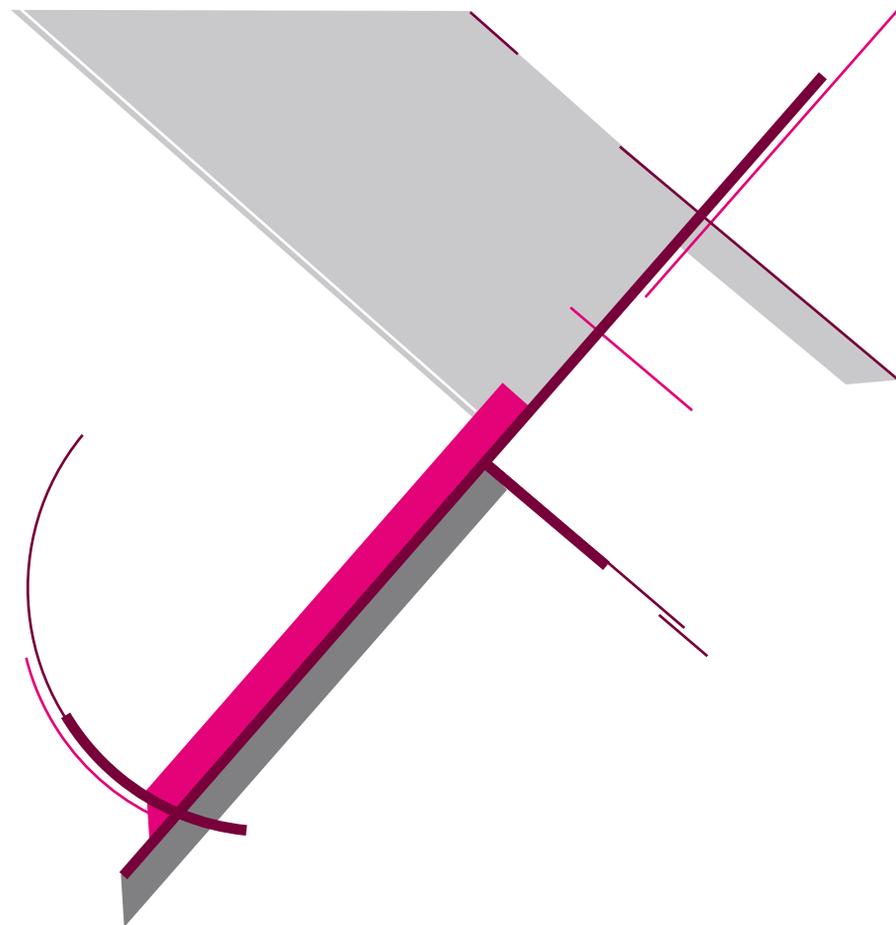


# UNA DEUDA PENDIENTE EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

## JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA PARA LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Colección: De incapaces a sujetos de derechos

NUEVE



**Ministerio Público Tutelar**  
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**Defensoría general**  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**UNA DEUDA PENDIENTE EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA PARA LAS PERSONAS  
MENORES DE EDAD

 *Teudeba*

# UNA DEUDA PENDIENTE EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA PARA LAS PERSONAS  
MENORES DE EDAD

---

Colección: De incapaces a sujetos de derechos

NUEVE

---

Laura Musa

Una deuda pendiente en la Ciudad de Buenos Aires : justicia penal especializada para personas menores de edad / coordinado por Ernesto Blanck. - 1a ed. - Buenos Aires : Eudeba, 2012.

156 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-23-2025-0

1. Derecho Penal. I. Blanck, Ernesto, coord. II. Título.

CDD 345

---

Fecha de catalogación: 10/08/2012

© Asesoría General Tutelar  
de la Ciudad de Buenos Aires, 2012

Coordinación general: Ernesto Blanck

Coordinación operativa y edición: Carolina Serjai y Natalia López

Diseño editorial: Lisandro Aldegani y Mariana Piuma

Realización Gráfica: Eudeba

Impreso en Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Se autoriza la reproducción del contenido de la presente publicación siempre que se cite la fuente.

› **Asesoría General Tutelar**

*Asesora General Tutelar*

Laura Musa

*Secretario General de Coordinación Administrativa*

Rodolfo Medina

*Secretaría General de Gestión*

*Secretario General de Política Institucional*

Ernesto Blanck

› **Asesorías Generales Adjuntas**

*Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces*

Magdalena Giavarino

*Asesora General Tutelar Adjunta de Menores*

M. de los Ángeles Baliero de Burundarena

› **Asesorías ante el Fuero CAyT**

*Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones Nº 1*

Gustavo Moreno

*Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones Nº 2*

Juan Vicente Cataldo

*Asesora Tutelar de Primera Instancia Nº 1*

Mabel López Oliva

*Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 2*

Juan Carlos Toselli

*Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 3*

Jorge Luís Bullorini

› **Asesorías ante el Fuero PCyF**

*Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones*

Carlos Bigalli

*Asesora Tutelar de Primera Instancia Nº 1*

Alfonsina Dumon

*Asesora Tutelar de Primera Instancia Nº 2*

M. de los Ángeles Baliero de Burundarena

› **Oficinas por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia**

*La Boca - Barracas*

Av. Alte. Brown 1250. Tel. 4302-1621

*Villa Soldati - Nueva Pompeya*

Av. Varela 3301. Tel. 4919-5908

*Mataderos - Liniers*

Cnel. Cárdenas 2707 / 15. Tel. 2053-9702



## ÍNDICE

---

- 9 PRÓLOGO. **JUAN MANUEL OLMOS**
- 11 PRESENTACIÓN. **MARIO KESTELBOIM**
- 15 INTRODUCCIÓN. **LAURA C. MUSA**
- 19 **I. EXPERIENCIAS ARGENTINAS**
- DEFENSA PÚBLICA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO. **MARÍA RITA CUSTET LLAMBI**
- 31 DILEMAS DE UNA ESPECIALIDAD DÉBIL. EL CASO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. **JULIÁN AXAT**
- 45 PERSECUCIÓN PENAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS **CARLOS BIGALLI**
- 49 LA EXPERIENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL SOBRE JUSTICIA PENAL JUVENIL ESPECIALIZADA. CASOS PRÁCTICOS. **LUIS DUACASTELLA**
- 55 EL TUTELARISMO TIENE RAZONES QUE LA RAZON NO ENTIENDE **EMILIO GARCÍA MÉNDEZ**
- 63 HACIA UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA. **OFICINA DE DERECHO PENAL Y CONTRAVENCIONAL JUVENIL DE LA ASESORÍA GENERAL TUTELAR**
- 89 **II. EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS**
- LA SANCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA BREVEDAD. **JOAO BATISTA SARAIVA**
- 99 EL DERECHO DE DEFENSA PENAL Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: UNA EXIGENCIA DE ESPECIALIZACIÓN. **GONZALO BERRÍOS DÍAZ**
- 111 **III. MONOGRAFÍAS SELECCIONADAS**
- INTERRELACION Y CONSECUENCIAS DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN EL FUERO PENAL JUVENIL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. ANÁLISIS DE LAS POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL **MAURO CAUDEVILLA**
- 123 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO PENAL Y JUSTICIA ESPECIALIZADA. **MARTÍN ALEJANDRO FELLER**

# PRÓLOGO

Quienes integramos el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tenemos la responsabilidad ineludible de impulsar acciones para la plena implementación y puesta en marcha de una institucionalidad local que garantice el acceso a la justicia de la ciudadanía en general, máxime cuando se orienta a grupos que –por su situación de vulnerabilidad– requieren saber y sentir que la ley los protege.

Implementar un sistema de Justicia Penal Juvenil especializado es una cuenta pendiente en la Ciudad de Buenos Aires. Es por esto que en noviembre de 2011 organizamos, junto con la Defensoría General y el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad, una Jornada para debatir el tema en base a antecedentes de provincias argentinas y otros países de la región.

Más recientemente, hemos acompañado al Ministerio Público Tutelar en la creación del Equipo Público de Abogadas/os de Niños, Niñas y Adolescentes para garantizar el cumplimiento de las Leyes Nacionales 26.061 y 26.657 en lo que refiere al derecho a contar con una adecuada defensa técnica, que en una primera etapa, se encuentra priorizando a aquellos niños y niñas internados por razones de salud mental o institucionalizados. Quiero destacar también, en esta oportunidad, al Ministerio Público de la Defensa y Fiscal, quienes comparten el objetivo de conformar y poner en marcha los órganos especializados en materia de Justicia Penal Juvenil.

En cumplimiento de la función institucional que nos compete y de los derechos y deberes consagrados en nuestra Carta Magna, tratados internacionales y leyes especiales, es nuestra tarea bregar por dotar de transparencia y coherencia todo el proceso de conformación de dichos órganos, tanto en lo que refiere a la designación de los magistrados, como a la progresiva capacitación de todos los operadores judiciales vinculados a este sistema, siempre en miras a dar cumplimiento al principio de especialidad que debe regir todo sistema de responsabilidad penal juvenil.

En ese camino estamos, y en la inteligencia que un sistema adecuado de protección y reinserción de los más indefensos es necesario para saldar muchas deudas sociales pendientes, es que como Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebro la realización de la presente obra y me comprometo a continuar transitando la senda trazada por la experiencia volcada en ella.

**Juan Manuel Olmos**

Presidente del Consejo de la Magistratura  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

# PRESENTACIÓN

## LA ESPECIALIZACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA EN MATERIA PENAL JUVENIL EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en nuestro país imponen a los Estados la obligación de adaptar la legislación y sus instituciones a las nuevas exigencias, y por supuesto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es ajena a este mandato.

En tal sentido, durante los últimos años hubo un avance muy importante en la adecuación de la legislación argentina, tanto a nivel nacional –que incluye la dimensión constitucional– como a nivel local; sin embargo, en el plano institucional, el rediseño de las funciones de los organismos encargados de aplicar los nuevos estándares legales requiere aún de mayores esfuerzos. Es en este sentido que se aborda la necesidad de modificar las instituciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Los Estados, en este escenario, tienen el deber de realizar esfuerzos consistentes y continuos para crear nuevas y mejores instituciones especializadas a fin de acotar la brecha existente entre la norma y la práctica institucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su Opinión Consultiva Nº 17/02 que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un *corpus juris* de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que debe ser considerado al interpretar el alcance del artículo 19 de la Convención Americana que garantiza el acceso a medidas de protección especial por parte de sus familias, la sociedad y el Estado.

El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que cuando las personas menores de edad *“puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”* y, en el mismo sentido, el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: *“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”.*

El estándar de especialización implica entonces la existencia de órganos judiciales especializados (jueces, fiscales y defensores), con una capacitación específica. Todas las personas que trabajen en el marco de la justicia penal juvenil deben recibir la educación y la formación en materia de derechos humanos, los principios y disposiciones de la CDN y demás normas específicas en materia de justicia penal juvenil como parte de su formación. El requisito de especialización también se aplica a los profesionales no jurídicos que participan en el sistema penal juvenil y exige que dispongan de capacitación especializada sobre los derechos, el desarrollo y la legislación respecto a los niños, lo que también resulta aplicable a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños.

El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas señaló en relación a la existencia de una justicia especializada y, puntualmente, sobre el papel de la defensa pública: *“Un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada”* (Considerando 92, Observación General Nº 10, “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”).

El principio de especialidad de la defensa técnica se encuentra consagrado tanto por la legislación nacional como por local. La ley Nº 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, en su art.27, inc. c) dispone el derecho: *“...a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento...”*. La Ley Nº 114 de “Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” enumera las garantías procesales (art. 11) para los niños, niñas y adolescentes infractores o presuntos infractores de la ley, y puntualmente señala el derecho: *“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”*.

Sin duda, es la ley Nº 2.451, que creó el Régimen Procesal Penal Juvenil para la Ciudad, la fuente principal de la necesaria puesta en funcionamiento del defensor técnico especializado en materia de niñez y adolescencia (Art. 37). Dicho cuerpo normativo invoca de manera expresa los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Hu-

manos (Art. 8). Esta complementariedad de los instrumentos principales del *corpus iuris* internacional de los derechos del niño, a la ley procesal local, no hacen más que reafirmar la necesaria especialización en materia de niñez y adolescencia.

En esta materia, resta aún hoy implementar la adecuación pendiente en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Habiendo hecho lo suyo el Ministerio Público Tutelar, confiamos en que tanto el Ministerio Público Fiscal como la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas, realicen los arreglos institucionales y normativos necesarios, a efectos de lograr tal objetivo.

En lo atinente al Ministerio Público de la Defensa, hemos comenzado un proceso de adecuación institucional al poner en funciones la Oficina de Niñez y Adolescencia en la órbita de la Secretaría General de Derechos Humanos de la Defensoría General, creada mediante resolución CM Nº 579/2009. Las principales tareas iniciales de la Defensoría General, en este campo, estuvieron centradas en generar información sobre las causas penales y contravencionales que involucran a personas menores edad, plasmada en un tablero de control de actualización permanente. Asimismo, se puso en marcha el “Programa de Restitución de Derechos para Niños, Niñas y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal” aprobado por resolución DG Nº 78/12 y un estricto monitoreo de las condiciones de detención a raíz de la supuesta comisión de un delito o una contravención según surge de la resolución DG Nº 124/10.

Realizados estos primeros pasos, resta quizás el punto medular de la especialización, que consiste en la designación de un defensor penal y contravencional en materia penal juvenil. Por ello, la realización de la Jornada “*Hacia una justicia penal juvenil especializada en la Ciudad de Buenos Aires*” de la que da cuenta la introducción de esta publicación, es un punto de inflexión en este sentido, a partir del cual estamos abocados a la materialización de esta fundamental garantía constitucional de defensa en juicio, que en función del principio de igualdad de armas, requiere un criterio de armonización con el Ministerio Público Fiscal.

**Mario Kestelboim**  
Defensor General  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

# INTRODUCCIÓN

## TRABAJAR POR UNA JUSTICIA PENAL JUVENIL ESPECIALIZADA

En materia de Justicia penal juvenil, el Estado argentino ha decidido incumplir las obligaciones que le imponen tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como su propia Constitución, al mantener vigente como derecho de fondo el “Régimen Penal de la Minoridad” (Decreto-Ley Nº 22.278) establecido durante la última dictadura cívico militar. Como uno de los últimos reductos del modelo de intervención propio del patronato de menores, esta norma habilita la aplicación del poder punitivo estatal a las personas menores de 18 años acusadas de cometer un delito sin las garantías mínimas del debido proceso.

En este contexto, la Ley Nº 2.451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada en 2007, fue un importante avance en tanto que establece un Régimen Procesal Penal Juvenil que recepta e incorpora los estándares internacionales de procedimiento que deben regir en toda causa judicial en la cual se encuentre involucrada una persona menor de edad acusada de cometer un delito, y específicamente establece el principio de especialización de los órganos judiciales.

Sin embargo, la reforma legislativa no ha logrado hasta ahora traducirse en todas las transformaciones institucionales necesarias y aún se encuentra pendiente la constitución de órganos de Justicia especializados en materia penal juvenil.

Para el Ministerio Público Tutelar este ha sido desde un primer momento un tema prioritario. Por ello, en 2008 se decidió crear la primera Asesoría Tutelar especializada para la intervención ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad, en la que fue designado el Dr. Carlos Bigalli, quien se desempeñó en su función con completo compromiso con la Convención de los Derechos del Niño y de la Ley Nacional de Protección Integral, y sin admitir un solo expediente tutelar. Al inicio de 2012, creó la segunda Asesoría de primera instancia especializada en materia Penal y Contravencional, así como la Asesoría Tutelar ante la Cámara de Apelaciones de dicho fuero.

La Jornada “Hacia una Justicia penal juvenil especializada en la Ciudad de Buenos Aires”, realizada el 9 de noviembre de 2011 en la Facultad de Derecho

de la UBA, respondió a la necesidad de abrir a la reflexión conjunta para terminar de poner en marcha el sistema previsto en la Ley N° 2.451, y enriquecer el debate a partir del análisis de experiencias previas, tanto a nivel nacional como regional.

El evento fue coorganizado por el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Tutelar, y contó con la declaración de interés del Ministerio Público Fiscal, el Colegio de Magistrados, integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA, la Asociación de Funcionarios y Magistrados de la CABA, el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA, el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia, Fundación Sur Argentina y el Centro de Formación Judicial.

La apertura del encuentro estuvo a cargo de Gisela Candarle, Consejera del Consejo de la Magistratura; Bettina Castorino, Secretaria General de Derechos Humanos de la Defensoría General; Germán Garavano, Fiscal General y quien suscribe, Asesora General Tutelar.

En el primer panel, en el que se abordaron experiencias en el ámbito nacional, se contó con la participación de María Rita Custet, Defensora General de Río Negro; Julián Axat, Defensor Oficial del Fuero Penal Juvenil de La Plata, Provincia de Buenos Aires; Carlos Bigalli, Asesor Tutelar ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA; Luis Duacastella, Fiscal Coordinador de la Unidad Fiscal Sur de la CABA; y Emilio Cappuccio, Defensor Oficial a cargo de la Defensoría Oficial N° 4 del Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

Las experiencias latinoamericanas se expusieron en un segundo panel integrado por Joao Batista Saraiva, Juez de Infancia y Juventud en Río Grande Do Sul, Brasil; Gonzalo Berríos, Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública, Chile; y Emilio García Méndez, presidente de la Fundación Sur Argentina.

Por el alto nivel de las exposiciones y los debates que ellas generaron, entendemos que la publicación de las ponencias presentadas resultará un verdadero aporte para continuar abriendo espacios de reflexión y trabajo orientados a lograr la implementación de un sistema de Justicia penal especializado garante de los derechos de las personas menores de 18 años, tal como establece la legislación internacional, así como la nacional y la local.

Con el mismo espíritu se impulsó un concurso de monografías inéditas denominado "Una deuda pendiente en la CABA" (Res. N° 178/2011), y aquellas que obtuvieron el primero y el segundo lugar en el orden de méritos forman también parte del presente libro.

Agradecemos a todos quienes nos acompañaron en esta iniciativa, especialmente al Ministerio Público de la Defensa y al Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual revela el compromiso compartido de seguir contribuyendo a la consolidación de un Estado respetuoso de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

**Laura Musa**  
Asesora General Tutelar  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

**I. EXPERIENCIAS ARGENTINAS**

---

# DEFENSA PÚBLICA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

MARIA RITA CUSTET LLAMBI<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde su puesta en marcha en 2010, ha sido una constante preocupación de la Defensoría General de Río Negro redefinir el rol de la Defensa de los niños, niñas y adolescentes a la luz de los derechos emergentes de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este marco, se ha advertido que resulta sumamente necesaria una capacitación constante de todos los operadores judiciales, en el entendimiento de que el nuevo paradigma exige un cambio interno de mentalidad que se adecue a los principios, directrices y derechos que tienen como eje central el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en tanto sujetos de derechos.

Dicho cambio es el presupuesto necesario para la conformación de una mirada acorde con el nuevo paradigma imperante sobre la cuestión penal juvenil, que genere a su vez acciones que tiendan a exigir en los hechos la vigencia de los derechos que en el plano jurídico han sido reconocidos tiempo atrás.

El presente artículo pretende reflejar lo expuesto en la jornada "Hacia una Justicia penal juvenil especializada"<sup>2</sup>. En este trabajo se describen algunas prácticas que se han llevado adelante en el ámbito de la defensa de niños, ni-

---

<sup>1</sup> Defensora General de la Provincia de Río Negro.

<sup>2</sup> Encuentro organizado por la Asesoría General Tutelar, la Defensoría General y el Consejo de la Magistratura de la CABA, celebrado el 9 de noviembre de 2011 en la Ciudad de Buenos Aires.

ñas y adolescentes y el impacto que las mismas han tenido en el quehacer diario de la Justicia y la realidad de nuestros defendidos.

## **2. PROVINCIA DE RÍO NEGRO. CONTEXTO DE ACTUACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA**

En nuestra provincia, a pesar de no tener un fuero especializado, hemos exigido –a través del Ministerio Público de Defensa– la adopción de medidas que se ajusten a la normativa constitucional que rige los derechos humanos de la niñez.

A los efectos de compartir las prácticas resulta adecuado aclarar que en la Provincia de Río Negro la estructura del Ministerio Público está encabezada por la Procuración General de la cual dependen jerárquicamente la Defensoría General y la Fiscalía General. A su vez, la Defensoría General es la autoridad jerárquica de los defensores de menores e incapaces, de los defensores de pobres y ausentes y de los defensores penales. Por su parte, la Fiscalía General es el organismo del cual dependen los Fiscales de Cámara y los Agentes Fiscales.<sup>3</sup>

La provincia se divide en cuatro circunscripciones judiciales con cabeceras en Viedma, General Roca, Cipolletti y San Carlos de Bariloche, sin perjuicio de otros organismos judiciales descentralizados que existen en el interior de dichas circunscripciones.

Resulta asimismo importante destacar –a fin de brindar conocimiento acerca del contexto en cual se desempeña nuestra labor– que de los datos estadísticos del año 2010 surge una población total provincial de 638.645 personas. De dicho número se extrae que 60.360 (9,45 %) son ciudadanos que se encuentran en la franja etaria de 13 a 17 años.<sup>4</sup>

De las estadísticas del Poder Judicial provincial también se advierte que se instruyeron durante dicho año 14.926 causas, de las cuales 317 (2,12 %) se denunciaron con participación de mayores y menores de edad y 768 con participación de menores de edad (5,14 %) <sup>5</sup>. Se aprecia, en consecuencia, que el porcentaje de causas con participación de menores de 18 años alcanza el 7,26 % del total. Dicho porcentaje prácticamente se mantiene estable en comparación con los años anteriores.

---

3 Ley K Nº 4.199. La Ley se puede consultar en <http://www.legisrn.gov.ar/DIGESCON/condigstan.php>

4 Datos recabados del Censo Nacional de 2010.

5 Datos extraídos del Informe Anual de Gestión de 2010 del Poder Judicial provincial.

### 3. FUERO ESPECIALIZADO: INTENTOS Y DEUDA PENDIENTE

En la Provincia de Río Negro rige un sistema procesal penal mixto y no se cuenta con un fuero especializado en materia penal juvenil. Por ello, los hechos imputados a jóvenes menores de edad son investigados por los jueces de Instrucción y, en su caso, sustanciados por Juzgados Correccionales o Cámaras Criminales.

En el año 1994 se promulgó la Ley provincial Nº 2.748<sup>6</sup>, que estableció los Juzgados de Menores. Sin embargo, este fuero nunca se plasmó en los hechos, lo cual a mi criterio resultó beneficioso. Y digo esto porque dicha Ley preveía el funcionamiento del fuero en total contradicción con el paradigma vigente. Si bien se consigna entre los fundamentos del proyecto la intención de ajustar el sistema a la normativa convencional, en realidad se preveía un juzgado de menores con competencia tanto en la investigación como en el juzgamiento de los jóvenes, con facultades y deberes enmarcados en el perimido sistema tutelar.

Si bien la Ley provincial Nº 2.748 nunca fue formalmente derogada, entendemos que la misma ha caducado. Ello por cuanto, oportunamente, no se cumplimentó con el artículo 99 de la Constitución Provincial, que exige la asignación de fondos para la implementación efectiva de la ley "en la primera Ley de Presupuesto que se apruebe". En consecuencia, no previstos los recursos en la Ley de Presupuesto siguiente al año de promulgación, ha operado la sanción de caducidad establecida constitucionalmente.

Con posterioridad, se sancionó la Ley D Nº 4.109<sup>7</sup> de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes, que resulta similar a la Ley Nacional Nº 26.061 y establece las pautas que debe abordar el Estado en orden a la efectiva vigencia de los derechos de la infancia. Dicha norma otorga competencia a los Juzgados de Familia para el control de legalidad de las medidas excepcionales de protección<sup>8</sup>, como así también los parámetros que debe respetar el

6 La Ley P Nº 2.748 se puede consultar en <http://www.legisrn.gov.ar/DIGESCON/condigstan.php>

7 El texto íntegro de la Ley D Nº 4.109 se puede consultar en <http://www.legisrn.gov.ar/DIGESCON/condigstan.php>

8 La citada Ley D Nº 4.109 establece en su artículo 39: "Medidas proteccionales y específicas. Verificada la amenaza o violación de los derechos establecidos en esta Ley podrán estipularse, entre otras, las siguientes medidas: (...) g) Albergue en entidad pública o privada en forma transitoria. El albergue será una medida provisoria y excepcional, aplicable en forma temporaria para su integración en núcleos familiares alternativos, no pudiendo implicar privación de la libertad; h) Integración en núcleos familiares alternativos". En su artículo 40, establece: "Las medidas enunciadas en los incisos a), b), c) y d) del artículo anterior podrán ser dispuestas en forma directa por la autoridad administrativa de aplicación de esta Ley. Las establecidas en los incisos e) y f) deberán ser ordenadas por la autoridad judicial competente, quien fijará la duración de las medidas a adoptar, pudiendo ser modificadas, sustituidas o revocadas de oficio o a distancia de partes, previa vista de la Asesora de Menores. En el caso de las establecidas en los incisos g) y h), adoptadas como medida excepcional,

organismo técnico proteccional administrativo en las intervenciones a realizar en procura de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Esta Ley incorporó garantías procesales para los procesos penales que se siguen contra jóvenes menores de 18 años. Esto ha representado un avance en el plano jurídico, pero dichas garantías no gozan de plena efectividad en la práctica. Muestra de ello es que si bien la Ley D Nº 4.109 prevé la garantía de ser juzgado en el ámbito penal por un órgano judicial con competencia específica y formación especializada en la materia, a la fecha dicha Justicia especializada no ha sido implementada. Tal omisión genera que los jóvenes que aún no han alcanzado la mayoría de edad sean actualmente juzgados por los mismos tribunales que juzgan a los adultos.

Entre las garantías incorporadas se puntualiza además la prohibición de juzgar a los menores de 18 años por acciones u omisiones no descriptas como delito o contravención, el principio de inocencia, el derecho a ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como en la judicial, a comunicarse y solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento, a que toda actuación referida a la aprehensión de niños, niñas y adolescentes y los hechos que se les imputan sean estrictamente confidenciales y asimismo a recurrir toda decisión que implique restricción de sus derechos. Se plasma el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni constreñido a participar activamente en actos de contenido probatorio, a la asistencia técnica penal pública en defecto de la de confianza, a prestar declaración verbal o escrita, en cualquier instante del proceso, entre otras.<sup>9</sup>

---

es autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas la medida adoptada, a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. En todos los casos deberá intervenir el equipo técnico interdisciplinario de la autoridad administrativa competente”.

9 La ley citada dispone, en su artículo 68: “Derechos y garantías procesales. Toda niña, niño y adolescente 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 previstos en la Constitución Nacional, Provincial y en las normas contenidas en la presente Ley. En especial y entre otros, en caso de imputación de delito, tendrá los siguientes derechos y garantías: a) 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; b) A ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial con competencia específica, formación especializada en la materia, independiente e imparcial; c) A ser considerado inocente y tratado como tal hasta tanto se demuestre su culpabilidad y responsabilidad por sentencia firme; d) A ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como judicial; e) A solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento; f) A que toda actuación referida a la aprehensión de niños, niñas y adolescentes, así como los hechos que se le imputan sean estrictamente confidenciales; g) A comunicarse en caso de privación de libertad, inmediatamente, por vía telefónica o a través de cualquier otro medio, con su grupo familiar responsable o persona a la que adhiera afectivamente; h) A recurrir toda decisión que implique restricción de sus derechos; i)

Lo cierto es que, pese al expreso reconocimiento de los derechos proclamados por la citada norma, existe mucho por hacer en orden de efectivizar los estándares normativos vigentes y la tarea conlleva, entre otras cosas, la pendiente puesta en marcha del fuero especializado en materia penal juvenil.

Ello determina que en cada proceso sean los defensores de menores quienes deban accionar en pos de exigir a los restantes operadores judiciales y a los organismos administrativos, mediante diversas prácticas plasmadas en presentaciones judiciales, la toma de medidas que se ajusten al orden convencional y legal. Tal exigencia deriva poco a poco en el cambio de mirada de quienes intervienen en la cuestión penal juvenil.

---

A no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes; j) A no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni constreñido a participar activamente en actos de contenido probatorio; k) 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 le atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra así como de las garantías procesales con que cuenta, todo ello explicado en forma suficiente, oportuna y adecuada al nivel cultural de la niña, niño y adolescente; l) A nombrar abogado defensor, por él 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 hiciera uso de ese derecho, será defensor el defensor oficial con competencia penal en la materia, haya sido o no designado y con independencia de que se 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; m) 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. La niña, 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; n) A la igualdad procesal de las partes, pudiendo producir todas las pruebas que considere necesarias para su defensa; o) A no ser objeto de injerencia arbitraria 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; p) A que su situación frente a la atribución delictiva que se le formule sea decidida sin demora, en una audiencia oral y conciliatoria, basada en una acusación, con plenas garantías de igualdad y de defensa". En su artículo 73, establece: "Necesidad de fundamentar la imposición de penas privativas de la libertad impuestas como último recurso. La imposición de una pena privativa de libertad requerirá, bajo pena de nulidad, la necesaria fundamentación de la imposibilidad de recurrir a otras medidas no privativas de la libertad, entre las que se encuentran comprendidas el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad asistida, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, asegurándose que los niños o adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que la medida que se adopte a su respecto no guarde desproporción tanto con las circunstancias del hecho como con la gravedad del delito".

#### **4. RESOLUCIÓN 199/08 DE LA PROCURACIÓN GENERAL. LÍMITE DE LAS FACULTADES TUTELARES DE LOS JUECES PENALES EN RELACIÓN CON LOS JÓVENES NO PUNIBLES**

Entre las prácticas mencionadas se encuentran las derivadas de la Resolución Nº 199/08<sup>10</sup> de la Procuración General de la Provincia, que impuso una línea de trabajo muy clara a los fiscales y defensores para asegurar los derechos de los jóvenes no punibles.

La resolución se generó como consecuencia de la tramitación de un expediente que inició el Superior Tribunal de la Provincia. En ese marco se realizó, durante el transcurso de 2008, un relevamiento en las cuatro circunscripciones judiciales de aquellas causas que tuvieran consignados como posibles autores a jóvenes no punibles.

Quedó demostrado en esa oportunidad que la mayoría de las causas relativas a adolescentes no denotaban el necesario rigor técnico-jurídico exigible en todo proceso judicial y que los jóvenes no punibles eran privados de libertad por orden de los jueces penales. Esas medidas privativas de libertad eran tomadas sobre la base de argumentos relacionados con fines proteccionales.

Ante el resultado del informe, la Procuradora General, Dra. Liliana Piccini, inmediatamente advirtió la necesidad de *aggiornar* las prácticas judiciales al nuevo paradigma constitucional y emitió la Instrucción General 199/08, que resulta de aplicación obligatoria para todos los defensores y fiscales. En dicha Instrucción General se determinó que estas intervenciones tutelares resultan una total contravención de la normativa constitucional y que, una vez sobreesidos los jóvenes no punibles, las causas deben ser archivadas. Asimismo la Instrucción expresa que en aquellos casos en los que surja de las constancias de la causa que existen motivos para presumir que los jóvenes necesitan protección o el reestablecimiento de sus derechos vulnerados, corresponde dar intervención al organismo técnico proteccional y hacer cesar la intervención judicial.

