en los medios de comunicación y en la legislatura nacional si bajamos la edad de punibilidad, como si esa fuera la solución, pero nunca se nos ocurre subir la edad de punibilidad a los 18 años, edad que un adolescente es considerado por la ley civil como mayor de edad.

A continuación, me referiré a las intervenciones penales derivadas del art. 65 y art. 66 del Código Procesal Neuquino, explicando cómo se van desarrollando los niveles de intervención penal explicados en clase por el Profesor Alberto Binder, aplicado a estos artículos y la práctica judicial que se configura en la provincia de Neuquén.

“Artículo 65. Querellante en los delitos contra la integridad sexual. En todo proceso seguido por delitos contra la integridad sexual en el que sea víctima un niño, niña o adolescente, desde el primer momento de la investigación se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, en representación de los intereses de la víctima menor de edad, en carácter de querellante. Dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente se presente en el carácter de querellante particular”.

“Artículo 66. Acusación única. Unidad de representación. Cuando los acusadores fueran varios e invocaren identidad de intereses entre ellos, actuarán bajo una sola representación, la que se ordenará a pedido de parte si ellos no se pusieren de acuerdo, en el plazo que se les fije. En aquellos casos en que la víctima se haya constituido como querellante, el juez -sea a petición de parte con antelación, o a más tardar en la audiencia prevista en el artículo 166- convocará a las partes a efectos de resolver las controversias que pudieren existir entre el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, sobre los discursos fácticos, jurídicos y estrategias probatorias. El imputado -siempre y en todos los casos- tendrá derecho a que se le enrostre una única acusación, debiéndose respetar estrictamente el principio de congruencia procesal, tanto en los aspectos fácticos, cuando normativos. Si fuera indispensable para ello, el juez interviniente tomará en cuenta la prevalencia de los intereses particulares o sociales generales según el caso, y ordenará la constitución de un litisconsorcio necesario. Y en caso de que no hubiese consenso en cuanto a la calificación y a las estrategias acusadoras, resolverá en forma definitiva la incidencia”.

Cabe destacar que la intervención de la Defensoría del NNyA como querrela institucional es una herramienta de Política criminal. Se toma la decisión de que sea este organismo quien ejerza la tutela efectiva de niños, niñas y adolescentes, víctimas de abuso sexual infantil.

Los distintos niveles de intervención estatal funcionan de la siguiente manera:

El primer nivel, que es el establecimiento de coordinación con Instituciones Sociales, se produce mediante la prevención del abuso sexual, la cual puede darse en las escuelas, en clubes sociales y en la familia.

En la actualidad, y en todo el país, está vigente y es de aplicación la Ley de Educación Sexual (ESI), donde se trabaja la prevención de este delito. Asimismo, en la familia se habla de los cuidados para evitar ser víctima.

El **segundo nivel**, que es el establecimiento de modelos de referencia, puede verse cuando, por ejemplo, había en Neuquén una propaganda que decía “contalo, contalo”. Un mensaje claro acerca del derecho que tienen NNyA, de contar lo que les está sucediendo y si están siendo víctimas de ASI.

El **tercer nivel**, que es la construcción de ámbitos de conciliación, se produce en la misma Defensoría del NNyA, cuando comienza a intervenir el equipo interdisciplinario, donde brindan apoyo y asesoramiento al área jurídica y se trabaja con la familia de modo extrajudicial, a través de la Ley 2302, en aquellos casos donde interviene en la función de querellante por denuncias de ASI, que ya tramitan en la Fiscalía.

Luego hay un **cuarto nivel**, es el de generación de redes institucionales; en esta etapa se hacen intervenciones psicosociales, con el fin de la protección y bienestar de los niños/as y adolescentes en coordinación con otros organismos como salud, educación, ONG.

El **quinto nivel** es la utilización de la violencia, que es el ámbito de la política criminal. Es el segmento de la política de gestión de conflictos, que organiza el uso de los instrumentos violentos del estado.

Este quinto nivel también se utiliza cuando el adolescente es mayor de 16 años y menor de 18, si es acusado por el delito de abuso sexual y, como expliqué anteriormente, en estos casos son dos defensorías las que asumen distintos roles.

En esta etapa se realiza la Cámara Gesell, con el testimonio del niño/a o adolescente, y se produce la audiencia de control de acusación pertinente, para que se efectúe el juicio y, en su caso, se abran las puertas de la cárcel.

25. DERECHOS HUMANOS Y NIVELES DE INTERVENCIÓN

El **primer nivel de equilibrio** surge del bloque constitucional y tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Este delito tiene bases en la Convención de los Derechos del Niño, en el art. 19 y en el art. 34. El art. 19 específicamente habla de la obligación de los Estados de generar políticas activas para evitar todo tipo de maltrato y violencia y, entre ellas, incluye el abuso sexual. De igual forma, el art. 34 establece el compromiso de los Estados de proteger al niño de todas formas de explotación y abuso sexual. De la misma manera, las reglas de Brasilia también específicamente establecen que el niño es vulnerable y, por otro lado, el niño es víctima del delito, y una de las políticas que tiene el Estado es justamente tipificar ciertas conductas que tiene el abuso sexual como delito.