Los defensores de menores e incapaces son los encargados, a partir de esa resolución, de realizar el derrotero procesal necesario a efectos de que los jueces penales no procedan a ordenar medidas proteccionales –especialmente aquellas que conlleven la privación de libertad de los adolescentes no punibles– respecto de las cuales naturalmente carecen de competencia.

---

10 <http://www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/index.php/resoluciones/resolucionespg?YearDictamen=2008>

A mi criterio, el efecto de dicha instrucción –si bien en distinta medida en cada una de las circunscripciones judiciales– marcó definitivamente un antes y un después en el tratamiento judicial que se otorgaba a los jóvenes no punibles hasta entonces.

En la tercera y en la cuarta circunscripción judicial, anoticiados los jueces de Instrucción de la resolución referida, automáticamente dejaron de iniciar incidentes de disposición que en muchos casos conllevaban la privación de libertad de los jóvenes no punibles sin fundamento legal alguno.

El cambio, sin embargo, fue resistido por algunos juzgados de la primera y la segunda circunscripción judicial. La “protección” siguió siendo el argumento para la privación de libertad de jóvenes no punibles en total contravención a lo dispuesto por la Ley Nacional Nº 26.061 y la Ley provincial Nº D 4.109 que determinan claramente que el ámbito de competencia de las medidas de protección de derechos se enmarca en la órbita del Poder Administrador, y el control de legalidad de las medidas proteccionales excepcionales en el ámbito de los Juzgados de Familia.

Tal situación generó un reciente pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia ante un recurso de casación presentado por la Defensora de Menores e Incapaces Dra. Patricia Arias, el cual fue sostenido por la Defensoría General<sup>11</sup>.

Sin entrar en la crítica puntual del fallo, en tanto excede el propósito del presente artículo, en lo que aquí interesa cabe destacar que en dicho pronunciamiento el Superior Tribunal, en coincidencia con la política de la Procuración General, señaló la incompetencia de los jueces penales para disponer la privación de libertad de jóvenes no punibles y dispuso la remisión a los jueces de familia de aquellos casos que ameriten medidas de protección.<sup>12</sup>

Resulta válido aclarar que entendemos, porque no podría ser de otra manera, que cuando el fallo remite a la competencia de los Juzgados de Familia, el tribunal lo hace en la inteligencia que propone la Resolución Nº199/08 y sólo para aquellos casos excepcionalísimos (en los que el organismo proteccional advierta que es necesaria una medida de albergue en entidad pública o privada o en grupos familiares alternativos). Por eso, sólo en estos casos dicho organismo administrativo debe comunicar al Juzgado de Familia para que éste, con la debida intervención de los defensores de menores, controle la legalidad de las medidas dispuestas. Otra interpretación resultaría objetable desde el paradig-

---

11 Dictamen 47/11 se puede consultar en <http://www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/>

12 Se. 264/11 del Superior Tribunal de Justicia de fecha 7/12/2011 puede consultarse en <http://www.jusrionegro.gov.ar>

ma vigente, en especial la mínima intervención judicial en las causas relativas a personas menores de edad.

### **5. INSTRUCCIÓN DE LA DEFENSORÍA GENERAL Nº 05/10. CONTROL CUALITATIVO DE LAS CONDICIONES DE ALOJAMIENTO INSTITUCIONAL**

Mediante la Instrucción Nº 05/10<sup>13</sup> se determinaron pautas de cumplimiento de la obligación de los defensores de menores consistentes en realizar visitas a los lugares de internación donde se encuentran alojados niñas, niños y adolescentes.<sup>14</sup>

Se estableció que las visitas debían realizarse al menos una vez al mes de forma conjunta con la obligación de realizar un informe sobre las condiciones de alojamiento y abordaje de la situación de las niñas, niños y adolescentes que se encontraran albergados en instituciones públicas o privadas.

Como resultado, durante el primer año de aplicación de la instrucción se duplicaron las visitas a los lugares de albergue de niñas, niños y adolescentes.

Desde la Defensoría General regularmente se realiza un monitoreo de estas visitas y se observa, a través de los informes elevados por los defensores, qué grado de acatamiento a la normativa vigente se verifica en los lugares de alojamiento.

En aquellos casos en los que desde la Defensoría General se advierte que alguno de los estándares aplicables no se está cumpliendo (v. gr. falta de equipos interdisciplinarios de abordaje, actividades recreativas, infraestructura edilicia, entre otras), se anoticia al defensor –en caso de que éste no haya denunciado previamente la situación ante la jurisdicción– a efectos de que se dé intervención al juez competente exigiéndose el inmediato reestablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Esto ha generado la adopción de una mecánica de trabajo de control periódico y denuncia automática ante los jueces competentes que deben ordenar las medidas correspondientes para el restablecimiento de los derechos vulnerados.

<sup>13</sup> La Instrucción General Nº 05/10 se puede consultar en <http://www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/index.php/resoluciones/resolucionesdg?YearDictamen=2010>

<sup>14</sup> La Ley K Nº 4.199, en su artículo 22, establece que los defensores tendrán a su cargo “inspeccionar los establecimientos de internación, guarda, tratamiento de menores e incapaces, sean públicos o privados, verificando el desarrollo de las tareas educativas, el tratamiento social y médico dispensado a cada interno, como también el cuidado y atención que se les prodiga, instando el debido cumplimiento de un sistema de protección integral del niño y el adolescente. De ello informa al Defensor General con la periodicidad y los recaudos que éste instruya al efecto.”

## **6. INSTRUCCIÓN DE LA DEFENSORÍA GENERAL Nº 08/11. CONTROL CUANTITATIVO DE PLAZOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y ADECUADA FUNDAMENTACIÓN LEGAL**

Del análisis de los registros informáticos sobre niños alojados en instituciones se advirtió que en muchos casos las privaciones de libertad se resolvían sin plazo determinado y hasta sin fundamentación razonada y legal.

A partir de 2011, con la emisión de la Instrucción General Nº 08/11,<sup>15</sup> se estableció la obligatoriedad de los defensores de velar por que los tiempos de internación sean siempre determinados y por el mínimo plazo posible así como la obligación de fundar debidamente este tipo de resoluciones.

Ello por cuanto el orden vigente no solamente determina la excepcionalidad de las medidas de privación de libertad, ya sea como resultado de una medida proteccional o de una medida dispuesta en proceso penal, sino que esas medidas sean motivadas, razonables, pertinentes y por un tiempo determinado, sólo prorrogable en los supuestos en que persistan las causas que le dieron origen.

Justamente resulta función de los defensores de menores e incapaces, atento la excepcionalidad de la medida de internación, tanto en el ámbito civil como en el penal, controlar y exigir que se encuentre debidamente acreditado en el expediente que se han aplicado previamente otras medidas y que éstas no han dado resultado y, en su caso, se señale la imposibilidad de recurrir a otras medidas no privativas de libertad.

Asimismo se determinó expresamente que la defensa de los niños, niñas y adolescentes debe exigir que el organismo técnico competente acredite el tipo de estrategia de abordaje que se dará a la situación de los amparados, el tiempo estimado en que se llevará a cabo, así como la periodicidad y metodología de evaluación de los resultados.

Se consignó que los defensores no deben consentir ninguna resolución de internación que omita la fundamentación razonada y legal conforme las constancias de la causa y/o la determinación del plazo de la medida ni en el caso en que el plazo de internación exceda el máximo de noventa (90) días<sup>16</sup>. En ese sentido se especificó que sólo podrán consentirse prórrogas en los casos que se mantengan las causas que dieron origen a la medida, lo cual deberá encontrarse debidamente acreditado en el expediente con los informes correspon-

<sup>15</sup> <http://www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/index.php/resoluciones/resolucionesdg?YearDictamen=2011>

<sup>16</sup> Conforme arts. 40, 46 y 73 de la Ley D Nº 4.109 y 39 de la Ley Nº 26.061

dientes. Vencidos los plazos de internación ordenados por el juzgado la privación de libertad deviene ilegal por contrariar a la normativa citada, por lo cual los defensores deben requerir la inmediata libertad de sus representados. En orden a ello se dejó claramente establecido que en el caso de que no se determine el tiempo de internación ni se ajusten las mismas a los parámetros establecidos en la normativa citada, los defensores de menores e incapaces deben recurrir la medida<sup>17</sup>.

La exigencia de la defensa en cada uno de los expedientes poco a poco fue logrando sus frutos y en las cuatro circunscripciones judiciales comenzaron a resolver internaciones fundadamente y por plazo determinado.

Del análisis de los registros de internaciones se puede concluir que se ha invertido la regla, y en la actualidad la absoluta mayoría de las medidas excepcionales de protección son de plazo determinado. También comienza a notarse una mayor fundamentación en los actos jurisdiccionales que las resuelven y/o confirman.

## **7. LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES PROTECCIONALES DE LAS FUERZAS POLICIALES**

La Defensa Pública ha tenido una activa participación en la derogación del artículo 9, inciso k, de la Ley N° 1.965 (Ley de Policía)<sup>18</sup>. Este artículo establecía que la Policía tenía a su cargo el ejercicio de “la seguridad de los menores, especialmente en lo que se refiere a su protección, impedir su vagancia apartándolos de lugares y compañías nocivas, reprimir todo acto atentatorio hacia su salud física o moral de la forma en que las leyes y los edictos determinen, y contribuir a la acción social y educativa que en materia de seguridad ejercen instituciones públicas y privadas”.

En virtud de la facultad referida (abiertamente inconstitucional) se producían no menos de 300 detenciones anuales de niños y adolescentes que eran trasladados a las comisarías y privados de libertad por varias horas hasta su retiro por parte de los padres u otro adulto responsable.

En función de esta situación, la Defensora de Menores e Incapaces Dra. Patricia Arias presentó un *habeas corpus* en un caso concreto y planteó la incons-

---

17 Conforme art. 22, inc o), de la Ley K N° 4.199

18 La norma puede consultarse en <http://www.legisrn.gov.ar/DIGESCON/condigstan.php>

titucionalidad de este artículo. Dicha presentación fue acompañada por la Defensoría General.<sup>19</sup>

En el marco del *habeas corpus* se convocó a una audiencia a la entonces presidenta del Consejo de la Niñez, quien contemporáneamente presentó un proyecto de ley modificatorio del cuestionado inciso k, y puso en conocimiento de ello al tribunal interviniente.

El juez del *habeas corpus* hizo lugar al mismo y resolvió la inconstitucionalidad de la norma<sup>20</sup>. Esa sentencia fue recurrida por la Policía. El Superior Tribunal finalmente no se expidió sobre el fondo por una cuestión formal y, apartando al juez que había intervenido, remitió el caso a la Cámara Criminal Sala B para que lo resolviera.<sup>21</sup>

Si bien el trámite finalizó con una sentencia que declaró abstracta la cuestión<sup>22</sup>, lo que importa rescatar es que el proyecto de ley derogatorio de las facultades cuestionadas fue aprobado en primera vuelta el 16 de diciembre de 2010.

Ante la falta de aprobación en segunda vuelta que exige la Constitución de Río Negro para la sanción de las leyes, en junio de 2011, desde la Defensoría General, se requirió a la Legislatura que procediera a sancionar la Ley modificatoria. Como resultado, la Legislatura la sancionó días después. Ante la falta de promulgación se requirió a la Presidencia de la Legislatura la publicación de la norma en tanto la promulgación, conforme la Constitución Provincial, había operado de hecho. Finalmente la Ley se publicó con el número 4.699<sup>23</sup>.

Vigente la nueva Ley y derogadas las facultades de la Policía, desde la Defensoría General seguimos monitoreando el cambio de práctica de esa fuerza de seguridad.

## 8. COROLARIO

Como reflexión cabe señalar que las experiencias compartidas han determinado un cambio en la realidad de la mirada del sistema judicial y administrativo sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

---

19 El dictamen 37/11 de la Defensoría General puede consultarse en <http://www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/>

20 Se. 32/10 del 9/08/10 Juez Bustamante de la Cámara del crimen de Viedma, Sala B

21 Se. 2/11 del Superior Tribunal de Justicia de fecha 15/2/11 puede consultarse en <http://www.jusrionegro.gov.ar>

22 Se. 24/11 del 1/6/11 Cámara del Crimen de Viedma, Sala B.

23 La Ley Nº 4.699 puede consultarse en <http://www.legisrn.gov.ar/DIGESCON/condigstan.php>

La exigencia por parte de la defensa de los niños, niñas y adolescentes en orden a garantizar la plena vigencia de los derechos de nuestros representados produce una readaptación, que podría caracterizarse como lenta pero constante, de las antiguas prácticas tutelaristas que trocan en prácticas que buscan ajustarse al marco de derecho vigente.

Sin duda cuando la Defensa exige insistentemente el respeto de las garantías fundamentales va encontrando paulatinamente respuestas administrativas y jurisdiccionales coherentes con el orden constitucional. Creo firmemente que esta exigencia continua es nuestra principal responsabilidad.

Todos sabemos que, como sostiene Ferrajoli, los derechos fundamentales no han estado nunca garantizados como una graciosa concesión jurídica<sup>24</sup>, por cuanto su efectividad siempre ha sido el resultado de cotidianas y a veces costosas conquistas. Esas conquistas presuponen lucha y ésta –ante tantas batallas que quedan por librar– es la que debemos llevar adelante vehementemente, día a día, desde la Defensa Pública.

---

24 Ferrajoli, L (2008): *Democracia y Garantismo*, Ed. Trotta, pág. 128.

# DILEMAS DE UNA ESPECIALIDAD DÉBIL. EL CASO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

JULIÁN AXAT<sup>1</sup>

La ponencia que aquí se transcribe es una síntesis de la exposición realizada en la Universidad de Buenos Aires (UBA) en noviembre de 2011<sup>2</sup>, acerca del principio de especialidad y su proyección en la Provincia de Buenos Aires. He tratado de mantener los términos de la exposición, evitando citas y referencias bibliográficas al pie, para facilitar la lectura.

## 1. ANTECEDENTES

Como bien dice el profesor Emilio García Méndez (siguiendo a P. Aries), un análisis riguroso de la historia de la infancia es la historia de su control. De allí que la categoría *infancia* no sea categoría ontológica, sino el resultado de una compleja construcción social, cuyos orígenes pueden ubicarse en el siglo XVII, tiempo hasta el cual los niños se integraban totalmente al mundo de los adultos, vistiendo ropas muy similares, realizando sus mismas actividades y recibiendo igual trato.

Los cambios que se producen en el seno de la familia, núcleo del capitalismo industrial, al decir de J. Donzelot,<sup>3</sup> conllevan una distinción en el trato, y la normalización del nuevo sujeto-objeto *niño* como dispositivo de control. Aparece así la idea de "protección", como higiene, como ortopedia. Pacto médico/jurídico (corporaciones) del modelo disciplinar: el control familiar de la masturbación, el aseo, la escuela, el Instituto, el orfanato –los Niños sanos/curados y los

---

1 Defensor Oficial en el Fuero Penal Juvenil de La Plata, Pcia. de Buenos Aires.

2 9 de noviembre de 2011, Facultad de Derecho de la UBA. Jornada "Hacia una Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad de Buenos Aires"-Experiencias Argentinas, Panel I- Organizado por el Consejo de la Magistratura de CABA, Defensoría General CABA, Ministerio Público Tutelar CABA.

3 Donzelot, J.(2007): *La Policía de las Familias*, Pre Textos, Valencia.

Niños enfermos (habla Foucault en Vigilar y castigar)–. La violencia no se ejerce más sobre el cuerpo (tortura), sino sobre el alma (proceso de dulcificación de los castigos).

En este episteme, la escuela es el lugar de preparación y entrenamiento de un cuerpo dócil del menor para permitir el ingreso del adulto a la fábrica o a la cárcel (lugar donde le espera otro régimen para su cuerpo). Durante ese período se comienza a perfilar también un nuevo órgano de protección, ya no el médico-pedagógico, sino el estrictamente jurídico: el Tribunal de Menores. Esta es una institución judicial (diferenciada de la de los adultos) para el control del “objeto” de tutela llamado *menor*. Está montada sobre la dupla protección/represión del menor delincuente o abandonado, y basada en la situación irregular del contexto social: el Patronato.

La creación de un Tribunal de Menores, un fuero especial y distinto al de los adultos, se produce en Illinois, Estados Unidos, en 1899; se trata de un hito en la historia moderna del control de la categoría vulnerable *menor*. A partir de allí, a comienzos del siglo XX, la cultura institucional del Patronato, nace en la Argentina en 1919 (Ley Agote); en 1923, en Brasil; en 1927, en México; en 1928, en Chile; 1934, en Uruguay y en 1939, en Venezuela y el resto de Latinoamérica. También aparecen los primeros congresos internacionales que tratan la cuestión de la minoridad: el de Paros de 1911, que elabora un documento clave con los principios del modelo tutelar. Dos serían las razones que justificarían en los congresos la necesidad de dar tratamiento por separado a los menores: a) las espantosas condiciones de vida en las cárceles en las que los niños eran alojados en forma indiscriminada con los adultos, y b) la formalidad de la Ley penal de los adultos, que para los menores debía ser más flexible, en función de la protección-represión.

Según García Méndez, el origen de las Cortes especiales de Niños en Estados Unidos y en Latinoamérica no obedece a la necesidad de otorgar derechos, sino a la de garantizar el objeto de control por vía de la protección/represión, por lo que la especialidad de la niñez lejos está de consolidarse en esa etapa. Al juez de menores le basta con ser “un buen padre de familia” y tener trato con la Corporación Médica, mecanismo basado en la compasión-represión.

Explica el profesor G. Méndez: “En las décadas de 1940 y 1950, comienza un lento y contradictorio proceso de legitimación cultural de distintas corrientes bio-psico-antropológicas que fundamentan el derecho de los menores, que comienza a separar la idea de niño delincuente/niño abandonado. Con crítica fundamental sobre la idea de segregación (distintos congresos de la época in-

roducen esos cambios discursivos). La lenta pero irreversible crisis fiscal del Estado latinoamericano no hace más que reducir las cifras de la asistencia y la caridad, y consolidar el marco de una pobreza ya existente”<sup>4</sup>.

En este contexto surge por primera vez un movimiento social dedicado al tema “Infancia y Adolescencia” que moviliza tendencias discursivas contrarias al viejo modelo del derecho asistencial autoritario, haciendo eje en el principio de legalidad, en la idea de sujeto de derecho/debido proceso, y en la necesidad de realizar políticas sociales inclusivas. Es decir, de la ruptura del viejo pacto médico/jurídico nace el modelo de la protección integral de los derechos del niño que se cristaliza con las nuevas democracias de la década de 1980, por su consolidación en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y se crea el instrumento internacional consensuado por la mayoría de los países (menos los Estados Unidos): la Convención sobre los Derechos del Niño (en la Argentina ratificada por la Ley Nº 23.849 de 1990), como también el Estatuto del Niño y adolescente del Brasil, y en la mayoría de la legislación moderna sobre el tema. Todos ellos son la coagulación de un contexto histórico-político, producto de años de luchas y cambios de imaginarios y situaciones económicas.

## **2. ESPECIALIDAD EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CIDN)**

El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño reza: “III) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley (...)”.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General Nº 10 (2007), ha analizado, en particular, la importancia del concepto de especialidad de la jurisdicción del artículo 40, párrafo 3º, de la CIDN, habiendo considerado –en su Capítulo V– los aspectos básicos que implicaría la “Organización de Justicia juvenil” preparada para atender el interés superior de los niños:

*90. A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la Justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores. De conformidad con el párrafo 3º del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para pro-*

<sup>4</sup> García Méndez, E.: *Infancia. De los derechos y de la justicia*, 2º edic, Del Puerto, pp. 51 y 52.

*mover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.*

*91. En la presente observación general se han expuesto las características que deberían reunir las disposiciones básicas de esas leyes y procedimientos. Queda a la discreción de los Estados Partes las demás disposiciones, lo cual también se aplica a la forma de esas leyes y procedimientos. Podrán establecerse en capítulos especiales de los instrumentos generales del derecho penal y procesal, o reunirse en una ley independiente sobre la Justicia de menores.*

*92. Un sistema amplio de Justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.*

*93. El Comité recomienda que los Estados Partes establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes. Cuando no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos, los Estados Partes velarán por que se nombre a jueces o magistrados especializados de menores (...).*

### **3. ESPECIALIDAD EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH)**

El principio de especialidad también surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que establece, en su artículo 5.5: "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento."

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el criterio de especificidad y, a través de la Opinión Consultiva N° 17, fijó la condición de los niños, niñas y adolescentes por la cual se debe crear una Justicia penal juvenil con el alcance antes mencionado, y al respecto estableció:

"Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe obrar en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar". (Punto n° 11)

Es decir, frente a cualquier controversia o situación que involucre a niños y adolescentes, se debe buscar preservar la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal, la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presente la figura de la “remisión” a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente, el niño o la niña (ver Opinión Consultiva 17/02).

La idea de un principio de especialidad tiene que ver, en este contexto, con la posibilidad de que exista una función jurisdiccional específica dedicada a la función punitiva, no contaminada con el cúmulo de tareas de política social/asistencial. También está vinculada con la capacidad para separar las cuestiones protectorias de las tareas netamente punitivas, por medios de mecanismos de remisión.

Además, la especialización implica la creación de instancias administrativas (servicios sociales descentralizados) que se dediquen al área de promoción y protección de derechos.

Los procesos penales seguidos contra adolescentes deberán contar con una Ley de fondo, un procedimiento y actores procesales especializados en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la Ley penal, lo cual conlleva que tengan conocimiento de otras disciplinas relacionadas con la materia.

Que los procedimientos se adapten a las necesidades de los adolescentes, previendo incluso estándares más exigentes en comparación con los vigentes para las personas adultas.

Que las autoridades administrativas de aplicación del sistema y los establecimientos de ejecución de las penas sean especiales, es decir, diferenciados de los destinados a la población de mayores de 18 años.

Que las sanciones penales y las medidas alternativas al proceso penal sean diferentes de las del régimen general.

#### **4. LA ESPECIALIDAD EN EL RÉGIMEN PENAL JUVENIL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (LEY Nº 13.634)**

Si bien no avanza sobre aspectos de fondo de la materia penal juvenil que aún se encuentra pendiente, la Ley Nº 13.634 en la Provincia de Buenos Aires es una norma de gran impacto en la construcción de un nuevo régimen, que incorpora institutos procesales que permiten modificar sustantivamente el régimen aplicable hasta el 2007: la vieja Ley Nº 10.067.

En la Provincia de Buenos Aires, los artículos 23 y 24 de la Ley Nº 13.634 garantizan la especialización de los funcionarios, que estará dada por normas, procedimientos, juzgados y tribunales diferenciados de los previstos en el sistema de Justicia asistencial y penal de adultos. Los juzgadores, en este nuevo sistema, resuelven los conflictos jurídicos apuntando a que los adolescentes involucrados en estos procesos puedan comprender el daño causado y que las eventuales consecuencias jurídicas derivadas de su acto no violen el principio de proporcionalidad, aplicando en primer lugar las sanciones no privativas de la libertad, y utilizando sólo esta sanción como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. En esta inteligencia, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que todos los funcionarios que tengan contacto con niños en el ámbito del sistema de Justicia de menores reciban una formación adecuada.

Entiendo que todos los principios que hemos visto *ut supra* han pretendido ser receptados por el legislador en la Provincia de Buenos Aires en las Leyes Nº 13.298 y Nº 13.634, sancionadas en 2005 e implementadas en julio de 2008.

Ahora bien, veamos de qué manera se hizo de la especialidad una fórmula débil.

#### 4.1. REGLA DE ESPECIALIDAD PROCESAL

El artículo 1º de la Ley Nº 13.634 establece la jerarquía "especial" (o de mejor estándar) del derecho procesal penal juvenil, sobre el procesal de adultos, estableciendo al segundo como sistema supletorio.<sup>5</sup> Es decir, todas las reglas de la

5 Siguiendo este criterio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal de nuestro país, al determinar que los niños, niñas y adolescentes, por su condición, tienen derechos específicos, adopta el llamado principio de "autonomía progresiva". Este principio ha sido tomado por la Corte, expresando que: "la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente, desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. En términos simples, esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por ello, el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (...) De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento." Asimismo, continúa diciendo: "32) Que, partiendo 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. En efecto, 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

Ley Nº 11.922 son aplicables a niños y adolescentes, en cuanto no sean modificadas por la Ley Nº 13.634. El artículo 64 de la Ley Nº 13.634 establece la medida de seguridad de los no punibles. Obsérvese que el estándar es mucho más bajo que el de la Ley Nº 11.922 (siempre hay mínimamente un debido proceso antes de la aplicación de cualquier pena). Pero también el artículo 43 de la Ley Nº 13.634 establece un estándar interesante de privación de la libertad, en el que la prisión preventiva no puede durar más de 180 días, prorrogables por 180 días más como máximo. Ahora bien, ¿qué ocurre si el joven es juzgado y se lo encuentra culpable, se le aplica una condena, pero la misma no queda firme porque el defensor apela? Vacío. La Ley Nº 13.634 establece como máximo 360 días. Bueno, los jueces retornan al artículo 371 del CPP y dejan una prisión preventiva por tiempo indeterminado, hasta que adquiera firmeza por revisión.

#### 4.2. REGLA DE COMPETENCIA ESPECIAL

Los artículos 18, 21, 22 y 23 establecen la creación de órganos especiales en los 18 Departamentos Judiciales: Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil; Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, Juzgados de Garantías del Joven, Ministerio Público del Joven (Fiscalía Penal Juvenil y Defensoría Oficial Penal Juvenil). Aquí surgen problemas que paso a mencionar, pues la Ley crea la regla, pe-

---

de persona en proceso de desarrollo (...) 33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD) (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004)." En igual línea, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, reafirmó el principio de especialidad explicando uno de sus alcances: "El artículo 40, inciso 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño refiere que 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 declara culpable de haber infringido esas leyes; y en forma concordante con esa disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales, distintos de los correspondientes a los mayores de edad (O.C. Nº 17/2002) (...) En consecuencia, es desacertado supeditar la efectivización del principio de que los menores de edad sean juzgados por tribunales especializados a una eventual modificación de las reglas de distribución de competencia que contiene la Ley procesal, toda vez que corresponde también a los tribunales locales el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado."

ro también su excepción (trampa a la especialidad). El artículo 19 de la Ley Nº 13.634 establece: "A los fines de la transformación en juzgados de responsabilidad penal juvenil y juzgados de garantías del joven creados por esta Ley, se disuelven en los distintos departamentos judiciales todos los Tribunales de Menores actualmente existentes, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 89". El artículo 89 dice, para completar la trampa a la especialidad: "Los magistrados actualmente titulares de los Tribunales de Menores disueltos por el artículo 19, permanecerán en sus funciones atendiendo las causas que tramitan en sus respectivos Tribunales, y continuarán haciéndolo con posterioridad a su asunción como jueces de responsabilidad penal juvenil o jueces de garantías del joven". Si un nuevo derecho de la infancia debe combatir el fraude de etiquetas, un sistema que nace de este modo no proviene de lo nuevo. El artículo 90 de la Ley Nº 13.634 remata: "En correlación con lo dispuesto en el artículo 19, autorizase al Poder Ejecutivo a reasignar por Decreto, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia, a los actuales Magistrados del Fuero de Menores en los nuevos cargos creados por la presente".

#### **4.3. REGLA DE LA ESPECIALIDAD POR IDONEIDAD/APTITUD ESPECIAL COMPROBADA ANTE ÓRGANO DE ELECCIÓN DE JUECES –CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. ESPECIALIDAD PERFECCIONABLE POR CAPACITACIÓN INTERNA.**

El artículo 24 de la Ley Nº 13.634, establece dos reglas:

- a. Idoneidad acreditada por selección (*ex ante*): Los aspirantes a cubrir los cargos del Ministerio Público creados por la presente, deberán acreditar especialización en Derechos del Niño y amplio conocimiento del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos del Niño ante el Consejo de la Magistratura.
- b. Especialidad perfeccionable por capacitación interna (*ex post*): Asimismo, la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia proveerá la capacitación que estimare conveniente a los Miembros del Ministerio Público designados con la citada especialización.

Es decir, la especialidad como idoneidad acreditada (*ex ante*), no es fungible por alguien que no haya pasado por el proceso de selección especial (por ejemplo un Fiscal ordinario). La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40.3 exige analizar la idea de "especialidad o especificidad", no como un aspecto "de hecho" (posee o no tal capacidad), sino como "un elemento normativo"

de la actividad fundante de los actos jurídicos que tienen consecuencias sobre el particular sujeto de tutela: el niño/joven.<sup>6</sup> El proceso de capacitación (ex post) y de adquisición de la aptitud se perfecciona por una política interna de los órganos superiores (ver art. 91: “La Suprema Corte de Justicia deberá proveer la capacitación permanente y especializada a Magistrados y al personal mencionado en el artículo anterior, adecuada a sus nuevas funciones”).

#### **4.4. PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA Y NO FUNGIBLE-SUSTITUIBLE (LA SUBROGANCIA DEL SISTEMA DE ADULTOS COMO TRAMPA AL SISTEMA PENAL JUVENIL)**

El artículo 29 establece, en concordancia con el artículo 1 ya visto: “El Juez de Garantías del Joven tendrá la misma competencia asignada por el artículo 23 de la Ley Nº 11.922 –Código Procesal Penal– y modificatorias, con la especificidad de serlo respecto de niños.” Esto ha llevado a un aprovechamiento en el que los jueces intervienen (sistemáticamente) subrogando a Tribunales del Crimen de adultos, que están acéfalos o vacantes. El artículo 27 establece una regla interesante: “El Tribunal Penal de la Responsabilidad Penal Juvenil (...) estará constituido por tres (3) Jueces de la Responsabilidad Penal Juvenil del respectivo departamento judicial. En los departamentos judiciales en los que no pueda conformarse el Tribunal por no haber tres (3) Jueces de la Responsabilidad Penal Juvenil, el mismo se integrará con el Juez de Garantías del Joven que no hubiese intervenido en el proceso. En aquellos departamentos judiciales donde funcione sólo un (1) Juez Penal de la Responsabilidad Penal Juvenil, el Tribunal será presidido por éste e integrado por Jueces de la Responsabilidad Penal Juvenil de otros departamentos judiciales, los que serán predeterminados por sorteo al comienzo de cada año por la Suprema Corte de Justicia (...)”.

Aquí ha ocurrido la mayor violación al principio de especialidad en la Provincia, dado que no se han cubierto todas las vacantes aún, o bien alguno de los jueces está recusado o con licencia. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha obliterado el artículo por la Resolución Nº 1.216 que establece, en el artículo 1º, inciso c: “En los casos en que no hubiere número suficiente u operadas las sucesivas sustituciones persistiera el impedimento, se recurrirá por sorteo a los jueces de primera instancia del fuero penal que no se encuentren en turno al momento de la desinsaculación”. Mientras tanto, en el inciso d,

---

<sup>6</sup> Acá advierto un problema: la mayoría de los funcionarios que ingresaron como magistrados a partir de 2008, tras un concurso llevado a cabo en el Consejo de la Magistratura Provincial, son provenientes del Fuero Penal de Adultos, o del viejo sistema de Tribunal de Menores.

se dispone: “En los casos excepcionales en que persista el impedimento, se acudir  a los magistrados que conforman la siguiente lista y en el siguiente orden: jueces de primera o única instancia de los fueros Contencioso Administrativo, Laboral, Civil y Comercial y Familia. Los magistrados no serán convocados a integrar los Juzgados en una nueva causa, hasta tanto se agote la totalidad de los jueces que integran la lista”.

Ningún artículo de la Ley N  13.634 ha contemplado una subrogancia como la que la Suprema Corte aquí ha previsto. De modo que el artículo 1 , en los incisos c y d, de la Resolución N  1.216, al pretender reglamentar los mecanismos de composición e integración del Tribunal de Juicio, permite realizar reemplazos con jueces no especializados no previstos por el legislador, cercenando –de ese modo– el derecho que tiene todo niño/joven al que se le imputa un delito, a ser juzgado por una jurisdicción especializada en niños/adolescentes. Decimos entonces que la reglamentación dictada por la Suprema Corte Provincial, si acaso es una potestad constitucional,<sup>7</sup> restringe derechos y garantías, que la propia Ley de fondo no ha previsto (el artículo 28 de la Constitución Nacional dispone que los derechos “no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”). Entiendo que no existen razones legales que justifiquen que por medio de la Resolución N  1.216 se contrarie el sentido de aquello que el legislador ha previsto en el artículo 27 de la Ley N  13.634, el cual resulta en perfecta armonía con el mandato previsto en el artículo 40, párrafo 3, de la CIDN que obliga a mantener la garantía de una jurisdicción especializada.

Los jueces de garantías del joven no se subrogan entre sí tal como lo establece el artículo 27 de la Ley N  13.634 en su primera parte, a la hora de conformar Tribunales de Juicio. Lo hacen obliterando el sentido de la Ley, siguiendo pautas prácticas de subrogancia establecidas por la Suprema Corte.

El artículo 27 de la Ley N  13.634, en su segunda parte, establece que aún en el caso de no poderse cubrir la vacante con un juez especializado del mismo

7 Entiendo –en primer lugar– que la SCBA carece de potestades legislativas o reglamentarias propias del Ejecutivo provincial para reglamentar una norma como la Ley N  13.634. En efecto, el artículo 161 de la Constitución Provincial no contempla una atribución como la que la Suprema Corte se arroga, en tanto si bien puede reglamentar aspectos que hacen a su propia Administración de Justicia (subrogancias, por ej.), no puede ni podría extenderse hacia aspectos que la Ley no ha previsto. De modo que la reglamentación, que en el caso que se trae pretende reformular y rellenar supuestos vacíos de la propia Ley N  13.634 (a mi entender no son vacíos, pues en su artículo 27 explica completamente el sistema de subrogancias), implica la auto-atribución de facultades que la Constitución Provincial le ha otorgado solo al Poder Legislativo (arts. 103 a 112); o bien como Potestad reglamentaria al Ejecutivo (arts. 144 a 146). En segundo lugar, aún cuando se considere que se trata de una facultad reglamentaria de la Suprema Corte, la misma no podría desnaturalizar el sentido de la propia Ley N  13.634, el mecanismo de subrogancias que esta ha previsto y el especial énfasis dado al principio de “especialidad” o “especificidad” de la jurisdicción.

departamento, debería integrarse con un juez especializado de otro departamento. Ninguna razón constitucional justifica la integración de Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil con magistrados provenientes de la Justicia de Adultos, acostumbrado a pautas y/o trato vinculado a un modelo distinto de juzgamiento.<sup>8</sup>

8 Nada justifica que no se hayan previsto estas situaciones conflictivas y se pretenda cercenar derechos de los jóvenes (la especialidad del magistrado que lo va a juzgar), porque acaso no existen en el departamento judicial listas de conjuces especializados subrogantes; o bien porque no se llenan las vacantes con jueces especializados de otros departamentos tal como prevé en su última parte el artículo 37 de la Ley Nº 13.634. La situación descripta resulta injusta en la practica y ha llevado a que las Defensorías Penales Juveniles de este Departamento Judicial de La Plata, con fecha 27/10/09 hayamos elevado nota al Defensor General Departamental y a la Sra. Procuradora de la Corte, esbozando la preocupación respecto a designaciones de Jueces de Adultos para juzgar a niños: "Tenemos el agrado de dirigirnos a Ud. a fin de solicitar eleve la presente propuesta a la Sra. Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia para que se incorpore al Departamento Judicial de La Plata en el sorteo para la integración de los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, de acuerdo con las previsiones del artículo 27 de la Ley Nº 13.634 (...). Tal vez por omisión involuntaria no se ha incorporado a este Departamento Judicial en el sorteo previsto por Resolución Nº 1.214/ 08 de la Suprema Corte de Justicia. (...) En ese marco, la Presidencia de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías de La Plata ha integrado Tribunales con Jueces no especializados. Así en causa Nº 1425/2009, de trámite por ante el Juzgado de Responsabilidad Nº 2. (...) La integración no especializada vulnera los principios de especialidad del Fuero y el del Juez Natural previstos en los artículos 18 y 75, inc. 22, de la C.N. por su remisión al artículo 40, inc. 3, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 27 de la Ley Nº 13.634 y artículo 1º del CPP. Es contraria, también a las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (reglas 1.6 y 6). Ellas constituyen norma interpretativa de la normativa específica del Fuero en nuestra Provincia a partir de la disposición del artículo 10 de la Ley Nº 13.298. (...) Por otro lado, vulnera el principio de igualdad ante la Ley (artículos 16 de la C.N. y 11 de la Constitución Provincial). En efecto, otros Departamentos Judiciales que cuentan con dos Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil integran los Tribunales Juveniles con pares de otra jurisdicción (por ejemplo, Quilmes), y aún los que sólo cuentan con un único Juez Juvenil, se integran con otros departamentos hasta conformar el Tribunal (por ejemplo, Dolores). Así los jóvenes del Departamento Judicial de La Plata se encuentran en situación de discriminación respecto de los que habitan en los restantes departamentos judiciales (...). Entendemos que resulta adecuado, por los motivos señalados, requerir a la Suprema Corte de Justicia que incorpore Departamento Judicial de La Plata en los sorteos previstos en la Resolución Nº 1.214/08 y las subsiguientes referidas a idéntica cuestión, y que disponga que aquellas causas en las que se hubiera designado Jueces no especializados y no se hubiera realizado aún audiencia de debate se disponga una nueva integración bajo las pautas propuestas (...). Si bien hasta el momento la Procuración Bonaerense no se ha expedido al respecto, por Resolución Nº 862/09 del 21 de Diciembre de 2009, se ha dicho: "El Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil se caracteriza por su especialización y especificidad, conforme lo expresamente normado por los artículos 23, 24, 31 y ccs. de la Ley Nº 13.634, disposiciones que reparan en las especiales características del individuo involucrado en casos de esa naturaleza y las particulares limitaciones que en estos casos rigen respecto de una eventual respuesta punitiva. Esta Procuración General ha destacado, desde el dictamen emitido en P. 93.713 "Amoroso" el 19/7/2006, la trascendencia que asumen los principios de idoneidad y especialidad en el diseño de políticas legislativas o institucionales en materia de infancia, principios que también habrán de regir la implementación de aquellas políticas siguiendo los lineamientos trazados en los artículos 40 y 41 de la Convención de los derechos del Niño (...)". Es claro que el criterio de conformar Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil con jueces que provienen de la Justicia de Adultos conculca derechos. A esta altura, a dos años de la implementación del Fuero penal Juvenil, las meras razones de gestión no deben ser atendidas para excepcionar garantías y derechos. En tal sentido, la Acordada Nº 1.216 de la SCBA resulta contraria al principio de especialidad receptado por la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que resulta inconstitucional.

Muchos defensores hemos tratado de impugnar estas conformaciones recusando a los jueces del fuero de adultos, con fundamento en el artículo 27 de la Ley Nº 13.634. Muchos de esos jueces se han opuesto, invocando la Resolución Nº 1.216 ya citada. Ocurren dos cuestiones: a) no hay causal de recusación motivada en la falta de especialidad (artículo 47 de la Ley Nº 11.922),<sup>9</sup> de allí que agotado el doble conforme no se abra la tercera instancia toda vez que se entienda que la sentencia no es equiparable a definitiva; b) agotado el doble conforme, el juicio se lleva a cabo y la impugnación termina siendo posible recién en la apelación de la sentencia final de condena; con lo cual, la cuestión termina quedando abstracta y de tratamiento inoficioso.<sup>10</sup> Esto nos lleva al punto siguiente.

#### 4.5. EL DOBLE CONFORME NO ESPECIALIZADO

Hemos visto que, conforme a la normativa internacional, existe un estándar internacional o pauta hermenéutica que deviene de la CIDN y que ha sido interpretado en la necesidad de crear un Fuero Minoril “en un sentido amplio”, sin restricciones que impliquen forzar el concepto de jurisdicción minoril solo a una primera instancia, sin tener en cuenta la posibilidad de asignarle a la segunda instancia el logro de una competencia especial.

Nace la necesidad de pensar el derecho de niños y jóvenes a obtener un doble conforme especializado integral, como parte de una misma jurisdicción especializada (de revisión amplia) en la temática minoril, conformada por Salas de las Cámaras Penales Departamentales, creadas a tales efectos.

9 Lo que no se advierte en estos casos es que el mecanismo de “la recusación” es el medio más “rápido”, “sencillo” y efectivo” de impugnación, de conformidad con el artículo 25 CADH; por lo tanto, oponer la “supuesta” taxatividad del artículo 47 del CPP (la falta de especialidad no es causal de imparcialidad) no corresponde, sobre todo ante la inminente vulneración de derechos y garantías sobre la persona del justiciable. Cuestiones: ¿Cuál será entonces el mecanismo oportuno para hacer saber tal irregularidad? ¿Para hacer tal planteo, habrá que esperar a que culmine el juicio, y que se dicte una sentencia definitiva, y el defensor tenga que llegar hasta las últimas instancias recursivas? ¿Cuál es el costo en términos de derechos? La respuesta parece ser siempre la misma. La supuesta eficacia de un juicio rápido y una pena efectiva, aún asumiendo el riesgo de irregularidades funcionales. O bien, el fin que justifica los medios: el fin es la pena rápida, el medio son los derechos conculcados, pero aceptada esa situación por los jueces, en función de la necesidad de pena. Si bien es cierto que el artículo 47 del CPPBA no ha contemplado la causal “falta de especialidad” como causal de recusación/excusación, dicha norma debe ser interpretada en su sentido no taxativo/re restrictivo, sino enunciativo y más amplio posible (en el sentido de que el principio *pro homine* se proyecta al derecho penal juvenil). Por otra parte, en caso de juzgamiento de niños, la Ley Nº 13.634 y la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 40.3 exigen analizar la idea de falta de “especialidad o especificidad”, como un “elemento normativo” fundante de los actos jurídicos que tienen consecuencia sobre el particular sujeto de tutela: el niño/joven.

10 Así por ejemplo, si la condena es corta (6 o 7 años), lo más probable que nunca llegue a instancias extraordinarias de revisión; por lo que el agravio se pierde en el camino.

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 10 (punto 60), ha sostenido que el derecho de apelación (establecido en el artículo 40.2.b. de la CIDN), implica que:

“(…) El niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia”.

A mi entender, siguiendo las ideas del Comité de los Derechos del Niño, no puede satisfacer las mismas normas y requisitos que el que conoció el caso en primera instancia, si acaso no se tratara de un funcionario capacitado y especializado, conforme establece el principio de especialidad del artículo 40, párrafo 3° de la CIDN, y quien ha cumplido con los requisitos establecidos por los artículos 24 y 25 de la Ley local N° 13.634.

En el fuero Penal Juvenil Provincial se violenta la garantía de doble conforme especializado, pues los magistrados que componen las Salas de la Cámara Penal y de Garantías revisan los actos del Sistema Penal Juvenil sin tener la capacitación ni la formación necesaria; a la vez que sin haber rendido los exámenes correspondientes a la especialidad que hemos rendido ante el Consejo de la Magistratura los que hemos sido designados conforme los artículos 24, 27 y 29 de la Ley N° 13.634. La consecuencia es un sistema de alta disparidad de criterios, con el riesgo de inobservancia permanente de la Convención sobre los Derechos del Niño. O bien, la asimilación lenta del Sistema Penal Juvenil a los criterios establecidos en la jurisprudencia de las Salas de las Cámaras Penales para adultos.

No se trata de una cuestión “de hecho” analizar en cada caso si un juez de Cámara tenía o no preparación en la temática minoril. Es una cuestión formal y constitucional (de idoneidad en la materia probada ante el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires), que los magistrados que revistan aspectos de especial tratamiento y trato ante niños infractores, lo hagan con la misma (o mejor) capacidad formal y constitucional que los que sí hemos pasado por dicho proceso de designación. Pues resulta ilógico y carente de fundamentos que la especialidad que preserva la manda del artículo 40.3 de la CIDN haya sido consagrada hacia una tutela jurisdiccional restringida (hacia la primera instancia), dejando de lado una tutela amplia (sobre una primera y segunda instancia).<sup>11</sup>

---

11 La existencia de un proyecto de reforma de la Ley N° 13.634 bajo el trámite legislativo D2778/10-11 ante la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires demuestra que el planteo aquí realizado no es dogmático, sino real, viable y concreto. Dicho proyecto se enmarca en la problemática que aquí se trata y

## 5. COLOFÓN

La ausencia o el bastardeo de la especialidad o especificidad dentro del nuevo Sistema Penal Juvenil creado en 2008 en la Provincia de Buenos Aires conlleva la subordinación de este sistema normativo institucional a las rutinas y prácticas institucionales del Sistema Procesal Penal de Adultos, que tiene más de diez años (Ley Nº 11.922, vigente desde 1998).

Hasta aquí puede vislumbrarse un tipo de especialidad robusta o débil, según sea la inserción institucional de la “especialidad” como plus de derechos y capacidad de (mejorar) trato, proyectada hacia un sistema autónomo, no residual o satelital.

En la Provincia de Buenos Aires estaremos ante una especialidad restrictiva y material, como contracara de lo que puede ser una especialidad robusta y garantista, hasta tanto no se brinde una política criminal y procesal que asegure un escenario autónomo de nueva institucionalidad formalmente capacitada y seleccionada, cuya calidad se asiente en una verdadera jurisdicción especial (en un sentido amplio), frente a niños y adolescentes infractores.

La utilización automática de prisiones preventivas, la aplicación de penas exorbitantes, el hacinamiento en lugares de detención, la detención policial sin control judicial inmediato, entre otras cuestiones, son datos o ejemplos que evidencian un sistema penal juvenil reflejo a las características abusivas del sistema actual de adultos. La tendencia a la réplica en las prácticas abusivas da cuenta de cierta convivencia-connivencia entre una doble tradición de pauta: la tutelar y la procesal de los adultos.

La proyección efectiva de una especialidad garantista y sustantiva como política criminal-procesal hacia niños-adolescentes es lo que podría quebrar la tendencia que se observa.

# PERSECUCIÓN PENAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

CARLOS BIGALLI<sup>2</sup>

El derecho internacional de los derechos humanos exige a los Estados que decidan aplicar poder punitivo a personas acusadas de haber cometido un delito cuando eran menores de 18 años de edad cumplir con dos condiciones: (a) establecer una edad, no demasiado temprana, por debajo de la cual el Estado renuncia a toda coerción y (b) establecer, para los que superen esa edad, una respuesta sustantiva y un modo de enjuiciamiento, peculiares, diferentes a los de los adultos, con intervención de operadores especializados.

En razón de que en nuestro medio se aplica poder punitivo a personas menores de 18 años, analizaré si se cumplen las condiciones referidas.

El Estado Nacional ha omitido cumplir con su obligación de adecuar el derecho sustantivo interno al derecho internacional de los derechos humanos y los órganos jurisdiccionales siguen aplicando una *Ley de facto* –la Nº 22.278, dictada por quienes usurparon el poder en 1976– que valida dos inconstitucionales ejercicios de poder punitivo. Uno encubierto con cosmética tutelar –aplicable a la franja etaria de cero a 18 años– y otro manifiesto, de aplicación diferida, que, salvo dos cuestiones –la posibilidad de no imponer pena y la posibilidad de reducir la pena conforme a la escala de la tentativa–, implica la aplicación de la misma respuesta sustantiva prevista para los adultos. El ejercicio de poder punitivo encubierto viola la proscripción del uso de coerción por debajo de la edad mínima establecida por el Estado. En tanto, el manifiesto vulnera la exigencia de respuesta sustantiva diferenciada. Lo afirmado puede percibirse en la realidad a través de dos prácticas: (1) la privación de la libertad de personas me-

---

1 Ponencia presentada el 9 de noviembre de 2011, Facultad de Derecho de la UBA. Jornada “Hacia una Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad de Buenos Aires” –Experiencias Argentinas, Panel I– Organizado por el Consejo de la Magistratura de CABA, Defensoría General CABA, Ministerio Público Tutelar CABA.

2 Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

nores de 16 años, jurídicamente no punibles y (2) la condena a la pena máxima prevista para adultos (pena privativa de la libertad perpetua) a personas a quienes se consideró que cometieron un hecho delictual antes de cumplir los 18 años de edad.

Esos dos inconstitucionales ejercicios de poder punitivo han sido validados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El primero de ellos en una sentencia dictada en un proceso de *habeas corpus* (García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537) donde la corte, luego de criticar los eufemismos que primaron en el derecho de menores, recurrió –incurriendo en la falacia denominada *tu quoque* (de “tu también hijo mío”, locución que habría empleado César cuando vio que entre sus matadores estaba su hijo Bruto)– al eufemismo de denominar a las normas inconstitucionales como *situaciones en fuerte tensión con el derecho constitucional y convencional*, en virtud de las cuales decidió requerirle “al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional” (considerando 13). Luego, sentó un particular criterio para resolver jurisdiccionalmente casos de privación de libertad de las personas menores de edad: (a) el de la *conveniencia de mantener la internación de los niños sujetos a internación* y (b) en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el de orientarse hacia *servicios sustitutivos de la internación*. Obviamente –dice la corte– que en el ejercicio de dicho rol [a los magistrados], les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad (considerando 12). Ciclópea tarea la impuesta a los órganos jurisdiccionales: pronunciarse sobre la procedencia de la internación de los niños no sujetos a internación. Adviértase que la Ley N° 26.061, invocada en el fallo, establece expresamente que “en ningún caso las medidas de protección podrán consistir en privación de la libertad” (art. 33).

El segundo ejercicio inconstitucional de poder punitivo avalado tuvo lugar cuando, en una sentencia, la Corte tuvo que decidir un planteo de inconstitucionalidad de las normas que posibilitaron la condena a una pena privativa de la libertad perpetua impuesta a una persona por hechos que se consideraron cometidos cuando ésta era menor de edad (M. 1022. XXXIX, rta. 7/12/05). Allí la Corte, luego de afirmar que existe un *corpus iuris* de derecho internacional que veda una respuesta punitiva idéntica a la que corresponde a los adultos res-

pecto de personas que cometen un hecho cuando son menores de 18 años, decidió revocar la sentencia porque en ella no fue fundada la no imposición de una pena con la reducción punitiva prevista para la tentativa. Considero que si la proscripción de una pena idéntica no impide la imposición de la pena máxima prevista para los adultos, la “proscripción”, al carecer de fuerza normativa, no supera el estatus de bella declamación.

En la Ciudad de Buenos Aires existe un modo de enjuiciamiento peculiar: el régimen procesal penal juvenil, que tiene algunas normas que lo tornan valioso. Una de ellas prescribe que cuando un órgano jurisdiccional advierte que una persona no es perseguible penalmente por hallarse amparada por una causa personal de exclusión de la punibilidad, tiene que proceder al archivo sólo con notificación al defensor y al fiscal, sin previa vista de ningún actor. Otra es la que establece que las personas no perseguibles penalmente no están sujetas a la intervención del Ministerio Público Fiscal ni de la jurisdicción. Entonces, existe un modo de enjuiciamiento especial que contiene algunas características interesantes, en términos comparativos, y además establece la intervención de operadores judiciales (jurisdiccionales y del Ministerio Público) especializados.

Lo que acontece en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires es que aún no se crearon esos órganos especializados previstos por la legislación. El único órgano que existe es el asesor tutelar, cuya función, compatible con el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, es la de bregar por la efectivización de los derechos y garantías de las personas menores de 18 años de edad. No hay otros órganos especializados del Ministerio Público ni de la jurisdicción.

Es obvio que la exigencia de una Justicia especializada no se satisface con cualquier Justicia —porque nos hallaríamos ante un nuevo fraude de etiquetas y porque reeditaríamos una concepción bastarda de la especialización— sino con la regulada por el artículo 5.5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Haré una breve recorrida por el Comité de los Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General Nº 10, sostuvo que un sistema amplio de Justicia de menores requiere el establecimiento de unidades especializadas de policía, judicatura, sistema judicial, fiscalía y disponibilidad de defensores especializados (párr. 92).

La Corte Interamericana de DDHH, en la Opinión Consultiva 17/2002, sostuvo que una consecuencia evidente de atender en forma diferenciada y especí-

fica las cuestiones relativas a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos (párr. 109). En tanto, en la sentencia dictada en el caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay" agregó que los operadores de la Justicia penal juvenil deben estar especialmente preparados y capacitados en los DDHH del niño (párr. 211).

La Comisión Interamericana de DDHH, en un viejo informe (el 41/99), había sostenido: "Respecto al juzgamiento de los menores, hemos dicho que el artículo 5.5 de la Convención establece la obligación específica de llevar a los menores ante tribunales especializados. Esta disposición establece la obligación de crear una Magistratura especializada en infracciones cometidas por personas menores de 18 años de edad que sea la única competente para juzgar a los menores" y que esa "disposición recoge una de las principales normas de derecho internacional en materia de derechos humanos de la infancia: la prohibición de juzgar a niños como adultos".

Recientemente, la Comisión Interamericana de DDHH, en el informe titulado "Justicia Juvenil y DDHH en las Américas", del 13 de julio de 2011, se refirió al "principio de especialización", en los párrafos 81 y siguientes. Allí, la Comisión manifestó su preocupación porque en algunos pueblos, lejanos a ciudades importantes, no existe una Justicia especializada. ¿Imaginan lo que dirían los comisionados si tematizaran la ausencia de una Justicia especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?

# LA EXPERIENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL SOBRE JUSTICIA PENAL JUVENIL ESPECIALIZADA. CASOS PRÁCTICOS<sup>1</sup>

LUIS DUACASTELLA<sup>2</sup>

Debo aclarar que, a diferencia de los demás expositores, yo no soy un especialista en esta materia, pero la fuerza de los hechos me ha llevado a tener que intervenir en casos seguidos a menores cuyas garantías se encontraban afectadas. Entre ellos en el *habeas corpus* colectivo, correctivo y preventivo, para exigir el urgente cese de la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes en las comisarías de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires iniciado por la Sra. Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, Dra. Laura Musa.

Esta acción judicial se interpuso frente a la evidencia de que, con el objeto de ser identificados, los niños, niñas y adolescentes imputados de los delitos transferidos eran privados de libertad en comisarías, en clara contraposición con la legislación local e internacional. Era cierto que, en ese momento, los menores de edad incurso en causas penales eran conducidos a dependencias policiales, violándose cuantiosas garantías.

También fue necesario, y esto fue una labor propia del Ministerio Público que encabecé, recorrer cada una de las dependencias policiales, las 53 comisarías, las 7 divisiones especializadas en distintos delitos donde se llevaban a los menores de edad, para establecer y documentar en el expediente de *habeas corpus* si se cumplían o no esas exigencias. Esta experiencia, en lo personal, fue muy valiosa; pero también desde lo institucional, para el Ministerio Público, adquirió gran valor al poner en evidencia la necesidad de la especialización en la Justicia juvenil.

1 Ponencia presentada el 9 de noviembre de 2011, Facultad de Derecho de la UBA. Jornada "Hacia una Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad de Buenos Aires" –Experiencias Argentinas, Panel I– Organizado por el Consejo de la Magistratura de CABA, Defensoría General CABA, Ministerio Público Tutelar CABA.

2 Fiscal Coordinador de la Unidad Fiscal Sur de la CABA.

El sistema acusatorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es sumamente impiadoso con los funcionarios del Ministerio Público Fiscal. Requiere la inmediata intervención de un fiscal para llevar adelante la investigación y el ejercicio de la acción penal o contravencional en su caso, que –y esto lo sostengo sobre la base de mi experiencia– no está debidamente preparado técnica ni materialmente para abordar con eficiencia la temática juvenil. Esta carencia de especialización, sumada a lo vertiginoso del proceso de flagrancia, lo llevará en algunos casos a equivocarse y, lo que es peor, a afectar con ello las garantías del joven imputado.

Cierto es que nuestra novel Justicia local, si bien es una Justicia en crecimiento, cumple acabadamente con las normas que en virtud de los pactos internacionales han tornado operativas garantías procesales, incluidas las que protegen a menores de edad, que en otros tribunales, por lo menos en lo que es de mi conocimiento, no se respetan.

En efecto nuestro régimen procesal penal juvenil contempla garantías tales como la del plazo razonable y cierto de duración del proceso, la limitación de los términos de detención tanto para adultos como para menores de edad, que son sumamente exiguos en comparación con el ordenamiento procesal nacional.

También establece un sistema adversarial en el que la Defensa Pública es suficientemente fuerte y poderosa como para oponerse al avance de la Fiscalía; donde la Asesoría Tutelar, especialmente en el tema juvenil, ha demostrado una gran capacidad para intervenir en resguardo de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

Concomitantemente, en este escenario se despliega el accionar de un fiscal que puede estar acreditado para llevar a cabo su función de representar el interés general de la sociedad, pero no posee especialización en materia penal juvenil y debe actuar frente a jueces que, si bien están formados y preparados en el cumplimiento general de garantías, carecen también de dicha especialidad al menos acreditada en debida forma. Es cierto que no conocemos las especialidades de todos los fiscales y jueces en materia juvenil; así como yo no las tengo, supongo que algunos las tendrán y otros no, pero no fueron seleccionados para eso. También es cierto que los jueces de la Ciudad, y por lo tanto los fiscales de la Ciudad, tenemos una jurisdicción plena en delitos, contravenciones y faltas; incluidos los delitos que cometan niños, niñas y adolescentes, no ya las contravenciones y las faltas por las que éstos no serían punibles. Y en el caso del Ministerio Público Fiscal, esa jurisdicción está ligada al territorio, lo cual tor-

na muy compleja la instalación de una Justicia especializada desde el punto de vista del legislador y de quienes deban manejar el presupuesto o dirigir la política judicial de la Ciudad.

Esto no significa que se deba claudicar frente a estos problemas y privar a los jóvenes de esta garantía de especialidad por falta de recursos.

Sin referirme directamente a los beneficios de una Justicia especializada, pues el tema lo han abordado suficientemente los expositores que me precedieron que sí tienen conocimiento en la materia, considero que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) hay aspectos muy interesantes que tendrían un valor superlativo de existir esta Justicia especial juvenil. Por ejemplo: dentro de las facultades del fiscal, de acuerdo a la Ley Nº 2.451, hay algunas de gran valor, que no tienen correlato en otros regímenes procesales juveniles.

La primera es la posibilidad de archivar las actuaciones en el supuesto de que *se trate de una persecución penal injustificada*. Esto es, el uso de una facultad de carácter discrecional, que también tenemos los fiscales respecto de delitos cometidos por los adultos, con la única limitación de que en el Código Procesal Penal que se aplica en adultos se establece “*salvo criterio general de actuación en contrario*”, es decir que el Fiscal General puede reglamentar esta facultad, limitándola en determinados supuestos. Pero en el régimen procesal penal juvenil el Fiscal General no tiene prevista la facultad de dictar un criterio en contrario al archivo.

El Régimen Procesal Penal Juvenil también fija que el Fiscal General puede archivar las actuaciones cuando lo considere *la mejor solución al conflicto o para el futuro del imputado*. Esta es una facultad basada en un criterio discrecional amplísimo que merecería, en mi opinión, ser analizado por un fiscal especializado en materia juvenil. Es decir, este pronóstico sobre el futuro del imputado debe ser tomado seriamente, ya que, por supuesto, cualquier cosa puede ser mejor que una condena penal para un joven, y si vamos a pensar en el futuro desde ese punto de vista, el pronóstico del futuro del imputado frente a un conflicto penal tiene que estar bien fundamentado en razones que sólo la especialidad puede dar.

Siguiendo con la novedades, la mejor solución para el conflicto también va en algún aspecto ligada a otra facultad que el mismo régimen procesal juvenil le otorga al fiscal: la de procurar someter a mediación el conflicto entre las partes. Mediación penal juvenil, que a diferencia de la mediación de adultos –que tantos problemas nos ha dado por su falta de regulación– se encuentra prolijamente regulada en el mencionado régimen procesal.

Recuerdo que hace muchos años ya hablábamos en la Ciudad de la mediación penal, cuando ésta aún no existía. Y cuando se legisló en el Código Procesal Penal para los adultos nos lamentamos en otro foro sobre la falta de regulación específica y propusimos que debía tomarse un sistema parecido a la regulación dispuesta en el régimen juvenil.

Y no creo que este completo sistema de mediación pueda tener éxito sin una Justicia especializada, y un fiscal especializado. Porque, realmente, el acercar a las partes en un conflicto y valorar cuál es el aspecto que puedan solucionar requiere también de este conocimiento especializado que los fiscales de la Ciudad carecemos por no haber sido seleccionados para tal fin.

Otro aspecto en el que estamos en deuda o tenemos algún conflicto sobre si es posible es la remisión cuando el menor imputado de un delito cumplió 18 años y dejó de ser menor de edad. Creo que eso se está discutiendo, pero no hemos entrado a analizar, profundizar y fijar protocolos de intervención o de actuación por parte del Ministerio Público Fiscal frente a las solicitudes de remisión en el proceso penal. Cuándo operaría, bajo qué condiciones, en base a qué criterios, que la falta de formación específica nos impide abordar con solvencia.

Y, en mi experiencia como Coordinador de la Unidad Fiscal Sur integrada por 7 fiscales, que abarca una cuarta parte de la Ciudad, sólo se han dado uno o dos casos al año en los que se adoptó este tipo de solución. Si bien son muy pocas las causas penales de menores de edad, debo reconocer que esto es ínfimo, y que debería maximizarse su utilización.