En el **segundo nivel de equilibrio** se apoyan lo que dicen los códigos y normas y dan claridad al asunto. También el análisis de la jurisprudencia.

Haciendo un análisis de las normas, la Ley 25.087 modificó en su momento el Código Penal, cuando estos delitos eran caracterizados o concebidos como delitos contra la honestidad; el bien jurídico que debían afectar esos delitos era la honestidad, porque había una idea de sexualidad distinta a la que tenemos hoy, en la cual, sobre todo hacia las mujeres, se hablaba de una moral sexual. Esto se modificó y ahora el bien jurídico de necesaria afectación es la “integridad sexual”, que tiene que ver con la libertad sexual (con la posibilidad de decidir con quién tener contacto sexual y con quien no; es decir con la decisión sobre el propio cuerpo).

Los tipos más comunes de abuso sexual son:

- 1) Abuso sexual simple.
- 2) Abuso sexual gravemente ultrajante.
- 3) Abuso sexual con acceso carnal.

Estos tipos penales tipifican el contacto sexual.

En el caso del abuso sexual simple, la víctima no ha podido prestar de ninguna forma el consentimiento, porque hay una intimidación, hay violencia o la víctima es menor de trece años de edad. En este último caso la ley hace una presunción iuris et de iure de falta de consentimiento o de falta de capacidad para consentir; ello significa que

la persona menor de trece años no puede consentir válidamente un encuentro sexual; entonces siempre se tipifica como mínimo abuso sexual simple.

El abuso sexual gravemente ultrajante tiene un plus, que tiene que ver, por un lado, con las características de la acción, que hacen de ella un atentado a la dignidad de la víctima; por otro lado, toma en cuenta también el transcurso del tiempo; por eso la ley manda a considerar la duración de los abusos.

Por último, analizamos el abuso sexual con acceso carnal, que es el tipo más grave.

Luego están las circunstancias agravantes; las más comunes tienen que ver con la relación de parentesco; estas son características de familiaridad que tiene el abuso sexual infantil, porque justamente los abusadores son muchas veces integrantes de la familia; también se agrava la pena por el aprovechamiento de la convivencia preexistente, que se aplica generalmente a este tipo de casos.

26. DOBLE PROTECCIÓN JURÍDICA EN LOS CASOS DE ASI

El niño, además de ser tal, es víctima, por lo cual se establece una doble protección jurídica.

En el fallo Maldonado, la Corte Suprema establece una idea de plus, que tienen los niños en relación a los adultos.

Asimismo, está contemplado en las reglas de Brasilia, específicamente cuando se señala que es función del Estado respetar esta situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños. Asimismo, se toma en cuenta la “revictimización”, que también es muy importante, porque el abuso sexual es un hecho que daña, física y psicológicamente.

Nuestro Código Procesal Penal establece, como lo escribí en párrafos anteriores, en su art. 65, la figura del Querellante Institucional, representado por la Defensoría del Niño, en los casos de delitos contra la integridad sexual.

Analicemos el **Tercer nivel** de intervención: **Equilibrio**.

En el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, en vigencia desde el 14/01/2014, se mantiene la intervención del Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente en los delitos contra la integridad sexual, como querellante (art. 65). La norma dispone que se le dará intervención desde el primer momento de la investigación y que la misma perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño o adolescente se presente en el carácter de querellante particular.

Sin duda, la previsión expresa de la ley en la provincia de Neuquén implica el reconocimiento del rol que la defensa del niño debe ejercer en los procesos penales en que éste sea víctima y que, de hecho, se ejerce con especial atención.

27. CONSECUENCIAS DE LA EDAD DE PUNIBILIDAD EN EL ROL DE LA DEFENSORIA DEL NIÑO/A Y ADOLESCENTE EN LA PROVINCIA DE NEUQUÉN

Resulta importante destacar que la edad de punibilidad trae aparejado en el rol del Defensor/a de los derechos del Niño/a y adolescente múltiples consecuencias, porque ese niño o niña de 16 años, acusado de abuso sexual, carga con una historia familiar y una vulneración de derechos que debe ser abordada. Ese adolescente en la mayoría de los casos proviene de una familia pobre y con derechos vulnerados, pero nosotros, como sociedad, en vez de primar por la gestión de conflictos en el primer nivel, nos salteamos los primeros cuatro niveles y vamos directo al quinto.

Esta hipótesis que planteo de subir la edad de punibilidad, además de los argumentos esgrimidos con relación a la interconexión con el derecho civil, también tienen bases en la perspectiva o posición abolicionista de los años 80 en el debate de la criminología crítica.

Me refiero a los aportes realizados por Neil Christie, en sus elaboraciones teóricas, como es el caso de “los conflictos como pertenencia”.

En este sentido, los intelectuales abolicionistas son claros herederos de la tradición del enfoque del etiquetamiento: piensan al delito como una construcción social, que se construye en primer lugar y antes que nada a través del lenguaje y en la vida cotidiana, al definir determinadas conductas como delito, en términos generales y, luego, aplicar esa definición a casos particulares y a individuos particulares, calificándolos como delictivos.