Otro aspecto que me lleva a apoyar la especialización de la Justicia en materia juvenil surge de contemplar que nuestro sistema procesal dispone de una instrucción preparatoria muy corta cuando el delito flagrante es cometido por un joven. Es decir, cuando un menor de edad estuvo privado de la libertad, existe un plazo de 15 días para que el fiscal juvenil concluya la investigación preparatoria, disponiendo el archivo, proponiendo una solución alternativa o requiriendo la elevación de la causa a juicio. Se ha discutido si este plazo es de 15 días corridos o de 15 días hábiles. Sobre esto, la Cámara de Apelaciones resolvió de oficio que dicha norma es inconstitucional por violar el principio de oficialidad de la persecución penal. Con lo cual nos dejó la duda de si son 15 días corridos o 15 días hábiles. Entonces, este término de investigación preparatoria, realmente muy corto, que cumple acabadamente con el estándar de plazo razonable de duración de proceso especialmente en un plus para el menor de edad que exigen las convenciones, requiere de un fiscal preparado para actuar

específicamente en el caso, que no se encuentre abrumado por un centenar de otros procesos que poseen plazos más extensos para su tramitación.

Es decir, claramente este sistema requiere que en estos casos, donde el fiscal finalmente decida continuar con el proceso y llevarlo a juicio, de un operador judicial preparado y en condiciones, no sólo intelectuales sino en capacidad de resolver el conflicto y en su caso acusar en tan solo 15 días, sin tener la carga de intervenir a la vez en otra numerosa cantidad de causas de adultos.

En este sentido, nos encontramos también discutiendo actualmente ante la Cámara si el plazo de 15 días alcanza a los mayores involucrados en el proceso o es exclusivo para niños y adolescentes, lo que reforzaría la necesidad de especializar la actuación fiscal.

Finalmente, como dice el voto en disidencia de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Fayt, Boggiano y Bossert en el caso "Feliceti", garantizar implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir a fin de que los individuos puedan disfrutar de los derechos tutelares que los tratados les reconocen.

Creo que es necesario que sigamos avanzando como lo hacemos en nuestra Justicia, que sin prisa ha sido persistente en instalar un sistema judicial que comparativamente, desde mi opinión personal –no se ofendan los que son de otra Justicia– es claramente superior al de la Justicia nacional. Muchas gracias.

# EL TUTELARISMO TIENE RAZONES QUE LA RAZÓN NO ENTIENDE<sup>1</sup>

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ<sup>2</sup>

“Te devoraré”, dijo la pantera.

“Peor para ti”, dijo la espada.

*William Ospina*

En materia de información cuantitativa sobre las cuestiones relativas a las personas menores de edad, se puede afirmar que nuestro país está en la *edad de piedra*, comparado con los datos que pudo brindar el Dr. Berríos<sup>3</sup>, sobre la situación en Chile. La última información cuantitativa que nosotros tenemos a nivel nacional es que en el periodo 2006-2007 había 1.799 personas menores de edad privadas de libertad en la Argentina. Falta mucha información que sería importante conocer en relación a esa cifra. Es necesario advertir que nosotros no contamos con esa información, pero tampoco el público ni los operadores del sistema. Lo saben únicamente quienes hicieron esa investigación, pero por algún motivo no lo dan a conocer. Sería fundamental saber cómo estaban desagregados los datos por provincia. Tampoco sabemos –lo que para nosotros tiene una importancia fundamental– de esos 1.799, cuántos eran mayores de 16 años y cuántos menores.

Se sabe que para el mes de noviembre de 2011 la SENNAF está elaborando una actualización sobre este estudio, por el momento no tenemos novedades. Esperemos, en primer lugar, que ese estudio se haga público y, en segundo lugar, tener una desagregación por provincia. Pero por sobre todas las cosas, esperamos –porque puede ser fundamental para el debate– que tengamos una

---

1 Ponencia presentada el 9 de noviembre de 2011, Facultad de Derecho de la UBA. Jornada “Hacia una Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad de Buenos Aires”–Experiencias Argentinas, Panel I– Organizado por el Consejo de la Magistratura de CABA, Defensoría General CABA, Ministerio Público Tutelar CABA.

2 Presidente de la Fundación Sur Argentina.

3 Consultar en este libro el artículo del Dr. Berríos: El derecho de defensa penal y la convención sobre los derechos del niño: una exigencia de especialización.

desagregación del número de los privados de libertad entre mayores y menores de 16 años.

En un libro maravilloso que se llama “El espejo enterrado”, Carlos Fuentes dice que el descubrimiento de América es el triunfo de la evidencia contra la hipótesis. Considero que –parafraseando un poco esto– el tutelarismo, en cualquiera de sus versiones, tiene la capacidad de recomponerse. ¿Qué es el tutelarismo en cualquiera de sus versiones? Yo creo que es dos cosas: en primer lugar, es un tributo al corporativismo, y es de ahí de donde viene su fuerza. Pero también, sobre todas las cosas, el tutelarismo –y aquí viene la paráfrasis en relación a Carlos Fuentes– es un triunfo de la casuística sobre los principios. Muchas de las personas que declaman que con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las personas menores de edad pasaron a ser sujetos de derecho, se olvidan de que la Convención no es otra cosa que principios. Se trata de principios simples que los Estados se han comprometido a respetar.

El tutelarismo, que es la expresión más funcional del corporativismo, primero declama la Convención y luego hace triunfar permanentemente a la casuística por sobre los principios. No hay principios; ¿por qué? Porque la “crueldad bondadosa” que tiene esta cuestión se maneja con casuística. No se puede manejar con principios. A partir de las reflexiones de Gonzalo Berríos y de Joao Batista Saraiva<sup>4</sup> considero que es posible concluir que los problemas que tenemos en la Argentina –por suerte y por desgracia– no son, en el contexto latinoamericano, problemas exclusivos. Sin embargo, algunos de estos temas comunes se encuentran particularmente exacerbados en la Argentina. Y por eso nosotros tenemos estas versiones, llamémoslas progresistas, de alguna forma, pseudo-progresistas, del tutelarismo.

El *neo-menorismo* surge en el Brasil después de varios años de implementación del Estatuto, como reacción de aquellos –algunos de buena fe, otros no tanto– que creían que se estaba yendo demasiado lejos, o demasiado rápido, en el hecho de pensar que los niños son sujetos de derechos. El Dr. Saraiva afirma que se utilizan elementos conceptuales viejos para analizar una normativa nueva. Esta es la práctica casuística del corporativismo, que asume la cara del tutelarismo. En la Argentina esto está agravado, porque en el Brasil existe una interpretación obsoleta de una normativa nueva. En la Argentina se puede pensar que somos más coherentes, porque tenemos una interpretación antigua de una legislación antigua; y en ese sentido nosotros tenemos mucha más coherencia.

Lo que sucede entre dos que no tienen el mismo poder es que hay ausencia de normas, y esto es lo que el corporativismo-progresista-tutelarista no quiere

4 Consultar en este libro el artículo del Dr. Saraiva: La sanción y el principio de la brevedad.

comprender. Pero, de hecho, nunca hay ausencia de normas, siempre rige la ley del más fuerte. Creo que hay un problema con la defensa técnico jurídica, que requiere un análisis de naturaleza histórica. Es que en ningún lugar está más fuerte la frase maravillosa de George Santayana –filósofo hispanoamericano– que afirma: “Aquellos que no conocen su historia están condenados a repetirla”. En la Argentina, los que están repitiendo en el siglo XXI el tutelarismo que emana de la normativa de la dictadura militar, evidentemente, están desconociendo su historia.

Cuando hablamos de defensa jurídica no partimos de cero; ojala así fuera. Estamos partiendo de menos diez. ¿Por qué? Porque por motivos que escapan a esta intervención, que son más complejos, mantenemos vigente, en la materia, un decreto de la dictadura militar. Sin dudas, después de 30 años de democracia, tener vigente un régimen penal de minoridad de la dictadura, no puede ser un olvido. Tampoco podría aducirse válidamente que fue un problema de tiempos. Es evidente que esa ley de la dictadura militar fue una ley de “avanzada” desde el punto de vista de presagiar cuáles iban a ser los grandes problemas sociales de nuestro tiempo. Considero que el grave problema social de la Argentina y de cualquier país de América Latina son los adolescentes pobres de las periferias urbanas.

En nuestro país existen dos alternativas: o utilizamos instrumentos genuinos de política social, o usamos instrumentos de naturaleza penal disfrazados. No tenemos, en este caso, una tercera alternativa. Es importante contextualizar estos temas. En estos últimos 20 años de vigencia de la Convención hemos pasado por distintos momentos. Hay un primer momento que es el formal, de la ratificación; que es curioso, muy interesante y está en todos los documentos de UNICEF: América Latina es la región pionera en la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Pero es desproporcionada la celeridad de la ratificación, pues Argentina fue uno de los primeros países, y a la vez, todavía tiene este decreto de la dictadura militar. Entonces, cuando uno mira retrospectivamente la velocidad de este proceso –entre los años 1989 y 1991– más que una perspectiva de carácter heroica, esta velocidad en la ratificación de la Convención se debe a la irresponsabilidad de una cierta dirigencia latinoamericana que estaba absolutamente convencida de que la Convención era gratis, en el sentido de que no iba a tener ningún tipo de consecuencias en el plano normativo nacional, ni institucional y mucho menos en el plano de la realidad. Luego, entre los años 1992 y 1997 la Argentina tuvo un período de expansión jurídico-cultural. El 90% de todas las reformas legales en América Latina se hizo en ese período.

En ese momento, en nuestro país estaban muy ocupados en decir que la Ley Agote –desde el punto de vista técnico– era mucho más de avanzada que la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Es importante mencionar que quien dirigió la política social para la infancia en esta materia específica en los años 90 hoy tiene una influencia decisiva en la continuidad de esta política, lo cual resulta bastante interesante. Este proceso de expansión jurídico-cultural hace crisis en 1997, cuando en América Latina pasan algunas cosas que, aparentemente, no tienen ninguna conexión entre sí, pero que después, como diría el viejo Hegel, cambian el espíritu de la época y detienen esta evolución. Y nosotros tenemos (siempre alrededor de esos años) el tema de las maras en Centroamérica, y los decretos fujimoristas con penas de más de 50 años a menores de edad, y tenemos la perla de las perlas que es la primera sentencia de reclusión perpetua a un menor de edad. Todavía me acuerdo de esta persona, que dirigió la política de los años 90 y que hoy es sumamente influyente en la materia, y que cuando vino la primera condena a reclusión perpetua dijo: “Una golondrina no hace verano”. Y dijo lo mismo cuando vinieron dos, tres, cuatro y doce golondrinas. Y tuvimos doce sentencias de reclusión perpetua. Y aparentemente las condenas a reclusión perpetua solamente pararon cuando publicamos un libro que decía algo equivalente a lo que respondió Picasso a los nazis cuando le confiscaron el Guernica en París y le preguntaron: “¿Usted hizo eso?”. “No, eso lo hicieron ustedes, yo lo pinté nada más”, dijo. Nosotros publicamos las doce sentencias de reclusión perpetua, sin ningún tipo de comentario.

Decíamos entonces que en 1997 se corta, hace crisis, esa tendencia regional positiva, la cual no influyó en la Argentina porque no hubo ninguna reforma. A partir de ese momento vino una involución autoritaria bastante fuerte que se materializó sobre todo entre 1997 y 2002, el momento de las reclusiones perpetuas en la Argentina. Y esta involución autoritaria, desde una mirada retrospectiva, tiene dos períodos: el primero que va desde 1997 hasta 2002-2003, que es lo que yo llamaría “período clásico de la involución autoritaria”. Este período se sintetiza con dos eslóganes: bajar la edad de la imputabilidad y aumentar las penas. En la Argentina no hago nombres, sino apellidos: Pierri. Esta persona encarnó esta etapa. Y hasta aquí las cosas estaban más o menos claras, porque los malos estaban vestidos de malos, y los buenos estaban vestidos de buenos. Pero el largo proceso de involución autoritaria empezó a mudar. Porque el corporativismo tiene más fuerza que determinadas determinantes ideológicas. Y empezó a plantearse dentro de sectores progresistas que estábamos yendo muy lejos, o que estábamos yendo muy rápido y así empezaron a sur-

gir estas variantes del neomenorismo. De pensar: "Bueno, quizás no sea tanto una cuestión de principios, y sea más una cuestión de casuística". El triunfo de la casuística sobre los principios, es el triunfo del viejo Vizcacha sobre la Constitución Nacional. Y nosotros estamos así porque tenemos un enfoque "viejo Vizcacha" en esta materia.

Entonces, desde los años 2002, 2003 y 2004 nosotros, en la Argentina, comenzamos a "liderar" una nueva tendencia, dentro de la involución autoritaria, que ya no se manifestaba en la baja de la edad de imputabilidad o el aumento de las penas. Se manifiesta en una forma más sutil. Se manifiesta en la creencia de que "los principios no son tan importantes"...Y de que nosotros tenemos que resolver un poquito más los problemas, en vez de andar pensando en principios. Y, ¿qué es lo que caracteriza a esta nueva etapa? ¿El vociferio por el aumento de las penas? No. Desde hace mucho tiempo nadie pide aumento de penas. ¿Baja en la edad de imputabilidad? No. La única baja en la edad de imputabilidad es la que aparece desde ciertos sectores del neo-menorismo que embarran el debate y que quieren convertir a los sistemas de responsabilidad penal juvenil en un sinónimo de bajar la edad de imputabilidad, sabiendo perfectamente que se trata de dos cosas radicalmente distintas una nueva tendencia que se manifiesta a través de la destrucción sistemática de las garantías. Sabemos que las garantías se pueden destruir tanto desde el punto de vista legislativo, que es el punto de vista normativo, pero también se pueden destruir desde otro punto de vista: el administrativo.

Me animo a decir —aunque no hay información cuantitativa confiable— que los presupuestos de la defensa pública son sensiblemente inferiores a los de los jueces y a los de la fiscalía. ¿Por qué? Porque se trata de destruir sistemáticamente las garantías, por distintos caminos. Y se trata de crear lo que yo llamo una "crisis de identidad". Por eso, encontrarse con un defensor que diga, "mi compromiso es con mi cliente" es la regla; pero en la Argentina todavía, en determinados lugares, sigue siendo una excepción, y en algunos casos una rareza. En algún momento vamos a abrir una caja negra en la Argentina, que es Córdoba; y nos vamos a enterar de que más del 50% de los menores de 16 años privados de libertad están en esa provincia. Porque probablemente es allí donde el Poder Judicial sigue haciendo la política social para los pobres. Eso sí: sin ningún tipo de interferencia del Poder Ejecutivo, que de lo único que se encarga es de la privación de libertad. A mí me parece que hay que poner los reflectores en Córdoba, que hay que poner los ojos allí. No pertenece al pasado sino al futuro que, primero, es necesario desentrañar, para poder cambiar.

Así, en esta tendencia de destrucción sistemática de las garantías, para usar la privación de libertad no como una respuesta seria y legítima del Estado para los delitos graves que cometen los menores de edad, sino como una especie de política social reforzada para los adolescentes pobres de las periferias urbanas, es que surge la doctrina Zaffaroni. Esta doctrina es una emanación de esta etapa de la involución autoritaria. Y nosotros, con una cierta naturalidad escuchamos que un juez de la Corte dice textualmente: "Yo sabía que ese decreto de la dictadura era inconstitucional pero lo declaré constitucional por razones coyunturales". La casuística contra la hipótesis. Lo que sucede es que si esa frase hubiera sido aplicada –y cada uno puede pensarlo en conciencia– a un fallo que hubiese tenido contenido patrimonial, o se hubiera referido a la libertad de un hombre "blanco" en la Argentina, ese juez de la Corte habría tenido que renunciar. Pero esto no sucedió porque se trataba de la libertad de los adolescentes pobres de las periferias urbanas –para los cuales nosotros sabemos lo que conviene, y lo que conviene es cualquier cosa que no se llame debido proceso–. Es interesante leer sentencias de la Cámara de Casación. Hay una sentencia vergonzosa reciente que confirma, en base a la doctrina Zaffaroni, el uso de la privación de libertad como forma de protección. Es llamativo que los jueces firman y dicen: "Este adolescente (se trata de un menor de 16 años que jamás será sometido a un debido proceso) no punible, inimputable, cometió cuatro homicidios". Y como "cometió" cuatro homicidios, le dan la privación de libertad como forma de protección.

Por todo lo expuesto me parece que, en este contexto, el tema de la defensa jurídica adquiere en el caso de la Argentina una importancia absolutamente capital. ¿Por qué? Porque es necesaria una defensa fuerte, eficiente, autónoma, sin crisis de identidad. Y una frase de la que me valgo para explicar esta idea –aunque no sea muy académica– es: "Ni los chanchos ni los fiscales tienen crisis de identidad". Los chanchos vienen al mundo, y lo saben, para ser jamón. Y los fiscales, para acusar. Pero no todos los defensores saben que vienen para defender. Hay muchos que creen que con diversos niveles de colaboración, su función no significa ningún compromiso con su cliente. Es un compromiso con la corporación. Y todo nos lleva de vuelta a pensar que la defensa pública, autónoma, eficiente, sin crisis de identidad, tiene una doble función: la función clásica (que el Estado democrático de derechos funcione para los menores de edad, respetando el plus que permanentemente merece) y la de ponerle un límite a aquellas posiciones delirantes que, igual que la Inglaterra del siglo XVI, quieren utilizar instrumentos penales como formas privilegiadas de la política social. Ya

no se llamarán “casas para pobres”; pero el equivalente no es muy distinto. Por eso me parece importantísimo trabajar en esta cuestión de mejorar los criterios de eficiencia. Pero, además del problema de la eficiencia técnica de la defensa, hay que trabajar cuestiones de naturaleza cultural y de naturaleza ideológica.

Para finalizar, les quiero dedicar, a todos aquellos que hicieron jurisprudencia confirmando el uso de la privación de libertad como forma de protección, un pequeño poemita de un escritor colombiano. Un hombre que durante años se dedicó a hacer la crónica de la conquista de América: William Ospina. Es un gran poeta y además ha empezado a escribir novelas. Tiene una poesía que tiene una sola línea: “‘Te devoraré’, dijo la pantera. ‘Peor para ti’, dijo la espada”.

# HACIA UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA

OFICINA DE DERECHO PENAL Y CONTRAVENCIONAL JUVENIL  
DE LA ASESORÍA GENERAL TUTELAR<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

La implementación en nuestra ciudad de una Justicia penal juvenil especializada es una tarea aún pendiente. Lo llamativo de esta situación es que las herramientas normativas para lograr esta puesta en funcionamiento se hallan presentes<sup>2</sup>. Por lo tanto, las faltas y omisiones en la operatividad plena de un sistema penal juvenil que satisfaga todos los mandatos constitucionales tienen su explicación en la nimia consideración que la niñez sigue teniendo en la agenda de las agencias estatales. Las cuestiones referidas a la niñez y, en este caso, el juzgamiento de los delitos que tienen como protagonistas a personas menores de edad –tema tan delicado como espinoso– reciben como respuesta, en el mejor de los casos, el desdén de las autoridades competentes. Sin embargo, se debe tener presente que el compromiso con el cumplimiento de las necesidades relativas a la especialización en el fuero penal en el que los delitos cometidos por niños son juzgados, representa, a no dudarlo, el compromiso con el respeto cabal de los derechos y garantías constitucionales de los niños.

La oportunidad que se presenta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es única. Toda la normativa vigente en materia penal juvenil en el ámbito de competencia local representa un campo más que idóneo para llevar a cabo experiencias que resulten innovadoras, en tanto no arrastrarían consigo la pesada carga de un modelo *tutelarista* e inquisitivo, cultural y jurídicamente incompatible con la Constitución local y con la Carta Magna de la Nación.

---

<sup>1</sup> El presente artículo fue elaborado por los integrantes de la Oficina de Derecho Penal y Contravencional Juvenil de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Diana Veleda, Katia Schilman, Mariana Cahn y E. Matías Díaz.

<sup>2</sup> El sistema procesal local en su realización práctica puede ser definido como un sistema de normas especiales aplicadas por magistrados no especializados.

El cumplimiento de las imposiciones que la Constitución de la Nación establece no se encuentra condicionado por exigencia cuantitativa alguna. Para decirlo con precisión, la escasa o abundante cantidad de casos penales que involucran a personas menores de edad como imputados nos debe resultar un dato accesorio, hasta intrascendente, al momento de analizar la necesidad de adecuar el funcionamiento de la Justicia penal juvenil a los mandatos constitucionales.

La tarea inmediata de quienes abogamos por el funcionamiento pleno de un sistema de Justicia especializado debe consistir en la explicitación conceptual de las obligaciones incumplidas, para así poner en evidencia la entidad de las omisiones actuales en nuestra ciudad.

## 2. PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN<sup>3</sup>. CONTENIDO

Los procesos judiciales penales dirigidos contra personas menores de 18 años de edad deben cumplir con una serie de exigencias que, en comparación con los procesos penales de adultos, nos pueden resultar algo llamativas. Pero esta extrañeza quizás tenga su explicación en nuestra dificultad para abordar los temas jurídicos vinculados a los niños desde su concepción de sujetos de derecho privilegiados. Esta categoría jurídica no ha sido discrecionalmente asignada. Fue así determinada por los máximos tribunales de nuestro país y de la región sobre la base de los principios propios de la normativa internacional de los derechos humanos referidos a la infancia (art. 19, CADH)<sup>4</sup>.

3 Ver: Díaz, E. M.: "Principio de especialización en el sistema penal juvenil y su relación con el derecho de defensa", inédito.

4 El Estado argentino, a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, reafirmó su compromiso de garantizar a los niños los derechos de todas las personas más un plus de derechos y garantías específicos por encontrarse en una etapa de crecimiento. "Los niños poseen todos los derechos que corresponden a los seres humanos –menores y mayores– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado" (Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, párr. 54). Quizás el pensamiento de Alessandra Baratta nos sirva de guía para no repetir yerros en la adopción de un criterio legítimo de especialidad que dé cuenta de razones válidas para la diferenciación del sistema penal juvenil. El autor reflexionaba: "Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero le ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente –como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención–, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.// Sigo pensando que no se trata, en el caso del niño y de los adolescentes, de una separación estructural de dos líneas de desarrollo: la de la igualdad y de la identidad, sino de un retraso, de una costumbre ideológica, que podría incluso ser la señal –a pesar de los grandes progresos hechos en los últimos decenios– de que la lucha por los derechos de los niños no ha alcanzado su punto culminante; que entre el futuro y la memoria (...) hay todavía mucha distancia. El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y

Huelga decir que la *especialidad* y la *especialización* como características distintivas del sistema penal propio de las personas menores de 18 años de edad no vinieron anejas al sistema de protección integral de la infancia definido, principalmente, por la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>5</sup>, sino que los anteriores modelos de tratamiento jurídico de los conflictos con relevancia penal en que participan menores de edad asumieron, con diferencias o matices, contenidos y características diversas con relación al sistema de adultos<sup>6</sup>.

En este sentido se puede afirmar que la *especialidad* también caracterizó al arcaico sistema tutelar propio de la llamada “doctrina de la situación irregular”<sup>7</sup>. Este sistema aplicable al “menor delincuente-abandonado” se identificaba con una particular forma de abordar la cuestión penal de los menores de edad, relegada en sus aspectos técnico-jurídicos al tratamiento asistencia-lista/represivo desarrollado al margen de los derechos y garantías constitucionales más elementales. Herencia de este sistema son, por ejemplo, el Régimen Penal de Menores de la Ley de facto N° 22.278 y la correspondiente faz tutelar del procedimiento especial para “menores” previsto en el Código Procesal Penal de la Nación (ver: art. 412, CPPN).

Para explicar desde un reduccionismo algo abrupto a este sistema tutelar especial y especializado, puede decirse que allí se partía de la consideración del menor como objeto de represión/compasión, de su condición de incapaz y necesitado de protección, lo que originó una difusa trama conceptual y normativa para el tratamiento conjunto de las conductas tanto delictivas e infractoras de los menores como de sus situaciones de desamparo.

Ahora bien, la noción de *especialidad* vigente del sistema penal juvenil y la característica de especializado tienen hoy un contenido diametralmente opuesto al recién descrito.

---

el movimiento por la diferencia impone colocar en primer plano el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho (ver: Baratta, A.: “Infancia y democracia”, en Beloff, M. y García Méndez, E. (1998): *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia).

5 Con el término sistema o doctrina de la protección integral de derechos se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Para más detalles ver: García Méndez, E. (1998): *Infancia. De los derechos y de la Justicia*, Editores del Puerto, pág. 14.

6 Maldonado Fuentes, F. (2004): “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes”, en AAVV, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 6, pág. 121.

7 Basta citar algunas especialidades establecidas en este modelo tutelar, como el enorme margen de discrecionalidad en la valoración de las conductas y en la individualización de la medida a imponer de los tribunales de menores, el carácter inquisitivo del “proceso” que ante ellos se desarrollaba, la ausencia de contradicción, la indeterminación de las medidas coactivas a imponer, entre otras.

El concepto de *especialidad* no es más que la síntesis explicativa, en clave de mandato, de la propia densidad del derecho internacional de los derechos humanos referidos a la infancia. Es decir, el *corpus juris* identificado como instrumento jurídico de este segmento del derecho internacional de los derechos humanos, además de un marco hermenéutico de insoslayable observancia para determinar el sentido y el alcance de la debida protección adicional con la que deben contar los niños<sup>8</sup>, conforma un sistema normativo de derechos de la más alta jerarquía (en distintos sentidos) que pertenecen en forma privativa al colectivo de personas menores de 18 años por su mera calidad de tales. Es por este aspecto que el derecho de la infancia debe recibir el calificativo de especial<sup>9</sup>. *Especialidad* en términos de *protección especial de derechos* del niño en el ámbito donde ésta se dé y sea necesaria<sup>10</sup>.

En definitiva, el principio de *especialidad* en el sistema penal juvenil constitucional y convencional en cuanto implica que el procedimiento penal debe tener características peculiares adaptadas a las necesidades de los adolescentes imputados se traduce, de acuerdo a lo analizado en el párrafo precedente, o bien en estándares más exigentes en materia de garantías procesales, si se compara el régimen vigente para las personas adultas, o bien en medidas procesales específicas a favor de los primeros<sup>11</sup>.

8 El artículo 19 de la CADH establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y del Estado. La Corte IDH ha subrayado que el *corpus juris* internacional de protección de los niños debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general contenida en ese artículo de la Convención Americana. (Cf. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A Nº 17, párrs. 37 y 53). En este mismo sentido, la Com. IDH ha dicho que “para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esa integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana (...)”. Cf., Com.IDH, Informe Nº 41/99, caso Nº 11.491, caso Menores detenidos contra Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 72.

9 Cfme, Díaz, E. M.: “Principio de especialización en el sistema penal juvenil y su relación con el derecho de defensa”, citado.

10 El primer abordaje en el Sistema interamericano de la cuestión íntimamente vinculada al artículo 19, CADH se dio en el caso “Villagrán Morales y otros contra Guatemala”. A partir del fallo recaído en esa oportunidad puede decirse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos defiende la especialidad en el sentido de que el niño tiene protección adicional a la que leyes aseguran a todas las personas en general, en función del citado artículo.

11 Ver el documento elaborado en forma conjunta por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y UNICEF, *Procedimientos Penales Juveniles. Estado de adecuación de la reforma legal a nivel provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño*, noviembre de 2009 (disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/PUBLICACION\\_SISTEMAS\\_PROCESALES\\_PROVINCIALES\\_JUSTICIA\\_JUVENIL.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/PUBLICACION_SISTEMAS_PROCESALES_PROVINCIALES_JUSTICIA_JUVENIL.pdf)).

Desde algún punto de vista la *especialización* puede ser entendida como una derivación del principio de *especialidad* del sistema penal juvenil. Es decir, el principio de *especialidad* inherente a este sistema exige, entre otras cuestiones, la *especialización* como característica relevante. Así, el desarrollo y el ejercicio en un determinado procedimiento judicial de una particular temática (derecho penal juvenil) por parte de actores particulares, dotados de una específica verificación, responden a la característica de *especial* que califica al sistema. A su vez, la propia *especialidad* se puede identificar también con la *excepcionalidad*<sup>12</sup> del sistema de Justicia juvenil. El sistema penal juvenil establecido por el derecho internacional es un sistema especial por ser *excepcional* y *especializado*, en el que la recepción de garantías y derechos específicos de la infancia debe ser entendida siempre como una forma de *protección*<sup>13</sup>.

La *especialización* propia del sistema de protección integral de derechos, principio contenido en el artículo 5.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, más específicamente, en el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, resulta ser una exigencia que campea en todo el sistema penal juvenil y deriva como consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica todas las cuestiones referentes a los niños<sup>14</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Com. IDH) tiene dicho que la *especialización* requiere leyes, procedimientos e instituciones específicos para niños, además de capacitación para todas las personas que trabajan en el sistema de Justicia penal juvenil<sup>15</sup>. De esta manera, existe una particularidad en los contenidos del sistema penal juvenil en orden a satisfacer las necesidades que surgen, en principio, de la peculiar subjetividad de sus actores principales<sup>16</sup>, los niños, pero sobre todo, de la especificidad de sus derechos y garantías, de insoslayable observancia al momento de someter a aque-

12 El principio de excepcionalidad implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de Justicia juvenil o judicialización (ver: Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Justicia Juvenil, párr. 76).

13 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Justicia Juvenil, párr. 3.

14 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 109.

15 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Justicia Juvenil, párr. 85. Allí mismo se dijo que "los requisitos de especialización también se aplican a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños y las niñas".

16 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que en una jurisdicción penal especializada para niños, los que ejerzan facultades en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de Justicia deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil, para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales (ver: Corte IDH. Caso "Instituto de

llos a un proceso penal<sup>17</sup>. Todos los actores procesales deben contar con esa mentada *especialización* en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la Ley penal, esto es, en derecho penal juvenil<sup>18</sup>.

De ahí que el principio de *especialización* en cuestión forme parte del sistema penal juvenil, calificado como un sistema especial por las características propias de su razón de ser, esto es, su finalidad, sus técnicas de intervención, garantías y mecanismos procesales específicos, entre otras cuestiones (ver: art. 40, CDN).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por caso, ha manifestado su preocupación con respecto a la aplicación del principio de *especialización* en la región, sobre todo por la situación de aquellos Estados en los cuales es posible que los niños sean excluidos del sistema penal juvenil para ser juzgados por tribunales de adultos<sup>19</sup>.

Pero no debemos perder de vista que el sistema penal juvenil debe ser, valga la tautología, un sistema jurídico de aplicación de normas penales, o, mejor dicho, deber ser sólo un sistema de responsabilidad penal juvenil<sup>20</sup>. La intervención jurídica inherente a éste debe circunscribirse a lo estrictamente penal.

---

Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas'. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 211).

17 Justamente para remarcar este aspecto jurídico, centrado en la especial calidad de los derechos y garantías penales de las personas menores de 18 años de edad, se ha dicho que la equiparación del criterio del interés del niño con un concepto relativo a la "intervención educativa" y la capacidad incompleta, subjetiva y personal, como fundamento de atribución del hecho criminal, constituyen presupuestos que resultan insuficientes para definir la especialidad del sistema penal juvenil. Maldonado Fuentes, F. (2004): "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes", en AAVV, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, pág. 151.

18 Confróntese: *Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Directora Nacional Lic. Victoria Martínez, 2007, pág. 62/63.*

19 Ver el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Justicia Juvenil y DDHH en las Américas, publicado el 7 de setiembre de 2011, párr. 86. La Comisión brinda el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica, donde más de la mitad de los Estados permiten que los niños de 12 años sean transferidos a los tribunales para adultos y en 22 estados, niños, incluso de 7 años, pueden ser procesados y juzgados en tribunales para adultos.

20 Explica Emilio García Méndez que la Convención sobre los Derechos del Niño y el resto de los instrumentos que conforman la doctrina de la protección integral poseen todos los elementos necesarios para construir un sistema de responsabilidad penal juvenil. Un sistema de responsabilidad penal juvenil, en el entendimiento de este autor, posee como características esenciales aunque no únicas la idea de que los menores de 18 años no son penalmente imputables, siendo, sin embargo, penalmente responsables. A su vez, la responsabilidad penal juvenil significa que a los adolescentes se les atribuyen, en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de sus hechos que siendo típicos, antijurídicos y culpables, significan la realización de algo denominado crimen, falta o contravención. "Siendo las leyes penales el punto de referencia común de adultos y menores de 18 años, el concepto de responsabilidad difiere sustancialmente respecto del de imputabilidad en

Como vimos, en el antiguo sistema tutelar la *especialización* se centraba en las particularidades de la persona del menor abandonado o peligroso. La aplicación del derecho de menores basado en la doctrina de la situación irregular se entendía como el tratamiento especializado de este sujeto/objeto sin el reconocimiento pleno de sus garantías constitucionales; por ello se concebía una suerte de *especialización sin Justicia*.

A diferencia de ello, la especialización en el reducido ámbito del sistema penal juvenil acorde al marco de la doctrina de la protección integral de derechos vigente debe ser entendida como *Justicia penal especializada*. Cuando se habla de protección integral se habla de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. La noción de protección integral como protección de derechos es abierta y está en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares.

La postulación de la *especialidad* y, por consiguiente, de la *especialización* del sistema penal juvenil se argumenta desde distintos parámetros, entre otros, desde la forma o "principio educativo" que debe regir la pena ante las infracciones cometidas por personas menores de edad o la concurrencia de una "capacidad de culpabilidad" disminuida en el joven menor de edad que comete un ilícito, en tanto el dato óptico de la minoría de edad da cuenta de una etapa de desarrollo en su personalidad que debe ser siempre ponderada<sup>21</sup>.

Resulta una obviedad la referencia de que los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como en sus necesidades emocionales y educativas. Justamente, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha afirmado que estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de Justicia penal juvenil y hacen necesario un trato diferente a los niños<sup>22</sup>.

Pero lo relevante, para explicar las razones de la *especialidad* y de allí derivar sus proyecciones, debiera ser el entramado normativo protectorio del niño en el proceso penal, generado a partir de su calidad de sujeto privilegiado, que tres puntos fundamentales: a) *los mecanismos procesales*; b) el monto de las penas (adultos) difiere del monto de las medidas socioeducativas (adolescentes), y c) el lugar físico de cumplimiento de la medida" (Cf. García Méndez, E. (1998): *Infancia. De los derechos y de la Justicia*, cit., pág. 192. Remarcado me pertenece).

21 Ver: Maldonado Fuentes, F. (2004): "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes", en AAVV, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, pág. 123.

22 Ver la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, párr. 10. Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia que "un sistema de Justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada" (ver: CSJN, *Fallos*, 330: 5294).

excede a la materia penal. Es decir, si el niño por una razón de política criminal estatal es sometido a un régimen punitivo formal, ese régimen adquiere especificidad por el mandato convencional de receptor obligatoriamente los derechos y garantías complementarios que ese niño, por su mera calidad de tal, es acreedor<sup>23</sup>. La especificidad del sistema viene dada por la concreción de un sistema de garantías que brinda a un sujeto privilegiado una protección adicional a través del reconocimiento de mayores derechos.

El concepto de *especialización* del sistema penal juvenil debe girar sobre este punto. De ahí que los especiales derechos y garantías constitucionales de los niños penalmente imputados deban obtener en el proceso penal las correspondientes herramientas, los medios y los recursos humanos especializados para que su operatividad no quede reducida a una expresión de deseos. Explica Mario Coroliano que el Comité de los Derechos del Niño ha remarcado que para garantizar la plena aplicación de los principios y derechos es necesario establecer una organización eficaz<sup>24</sup>, dentro de la que cabe particularizar las figuras de jueces, fiscales y defensores especializados.

### 3. JUSTICIA ESPECIALIZADA Y RÉGIMEN ACUSATORIO

Como lo explicamos anteriormente, quizás una de las imposiciones más relevantes a la hora de cumplir satisfactoriamente con el mandato constitucional de especialidad del sistema de enjuiciamiento penal juvenil es la de contar con un órgano jurisdiccional que revista el carácter de *especializado*.

La especialización del juez penal juvenil, como también dijimos, debe ser entendida en el marco del Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En otras palabras, es a partir de los principios protectores que rigen ese paradigma que debe dársele contenido a esa central figura, y no bajo la sombra de la vetusta *doctrina de la situación irregular*. Evitar esta confusión es quizás el eje del desafío en la construcción de un sistema de Justicia penal juvenil específico, puesto que el primer objetivo de la transformación

23 Las medidas de protección del artículo 19, CADH involucran lo atinente al sistema penal juvenil en clave de medidas especiales que conciernen a los niños en tanto grupo privilegiado. Obsérvese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ingresó al análisis del tratamiento de los asuntos vinculados con la Justicia penal juvenil cuando examinó el alcance del enunciado normativo del artículo 19, CADH, en particular, el alcance de las medidas de protección a las que está obligado el Estado (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño").

24 Aquí vale recordar que la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas dispone que el amplio Sistema de Justicia de Menores debe comprender a policías, jueces, fiscales y defensores (párr. 92).

es que su resultado no arrastre elementos centrales del antiguo régimen que, paradójicamente, también era considerado un sistema *especial* con operadores *especializados*.

Si bien la capacidad de autodeterminación de la persona menor de 18 años de edad y la asunción de un determinado nivel de responsabilidad penal son diferentes a las de los adultos, a fin de cuentas, se trata de responsabilidad penal, o dicho de mejor modo, se trata sólo de responsabilidad penal.

Por esta razón, en este paradigma no pueden inscribirse los “superpoderes” del *juez de menores*, anclados en el paradigma de la situación irregular. Vale destacar que allí se ampliaba la función jurisdiccional, de modo tal que el *juez-acusador-decisor-defensor* tenía a su cargo no sólo aquellas cuestiones específicamente judiciales sino que se esperaba que actuase como un “buen padre de familia” sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”<sup>25</sup>.

Por último, y a todo evento, vale aclarar que si la exigencia de la especificidad del sistema penal juvenil viene dada por la especial capacidad de responsabilidad penal del joven y los especiales fines y características de las sanciones punitivas del sistema, el juez especial, encargado de la aplicación de la Ley penal juvenil, debe abstenerse de tomar intervención en cuestiones ajenas al hecho motivo del proceso y a la investigación llevada a cabo por el órgano acusador.

Dicho en términos despojados de todo eufemismo, en la Ciudad de Buenos Aires definitivamente no hay lugar para confusión alguna en lo relacionado con las funciones jurisdiccionales penales y las cuestiones de políticas sociales y asistencia directa. La llamada judicialización penal de los problemas sociales que produjo la “invencción” de la delincuencia juvenil tiempo atrás ha sido proscripta legalmente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (ver: Leyes N° 114, 2.303, 2.451). Ello repercute directamente en la consideración de las funciones jurisdiccionales en el fuero penal juvenil local y en el perfil del *juez penal especializado*, previsto a modo de garantía para los imputados menores de 18 años de edad.

Entonces, el rol propio del juez penal juvenil en el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes debe distinguirse claramente del que le competía al *juez de “menores”* en el sistema tutelar; sistema que ha sido fuertemente criticado debido al alto grado de discrecionalidad con que contaban los magistrados, permitiendo situaciones arbitrarias mientras se alegaba que ejercían una función asistencial o tuitiva. Por el contrario, en el sistema de Justicia penal juvenil respetuoso de nuestra Constitución Nacional el juez

25 García Méndez, E.: *La legislación de “menores” en América Latina: una doctrina en situación irregular*, pág. 7

tiene a su cargo *exclusivamente* la resolución de conflictos penales en el marco de un proceso *contradictorio*<sup>26</sup>.

#### **4. EL ROL DEL JUEZ PENAL JUVENIL EN EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO ACUSATORIO**

Existen previsibles similitudes entre el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitivo y el modelo tutelar. Ambos sistemas convivieron pacíficamente, puesto que han compartido sus cualidades fundamentales. En este sentido se ha advertido que los sistemas procesales inquisitivos y los sistemas normativos de "la minoridad" basados en la *doctrina de la situación irregular* se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos 80 años<sup>27</sup>.

Julio B. J. Maier señala algunas de estas tristes coincidencias: la concepción del otro como objeto o como súbdito, antes que como sujeto con derechos (*menor* o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona (juez-padre-acusador-decisor-defensor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones judiciales, la privación de libertad como regla bajo el nombre de medida de internamiento o prisión preventiva, etcétera<sup>28</sup>.

Ahora bien, lo que se pretende poner en evidencia en el presente apartado es que de la estructura y organización del proceso penal depende la efectividad de múltiples garantías del imputado, ya sea la de defensa en juicio o la de imparcialidad del juzgador, sólo por mencionar algunas.

En efecto, las propias características de un sistema de enjuiciamiento regido por el *principio inquisitivo* dificultan o más bien impiden la satisfacción plena de las garantías mínimas que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que la integran acuerdan a toda persona perseguida penalmente. Claro está entonces que ese sistema de organización de la estructura de proceso penal y de las funciones de sus actores no resulta compatible con las exigencias constitucionales e internacionales para el legítimo enjuiciamiento penal de niños.

El Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 2.303) y el Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2.451) son normas inspira-

26 UNICEF (2007): Estándares de Derechos Humanos para la implementación de un sistema de Justicia juvenil, Buenos Aires, pág. 67.

27 Maier, J. B. J. (1999): *Derecho Procesal Penal - I. Fundamentos*, Editores del Puerto, pág. 13.

28 Ídem.

das, en casi todo su articulado, por los principios propios de un régimen procesal acusatorio.

Básicamente, la organización de un sistema penal acusatorio se alcanza dividiendo las dos funciones básicas, de modo que sea el Ministerio Público el encargado de investigar. Al juez le queda reservada la tarea de autorizar o de tomar decisiones, pero nunca la de investigar o acusar<sup>29</sup>. Es decir que hoy la responsabilidad por la investigación del hecho punible y la tarea de preparación de la acusación –o, inversamente, del requerimiento que clausura la persecución penal– corresponde a la fiscalía, lo que significa también la desaparición del juez de instrucción, antiguo inquisidor<sup>30</sup>. Como consecuencia de ello, la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados por el reclamo (acción) de un acusador y su contenido<sup>31</sup>.

Por otra parte es dable señalar que una configuración formal distinta de la estructura del juicio, especialmente del debate, que reduzca el protagonismo y señorío de los jueces sobre el contenido material del procedimiento para aislar sus facultades de decidir en la sentencia, con el objetivo de remarcar su *imparcialidad*, se traduce, inmediatamente, en la adquisición por parte de la fiscalía de un papel protagónico, en conjunto con otros participantes en el procedimiento<sup>32</sup>.

Como ya dijimos, el carácter acusatorio del sistema procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires surge de su propia Constitución (art. 13.3), así como del Código Procesal Penal (Ley N° 2.303) y coloca en cabeza del Ministerio Público Fiscal la función de llevar adelante la acción, la investigación y el ejercicio de la acusación. Del artículo 4 del código adjetivo surge con claridad la división de roles que señalábamos como central en este tipo de estructuras procesales, en tanto allí se establece que el fiscal “[t]endrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran”.

Lo visto hasta aquí es trasladable a los procesos penales seguidos contra personas menores de edad, no sólo por vía de la remisión normativa genérica plasmada en el artículo 2, RPPJ, sino por la recepción expresa en la legislación penal juvenil del sistema acusatorio como principio procesal (art. 10.a, RPPJ). El régimen procesal específico de esta ciudad no deja dudas. Sobre la base de las

---

29 Binder, A. M. (2002): *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio (Para auxiliares de la Justicia)*, Ed. Alternativas, INECIP, pág. 51.

30 Maier, J. B. J.: ob cit, pág. 381.

31 Maier, J. B. J.: ob cit, pág. 444.

32 Bovino, A.: “El juicio y la CN”, en Maier (comp): *El nuevo CPP Nación. Análisis crítico*, cit., II y ss., págs. 172 y siguientes.

funciones que el legislador local asignó al juez penal juvenil se colige, claramente, que no nos encontramos ni ante el juez omnipotente, buen padre de familia, característico del sistema tutelar, ni ante el juez instructor, inquisidor, comprometido con la persecución de los delitos del sistema inquisitivo.

Parece quedar claro que, para evitar injerencias indebidas y violaciones de derechos constitucionales, el juez penal juvenil debe, además de revestir el carácter de especializado, ejercer sus facultades específicas, *estrictamente penales*, dentro del *sistema de enjuiciamiento acusatorio* impuesto en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 13.3, CCABA) y en la de la Nación Argentina (arts. 53, 59, 116 y 120, CN).

En conclusión, el infranqueable marco para determinar el objeto de este documento lo da la vigencia en nuestra ciudad de los sistemas acusatorio y de protección de derechos, en contraposición con un modelo tutelar e inquisitivo. En ese marco se encuentran los elementos que determinan las legítimas funciones y el correcto perfil del *juez penal juvenil especializado*.

## **5. LAS ESPECIALIZACIONES DEL ACUSADOR Y DEL DEFENSOR PÚBLICO. EL ASESOR TUTELAR**

Resulta útil recordar que la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas dispone que el amplio Sistema de Justicia de Menores debe comprender a policías, jueces, fiscales y defensores (párr. 92).

Cabe agregar que en un proceso penal regido por el principio acusatorio la especialización del fuero es letra muerta si no existe un acusador público especializado. Como dijimos, las funciones de acusación e investigación están a cargo del Ministerio Público Fiscal, por lo cual este órgano estatal deviene central en la estructura procesal adversarial. Debido a esa trascendencia, su especialización es también imperiosa.

Y es que si bien su función debe ceñirse a investigar la existencia del hecho objeto del proceso y la participación del imputado en él, el acusador público debe hacerlo en el marco de la legislación procesal específica que recepta y reglamenta principios propios de la materia penal juvenil.

Además, el enfoque propio de sus labores debe estar conformado por las particularidades subjetivas y, sobre todo, jurídico-normativas de las personas menores de edad sujetos de derecho privilegiados que resisten la imputación penal. Dicho de otro modo, una eficaz y legítima tarea acusatoria en el proceso penal juvenil, según el ámbito otorgado por las normas internacionales de de-

rechos humanos referidas a la infancia, debe considerar fundamentalmente las singularidades comprometidas en la materia penal juvenil; y para ello la versación en los aspectos jurídicos centrales de la infancia por parte de quienes llevan a cabo esa labor y la visión experta de los aspectos complejos de este campo del saber resultan obligatorias.

Es decir, todos los principios que emanan del ordenamiento penal juvenil referidos al juez deben hacerse extensivos al resto de los sujetos procesales y operadores del sistema, sobre todo, a quienes tienen a su cargo la tarea acusatoria (art. 40, inc. 3, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 5.5, CADH; Regla 22 y cctes., Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia para Menores y art. 38, Ley N° 2.451).

Asimismo, la defensa especializada de una persona menor de 18 años en un proceso penal determinado implica el ejercicio técnico de habilidades y conocimientos de derecho penal con un enfoque de garantía de derechos humanos de la infancia, en orden a obtener el mejor resultado posible de esa persona en ese proceso. Ello lleva consigo, en primer lugar, la consideración de la defensa especializada como una defensa técnica de los intereses particulares del imputado en el proceso penal y, en segundo lugar, la postulación de mayores exigencias en lo relativo a la aplicación de los conocimientos propios de la materia penal juvenil, que repercute, cómo no, en el estándar mínimo de defensa penal eficaz.

A su vez, la participación del asesor de menores en el proceso penal, lejos de la que le correspondía en el derogado sistema de la "situación irregular", en modo alguno se sustenta en una actuación de tinte paternalista que justifica su intervención discrecional a partir del argumento según el cual el niño es un mero "objeto" de protección. Muy por el contrario, la recepción legal de la figura del asesor de menores en el procedimiento penal contra personas menores de edad nos obliga a darle un enfoque en armonía con el derecho constitucional.

Así, esta figura, reformulada y reinterpretada a la luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, debe ser entendida de manera compatible con el Sistema de la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Su calidad de complemento de la asistencia jurídica del niño en la arista relacionada con la necesaria creación de un sistema de Justicia especializado para ese colectivo de personas nos da una pauta razonable para lograr esa armonización<sup>33</sup>.

El legislador local, además de exigir su participación procesal a los fines de proteger los derechos de las víctimas menores de 18 años de edad, otorgó am-

<sup>33</sup> Ver una explicación en el mismo sentido en Rodríguez, L. (2011): *Infancia y Derechos: del Patronato al Abogado del Niño*, Ed. Eudeba, pág. 108.

plias facultades al asesor tutelar para actuar en la defensa de los derechos del niño imputado, imponiendo su intervención en todas las causas que se sigan contra personas menores de edad y otorgándole la posibilidad de realizar todo tipo de cuestionamientos e impugnaciones a su favor (arts. 40 y 31, incs. 4º y 6º, Ley Nº 2.451, Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA).

En definitiva, la figura del asesor de menores constituye una de las maneras de dar cumplimiento al mandato constitucional de brindar a los niños perseguidos penalmente una posibilidad eficaz de defensa y una asistencia jurídica especializada (arts. 12, 40.2.b.iii y 40.3, CDN y art. 75, inc. 22, CN).

Así las cosas, cabe concluir que cualquier intento por poner en marcha el funcionamiento de un sistema especializado debe ineludiblemente contar en la práctica con todos los actores especializados legalmente previstos: el fiscal penal juvenil (art. 38, Ley Nº 2.451), el defensor público juvenil (art. 35, Ley Nº 2.451) y la asesoría tutelar de menores (art. 40, Ley Nº 2.451).

## **6. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL JUVENIL ESPECIALIZADO. LA NORMATIVA EXISTENTE. SU NO IMPLEMENTACIÓN**

Como vimos, el enjuiciamiento penal de niños debe llevarse a cabo a través de órganos especializados y en el marco de una estructura procesal *adversarial*. Sólo de esa manera se logrará la acabada observancia de las garantías constitucionales que titularizan las personas menores de edad sometidas a un proceso penal, ya sean genéricas o específicas de su condición de niños.

El Derecho de organización judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recepta estas necesidades, en tanto instituye órganos judiciales especializados para el juzgamiento de niñas, niños y adolescentes<sup>34</sup>. La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (Ley Nº 7) establece órganos *especializados* para el juzgamiento de niñas, niños y adolescentes. En efecto, en su artículo 7, en el que se enumeran genéricamente las dependencias que formarán

---

34 Recuérdese que esa rama del Derecho Procesal Penal, como bien lo explica Julio B. J. Maier, es la que establece el conjunto de reglas que instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial del Estado en materia penal. El mismo autor lo define como el conjunto de reglas que fundan la capacidad de juzgar de un tribunal (competencia), que establecen la integración (número y origen de los jueces) de un cuerpo de decisión de ese tribunal para un caso determinado o para una decisión concreta a tomar en el curso del procedimiento, que determinan la *exclusión o apartamiento* de un juez designado en principio para integrar el tribunal en un caso concreto y que, finalmente, regulan el gobierno, la administración del tribunal y las relaciones internas entre sus miembros (reglas relativas a la distribución del trabajo o al turno, según se las denomina en lenguaje del foro; algunos incluyen también el derecho disciplinario judicial) (ver: Maier, J. B. J., ob. cit., T. II, pág. 481).

parte del Poder Judicial local, el legislador hizo especial mención a una Cámara de Apelaciones en lo Penal Juvenil (inc. 1.f.) y a juzgados y tribunales de primera instancia (incs. 5. f; 6.c).

Adviértase lo avanzado de la previsión normativa, que incluso prevé la satisfacción del mandato constitucional de especialidad en la instancia de revisión de las sentencias judiciales, circunstancia que no se verifica en casi ningún ordenamiento moderno. Además, a lo largo de su articulado se hace especial referencia a la composición y competencia de cada uno de los órganos especializados (ver: arts. 33, 35 y 45, Ley N° 7).

Por su parte, el Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2.451) recepta y reglamenta la garantía de especialización en el enjuiciamiento penal juvenil y la vincula con la de *juez natural*. Recuérdese que esta última garantía importa la predeterminación legal del juez y, más específicamente, que la competencia para entender en una determinada causa —es decir, la facultad que tiene un juez para aplicar el derecho en un caso concreto, según una distribución territorial o de materias— debe estar determinada por la Ley<sup>35</sup>. Así, el artículo 11 del Régimen Procesal Penal Juvenil establece que la potestad de aplicar la Ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales especializados en materia penal juvenil.

De esta manera, el juzgamiento de un niño o adolescente por un tribunal no especializado podría ser concebido, en algún sentido, no sólo como la inobservancia de la garantía reconocida en el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también de la prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Al propio tiempo, el Régimen Procesal Penal Juvenil se encarga de enumerar las funciones que competen al juez penal juvenil (ver: art. 31). Este detalle facilita, como dijimos, la tarea de indagación sobre los aspectos que deben ser contemplados en la figura del magistrado especializado en la estructura acusatoria del proceso penal en esta ciudad, el que se ve reforzado por la prohibición establecida en el artículo 32, Ley N° 2.451, que opera también en claro resguardo de la garantía de la imparcialidad del juzgador (art. 18, CN).

Luego, una de las cualidades más destacables del cuerpo normativo puesto en vigencia con la sanción de la Ley N° 2.451 es el establecimiento de la especialidad y la especialización no sólo como requisitos del órgano juzgador, sino también del acusador y del defensor. Adviértase que la significación del régimen procesal específico se realza a la luz del resto del ordenamiento local. La

35 Binder, A. M. (2008): *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad Hoc, pág. 143.

Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley N° 1903), encargada de la definición de la composición y competencia de las tres ramas de ese órgano del Poder Judicial local, no contiene previsión alguna sobre el punto. En rigor, el único órgano específico establecido por esa norma es la Asesoría Tutelar, actor especializado cuya intervención también tiene su fuente en la Ley N° 2.303 (art. 155, CPP) y en la Constitución local (ver: arts. 46, 47, 48 y 49, Ley N° 1903; art. 155, CPP y art. 126, CCABA) y que, por lo demás, es el único que hoy en día ha sido implementado y actúa en el juzgamiento de personas menores de edad en esta ciudad.

Pero como ya dijimos en reiteradas ocasiones, en un sistema de enjuiciamiento acusatorio, con el extendido alcance de las facultades del Ministerio Público Fiscal, la especialidad del acusador público se vuelve imperiosa y, frente a éste, también la del defensor, por expresa imposición, entre otros, del principio procesal de igualdad de armas.

La circunstancia antes apuntada, es decir, que salvo la Asesoría Tutelar ninguno de los órganos especializados establecidos por el legislador local para actuar en el juzgamiento de las personas menores de edad ha sido aún puesto en funcionamiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, permite afirmar que en el Poder Judicial local las garantías de todo joven a ser juzgado por órganos especializados no cuentan con un debido respeto (art. 40.3, Convención sobre los Derechos del Niño).

## **7. ÓRGANOS AUXILIARES: LA REDEFINICIÓN DE LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS O MULTIDISCIPLINARIOS A LA LUZ DEL PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DEL NIÑO<sup>36</sup>**

Como fue mencionado antes, el estándar válido de especialización implica la existencia de órganos judiciales especializados en el procedimiento penal juvenil. Sin embargo, este requisito de especialización no sólo abarca a jueces, fiscales, defensores o asesores tutelares, sino también se extiende a todos los agentes que ejercen facultades en las diferentes etapas de un proceso penal juvenil.

En tal sentido, aun los profesionales no jurídicos pertenecientes a los diversos equipos técnicos que participan en el proceso deberán recibir formación y capacitación en materia de derechos humanos de la infancia, en el marco de los

<sup>36</sup> La Ley N° 2.451, establece en el capítulo dedicado al instituto de la mediación la imprescindible intervención del equipo técnico interdisciplinario (art. 67). A su vez, la Ley N° 7, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 51 dispone que, como auxiliares del Poder Judicial de la Ciudad, designados/as por el Consejo de la Magistratura y bajo su superintendencia funcionan cuerpos técnicos periciales y peritos, que actúan siempre a requerimiento de los jueces o juezas o del Ministerio Público, según el caso.

principios y disposiciones de la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás normas específicas en materia de Justicia penal juvenil.

No obstante ello, determinar la especialidad de estos equipos técnicos<sup>37</sup> no es una tarea sencilla, especialmente si se advierte que a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño no se construye de cero una nueva legalidad y una nueva institucionalidad para la infancia en América Latina. Es decir que, considerando que el terreno sobre el cual se pretende montar el nuevo Sistema de Protección Integral de Derechos no está virgen, no sólo es necesario construir una nueva cultura sino que también será preciso desmontar otra: *la cultura tutelar*<sup>38</sup>.

Como algo propio de la doctrina que inspiró a las leyes tutelares se consideró conveniente que el juez, al momento de tomar sus decisiones, se apoyara en la opinión y en las recomendaciones de un grupo de profesionales en diversas materias, particularmente psicólogos, pedagogos y trabajadores sociales. Es más, en este sistema tutelar el poder de estos profesionales en la resolución del caso resultaba significativo y llegaba al nivel de sustituir el criterio o la decisión del juez, quien se sometía a las recomendaciones del trabajador social o del psicólogo<sup>39</sup>. Ello resultaba razonable pues según la concepción antropológica de un sistema como el tutelar lo central para la decisión se encontraba en el estado peligroso del sujeto, no en su conducta.

La característica que distinguía al sistema de la situación irregular se radicaba en la indefinición de sus aspectos y en la vaguedad de sus postulados, lo que brindaba un amplio margen para la discrecionalidad de los actores involucrados, con la alta cuota de poder inherente a ello, incluso en el juzgamiento de los niños punibles de acuerdo al régimen penal sustantivo (Ley de facto N° 22.278). Según sus polémicos criterios, vigentes todavía en el fuero nacional, lo importante es tutelar al joven abandonado o peligroso; "protegerlo" a través de medidas de disposición y, llegado el caso, de internación, durante el desarrollo del procedimiento. Lo estrictamente penal, es decir, la imposición de una

37 En el presente trabajo se utilizarán como sinónimos las denominaciones: equipos técnicos, interdisciplinarios o multidisciplinarios, ya que las diferencias entre éstos exceden el marco del presente trabajo.

38 Beloff, M.: "Un modelo para armar -y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular", cit. pág. 12

39 Rojas, A. (2006): "Los Sujetos Procesales", en *Derecho de la Niñez y Adolescencia*, Escuela Nacional de Judicatura, Republica Dominicana, pág. 139. En este sentido, es dable afirmar que el modelo legitima la imposición de medidas que, como expresa Carl Stooss: "No se fundan en una acción determinada, sino en el estado de la persona. No se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino de tratarle de modo adecuado a su estado" (Cf., Stooss, C. (1913): *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien u. Leipzig, pág. 192, citado por Zaffaroni, R. E. (2006): *El enemigo en el derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, pág. 94).

pena formal por la comisión de un delito, queda en principio relegado a un segundo plano aun en los casos de los jóvenes punibles cuya responsabilidad es judicialmente declarada (ver: art. 4, Ley de facto N° 22.278).

Al ser modificado el paradigma vigente en la materia –modificación que en el ámbito de nuestra ciudad alcanzó una plena operatividad con leyes adecuadas a las exigencias constitucionales (ver: Leyes N° 114 y 2.451)–, la posición y el perfil de estos actores, sus ámbitos funcionales y la incidencia de sus opiniones deben ser adecuadamente examinados.

Justamente, las dificultades en la implementación del nuevo modelo de protección integral de la infancia se explican, entre otras cuestiones, por problemas en la definición del perfil y las funciones de los diferentes sujetos que intervienen en el proceso penal juvenil, especialmente en lugares como nuestro país, atravesados en su historia por experiencias *tutelaristas*<sup>40</sup>.

En síntesis, el modelo vigente en nuestra ciudad tiene una clara orientación en el sentido que da la Convención sobre los Derechos del Niño (Leyes N° 114 y N° 2.451); por ello si se piensa en un equipo interdisciplinario que asista al juez en el ejercicio de sus funciones, éste debe tener esa misma orientación.

Nuestro régimen procesal en forma ciertamente escueta alude a la intervención de un equipo técnico interdisciplinario. Lo hace en una situación particular y sin definición de las funciones propias, en la instancia de resolución alternativa del conflicto (art. 67, RPPJ). Quizás esta austera previsión legal se deba justamente a lo relatado antes, esto es, a las experiencias vinculadas a la participación activa y amplia de equipos técnicos comprometidos con el éxito del complejo *tutelar* en una Justicia desjuridizada, al margen de los derechos (cuando no al margen de la mera legalidad), colonizada por los saberes psi del trabajo social y, en oportunidades, médicos<sup>41</sup>. Quizás ello también nos dé la pauta de la ajustada relevancia y el carácter limitado y accesorio de la intervención de tales actores en un procedimiento penal propiamente dicho, como el regulado en la Ley N° 2.451.

---

40 Beloff, M.: "Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño", ob. cit. pág. 32. Aquí la autora traza un paralelo muy acertado con la figura del asesor de menores, siempre asimilada a las prácticas tutelares.

41 Beloff, M.: ob cit., pág. 32.

## 8. ESPECIALIZACIÓN DE LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS EN EL PROCESO PENAL, EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LA INFANCIA

Ahora bien, cabe mencionar que la falta de especialización en los equipos interdisciplinarios –reiteramos: en el marco del nuevo paradigma de protección integral de derechos del niño– es un problema actual que excede al ámbito local y fue resaltado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, que en las Observaciones Finales al Estado Argentino, en 2010, instó a velar por la adopción de medidas necesarias para que las personas que trabajan con niños en el sistema judicial reciban periódicamente una formación adecuada<sup>42</sup>.

El sentido de esa formación exigida se infiere de las normas internacionales tantas veces citadas<sup>43</sup>, y determina, al propio tiempo, los aspectos funcionales de estos actores en el proceso penal; circunstancia nada menor en relevancia en los regímenes normativos como el nuestro, donde sus enunciados no precisan las distintas tareas de los equipos interdisciplinarios.