Ese rescate de una perspectiva constructivista es muy fuerte en todos los intelectuales abolicionistas y se ve, claramente, en ese artículo del año 1977, llamado “los conflictos como pertenencia”.

Allí lo que hay es un ejercicio por de-construir el concepto de delito. Se pretende revelar que aquello que se llama delito en las sociedades contemporáneas es el fruto de una definición y que la elección de la palabra “delito” tiene toda una carga simbólica, porque claramente la palabra delito llama a la palabra castigo, llama a un tipo de intervención en la cultura moderna que solo puede tramitarse a través de una dinámica de la punición.

Vemos cómo la solución de bajar la edad de punibilidad solo nos encierra dentro de la dinámica de la punición, sin ver otras aristas más respetuosas de gestión de los conflictos de niños/as y adolescentes, con un enfoque integral de sus derechos humanos.

28. DINAMICA DE PUNICIÓN: DINAMICA DE CARCEL

Tal como lo señala Gustavo L. Vitale, cuando se dispone la internación en un instituto, en realidad, se lo encierra en una prisión, muchas veces en peores condiciones de vida que las de las cárceles de mayores. Narra el autor citado que un buen ejemplo de ello lo constituyó, en Neuquén, el Instituto Penitenciario n° 23 del Servicio Penitenciario Federal, que se llamó “Hogar Suyay”. Éste funcionó como una cárcel, para chicos de entre 16 a 18 años de edad, con rejas como en toda cárcel. Cada chico pasaba, al comienzo de su estadía, entre siete y diez días en unas monstruosas celdas de castigo llamadas de “observación”.

Y, si bien las cosas se han ido modificando y mejorando, lo cierto es que la ley penal permite que niños entre los 16 y los 18 años sean juzgados y condenados, bajo la dinámica de punición, existiendo otros mecanismos de resolución de conflictos más pacíficos.

29. CONCLUSIÓN:

Por ello, mi conclusión final es que, teniendo en cuenta que la niñez, la adolescencia, la pobreza y la criminalización de ésta están íntimamente entrelazadas, la interpelación sería: **¿Hay que bajar la edad de punibilidad o lo más acertado, concordante con una interpretación armónica de la Protección y Bienestar de los Niños/as y Adolescentes, integral de los Derechos Humanos, sería subir la edad de punibilidad a los 18 años de edad?**

El encuadre protector del individuo en situación de vulnerabilidad, en pos del respeto de su autonomía personal y de su dignidad y, en especial, a los fines de garantizar los derechos reconocidos de NNyA, debe ser interpretado desde una perspectiva y con el foco de los derechos humanos y los niveles de intervención; no se puede bajo ningún punto de vista comenzar por el último nivel, que es abrir la puertas de la cárcel; debemos conformar una sociedad con miradas complejas de los problemas sociales y con lo que trae aparejada la ley en estos casos.

En el Código Civil y Comercial de la Nación se establece la capacidad jurídica mediante la distinción tradicional entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio. En relación a la primera, el código estipula que se trata de la capacidad de ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22 CCyCN) y, en cuanto a la segunda, el Código alude a la capacidad de ejercer por sí las prerrogativas jurídicas de las cuales cada persona es titular (art. 23 CCyCN). El código también menciona a las personas que tienen sus capacidades restringidas, entre las cuales se encuentran las personas que no tienen edad y grado de madurez suficiente (art. 24 inc. b, CCyCN).

Ahora bien, si el art. 26 CCyCN establece, en los párrafos 2 y 3, reglas para el ejercicio progresivo de los derechos, lo cierto es que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Por ello, habilitar las puertas de la cárcel a un joven entre 16 y 18 años parece

no ser una interpretación armónica de la Protección y Bienestar de los Niños/as y Adolescentes y, por ende, de la protección integral de sus Derechos Humanos.

Bibliografía

Beloff, Mary, “Los sistemas de Responsabilidad Penal en América Latina”. Publicado en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores), “Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (1990-1998), Temis/Depalma, Bogotá, 1998.

Beloff, Mary: “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago de Chile, UNICEF, 1999.

Ferrajoli, Luigi: “Derecho y razón”, Madrid, Trotta, 1995.

Dughetti, Lucas A.: “Reflexiones sobre la justicia juvenil argentina a partir del fallo MALDONADO de la CSJN”, Revista Pensamiento Penal, Mayo 2019.

Vitale, Gustavo L. y Osés, Nara: "Ley de niños y adolescentes. Protección integral de sus derechos. Cuestión civil o penal. Un estudio sobre la ley de Neuquén", Fabián Di Plácido Editor, Bs. As., año 2004.

Baratta, Alessandro: “Infancia y Democracia”, http://www.surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/02_infancia_y_democracia_baratta.pdf.

Park, Robert: “La organización de la comunidad y la delincuencia juvenil”, año 1925, en Delito y Sociedad, UNL Ediciones, Santa Fe, 2008, N. 25, 115-124.

Christie, Nils: “Los conflictos como pertenencia”, año 1977, en AAVV: De los delitos y de las víctimas, AD-HOC, Bs. As., 1992, pp. 157-182.