De esta forma, en última instancia lo trascendente son los derechos y las garantías de los niños comprometidos en la Justicia penal juvenil de acuerdo al *corpus juris* internacional de la infancia. Así, cabe tener presentes esos derechos y garantías como aspectos que hacen al contenido de la necesaria formación de los equipos técnicos que trabajan en la administración de Justicia penal juvenil, pero también, y sobre todo, como pautas o límites de las funciones concernientes a esos equipos<sup>44</sup>.

En este sentido, el respeto de todos los derechos y garantías del adolescente imputado o encontrado responsable de haber cometido un delito; la in-

42 Ver: Observaciones Finales al Estado Argentino del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, CRC/C/ARG/CO/3-4, junio, 2010, observación N° 80, inc j.

43 Ver las reglas 16 y 22 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores y la Directriz 58 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

44 Con relación a la Regla 16.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, la Dra. Mary Beloff sostiene que dicha norma permite esclarecer algunas características y límites a la función de los mencionados equipos multidisciplinarios en la Justicia juvenil. En este sentido sostiene que de la norma se desprende que (a) deben existir equipos multidisciplinarios en la Justicia juvenil que brinden al juez la información necesaria, respecto de las circunstancias personales del adolescente, para llegar a una decisión justa; (b) se debe realizar una investigación exhaustiva (nótese que se menciona una investigación y no varias según el momento procesal de que se trate) y por último que, (c) será pertinente la exclusión de la necesidad de elaborar informes sociales y familiares en caso de que se impute al adolescente un delito leve, ya que los nuevos sistemas de Justicia juvenil latinoamericana prevén la despenalización, o bien, formas no penales de solución del conflicto en casos de delitos leves (cfme. Beloff, M.: "Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño", cit., pág. 39).

tervención y nocividad mínimas; la proporcionalidad de la reacción en función del delito y la consideración de las condiciones personales sólo para corregir la gravedad de la sanción que correspondería estrictamente por el delito; la protección de la intimidad; la solución alternativa del conflicto; la excepcionalidad de la adopción de la privación de la libertad; y la pluralidad de medidas resolutorias, entre otros aspectos, conforman rígidos parámetros de discernimiento de la legitimidad de la actuación de los equipos interdisciplinarios en el proceso penal juvenil<sup>45</sup>.

El proceso penal juvenil tiene por objeto la dilucidación de la veracidad de la imputación por la presunta comisión de un hecho calificado por la Ley como delito y la eventual determinación de la pena aplicable o de la solución del caso por medio de una salida alternativa al proceso o a la pena. Sobre ese objeto debe girar ineludiblemente el proceder de los equipos técnicos interdisciplinarios<sup>46</sup>. Así lo establecen diversos derechos elementales de los imputados en el proceso penal, históricamente desconocidos en el juzgamiento criminal de las personas menores de edad (principio de inocencia, derecho a la intimidad, culpabilidad por el acto cometido, etcétera). Por lo tanto, puede decirse que el primer y gran límite de la actuación de estos equipos viene impuesto por el adecuado reconocimiento y el cabal respeto de los derechos y las garantías de los niños en el proceso penal.

Estas reflexiones acompañan nuestro postulado inicial sobre el limitado alcance de la actuación de los equipos interdisciplinarios y su necesaria correspondencia con los lineamientos fundamentales del nuevo paradigma de la protección integral en el procedimiento penal juvenil.

En este sentido, en virtud del alcance del principio de especialidad y su derivado, el de especialización, los estudios de los equipos interdisciplinarios<sup>47</sup> deben considerarse como periciales, en tanto son efectuados y emitidos por especialistas en una determinada ciencia, y forenses, puesto que pretenden apoyar, desde esa ciencia, la administración de Justicia, específicamente la resolución jurisdiccional, en ciertos aspectos claves y relevantes para la legítima decisión

45 Por caso, véase la Directriz 58 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. La directriz mencionada incorpora al principio de especialidad que rige para los equipos técnicos un elemento específico, que es el necesario conocimiento de la existencia de programas de remisión, promoviendo de esta forma la excepcionalidad de la aplicación del sistema de Justicia juvenil, y limitando en consecuencia, el papel del ius puniendi del Estado (cfme. CIDH, Informe N° 41/99, Caso 11491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 113)

46 En similar sentido, Rojas, A.: ob. cit, pág. 141.

47 Previsiones en términos generales de estos auxiliares se pueden encontrar en el Título III, Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la CABA (RES. C.M N° 152/99).

del caso. Así, con la intención de evitar discrecionalidades propias del modelo anterior, dichos estudios también deben encontrarse limitados por las solicitudes concretas planteadas por las partes<sup>48</sup>.

En definitiva, en cualquier caso, si bien el juez debe tener acceso a la información relativa a las circunstancias personales de los adolescentes a quienes debe juzgar, esta información solo podrá ser utilizada a fin de brindar al juzgador un panorama amplio sobre las condiciones y la situación en las que el adolescente habría cometido el delito del que se lo acusa, necesario para determinar adecuadamente la sanción aplicable o la medida alternativa al proceso o a la pena; todo lo que contribuye a una decisión justa del conflicto penal<sup>49</sup>.

### **9. ESPECIALIZACIÓN DEL PERSONAL QUE SE DESEMPEÑA EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD**

En el apartado anterior nos referimos a los grupos de técnicos que elaboran informes que permiten al juez adoptar una decisión referida al objeto del proceso penal juvenil. Pero asimismo, existen profesionales no letrados, de distintas disciplinas, que se desempeñan específicamente en las instituciones de encierro donde son alojados los niños con motivo del proceso penal seguido en su contra, ya sea en la instancia de ejecución de la sanción penal juvenil o en otras previas.

Como no puede ser de otro modo, el principio de especialización también se extiende a todo el ámbito de las medidas privativas de la libertad<sup>50</sup> y, por consiguiente, al personal encargado de su ejecución<sup>51</sup> y a los equipos interdiscipli-

48 Rojas, A.: ob. cit, pág. 140.

49 En tal sentido, es interesante recordar que en la legislación penal de adultos el juez también se remite a los informes de los equipos técnicos, en el caso del párrafo final del artículo 44 del CP para la determinación de la responsabilidad penal del autor en el marco del instituto de la tentativa y en el caso del artículo 26 del CP, con relación a las condiciones materiales para disponer la condena de ejecución condicional. El artículo 26 del CP establece las condiciones materiales para disponer la condena de ejecución condicional las que consisten en la "personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho, y las demás circunstancias que demuestren *la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad*". La referencia apunta a la necesidad de contar con datos verificables de su realidad existencial (trabajo, educación, etc.) que demuestren la inconveniencia del encierro (Ver: D'alesio, A. J. (2005): *Código penal comentado y anotado, Parte General (arts. 1º a 78 bis)*, editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 164).

50 El artículo 84, Ley Nº 2.451, establece que la privación de libertad en centro especializado consistirá en el alojamiento en un establecimiento creado a tal efecto para el cumplimiento de los fines de la Ley.

51 El artículo 85, primer párrafo, Ley Nº 2.451, prevé que los centros especializados deben funcionar en locales adecuados, con personal capacitado en el área social, pedagógica y legal.

narios que colaboran en la concreción de la finalidad de la sanción en este especial ámbito punitivo<sup>52</sup>.

En este sentido, una mirada constitucional sobre la labor de los profesionales de equipos interdisciplinarios que actúan en la instancia de ejecución de la pena pone el foco, nuevamente, en el cometido principal de su ámbito de actuación preciso y su relación con los derechos particulares de la infancia en el ámbito punitivo; circunstancia que obliga a vincular principalmente esta labor con el fin que tiene la pena en el sistema constitucional de la infancia.

Vale decir que la respuesta punitiva en este sistema penal juvenil debe ser amplia, flexible, dotada de contenido educativo y de mínima intensidad y aflicción. La doctrina especializada ha referido que lo característico del derecho penal juvenil se encuentra en su aspecto sancionatorio, puesto que presenta una regulación propia que hace no aplicable el derecho penal de adultos subsidiariamente. El primero tiene como norte y, al propio tiempo, como presupuesto de legitimidad, al principio educativo. Este último principio establece una serie de criterios relativos a la punición de los niños que llevan a que el derecho penal juvenil tenga características propias, que funcionan como verdaderos derechos adicionales.<sup>53</sup>

Este principio educativo y todas sus proyecciones, entre las que cabe destacar su carácter de parámetro de la especialización del equipo interdisciplinario que coadyuva en esta fase del sistema, deben ser entendidos de manera tal que no controvertan la conceptualización del niño como sujeto de derecho y no avasallen su dignidad personal; por esto, este principio no debe ser entendido como un mandato hacia el Estado para que en este ámbito punitivo satisfaga un supuesto déficit educativo en el niño. No es a través del derecho penal como el Estado satisface el derecho a la educación del niño.

El mentado principio debe ser traducido como un mandato hacia la prevención especial positiva de una persona pasible, por su edad, de recibir un castigo penal en el sistema penal juvenil. Obviamente, las particularidades del sujeto privilegiado que recibe la sanción obligan al Estado a satisfacer todos los derechos que correspondan a las personas menores de edad, como el derecho a la educación. En definitiva, lo importante es que el principio educativo que carac-

52 El artículo 85, tercer párrafo, Ley Nº 2.451, dispone que los centros especializados para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad deben contar con un grupo interdisciplinario de profesionales especializados.

53 El principio educativo no es sino una consecuencia de los principios de interés superior del niño y protección integral. (ver: Llobet Rodríguez, J. (2002): "La Justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Ed. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, págs. 393/416).

teriza a la sanción penal y, por lo tanto, a la etapa procesal de ejecución, no se convierta en una trampa que permita la vulneración de derechos y garantías constitucionales de los niños, como es propio del sistema tutelar.

A su vez, y de la misma forma, el personal destinado a la ejecución de las medidas privativas de la libertad requiere de una capacitación que resulta una condición de legitimidad de todo el sistema penal juvenil. Recordemos que la especialidad del sistema recae en gran medida en la significación específica que tiene la privación de la libertad en el caso de los niños –tanto en su carácter de medida cautelar como en el de sanción formal por la comisión de un delito–, esto es, excepcionalísima por sus connotaciones altamente aflictivas para el colectivo de personas en formación y crecimiento.

La Regla 85 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que el personal de las instituciones de detención de niños “deberá recibir una formación que le permita desempeñar eficazmente sus funciones, en particular la capacitación en sicología infantil, protección de la infancia y criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño, incluidas las presentes Reglas. El personal deberá mantener y perfeccionar sus conocimientos y capacidad profesional asistiendo a cursos de formación en el servicio que se organizarán a intervalos apropiados durante toda su carrera”.

Reviste especial interés resaltar que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires funciona el Centro de Identificación y Alojamiento Provisorio de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>54</sup>, donde se alojan las personas menores de edad que deben ser identificadas por la presunta comisión de delitos con competencia de la Justicia local. En el punto VI. 3 del manual operativo<sup>55</sup> del centro, se establece: “El personal del Centro deberá contar con una capacitación suficiente para brindar información, tanto sobre los aspectos legales que originaron el ingreso de los niños, niñas y adolescentes, como cualquier otra información que le sea requerida durante la entrevista”.

Como puede verse, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en lo que hace a las infracciones que son de competencia de la Justicia penal

---

54 Dicho Centro fue creado como resultado de la acción de *habeas corpus* iniciada por en forma conjunta por la Asesora General Tutelar de la Ciudad y por el Asesor Tutelar de primera instancia. El expediente fue caratulado “Ministerio Público Fiscal, Justicia Penal, Contravencional y de Faltas s/ i nf r. Art. 23. 098 L. N. (Habeas corpus)” y la sentencia emitida por el Dr. Bujan en fecha 29 de diciembre de 2008 dispuso la implementación de un Centro especializado de detención, el que fue creado por Resolución N° 329/GCBA/MJYSGC/09 del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad de Buenos Aires

55 Figura como Anexo I de la Resolución N° 329/GCBA/MJYSGC/09

local, el mandato internacional de especialización de los equipos interdisciplinarios que supervisan las medidas de privación de la libertad de personas menores de edad encuentra una recepción legal. Sin perjuicio de ello, nuestra atención debe recaer fundamentalmente en la concreción práctica de algunos de estos mandatos, a fin de evitar que su omisión genere situaciones ilegítimas en los niños imputados o condenados, contrarias a sus derechos constitucionales.

## **10. CONCLUSIONES**

Las líneas argumentales esbozadas dan cuenta del estado de situación actual de la Justicia penal juvenil en la Ciudad de Buenos Aires y ponen de relieve la necesidad de una discusión seria y responsable sobre la implementación de una Justicia especializada en nuestro ámbito.

El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en nuestro país imponen a los Estados la obligación de adaptar la legislación y las instituciones a los parámetros que aquéllos establecen. Queda claro que la Ciudad de Buenos Aires no está exenta de dicha exigencia supralegal.

El sistema de reacción estatal ante las infracciones penales cometidas por personas menores de 18 años de edad, analizado a la luz de la normativa de derechos humanos, debe constituirse en un sistema de garantías que limite el ejercicio del poder punitivo, promoviendo el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales de terceros y las garantías específicas que titularizan los niños en tanto personas en crecimiento. De esta manera, para la aplicación de una sanción, este sistema de responsabilidad penal requerirá, como primera medida, que el adolescente haya incurrido en una conducta previamente tipificada y sancionada por la norma penal, y que ello sólo sea verificado en un procedimiento judicial llevado a cabo de conformidad con las normas constitucionales, en el que las garantías de raigambre constitucional comunes a todas las personas (ver: principios de legalidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, principio del contradictorio, juez natural, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, impugnación) se conjuguen armónicamente con aquellas específicas que deben ser reconocidas a este colectivo de personas por su carácter de sujetos de derecho privilegiados (ver: principios de especialidad, especialización, mínima intervención).

Como vimos, en nuestro ámbito puede reconocerse un importante avance en la adecuación de la legislación local a las exigencias de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de la Infancia. Así, quedó de relieve que el

Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, más allá de poseer algunos aspectos discutibles, se erige como un cuerpo normativo respetuoso de las imposiciones constitucionales relacionadas con la situación de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la Ley penal. Pero como también dijimos, el sistema procesal local en su realización práctica puede ser definido como un sistema de normas especiales aplicadas por magistrados no especializados.

La especialización resulta así un aspecto central del sistema penal juvenil diagramado por la Constitución de la Nación y, en gran parte, incumplido en nuestra ciudad. Pero existe una labor trascendental que se debe llevar a cabo antes de exigir su cumplimiento con relación a todos los actores principales y secundarios del proceso penal (jueces, fiscales, defensores, asesores, equipos interdisciplinarios, policías, etcétera). Ésta es la definición conceptual del contenido de este principio.

Sucede que la caracterización del fuero penal juvenil como un fuero especializado sin que se definan debidamente sus contenidos acarrea el peligro de admitir intervenciones estatales en el proceso penal que desvían la atención de lo que debe ser su único objeto —el supuesto hecho delictivo— hacia la persona del delincuente juvenil. Por ello nos pareció prudente recordar en este trabajo, para evitar la reiteración de lesivos errores, que el arcaico modelo tutelar también era considerado un sistema especial, con operadores especializados en “la problemática de los menores” o del “menor abandonado-delincuente”.

Así las cosas, el principio constitucional de la especialidad del sistema penal juvenil y su derivado, la especialización de sus operadores (arts. 5, 40.2.b.ii y iii y 40.3, CDN) deben ineludiblemente respetar todos y cada uno de los postulados del Sistema de Protección Integral de Derechos y así ceñir su ámbito a la conformación de una Justicia flexible y diversa con una especial versación en los derechos de las personas menores de 18 años de edad en el proceso judicial en el que se investiga la presunta comisión de un hecho delictivo y su responsabilidad. Ello trae consigo que, como condición de legitimidad del sistema, los jueces, fiscales, defensores y asesores deben estar capacitados en cuestiones relativas a los derechos de las personas menores de 18 años de edad en un proceso penal y deben contar con competencia específica para actuar cuando los delitos sean presuntamente cometidos por ellas. Es decir, la capacitación debería centrarse en la normativa, jurisprudencia y doctrina específica en relación con los derechos de las personas menores de 18 años de edad en el proceso penal.

---

**II. EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS**

---

# LA SANCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA BREVEDAD<sup>1</sup>

JOAO BATISTA SARAIVA<sup>2</sup>

A la hora de realizar un debate sobre la construcción de un sistema penal juvenil desde el punto de vista de la experiencia internacional, me parece fundamental realizar un recorrido histórico sobre la concepción de la Justicia penal juvenil de Brasil.

Brasil tiene un trabajo de 20 años de lucha contra el tutelarismo, un *virus* poderosísimo que tiene una capacidad de mutación extraordinaria, pues se manifiesta de la manera más extraña. El Estatuto del Niño y Adolescente (Estatuto da Criança y do Adolescente) fue adoptado en 1990 y es, en palabras del Dr. Emilio García Méndez, la versión brasileña de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es decir, se trata de la expresión local de esa norma internacional.

A partir de la vigencia del Estatuto, la cantidad de causas seguidas contra niños, niñas y adolescentes se redujo, y se produjo un cambio en la denominación de los juzgados. En 1991 los juzgados de menores de Porto Alegre se transformaron en Juzgados de la Niñez y de la Adolescencia y, mientras que en los primeros tramitaban 20.000 causas, una vez entrado en vigencia el Estatuto, este número se redujo en pocos meses a 4.000. Esto se debió a la eliminación inmediata de los procesos de control social de la pobreza ejercidos por la Justicia, restringiendo de esta forma, el espacio de competencia de la Justicia de Menores.

Hay que destacar que mi visión es la de un juez de menores de un estado suroño, pero Brasil es un país muy grande, con muchas diferencias regionales, ya que es un país federal –como la Argentina–. Considero que en algunos aspectos

---

1 Ponencia presentada el 9 de noviembre de 2011, Facultad de Derecho de la UBA. Jornada "Hacia una Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad de Buenos Aires"- Experiencias Argentinas, Panel I- Organizado por el Consejo de la Magistratura de CABA, Defensoría General CABA, Ministerio Público Tutelar CABA.

2 Juez del Tribunal de Infancia y Juventud de Santo Angelo, en Rio Grande do Sul.

tos las provincias argentinas tienen más autonomía que los estados brasileños, mientras que en otros aspectos sucede lo contrario. Desde el punto de vista de la organización judicial, opino que los estados brasileños tienen una autonomía muy grande, entonces hay muchas distinciones de actuación entre uno y otro. Por eso, mi análisis debe ser tomado como una percepción sólo desde el punto de vista de mi estado.

Considero que nuestra lucha es una lucha de afirmación del papel de la Justicia juvenil; una lucha de afirmación de una doctrina, una lucha ideológica; no se debe discutir qué es lo que se debe hacer con la Defensa Pública, la Fiscalía o los Jueces, ya que la cuestión es eminentemente ideológica. Las preguntas radican en: ¿cuál es la mirada que nosotros tenemos del niño?, ¿cuál es la mirada de un sistema de Justicia?

Opino que el tema que definitivamente necesita ser incorporado a la discusión recae sobre la pregunta: ¿qué es un sistema penal juvenil? Es decir, un sistema que por un lado esté presidido por determinados principios como el de legalidad y debido proceso, y por el otro, contenga todas las garantías reconocidas a las niñas, los niños y los adolescentes.

Lo central es reconocer en los niños y en los adolescentes su condición de sujetos de derecho, en contraposición a la condición de objeto.

La necesidad de hablar del sistema de Justicia penal juvenil es tan obvia, tan evidente, que llega a ser sorprendente que nosotros desde hace 20 años tengamos que hablar de esto, pero como dice un importante hermenéutico brasileño, Lenio Streck, vivimos en un tiempo en que es necesario sacar lo obvio del anonimato. Y esto es, que las personas no nos escuchan, y no nos escuchan no porque no nos quieren escuchar, no porque no tienen capacidad o no nos entienden, sino porque el problema radica en una cuestión ideológica.

Por ello el espacio adecuado para la lucha por el cambio ideológico se debe dar en la Facultad de Derecho. La posibilidad de construir lo nuevo, de inventarnos definitivamente sacando lo obvio del anonimato, de promover un sistema penal juvenil que tiene fundamento en la dogmática jurídica penal, en el principio de la legalidad, del debido proceso, entre otros aspectos.

Un fallecido pedagogo brasileño, Antonio Carlos Gomes da Costa, mirando la Constitución de Brasil, se anticipó a la propia Convención en su artículo 227; y con relación a las medidas sancionatorias de la privación de la libertad, estableció la opción de imponer sanciones socioeducativas regidas por los principios de excepcionalidad (principio lógico del sistema), de brevedad (principio cronológico) y de condición peculiar de persona en desarrollo (principio ontoló-

gico del sistema), como fundamentos de la sanción juvenil y mismo del funcionamiento de la Justicia.

Esto parece tan evidente, tan obvio; pero detrás de cada uno de estos principios hay todo un conjunto normativo. Hablar sobre el principio de la excepcionalidad supone que se tiene presente todo un conjunto normativo: la tipicidad, la legalidad de la conducta, las restricciones de las hipótesis de la privación de la libertad, las restricciones de las hipótesis de imponer cierta sanción. Esto que es evidente para nosotros, no lo es para aquellos que debieran escucharnos y no quieren escucharnos.

¿Cuál es el gran obstáculo para la afirmación de un sistema penal juvenil suficientemente fuerte? Un gran obstáculo son los espacios de corporativismos, que son terribles y no hacen cualquier concesión.

Nosotros tenemos que tener en vista que con este sistema de Justicia, el juez de menores es reubicado en el espacio eminentemente jurisdiccional. En 1992, el Dr. Emilio García Méndez lideró el proceso de efectivización del Estatuto en Brasil. Durante ese año el Dr. García Méndez y UNICEF desarrollaron un seminario en San Pablo para difundir el sistema de Justicia penal juvenil promovido en la CDN. La percepción del momento era que la Justicia de menores siempre había sido una Justicia secundaria, una Justicia de segunda clase, una Justicia menor. Esto trajo aparejada la necesidad de la especialización de los operadores del sistema de Justicia, v.gr. defensores, fiscales, jueces, operadores, etc.

Sin embargo, las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre "Justicia Penal Juvenil y Derechos de las Américas", (CIDH, relatoría sobre los derechos de la niñez, documento 78, 13/06/2011) me remite a 1992.

Porque hay cuestiones que, pasados 20 años, se mantienen en el mismo pantano, es decir, no hay avances. Hay que señalar que si bien hay cambios normativos importantes en nuestros países, éstos no produjeron cambios en las prácticas. Se trabaja con la nueva normativa pero bajo la lógica tutelar, con el riesgo de utilizar las palabras para decir una cosa completamente contraria a lo que la ley dice. Y permitir una interpretación extraordinaria; la utilización de recursos retóricos para una revivencia excéntrica de la doctrina tutelar.

Nosotros tenemos la necesidad de fundar, definitivamente, los espacios de los operadores en sus distintos papeles: el juez, la fiscalía (por la atribución de la conducta inculpada) y la defensa técnica (que tiene un espacio definitivo de lucha para la libertad de su constituyente). El fiscal tiene en su papel la defensa del interés de la comunidad y es un promotor de la Justicia. Pero el papel

del fiscal y del defensor son papeles que no se confunden. El espacio de la sociedad, de los actores sociales, de las agencias sociales, no se confunde con el espacio del Poder Judicial. Yo siempre digo que pasa lo siguiente: la Justicia juvenil es una Justicia especializada. Una Justicia que tiene todo el conjunto de las garantías de todos los ciudadanos, más un plus de garantías propias de la condición de adolescentes. Esta especialización remite a la necesidad de que los jueces, hombres y mujeres operadores del sistema, estén absolutamente comprometidos con lo que hacen. Esto no deja de lado la percepción de la interdisciplinariedad del proceso, pero no podrá producir una confusión de los papeles.

A mí me preocupa la interacción de varias ciencias, –de la psicología, de los servicios sociales, de la pedagogía– que las personas se confundan sus papeles. ¿De qué estoy hablando? Estoy hablando de la necesaria interlocución entre los jueces y la psicología, por ejemplo; de los conocimientos técnicos de la psicología para la actuación dentro de los estrechos límites de la actuación judicial. Pero el encantamiento de los derechos con la psicología se asimila a lo que pasa con el pajarito y el pez.

Así, el pez y el pajarito pueden enamorarse; pueden incluso tener algún encuentro amoroso. Pero jamás vivirán juntos. Porque el pez debe estar en el agua y el mundo del pajarito es el aire. Entonces, cada uno en su mundo... Pueden conocerse, pueden enamorarse, pero no pueden vivir juntos. Porque el juez es juez, el psicólogo es psicólogo, el fiscal es fiscal, el defensor es defensor. Tienen papeles distintos. Es muy importante hacer esa consideración, porque a mí me preocupa que en la Justicia tutelar el juez era una persona plenipotenciaria, que tenía conocimiento de todo: verdadero asistente social, psicólogo, un "iluminado" con facultades omnímodas.

Un sistema de Justicia juvenil es un sistema técnico, en que cada uno tiene un papel. En un sistema marcado por garantías explícitas y que nosotros tenemos que reportar a ellas permanentemente. Un sistema en el que el juez está limitado por ellas. Un sistema marcado por los combates permanentes de los espacios de discrecionalidad. No es posible remitir la decisión sobre la posibilidad o no de la privación de la libertad a un juicio absolutamente imponderable de lo malo o bueno que era el niño porque era hincha de Boca o porque era hincha de River. Tiene que haber criterios absolutamente claros, explícitos. Y eso viene de la norma. ¿De qué estoy hablando? A mí me sorprende que acá en la Argentina, pasado tanto tiempo, no haya una ley de responsabilidad penal juvenil. Y a nosotros, los latinoamericanos, por todo lo que la Argentina representa, por su liderazgo, por su importancia, nos deja perplejos. Porque nosotros estamos

luchando por un perfeccionamiento del Estatuto de la Niñez para la incorporación de más garantías, más reglas, más rigor. Un sistema penal juvenil efectivo. Para eso luchamos contra los tutelares, que están siempre muy atentos, muy presentes. Y no puedo dejar de hacer esta consideración acá, porque esto a mí me preocupa mucho, porque nuestros países tienen un intercambio intenso de información y de cultura; lo que pasa allá repercute acá y lo que pasa acá repercute allá. Y creo que un debate de cómo construir un sistema penal juvenil, sea acá en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sea en la Provincia de Buenos Aires, sea en Porto Alegre, sea en Rio Grande Do Sul, pasa por el compromiso con nuestra doctrina. Con la seguridad de que nosotros no podemos hacer cualquier concesión. Una posición que busque deshacer la figura de los jueces de menores y crear una nueva. Porque como dijo Emilio García Méndez, al referirse a Gramsci, nos preocupa que nosotros fundamos lo nuevo, pero lo viejo no murió. Y además me preocupa que muchas veces escucho a personas hablando sobre los cambios de la Convención, y me remite a la historia del gatopardo, de Lampedusa: "que todo tiene que cambiar para que todo permanezca como está". Esta es la preocupación que nosotros tenemos: crear lo nuevo e impedir la supervivencia del tutelarismo travestido de nuevo. Así es nuestro trabajo hoy. Mi propuesta es hacer una consideración sobre el tiempo, sobre el significado y el impacto del tiempo en la vida del adolescente, que son muy distintos que para el adulto.

Carlos Vázquez González tiene una obra que se llama "Derecho Penal Juvenil Europeo". En ese trabajo, el maestro español hace un estudio sobre las leyes penales juveniles de todos los países europeos. (Ver tabla en pág. 84)

En la primera franja se observa la edad donde empieza la responsabilidad penal juvenil. En Brasil, sería a los 12 años. En Chile, a los 14. En la segunda columna figura donde empieza la responsabilidad penal adulta: en Brasil y Chile, a los 18 años. La tercera columna trata de una franja de la que sólo algunos países disponen, que es una hipótesis de jóvenes adultos: se trata de personas que se encuentran en la franja de 18 a 21 años. Así, los autores de determinados hechos penales, responderán a la Corte Juvenil y no a la Corte Adulta. Eso es muy interesante, porque nosotros en Porto Alegre tenemos la siguiente situación: jóvenes de 20 años en los sistemas socioeducativos, cumpliendo sanciones por un homicidio que cometieron cuando tenían 17 años, por ejemplo, y nosotros tenemos jóvenes con 18 años en el sistema penitenciario cumpliendo pena por hurto. Un tipo que con 18 años y pocos días comete uno, dos, tres hurtos y sufre una condena criminal como adulto, está en el sistema penitenciario

País	Edad de responsabilización juvenil	Mayoría de edad penal	Límite de edad de aplicación del derecho penal juvenil a jóvenes adultos	Mayoría de edad civil
Alemania	14	18	21	18
Austria	14	19	21	19
Bélgica	18	18		18
Bulgaria	14	18		
Croacia	14	18		
Dinamarca	15	18		18
Escocia	8	16	21	18
Eslavaquia	15	18		
Eslovenia	14	18		
España	14	18	21	18
Estonia	13	17	20	
Finlandia	15	18		18
Francia	13	18	21	18
Georgia	14	18		
Grecia	13	18	21	18
Holanda	12	18		18
Hungría	14	18		
Inglaterra/Gales	10	18	21	18
Irlanda	12	18		18
Italia	14	18		18
Lituania	14	18		
Noruega	15	18		18
Portugal	16	21		18
R. Checa	15	18		
Rumania	14	18		
Suecia	15	18		18
Suiza	7	18	25	20
Turquía	11	18	20	18

Fuente: Vázquez González, C. (2005): *Derecho Penal Juvenil Europeo*, Madrid, Dykinson, p. 420.

adulto, en el caótico sistema penitenciario adulto. Y jóvenes muy jóvenes, con 20 años, que por la comisión de un robo con violencia que produce muertes están internados.

Nosotros necesitamos discutir los derechos del siglo XXI. No podemos mirar el derecho del siglo XXI construyendo argumentos basados en ideas que cuando empezó el siglo XX ya eran viejas, como el sistema tutelar. El siglo XXI ha de ser el siglo en que nosotros construimos un sistema penal juvenil, porque yo tengo la certeza absoluta de que en el siglo XXI la adolescencia es un fenómeno psicológico que ha de extenderse hasta los 30 años. Nosotros tenemos que luchar para la construcción de un sistema juvenil efectivo, apto a extenderse más allá de los 18. Yo pienso que las personas van a vivir hasta los 100 años. La adolescencia, en cuanto fenómeno psicológico se extenderá hasta los 25, 30 años. No hay espacio en el mercado de trabajo para esas personas, y para esas personas de 25 a 30 años hay una solución: mantenerse adolescentes. Porque si no se mantienen adolescentes son desempleados; pero si lo hacen, son receptores de una protección social. Para éstos, nosotros tenemos que pensar un sistema de Justicia penal para adolescentes o de Justicia penal juvenil. Durante el siglo XIX, en Brasil, Don Pedro Segundo fue emperador con 14 años. Porque con 14 años en 1840 (cuando eso pasó), una persona era considerada un adulto, con 30 años era casi un viejo y con 50, un fenómeno. En el siglo XXI, una mujer de 50 años es una chica que está a punto de enamorarse de un chico de 20. Hay en Brasil una actriz que se llama Susana Vieira: tiene 70 años y tiene novios de menos de 30. Eso es un fenómeno del siglo XXI. Es importante decir esto porque si bien parece un chiste es un fenómeno sociológico que tiene repercusión en el derecho. Porque se va a producir necesariamente un retardo en el ingreso a la vida adulta; porque las personas se mantienen adolescentes por más tiempo. Entonces discutir un sistema penal juvenil es un discurso del presente y del futuro, es un discurso fundamental, es un discurso para toda la sociedad. No es una Justicia para los pobres de la periferia; nosotros estamos luchando por una Justicia igualitaria para todos.

Yo siempre utilizo una figura, me valgo de los fumadores. Yo soy fumador; discúlpenme. Desde un tiempo en que ser fumador era una cosa con *charm*. Pero yo soy libre para fumar: me es posible adquirir tabaco; no hay una ley que prohíba adquirir tabaco a un hombre viejo como yo. No obstante, eso daña la salud. Si yo no hubiese hecho esta revelación de "yo soy un fumador", es posible que las personas que están acá desconfiasen de esa hipótesis (porque yo no soy un tipo con mal olor... Hay fumadores que tienen un olor terrible). ¿Por

qué desconfiarían? Porque yo acá no fumé. ¿Y por qué yo no fumé? No fumé porque está prohibido fumar en espacios cerrados. Entonces, ¿cómo, si yo soy libre, no fumé? No fumé porque soy igual. Entonces, la igualdad es un valor democrático más grande que la libertad, porque es un límite a la libertad. Ahora, ¿se construye la igualdad?

La ley constituye la igualdad. Donde no hay ley, es el espacio de la discrecionalidad. Yo soy igual, y me percibo igual, porque hay una ley que lo dice. Y por eso, yo que soy un fumador libre para fumar, acá no fumo; no fumo porque soy igual. Y la igualdad es la norma, la regla; donde no hay regla, la vigencia será siempre la de la ley del más fuerte. Eso es el sistema penal juvenil que nosotros necesitamos construir, porque para los niños y los adolescentes la historia siempre fue inexistencia de reglas. O una regla, la regla del “amor”, que es una regla sin regla. Entonces lo que quiero decir es que, –con todo respeto– entre nosotros, Brasil, Argentina, Chile: lo que cambia es nuestro idioma, porque los problemas son los mismos. Nosotros tenemos los mismos problemas, los mismos adversarios, los mismos argumentos de defensa permanente de la doctrina tutelar. Nosotros tenemos los mismos desafíos. En Brasil, se habla en portugués pero los discursos son los mismos. En Chile pasa lo mismo. Y así es la lucha ideológica. Y la lucha ideológica es la lucha por la construcción de derechos. Por la construcción de la igualdad, por la construcción de la libertad, de los límites de la libertad, de los límites de la posibilidad de limitación de la libertad, por la construcción de garantías y por la definición de nuestras instituciones. O sea, por fortalecimiento de las instituciones y de la Defensa Pública en su papel.

Los grandes avances en Brasil se dieron en la jurisprudencia del derecho penal juvenil. El tema de la prescripción –ya que no había prescripción en el Estatuto de la Niñez– hoy está consagrado en el derecho brasileño por jurisprudencia. Estos avances se los debemos a la Defensoría Pública. A la Defensa; a la Defensa que lucha siempre. La Defensa que pide y pierde, pide y pierde, pierde nuevamente, ¿no será que no tiene razón?... Hasta que pide y gana. Entonces, especialmente a mis compañeros defensores que están acá, –con todo respeto a los fiscales, a los asesores, a los jueces–; mi esperanza por una necesidad de cambio pasa necesariamente por la Defensa. Necesariamente por la Defensa. Una Defensa absolutamente comprometida con la Justicia. Y el que se dirige a ustedes es un juez que fue fiscal.

Entonces yo me siento absolutamente tranquilo para decir que he sido fiscal, y hoy juez, hace muchos años; no tengo dudas de que el principal actor de la escena de la construcción de la Justicia es la Defensa. Y yo concluyo esta partici-

pación diciendo que los avances que nosotros en Brasil construimos en los últimos años<sup>3</sup> se deben a la Defensa. A un papel duro, continuo, de la lucha de los principios de excepcionalidad, del principio del debido proceso, etc.

Si me dijeran: "Saraiva, una única palabra", la única palabra que yo tendría que decir sería: "derecho de defensa". Si me fuese dicho: "Tiene una posibilidad", diría: "Derecho de defensa". Agradezco mucho la atención de todos y es un honor enorme estar acá en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en compañía de todos ustedes, y con la certeza de que nosotros, los brasileños, miramos la Argentina con gran admiración, con ojos muy especiales, y de que ustedes tienen en sus manos la construcción del futuro. El futuro de la América Latina pasa por acá. Porque nosotros estamos construyendo los derechos del siglo XXI; nosotros tenemos que mirar para el frente, y ése es nuestro desafío. Es difícil, esta es nuestra misión, nosotros tenemos una tarea. Esta es una tarea de compromiso ideológico y hay espacio acá para personas que tienen compromiso ideológico, con la libertad y con la democracia. Muchas gracias.

---

<sup>3</sup> Por ejemplo en nuestro estado, en Río Grande Do Sul, bajó el número de privados de la libertad, de 1.300 en 2007 a 850 en la actualidad (es una baja importante en un estado que tiene doce millones de habitantes).

# EL DERECHO DE DEFENSA PENAL Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: UNA EXIGENCIA DE ESPECIALIZACION

GONZALO BERRIOS DÍAZ<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El análisis del derecho de defensa penal del niño, esto es, el derecho a defenderse frente a las imputaciones de responsabilidad por la comisión de delitos que les efectúen los órganos de persecución penal del Estado, resulta de particular interés en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>2</sup>. Sin perjuicio de que enfocaremos el estudio de este derecho en su dimensión jurídico-penal, en nuestra opinión es absolutamente necesario y de justicia que le sea reconocido y asegurado a la infancia el derecho a la defensa jurídica en toda su extensión y para todos los asuntos –sean civiles, familiares o de carácter proteccional–, cuando sus derechos se encuentren en juego y puedan ser afectados por una decisión judicial. Con todo, probablemente buena parte de las reflexiones que siguen son perfectamente replicables en el análisis general del derecho a la defensa jurídica del niño<sup>3</sup>.

---

1 Abogado, Doctorando en Derecho, Universidad de Chile; Magíster en Derecho penal y procesal penal; profesor de derecho penal juvenil en la Universidad de Chile y la Universidad Central, y jefe de la unidad de defensa penal juvenil de la Defensoría Pena Pública de Chile. Contacto: [berrios.gonzalo@gmail.com](mailto:berrios.gonzalo@gmail.com)

2 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

3 Sobre la defensa jurídica de niños en ámbitos distintos al penal, pueden consultarse los artículos de Patricio Millán y Luis Villavicencio (2002): "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", en *Revista de Derechos del Niño* N° 1, UDP-UNICEF, Santiago; y de Jaime Couso (2006): "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", en *Revista de Derechos del Niño* N° 3/4, UDP-UNICEF, Santiago, pp. 158 y ss.

Al igual que en la Convención, en este artículo se utilizará el término “niño” para identificar a las personas que aún no han cumplido los 18 años de edad, aunque en los sistemas de responsabilidad penal juvenil de América Latina se utilizan en forma bastante extendida los términos “adolescentes” o “jóvenes”, y sin perjuicio de la existencia de límites de edad –generalmente entre 12 y 14 años– bajo los cuales se presume que tales niños no tienen capacidad de infringir la ley penal<sup>4</sup>.

Por último, el presente análisis se inscribe dentro de la perspectiva que reconoce que los niños y niñas son sujetos de derechos, tal y como se ha concebido en la denominada doctrina de la protección integral de los derechos del niño<sup>5</sup>.

## 2. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA PENAL

En primer lugar, desde una perspectiva individual, el derecho de defensa penal puede ser concebido como un derecho fundamental de todas las personas –incluidos los niños y las niñas– que se encuentran sometidas de alguna forma al ejercicio del poder punitivo del Estado. A su vez, desde una perspectiva institucional, se ha sostenido correctamente que no es posible concebir el debido proceso sin garantizar adecuadamente el derecho de defensa<sup>6</sup>. En esa dirección, la afirmación de Binder es muy clara respecto a que este derecho es “la garantía que torna operativas todas las demás”<sup>7</sup>. El derecho de defensa es el que hace posible la realización de los otros derechos y garantías que se reconocen a las personas acusadas de un hecho delictivo.

En segundo término, se distinguen dos manifestaciones en el estudio del derecho de defensa: por un lado, el derecho de defensa material y, por el otro, el derecho de defensa técnica<sup>8</sup>.

4 Artículo 40.3.a), Convención sobre los Derechos del Niño.

5 A modo de referencia, puede consultarse la siguiente bibliografía sobre dicha doctrina: Emilio García Méndez (2004): *Infancia: de los derechos y de la Justicia, 2ª edición actualizada*, Editores del Puerto, Buenos Aires; Mary Beloff (1999): “Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño N°1*, UNICEF, Santiago; Miguel Cillero (2001): “Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño N°2*, UNICEF, Buenos Aires; y Ricardo Pérez Manrique (2007): “La participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño N°9*, UNICEF, Santiago, p. 251.

6 Sobre el derecho de defensa como garantía constitutiva del debido proceso, véase Álex Carocca (2002): *La defensa penal pública*, LexisNexis, Santiago, pp. 49-50.

7 Alberto Binder (2002): *Introducción al derecho procesal penal, 2ª edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 155.

8 Julio Maier (2003): *Derecho procesal penal, Tomo II*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 256-257; y María Inés Horvitz y Julián López (2002), *Derecho procesal penal chileno, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 226-248.

El concepto de derecho de defensa material tiene relación con una visión amplia de la defensa, entendida como el derecho a ser oído (escuchado) y a intervenir en el juicio<sup>9</sup>, concepción que puede ser desagregada, a su vez, en varios subcomponentes que la concretizan. De este modo, el derecho de defensa material debe garantizarse desde el inicio de la persecución penal y hasta la completa ejecución de la sentencia, e incluye el derecho a declarar como medio de defensa o a guardar silencio (derecho a no auto-incriminarse); a conocer los cargos que se dirigen contra el sujeto y a contradecir la acusación; a presentar sus propias pruebas y a refutar las contrarias; y a preparar adecuadamente, en tiempo y medios, la defensa de su caso.

El derecho de defensa técnica o a una defensa letrada, por su parte, dice relación con el derecho de la persona a ser asistida y a comunicarse libre y privadamente con un abogado defensor, profesional que cuenta con los conocimientos técnico-jurídicos necesarios para que la defensa sea efectiva, resguardándose de mejor forma la igualdad en el juicio y el equilibrio procesal entre las partes.

El abogado defensor tiene como misión principal la representación exclusiva de los intereses de la persona que asesora, y es por ello que se reconoce el derecho preferente a que este abogado sea de confianza del defendido. En subsidio, en caso que la persona no cuente con un abogado de confianza o, lo que es más común en el sistema penal, no tenga los recursos económicos necesarios para costearlo, el Estado deberá asignarle un defensor penal público para que realice su defensa técnica. El carácter público de este abogado no implica en ningún caso que deje de ser un abogado centrado única y exclusivamente en los intereses personales del sujeto imputado. Entender otra cosa sobre la función de la defensa pública sería legitimar una discriminación inaceptable en contra de las personas socialmente excluidas, de menores recursos y poder, que no pueden pagar un abogado privado.

### **3. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A SER ESCUCHADOS: EL PRINCIPIO GENERAL DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

Realizadas estas consideraciones generales acerca del derecho de defensa penal y su contenido, ahora pretendemos dar cuenta de las normas especiales relacionadas con estos asuntos que se reconocen en la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>9</sup> Alex Caroca (2002) (sic): "La defensa en el nuevo proceso penal", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N°2, Santiago, p. 283.

En su artículo 12.2, la Convención reconoce el derecho de los niños a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte. Es tal la relevancia de este derecho que ha sido identificado como uno de los cuatro principios generales de toda la Convención, de tanta importancia como el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño. Consecuente con su importancia global, la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, "Los derechos del niño en la justicia de menores"<sup>10</sup>, también ubica a este derecho dentro de aquellos que son básicos de una política general de Justicia de menores, destinando los párrafos 43 a 45 de dicha Observación a profundizar su contenido. Además, confirmando nuevamente la relevancia del derecho a ser escuchado en todo el sistema de derechos del niño, y considerando el hecho de que su observancia "sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas", el Comité elaboró una nueva Observación General destinada exclusivamente al análisis del alcance jurídico del derecho, sus relaciones con otros principios, las condiciones básicas para su observancia, entre otros aspectos<sup>11</sup>.

De lo señalado hasta ahora se puede concluir sin mayor dificultad que el derecho a ser escuchado está directamente vinculado con el contenido del derecho de defensa material<sup>12</sup>, siendo este último una manifestación específica del primero. Por ello, resulta pertinente traer aquí la observación de Cillero en torno a que para garantizar la legitimidad del proceso "es necesario hacer un análisis serio sobre las competencias del adolescente para participar activamente en el juicio y establecer un sistema de enjuiciamiento que favorezca que él pueda poner en ejercicio su capacidad de actuar en el juicio"<sup>13</sup>. Si se trata, en el fondo, de que el niño tenga una posibilidad real de participación en el proceso (ser escuchado), lo señalado cobra una significativa relevancia, pues es necesario que el niño comprenda la naturaleza del proceso penal y lo que está en juego en él, para que pueda, a su vez, tomar las decisiones claves de su defensa. Y el logro de este ob-

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

11 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009. El texto previamente citado se encuentra en su párrafo 4.

12 En el mismo sentido Gimol Pinto (2001): "La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Revista Justicia y Derechos del Niño* N°3, UNICEF, Buenos Aires, p. 135; y Miguel Cillero (2009): "El derecho a la defensa penal de adolescentes", en *Estudios de derecho penal juvenil I, Defensoría Penal Pública*, Santiago, pp. 22-25.

13 Cillero, op. cit., p. 25 (cita suprimida).

jetivo es esencial al momento de perfilar la relación del niño con el abogado defensor y definir su rol en el proceso. Volveremos sobre este asunto más adelante.

#### **4. NORMAS ESPECÍFICAS APLICABLES A LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**

Como se sabe, en la estructura de la CDN los artículos 37 y 40 son fundamentales a la hora de referirse a la situación jurídica de los niños en conflicto con la ley penal, más aún cuando dichos artículos contienen algunas normas relativas al derecho de defensa que comentamos. En lo que sigue, por ende, nos abocaremos a un breve análisis de los mismos.

El artículo 37.d) establece que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada”. Para los efectos de estas notas, nos interesa destacar que lo que se exige en este artículo es que la asistencia sea letrada, sin perjuicio de “otra asistencia” que conjuntamente pueda brindarse al niño privado de libertad. Asimismo, coloca un énfasis particular en la oportunidad en que debe brindarse la asesoría jurídica, al exigir un “pronto acceso” a la misma.

Por su parte, el artículo 40.2.b.ii) señala que se les debe garantizar a los niños una “asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”, para más adelante, en el artículo 40.2.b.iii), exigir que la comparecencia en la audiencia respectiva se efectúe “en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado”. La CDN utiliza en estos casos una fórmula alternativa respecto al tipo de asistencia, distinta a la empleada en el artículo 37 ya mencionado.

Nos parece que la redacción de la CDN, salvo en lo dispuesto en el artículo 37, es ambigua en el ámbito del derecho a la asistencia letrada, pues no expresa que siempre se deba contar con una defensa técnica, aunque –en todo caso– siempre exige algún tipo de asistencia o asesor para el niño. Reparando en esta debilidad, aunque sin decirlo expresamente, el Comité de los Derechos del Niño “recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos”. Si, pese a la recomendación, la asistencia es brindada por otro tipo de asesores, éstos –continúa el Comité– al menos “deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los aspectos jurídicos”<sup>14</sup>.

14. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, párrafo 49.

Pese a la crítica previa, no debe olvidarse que la CDN sólo establece un conjunto de derechos mínimos, "habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales" (artículo 40.2), por lo que nada de lo dispuesto en la Convención deberá afectar otras disposiciones "más conducentes a la realización de los derechos del niño", recogidas en el derecho internacional vigente o en el derecho interno de un Estado Parte (artículo 41, reconociendo el principio de aplicación de la norma más favorable para la realización del derecho)<sup>15</sup>.

Considerando lo anterior, se debe tener presente que, en el ámbito americano, el derecho de defensa técnica de los niños se encuentra reconocido y protegido con un estándar más exigente que el establecido por la CDN, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2, incisos d y e, establece que toda persona (también un niño, naturalmente) tiene el derecho "de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor", así como el "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado", si la persona no se autodefende o no cuenta con un defensor de confianza.

Ahora bien, recientemente Duce ha sostenido que, en realidad, "lo que hacen estas normas [de la CDN] es ampliar el ámbito de protección del derecho internacional al establecer como obligatoria la asistencia al niño en todo caso, allí en donde tratándose de los adultos no exige una obligación para todo tipo de casos, incluso los penales, y menos que ésta sea gratuita a todo evento. En este contexto, la exigencia de asistencia apropiada asegura la presencia de un asesor idóneo a todo evento"<sup>16</sup>. Entiendo que ello se refiere, por ejemplo, a las limitaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y del Convenio Europeo de DDHH) que sólo asegura la defensa gratuita de oficio, "cuando los intereses de la Justicia lo exijan". Así, como Tratado de Derechos Humanos de carácter universal, la CDN sería más exigente en esta materia que el Pacto, confirmando entonces la idea de que la CDN constituye un instrumento de protección especial de los derechos de los niños.

En definitiva, de las normas internacionales revisadas podemos concluir:

---

<sup>15</sup> Pinto, *ibidem*, habla de que tales instrumentos internacionales "deben completar los derechos del niño o niña".

<sup>16</sup> Mauricio Duce (2009): "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil", en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, Talca, p. 99.

- que la CDN reconoce y asegura en forma amplia el derecho de defensa material, aunque no en todos los casos exige una defensa técnica o letrada;
- que, sin embargo, se debe considerar el hecho de que la Convención establece sólo ciertos niveles mínimos de exigencia en el plano de los derechos de los niños y de las obligaciones de los Estados, ya que ella debe ser compatibilizada con otras normas jurídicas que determinan exigencias superiores y complementarias a las de la Convención;
- y, por lo tanto, que una lectura integrada de la CDN con las normas del Pacto de San José de Costa Rica debe llevar necesariamente a concluir que se ha de garantizar siempre, en toda circunstancia, el derecho de defensa jurídico-penal a todo niño al que se le impute responsabilidad por un hecho delictivo.

Además, dadas las complejidades del proceso penal y las particularidades de la infancia, nos parece que en estos casos la defensa técnica es de carácter necesaria o preceptiva.

### **5. EL ROL DEL ABOGADO DEFENSOR**

En el siguiente nivel del análisis, retomaremos el tema del rol de defensor y las relaciones entre la dimensión material y la dimensión técnica del derecho de defensa. Esto es, nos abocaremos a las relaciones entre el derecho del niño a ser escuchado y el derecho a la defensa técnica, que se materializa por medio de un tercero —el abogado defensor.

Como ya se adelantó, el abogado se ha de guiar siempre en su trabajo técnico-jurídico por los intereses y la voluntad de su defendido. El defensor representa exclusivamente un interés parcial, se encuentra “obligado a la parcialidad. Ello significa que debe omitir toda acción que pueda perjudicar a su defendido, pero también incluye la obligación de llevar a cabo acciones que, conforme a una estrategia defensiva predeterminada, contribuyan a excluir o aminorar la imputación y su reproche”<sup>17</sup>.

En lo sustancial, el nexo entre la dimensión material y técnica del derecho de defensa significa que, en su labor profesional, el defensor ha de cumplir un rol

---

17 Maier, *op. cit.*, pp. 274-275 (citas suprimidas).

asesor y de colaboración<sup>18</sup> en el proceso de toma de decisiones del niño, para que éste, como titular indiscutido del derecho de defensa, pueda optar de manera informada por la mejor alternativa respecto de sus derechos e intereses frente a su particular situación jurídico-penal. El respeto del derecho de defensa trae consigo, por tanto, la necesaria erradicación de cualquier paternalismo y autoritarismo en el ejercicio profesional del abogado defensor.

Por ende, si se toma en consideración el contenido del artículo 12 de la Convención, no resulta concebible una idea distinta acerca del rol del defensor penal de niños que la anteriormente esbozada, ni menos puede dejar de aceptarse la sujeción obligatoria del abogado a los intereses y voluntad expresados por el niño. Ello implica la superación definitiva, desde la perspectiva de la Convención, de la antigua idea del defensor de “menores” que vela por su supuesto bienestar<sup>19</sup> y que asesora al tribunal más que al propio niño<sup>20</sup>.

De ahí que cobren especial fuerza los asuntos relacionados con la observancia de los deberes profesionales del abogado para con el niño, tales como:

- el resguardo leal y permanente de los intereses manifestados por el niño;
- el desarrollo de habilidades de comunicación con el niño;
- el desempeño competente de sus funciones y la debida diligencia en su ejercicio;
- el pleno respeto a la voluntad del niño;
- el deber de mantenerlo informado de la marcha del proceso en todas sus facetas;
- el deber de confidencialidad (secreto profesional);
- y la obligación de mantener una relación sincera y de efectuar un adecuado manejo de las expectativas del niño sobre los posibles resultados del juicio.

---

18 Sobre el modelo colaborativo de defensa, aunque con un sentido no necesariamente coincidente con el que se emplea en el texto, véase Kristin Henning, “Loyalty, paternalism, and rights: client counseling theory and the role of child’s counsel in delinquency cases”, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 81:1, 2005, en especial pp. 315-322.

19 Ricardo Pérez Manrique (2001): “Sobre el ejercicio de la defensa de menores infractores”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño N°3*, UNICEF, Buenos Aires, p. 166.

20 Cillero, *op. cit.*, *passim*.

## 6. EL DERECHO DE LOS NIÑOS A UNA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA

Ahora bien, las particularidades jurídicas, económico-sociales y culturales que presentan los niños, unidas al mandato general del artículo 40.3 de la CDN de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños infractores de la ley penal (principio de especialidad), no pueden sino influir en una especial configuración y calidad de su derecho a defensa técnica. Además, la necesidad de establecer una relación adecuada entre el defensor y el niño, que posibilite en términos reales y no meramente declarativos que el niño sea efectivamente quien tome las decisiones estratégicas acerca de su defensa, exige también la prestación de la defensa en forma especializada. Como he tenido oportunidad de expresar en otro lugar: "El derecho que se ha de garantizar no es a cualquier defensa. Para que ésta pueda ser considerada como adecuada y efectiva, en el caso de los adolescentes, el derecho a defensa penal debe satisfacerse en forma 'especializada'"<sup>21</sup>.

Lo anterior quiere decir que se debe organizar un sistema de defensa penal pública para niños que contemple una estructura de abogados cuya función exclusiva sea la defensa de aquellos, y que cuenten con conocimientos y competencias especiales en asuntos como: psicología social y del desarrollo, criminología, culturas juveniles, técnicas de entrevistas y de trabajo con la familia, además de los conocimientos y competencias básicas con que debe contar todo defensor. Han de ser abogados que tengan una motivación especial para el trabajo con niños, de por sí una tarea más exigente a nivel profesional, y que conozcan y manejen las redes sociales, comunitarias y estatales que puedan ser de utilidad para la defensa. En lo posible, por último, han de contar con equipos de apoyo de carácter interdisciplinario destinados a facilitar sus labores defensivas.

La implementación de defensorías especializadas tiene, además, un impacto directo en la calidad de los servicios de defensa pública. En el caso de Chile, por ejemplo, se indagó la opinión de los jueces de garantía y de los jueces que integran los tribunales de juicio oral sobre el impacto de la especialización de los abogados defensores. Dicho estudio arrojó que un 82,7% de los jueces considera que la especialización de la defensa incide "mucho o bastante" en las formas de término de un caso, redundando en un mejor resultado legal para el niño. Además, en términos comparativos, los defensores penales juveni-

21 Gonzalo Berrios (2008): "Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia", en *Defensa pública: garantía de acceso a la Justicia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, p. 407.

les fueron evaluados como el actor judicial más especializado de todo el sistema, superando a los jueces y los fiscales. Así, un 72,6% de los jueces de garantía encuestados señalaron a los defensores juveniles como el actor más especializado, seguido por los propios jueces de garantía (56,8%) y los fiscales con tan solo un 6,8%<sup>22</sup>.

Por otro lado, en una evaluación nacional destinada a medir el nivel de cumplimiento de los estándares de defensa penal que son obligatorios para los defensores penales públicos de Chile, los defensores juveniles obtuvieron un 82,9% de cumplimiento en el estándar de la dignidad<sup>23</sup> y un 70,1% en el estándar de la información<sup>24</sup>. En comparación con los defensores no especializados, se encuentran 10,6 por encima respecto del primer estándar, y 3,2 puntos por sobre los abogados no especializados respecto del segundo.<sup>25</sup>

De resultados como los anteriores, sin duda positivos –aunque plantean nuevos desafíos para cerrar las brechas de calidad que se observan–, se puede concluir que, más allá del necesario cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención y de otros Tratados sobre Derechos Humanos, no puede desarrollarse una Justicia juvenil en forma sin considerar al mismo tiempo la implementación de sistemas especializados de defensa penal para los niños en conflicto con la Ley penal.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

La relevancia del derecho de defensa penal de los niños para garantizar el debido proceso es una exigencia de justicia y una obligación que, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados deben no sólo respetar, sino que han de promover para lograr la efectividad de su ejercicio. Toda restricción del derecho de defensa, por acción u omisión, es, por tanto, una grave violación de los derechos humanos de los niños. El respeto del derecho de defensa implica asegurar el derecho del niño a ser escuchado y a participar activamente en el juicio, lo que

22 Valoración de los actores del nuevo sistema de Justicia penal adolescente acerca de la defensa penal juvenil, Informe final, CCI Ingeniería Económica, noviembre de 2009.

23 Estándar que, en general, dice relación con que el defensor ha de respetar la voluntad de imputadas e imputados y debe brindarles un trato digno.

24 Estándar referido en general a que el defensor debe mantener informado al imputado.

25 Todos los resultados mencionados provienen de la VI Auditoría Externa de los Servicios de Defensa Penal Pública (2009), ejecutada por el Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile y la Dirección de Desarrollo y Transferencia Tecnológica de la Universidad Católica del Maule.

plantea exigencias profesionales especiales para el abogado defensor y el cumplimiento celoso de sus deberes. Por ello, en el caso de los niños, es necesario reconocer que lo que se debe garantizar es no sólo el derecho a defensa, sino el derecho a una defensa penal especializada. El desafío que se enfrenta, entonces, ya no es exclusivamente poner a disposición de los niños a abogados que los defiendan frente a la pretensión punitiva dirigida en su contra, sino construir y consolidar sistemas de defensa penal especializados en la asistencia jurídica de niños y niñas.

---

**III. MONOGRAFÍAS SELECCIONADAS**

---

# INTERRELACIÓN Y CONSECUENCIAS DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN EL FUERO PENAL JUVENIL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

ANÁLISIS DE LAS POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL

MAURO CADEVILLA<sup>1</sup>

## 1. RESUMEN

A partir de la reforma de la Constitución Nacional (CN) en 1994 y la jerarquización constitucional de los tratados internacionales, la Ciudad de Buenos Aires enfrentó la imperiosa necesidad de adaptar su ordenamiento procesal minoril al cambio de paradigma establecido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), ello a los fines de asegurar una verdadera “protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”.

Esta nueva cosmovisión y la concepción del niño como “sujeto de derechos” han dado lugar a la adquisición de una serie de derechos y garantías al imputado menor de edad, equiparando su situación jurídica a quien es sometido a proceso siendo mayor de edad. Esta circunstancia dio lugar a la aplicación de institutos no previstos en el fuero juvenil –antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 2.541 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, los que han encontrado la luz al modificarse el procedimiento regulatorio de dicho fuero.

---

<sup>1</sup> Auxiliar Letrado, Defensoría Oficial Nro. Nueve del Departamento Judicial Mar del Plata, Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Contacto: mcadevilla@mpba.gov.ar

Paralelamente con lo expuesto, la entrada en vigencia del procedimiento establecido en la norma bajo análisis, el clamor popular frente a hechos delictivos atribuidos a personas menores de edad, y la inexistencia de organismos jurisdiccionales especializados que brinden un verdadero tratamiento diferenciado al niño en conflicto con la Ley penal también reactivaron el aparato jurisdiccional en un sentido más punitivo para la persona en formación.

Estas circunstancias articularon una serie de situaciones conflictivas que el presente trabajo pretende delimitar y resolver al menos someramente, las cuales han tenido lugar a partir de la inexistencia de pautas que regulen dichas problemáticas, la existencia de órganos jurisdiccionales que pretenden unificar institutos pertenecientes a ambas ramas del fuero penal, y la aparición de los primeros casos de personas que reingresan al sistema penal con posterioridad a adquirir la mayoría de edad.

Si bien el tema resulta de suma importancia y profundidad, la modalidad de trabajo me obliga a seleccionar solo algunos de los presupuestos posibles, a los que pasaré a referirme a continuación, de acuerdo a la gravedad que los mismos revisten frente a la persona del imputado.

## **2. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL INSTITUTO DE SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA**

La Ley Nº 2.451, en su artículo 27<sup>2</sup> establece: "Las medidas restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional, como último recurso y por el menor tiempo posible".

Esta circunstancia concuerda con el contenido de la Convención de los Derechos del Niño, donde expresamente –en el art. 40.4–<sup>3</sup> se establecen alternativas a la privación de libertad, tales como "órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción".

---

2 2.451. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sancionada: 29/03/2007 - Publicada: 08/05/2007 en B.O.C.B.A.

3 Organización de Naciones Unidas (1989): Convención Internacional de los Derechos del Niño. AGNU.

Por su parte, y en concordancia con el párrafo precedente, el artículo 8<sup>4</sup>, párrafo segundo, del ordenamiento procesal juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, señala: “Los derechos y garantías establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) son principios que deberán observarse en la aplicación de la presente Ley”.

Hasta aquí, más allá de mostrarse un ordenamiento procesal acorde a las mandas establecidas en la Convención y consecuentemente al ordenamiento constitucional vigente (CN, art. 75, inc. 22)<sup>5</sup>, las normas antes analizadas nos brindan las bases fundamentales para aplicar la institución establecida en el artículo 76 bis<sup>6</sup> del Código Penal dentro de la órbita juvenil.

Por último, termina de sellar la cuestión el contenido del artículo 76 de la Ley N° 2.451<sup>7</sup>, el cual establece que “a pedido del/la imputado/a, del/la Defensor/a o del/la Asesor/a tutelar, se podrá proponer la suspensión del proceso a prueba fundadamente. La suspensión también podrá disponerse aún en aquellos casos en que el delito imputado sea susceptible de sanción con pena privativa de libertad en centro especializado, teniendo en miras el principio del interés superior, su reinserción social, su protección integral y con la finalidad de mantener y fortalecer sus vínculos familiares y comunitarios”.

Ahora bien, tras encontrarse netamente reconocida la posibilidad de arribar este tipo de soluciones en el marco del fuero minoril de la Ciudad de Buenos Aires, advierto que el legislador NO ha previsto la posibilidad de que esa alternativa al juicio oral resultara incompatible con soluciones análogas a las que eventualmente se pudiera arribar en el fuero de mayores, de acuerdo a las mandas establecidas en el Código Penal (CP) y en el Código Procesal Penal (CPP).

Siguiendo esta inteligencia, encuentro al menos tres casos donde la norma no encuentra solución alguna a cuadros de situación tales como los que a continuación pasaré a reseñar:

---

4 2.451. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sancionada: 29/03/2007 - Publicada: 08/05/2007 en B.O.C.B.A.

5 Constitución Nacional Argentina.

6 Código Penal Argentino.

7 2.451. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sancionada: 29/03/2007 - Publicada: 08/05/2007 en B.O.C.B.A.

1. Un imputado menor de edad que suscribe una solución alternativa de estas características en el marco de una causa penal iniciada en el fuero penal juvenil (dando cumplimiento a la totalidad de las reglas de conducta allí establecidas y habiéndose cumplido el plazo establecido para la suspensión). Una vez que el mismo adquiere la mayoría de edad, incurre nuevamente en el sistema penal, siendo intimado por la comisión de un delito cuya pena pueda ser dejada en suspenso. No obstante, al momento de la comisión del hecho atribuido mientras resulta mayor de edad, no ha transcurrido el plazo de ocho años establecido en el artículo 76, ter. 6º párrafo, del CP<sup>8</sup>
2. Una persona menor de edad que suscribe un acuerdo de suspensión de juicio a prueba, y sin que el plazo de dicha suspensión haya transcurrido –o sin haber dado cumplimiento a las reglas de conducta allí establecidas–, incurre nuevamente en la actividad delictiva, esta vez, habiendo adquirido la mayoría de edad. El delito que se le imputa permite la condicionalidad en la ejecución de la pena.
3. Una persona menor de edad en conflicto con la Ley penal, a la que luego de transcurrido el periodo de prueba o tratamiento tutelar establecido en la Ley Nº 22.278<sup>9</sup>, se le impone una condena superior a 3 años de prisión. Una vez que recupera la libertad, y habiendo adquirido la mayoría de edad, es alcanzado nuevamente por el sistema penal, sindicado como autor de un delito correccional existiendo la posibilidad de que el mismo suscriba una suspensión de juicio a prueba, atento a la inexistencia de antecedentes condenatorios en el registro nacional de reincidencias.

En los tres casos anteriormente citados debería admitirse la suscripción de una segunda suspensión de juicio a prueba –primera en el fuero de mayores–, sin hacer referencia alguna a lo acontecido en el marco de las causas iniciadas en el fuero penal juvenil, ya que el cuerpo normativo que regula el procedimiento minoril en la Ciudad de Buenos Aires en nada se expide al respecto.

Claro está que la nueva incurrancia del imputado en el círculo delictual pone de manifiesto el fracaso en la órbita minoril y las finalidades allí propuestas.

---

8 Código Penal Argentino.

9 Ley Nº 22.278. Régimen Penal de la Minoridad. Sancionada: 20/08/1980 - Promulgada: 25/08/1980 – Publicada: 28/08/1980 en el B.O.

No obstante esta circunstancia, entiendo que no puede privarse al imputado de la posibilidad de ejercer el derecho de suscribir un acuerdo de suspensión de juicio a prueba en el fuero de mayores, si no están vedados los presupuestos legales acordes al momento en que dicha solución se suscribe.

Tengamos en cuenta que al momento de corroborar los antecedentes penales del encartado, la suspensión de juicio a prueba firmada en el fuero de menores no saldrá a la luz, como consecuencia de la imposibilidad de que existan registros de procesos penales de menores (art. 9 y 19 de la Ley Nº 2.451<sup>10</sup>).

Por otra parte, amén de desarrollarse este punto al final del trabajo, adelanto mi postura en cuanto a la independencia de ambos fueros, sin que exista posibilidad de que puedan relacionarse y menos aun en desmedro de los derechos y garantías que revisten al encartado.

En suma, entiendo que el instituto de la suspensión de juicio a prueba debe respetar sus reglas de procedencia en forma independiente en cada uno de los fueros.

No obstante lo expuesto, resulta necesario articular mecanismos que aseguren el cumplimiento del instituto en el fuero minoril, imponiendo condiciones acordes a la edad del joven y a las necesidades que el mismo presenta al momento de incurrir en el sistema penal, tales como pautas educativas y socializadoras que satisfagan tanto las necesidades del menor como de la sociedad.

Y esta necesidad resulta imperiosa, a los fines de evitar la desvirtuación de la utilidad y naturaleza del instituto en dicho fuero.

### **3. RESPECTO DE LA CONDENACIÓN CONDICIONAL**

Algo similar ocurre con la pena dejada en suspenso, instituto que también requiere una modificación sustancial en lo que respecta a su aplicación en el fuero minoril.

En este sentido, tengamos en cuenta que una pena dejada en suspenso por un hecho cometido antes de que el encartado adquiera la mayoría de edad –y aun admitiendo su dictado con posterioridad a que ello ocurra–, necesariamente debe traspasar la frontera del fuero de adultos, teniendo en cuenta que no existe espacio temporal que permita el trascurso de los 4 años establecidos en el artículo 27 del Código Penal<sup>11</sup>, dentro de la órbita minoril.

10 2.451. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sancionada: 29/03/2007 - Publicada: 08/05/2007 en B.O.C.B.A.

11 Código Penal Argentino.

Esto tiene implicancias más que significativas, ya que en caso de cometerse un nuevo delito siendo el imputado ya mayor de edad y siguiendo el texto de la norma, debería revocarse la condicionalidad de la pena impuesta en el fuero de menores, convirtiendo a esta última en una pena de efectivo cumplimiento.

La realidad nos muestra que esta circunstancia no es óbice para el dictado de una nueva condenación condicional en el fuero de adultos, puesto que la imposibilidad de informar antecedentes penales condenatorios del joven hace que no existan constancias de una condena en el fuero minoril.

Por su parte, al encontrarse el imputado en libertad en el marco de la causa que se le sigue en el fuero de mayores (teniendo en cuenta inexistencia de antecedentes informados), el fuero de menores –que dicta la primera condena–, no toma conocimiento del dictado de una sanción penal en el fuero de adultos.

Este cuadro de situación también desvirtúa sustancialmente los objetivos y alcances del sistema penal juvenil, despojando de operatividad a la pena impuesta en dicho fuero, al no surtir la misma efecto alguno.

Esta circunstancia también pone de manifiesto la crisis existente en la órbita penal juvenil, en torno a la carencia de instituciones o programas que permitan realizar un seguimiento efectivo de quien incurre en la actividad delictiva, y la inexistencia de programas que permitan un abordaje adecuado de la problemática.

#### **4. UNIFICACIÓN DE CONDENAS**

En relación con el tema antes expuesto, hay quienes afirman que la solución a la problemática está dada por el instituto previsto en el artículo 58 del Código Penal<sup>12</sup>, esto es, la unificación de condenas.

Quienes postulan esta tesitura, sostienen:

- a. Que tanto la pena impuesta en el fuero penal juvenil como la que se impone en el fuero de adultos constituyen una privación de libertad coactiva impuesta mediante sentencia firme, orientada a la reinserción social del penado.
- b. Que la pena impuesta en el marco de un proceso minoril tiene la misma naturaleza que la pena impuesta luego de adquirida la mayoría de edad, circunstancia que encuentra su justificativo en el artículo 4 de la Ley Nº 22.278.

<sup>12</sup> Código Penal Argentino.

- c. Que el menor grado de autodeterminación y culpabilidad han sido considerados, al momento de aplicarse la sanción, circunstancias que no tienen relevancia a los efectos de la unificación.

Ahora bien, tras haber analizado minuciosamente el contenido de estos postulados, entiendo que las afirmaciones antes referidas se centran en dos cuestiones fundamentales, a saber:

1. La concepción del niño como sujeto de derecho –equiparando su condición jurídica de imputado al mayor de edad–, pero utilizando esta premisa en contra del imputado.
2. Un concepto de pena analizado exclusivamente desde su justificación, sin merituar el sentido y su fin establecidos en cada uno de los fueros.

En relación al primer punto, debemos recordar que nuevo paradigma de la niñez está dado no solo por el reconocimiento de su carácter subjetivo, sino además por el interés superior del niño y la protección integral de sus derechos.

De este modo, a los fines de un correcto encuadre de su situación, es necesario enfocar la aplicación de las normas atinentes al niño a partir de esos tres recaudos, los cuales se interrelacionan y no pueden ser considerados individualmente.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que el reconocimiento del menor como sujeto de derechos en modo alguno puede entenderse como una característica negativa, siendo esta premisa una manifestación expresa de los derechos y garantías que al mismo le asisten.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirmando “que, partiendo 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. En efecto, 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”<sup>13</sup>.

13 CSJN, Recurso de hecho en causa Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa Nº 1174, sentencia del 7 de diciembre de 2005.

Respecto del segundo punto, y evitando ingresar al campo de la criminología o la sociología, entiendo que la postura antes analizada se ajusta con efectividad al plano de la justificación de la punición, la cual no merece mayor análisis o diferenciación de lo que representa en ambos fueros.

No obstante lo expuesto, en lo que respecta al fin de la pena en el fuero minoril, su significación no puede equipararse a lo que representa en el fuero de mayores, teniendo en cuenta que el Fuero Penal Juvenil posee objetivos, medios y propósitos que le son propios, y que en modo alguno son igualables a la realidad punitiva establecida en el fuero de adultos.

En efecto, la CIDN establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40<sup>14</sup>.

Así, el punto C del artículo 37 de la Convención<sup>15</sup> dispone: "Los Estados Partes velarán por que: Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales".

Por su parte, el artículo 40 del mismo tratado internacional<sup>16</sup> establece: "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".

Si bien varios de los postulados allí establecidos son coincidentes con las características que reviste el proceso penal de mayores, la diferenciación se da a partir del punto 4 del mismo artículo, el cual proclama: "Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean

14 Organización de Naciones Unidas (1989): Convención Internacional de los Derechos del Niño. AGNU.

15 Ídem.

16 Ibidem.

tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Asimismo, las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de menores<sup>17</sup> establecen varias pautas, las cuales permiten determinar cuáles son los fines del proceso penal seguido a personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad.

Así, los artículos 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 del nombrado cuerpo normativo<sup>18</sup> establecen pautas integradoras y educativas a los fines de lograr una comunión entre los intereses de la sociedad y la integración de los jóvenes en dicho ámbito.

Por su parte, el artículo 5 de las mismas reglas establece los objetivos de la Justicia minoril, determinando que «el sistema de Justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente”.

Por último, el artículo 17 establece los principios rectores de la sentencia y resolución, destacándose la proporcionalidad de la respuesta jurisdiccional, ajustada a las circunstancias y necesidades del sujeto, la utilización de la privación de libertad como último recurso y el bienestar del menor como pilar fundamental frente a una medida privativa de libertad.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, 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”.<sup>19</sup>

Por otra parte, entiendo que realidad antes citada no reconoce etapas procesales ni puede modificarse a partir de la imposición de una sanción, de modo que en la etapa de ejecución de la condena, dichas garantías subsisten, pudiendo afirmar en definitiva que “el trato específico, el plus de derechos y la atención al Interés Superior del joven” persigue todas y cada una de las etapas del proceso.

---

17 Organización de las Naciones Unidas (1986). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores. AGNU.

18 Ídem.

19 CSJN, Recurso de hecho en causa Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa Nº 1174, sentencia del 7 de diciembre de 2005)

Asimismo, es obligación del juzgador velar por que las características antes señaladas se encuentren presentes en cada una de las decisiones que se adopten respecto del imputado, aun cuando haya adquirido la mayoría de edad.

Y en este sentido, entiendo que en el caso de unificarse las condenas de condenas dictadas en el fuero juvenil con aquellas dictadas en el fuero de adultos, difícilmente puedan cumplimentarse los recaudos antes señalados, desconociéndose, a partir de su unificación, las mandas internacionales reconocidas por nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994<sup>20</sup>.

En consecuencia, y de acuerdo con las circunstancias antes descriptas, de unificarse las condenas impuestas en ambos fueros, parte de la sanción única final que se resuelva resultará constitucionalmente improcedente, en virtud de la imposibilidad manifiesta de que dicho pronunciamiento único satisfaga los fines establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>21</sup>, parte integrante de nuestra carta magna<sup>22</sup> (CN, arts. 1, 14, 16, 18 y 75, inc. 22 y 23; CIDN, arts. 1, 3, 4, 37 y 40, incs 1, 3, 4).

## 5. CONCLUSIÓN

El fuero penal juvenil y el fuero penal de adultos constituyen dos ramas del derecho penal destinadas al tratamiento de la misma problemática. Ambas son independientes entre sí, y responden a propósitos diferentes. Asimismo, las herramientas y los medios para lograr los objetivos propuestos por el fuero de menores son disímiles a los de mayores, sin que exista un correlato con los instrumentos allí utilizados.

Si bien en términos constitucionales la pena tiene por finalidad la reinserción social, quienes desempeñamos nuestra actividad dentro del sistema penal sabemos que la misma no representa más que una cruel manifestación de poder punitivo.

Por otra parte, entiendo que si bien la resocialización como fin de la pena es adaptable a las características del fuero de mayores, esto no ocurre en el ámbito de la derecho penal juvenil, donde los fines allí establecidos deben entenderse a partir de una idea de "socialización educativa de carácter primario", teniendo en cuenta que su concurrencia al sistema penal es producto de una falta de adaptación a la sociedad y a las normas vigentes, y las consecuencias

20 Constitución Nacional Argentina.

21 Organización de Naciones Unidas (1989): Convención Internacional de los Derechos del Niño. AGNU.

22 Constitución Nacional Argentina.

jurídicas deben estar orientadas a su inclusión dentro de la sociedad, su educación y bienestar.

En consecuencia, un punto de vista contrario a dicho postulado implica reconocer en el fuero penal juvenil un claro ejercicio de poder punitivo, vulnerando tratados y convenciones que regulan la materia y que fueron oportunamente asumidos por el Estado Nacional, así como los objetivos, medios y fines allí establecidos.

La nueva incursión del menor en el ámbito penal habla a las claras de una suerte de incapacidad del Estado y de la sociedad, que no fueron capaces de redireccionar comportamientos contrarios con un modelo de sociedad ficticio.

Precisamente, la unificación de los sistemas atribuye al condenado esa responsabilidad, re-castigándolo y privándolo de derechos y beneficios en función del trabajo que el mismo no supo o no pudo realizar, sancionándolo por no haberse adaptado a la sociedad "ideal" que el mismo Estado proclama.

# GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO PENAL Y JUSTICIA ESPECIALIZADA

MARTÍN ALEJANDRO FELLER<sup>1</sup>

“La libertad está en ser dueños de la propia vida”

*Platón*

La sanción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en noviembre de 1989 –luego de 10 años de trabajos preparatorios– plasmó un cambio de paradigma en materia de los derechos de la niñez.

Se establece el pasaje del denominado “sistema tutelar”, con la figura del “menor” considerada como un objeto de protección carente del ejercicio de sus derechos, hacia un sistema de “protección integral” donde hablamos de un sujeto pleno con una autonomía progresiva acorde a su madurez. En otras palabras y como se verá en los capítulos que siguen, hablamos de una ciudadanía plena.

Se cambia el concepto de abandono material o moral, con la consecuente injerencia estatal sobre los modos de vida, por el de vulneración de derechos con mínima intervención por parte del Estado.

La Convención limita las potestades con las que contaban las autoridades (jueces, administración, padres), estableciendo pautas de hermenéutica orientadas a que toda decisión debe tener como finalidad el interés superior del niño, criterio ya esbozado (aunque sin precisar los alcances) por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Abogado. Oficial Mayor del Juzgado de Garantías del Joven de San Miguel.

<sup>2</sup> Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo por ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

A partir de la sanción de la Convención, el interés superior del niño se convierte en el eje en torno al cual deben ser tomadas todas las decisiones en relación a los niños, niñas y adolescentes.<sup>3</sup>

En el pasado, el juzgador tomaba decisiones en aras de un supuesto “interés superior del niño”, que en realidad respondía a los temores de los sectores conservadores a la proliferación del anarquismo. Éstos estaban fundados en el *positivismo criminológico*<sup>4</sup> que la escuela italiana sustentaba con la pretensión de dar basamento científico a sus necesidades de control social.

Es ilustrativo repasar el siguiente fragmento del discurso del diputado Dr. Luis Agote<sup>5</sup>, en ocasión del debate parlamentario que dio origen a la sanción de la Ley Nº 10.903<sup>6</sup> de “patronato de menores”, (hoy derogada por la Ley Nº 26.061): “(...) Una de las grandes deficiencias de nuestra legislación, y es la referente a ese elevadísimo número de niños que vagan por nuestras calles y que viven como los pájaros, en los terrenos baldíos, en las plazas públicas, en los terrenos ganados al río, en el hueco de los portales y en los tugurios más inmundos y, que van a constituir, por la natural evolución de su vida irregular el mayor contingente de las cárceles de la nación”.<sup>7</sup>

Hoy, el interés superior del niño no es otra cosa que propender la satisfacción integral de sus derechos y, por lo tanto, ninguna decisión puede restringirlos en función de una supuesta protección.

En materia penal, los artículos 37 y 40 de la CIDN reconocen los principios y garantías propios del debido proceso, como no ser privado de la libertad de manera arbitraria, la prohibición de torturas y tratos crueles. Se establece además el principio de *ultima ratio* y de alternatividad de la pena, específicos del fuero penal juvenil.

---

3 Artículo 3.1. “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

4 Escuela de criminología caracterizada por el método empírico que nace en el siglo XIX, siendo su principal exponente el italiano Ezequiel Cesare Lombroso, quien junto con Enrico Ferri (sociólogo) y Rafael Garofalo (antropólogo) sostenía que el origen de la delincuencia tiene bases antropológicas y que por tanto la respuesta al delito debe estar orientada según el parámetro de peligrosidad.

5 Luis Agote (Buenos Aires, 22 de septiembre de 1868 - 12 de noviembre de 1954), médico e investigador, fue el primero en realizar en nuestro país transfusiones de sangre indirectas sin que la sangre se coagulara en el recipiente que la contenía. Fue además dos veces diputado nacional (1910 y 1916) siendo autor del Patronato Nacional de Menores Abandonados y Delincuentes.

6 Promulgada el 21/10/19, publicada en el B.O. el 27/10/19

7 Del Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Diputados de la Nación, reunión Nº 11, 8 de junio de 1918, p. 262.

Esta especificidad se traduce de una manera muy simple: el niño cuenta de mínima con todos los derechos de los cuales gozan los adultos, a lo que se suma un “plus” de derechos, de principios y de garantías en función de su situación de mayor vulnerabilidad.

Así lo expresó claramente la Corte Interamericana de D.D.H.H: “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”<sup>8</sup>.

La Convención va más allá de la reafirmación del niño como sujeto de derecho: actúa como fuente de derechos propios de la infancia.

En el ordenamiento jurídico argentino subsiste un grave contraste con los estándares internacionales: la vigencia del Decreto–Ley Nº 22.278/22.803, que permite la toma de “medidas de protección” privativas de la libertad a menores inimputables.<sup>9</sup>

Asimismo, y como veremos más adelante, deja abierta la posibilidad de aplicación de sanciones previstas en la normativa penal ordinaria con la consecuente violación del principio de proporcionalidad de la pena y de resocialización.

## **1. LÍMITES AL AVANCE DEL PODER PUNITIVO**

### **1.1. PROPORCIONALIDAD Y TEMPORALIDAD DE LA PENA**

#### **a. La cuestión de la Prisión Perpetua. Caso 12.651, César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas respecto de Argentina)**

“Tan perjudicial es desdeñar las reglas como ceñirse a ellas con exceso”  
*Juan Luis Vives (1492-1540) humanista y filósofo español.*

<sup>8</sup> Opinión Consultiva de la CIDH Nº 17 del 2002, párr.96 ([www.corteidh.org.cr/opiniones-consultivas](http://www.corteidh.org.cr/opiniones-consultivas)).

<sup>9</sup> Artículo 1. (Texto según Ley Nº 22.803). “No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad. (...) 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. (...) Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto 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.”

El Artículo 37 de la Convención establece verdaderos límites al avance del poder punitivo del Estado.<sup>10</sup>

Comprende la prohibición de torturas y tratos degradantes, y prohíbe imponer la pena capital o la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación a personas menores de 18 años de edad que hayan cometido delitos.

El criterio de la Convención radica necesariamente en la menor exigibilidad del injusto que recae sobre los jóvenes y niños.

En otras palabras, el grado de culpabilidad de los niños y adolescentes resulta menor, y por lo tanto el grado de intervención legislativa de la libertad debe ser equivalente<sup>11</sup>.

La imposición de penas de prisión o reclusión perpetua ha sido un punto álgido en la Argentina, ya que nuestro país cuenta con la deshonra de ser el único en Latinoamérica en haberlas aplicado.

En total hay por lo menos 12 casos entre 1997 y 2003 (9 de ellos siguen vigentes) de menores condenados a penas de prisión perpetua. Asimismo la ausencia de un régimen penal acorde a los estándares internacionales agrava el problema, máxime si nos comparamos con las legislaciones de nuestros países vecinos que, aun con defectos, han sido mas propensos a adaptar sus normas a la Convención.

### **b. El caso "Maldonado"**<sup>12</sup>

El Tribunal Oral de Menores Nº 2 condenó a Daniel E. Maldonado a la pena de 14 años de prisión y accesorias legales por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad, según los artículos 12; 45; 55; 166, inc.2 y 8; del Código Penal y el artículo 4 de la Ley Nº 22.278.

La sala 1º de la Cámara de Casación Penal revocó la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio y le aplicó a Maldonado la pena de prisión perpetua.

Esta decisión se fundó en que el Tribunal de juicio no había evaluado correctamente los hechos, en cuanto a la peligrosidad que tendría el sujeto y por en-

10 Artículo 37: Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En particular, no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

11 Ver: Bernal, C. (2005): *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp 137-138.

12 Tribunal: Corte Sup. Fecha: 07/12/2005, Publicado: SJA 7/6/2006. JA 2006 II 581.

de el fracaso del tratamiento tutelar, por lo que no calificaba para una reducción de la pena en los términos del artículo 4 de la Ley Nº 22.278.

Asimismo, la Cámara desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua a menores de 18 años que había alegado la defensa oficial.

Llegado el caso a la Corte, el máximo Tribunal entendió que:

- Cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente. No bastaría la mera tipicidad en la conducta. En las penas absolutas tales como prisión perpetua no se admiten atenuantes o agravantes. En el caso de los menores, la Ley Nº 22.278 permite verificar la aplicabilidad de la escala correspondiente a la tentativa.
- 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.
- Descarta la aplicación del criterio de peligrosidad del agente a fin de aplicar una determinada pena.
- 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 para evitar que la pena privativa de la libertad tenga efectos negativos en la reintegración del condenado a la sociedad.

La pena es la mayor intervención en los derechos fundamentales de la persona que el ordenamiento jurídico le permite al Estado, por lo que se hace necesaria una justificación de la necesidad de aplicación de la misma.<sup>13</sup>

El criterio de la Corte indica que la pena no solo debe guardar una adecuada proporcionalidad entre la culpabilidad –aquí atenuada por tratarse de menores– y el daño producido, sino que además no debe obstaculizar la posibilidad de resocialización del individuo.

Es decir, la justificación de la pena está orientada a una prevención especial positiva, siendo el fin último la resocialización del individuo, sobre la base de un sistema de responsabilidad.

En materia de menores, la necesidad de aplicación de la pena cobra especial relevancia puesto que la finalidad del proceso penal juvenil debe entenderse como un límite al poder punitivo del Estado.

13 Roxin, C. (1981): *Iniciación al derecho penal de hoy*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, p. 23.

Dado que la resocialización y el fortalecimiento del niño son los ejes sobre los cuales debería girar el sistema, la aplicación de una sanción debe claramente contar con un límite temporal razonable, proporcional al grado de reproche y la magnitud del daño cometido, y de ser posible orientarse a una resolución alternativa del conflicto, dejando como *última ratio* la privación de la libertad personal del niño o del joven.

Las Reglas de Beijing en su artículo 5.1 establecen que "la respuesta a los jóvenes delincuentes no solo deberá basarse en el examen de gravedad del delito sino también en sus circunstancias personales"<sup>14</sup>.

La Ley Nº 22.278 fue centro de numerosos reclamos de parte de organismos internacionales, ya que dota a los jueces de un poder omnímodo a la hora de aplicar una condena, con el consecuente peligro de la desproporción, situación que salta a la vista por la cantidad de casos de jóvenes con penas de prisión perpetua.

Deberíamos seguir el ejemplo de los países de la región, tales como Brasil, que en 1990 fue precursor en adaptar su legislación a los postulados de la Convención, sancionando un Código Integral de la Niñez donde se fija la pena máxima de 3 años.

En el caso de Uruguay, su legislación para menores estipulada en el Código de la Niñez y la Adolescencia establece un régimen especial para jóvenes de entre 13 y 18 años con una pena máxima de 5 años para el delito más grave. A los 18 años recuperan la libertad y el expediente es borrado. También hay medidas sustitutivas, no privativas de libertad.

Cualquier proyecto que intente reformar la cuestionada Ley Nº 22.278 debe contemplar una limitación a la extensión de la pena, que debe ser inferior a la del régimen de adultos.

En un reciente informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da cuenta nuevamente del problema de nuestro país con la continuidad de este Decreto-Ley por cuanto: "Si bien la autoridad judicial se encuentra facultada para no imponer una sanción penal, o para reducirla al grado de tentativa, la norma permite a discreción del juez, la imposición de sanciones en la normativa penal ordinaria. (...) Este tratamiento no diferenciado puede resultar incompatible con el principio de proporcionalidad de la pena y con el juicio de reproche

---

14 El sistema de Justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

del menor que debe subyacer a toda conducta cometida por un o una adolescente conforme al interés superior del niño”.<sup>15</sup>

Sin embargo, y a pesar de la derogación de la llamada Ley Agote Nº 10.903, por la sanción de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes, la Corte Suprema de Justicia decretó la validez de la norma, procurando la difícil tarea de armonizar la Ley Nº 22.278 con la normativa vigente en materia de derechos de la niñez, como veremos en el Capítulo 4.

Si bien el fallo “Maldonado” sirve de una importante fuente hermenéutica que intenta limitar el poder discrecional de los jueces, no constituye un claro avance en la materia mientras se le reconozca validez al Decreto-Ley Nº 22.278

Las condenas, lamentablemente, no se han apartado de la letra de la Ley.

En nuestro país hay 12 personas que bajo el reinado de la Ley Nº 22.278 fueron condenadas a penas de prisión perpetua siendo menores de edad. El Estado argentino ha sido incapaz de dar una respuesta efectiva a ese flagelo.

Por lo tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el caso 12.651, “César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas respecto de Argentina)”.

En sus conclusiones, la CIDH entiende que el Estado argentino violó los derechos de los jóvenes mencionados. En virtud de ello recomienda no solo que César Alberto Mendoza, Claudio David Nuñez, Lucas Matías Mendoza, y Saúl Cristian Roldan Cajal puedan interponer un recurso mediante el cual obtengan una revisión amplia de las sentencias condenatorias (en cumplimiento del artículo 8.2, inciso h, de la Convención Americana) sino que también debe disponerse de medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de Justicia penal aplicable a adolescentes sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena, según los parámetros formulados en el presente informe del dictamen de la Comisión. De esto se desprende claramente la necesidad de reforma del Régimen Penal vigente y su adaptación a la Convención y a la Ley Nº 26.061. Asimismo se impone la necesidad de un mayor celo del Estado en el control de los servicios encargados de la custodia de niños y jóvenes infractores a la Ley penal.

La propia CSJN ha dicho años atrás y con una composición distinta: “Que, empero, no es posible permanecer indiferente ante situaciones incompatibles con la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos hu-

<sup>15</sup> Ver: Informe de la CIDH/11, párr. 48, disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/98-11sp.htm>.

manos a ella incorporados (art. 75, inc. 22), las que, por su gravedad, son susceptibles de conducir a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas revistan el verdadero carácter de una condena accesoria incompatible con la dignidad personal y con las garantías que el Estado tiene la obligación de preservar, para no incurrir en responsabilidad internacional. Si alguna situación de aquella magnitud alcanzara los estrados de esta Corte en una causa justificable, su jurisdicción habrá de ejercerse para la más plena vigencia de la Constitución, los tratados con jerarquía constitucional y las normas inferiores aplicables.”<sup>16</sup>

## 1.2. FUNDAMENTOS DE LA PENA

“La juventud quiere mejor ser estimulada que instruida”.

*Johann Wolfgang Goethe (1749-1832). Dramaturgo y poeta alemán.*

En el derecho penal juvenil “se suele partir de la base de que los fines preventivo-especiales juegan en él un papel central, convirtiéndolo en aquello que lo distingue del derecho penal aplicado a los adultos. La prevención especial, a su vez, es entendida en términos de la (re)socialización del adolescente, si bien también se la suele asimilar a un objetivo ‘socioeducativo’, es decir, de educación para la vida en sociedad.”<sup>17</sup>

Roxin entiende que para que un sujeto sea sancionado se debe atender a la situación de culpabilidad, entendida como juicio de reproche (las posibilidades de motivación en la norma, que en los niños y adolescentes se entiende que es menor) y a la necesidad de prevención especial, es decir, a que el sujeto necesite de la persuasión psicológica de la pena para adecuar su conducta y no reincidir.

Para Roxin, la culpabilidad o el reproche no deben vincularse exclusivamente a la posibilidad de actuar de otro modo sino que debe conjugarse asimismo a las necesidades de prevención especial de la pena, es decir, evitar la posible reincidencia por medio de la persuasión<sup>18</sup>.

Esta concepción está presente en la normativa penal de menores. En ese sentido, el artículo 17.1 de las Reglas De Beijing establece: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la grave-

16 Tribunal: Corte Sup. Fecha: 03/05/2005. Partes: Verbitsky, Horacio. Publicado: SJA 28/12/2005. JA 2005-IV-612

17 Couso, J.: “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 8, UNICEF, disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/178/Justicia%20y%20Derechos%208.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/178/Justicia%20y%20Derechos%208.pdf).

18 Roxin, C. (1997): *Derecho Penal Parte General*, T1, 2ª edic., Civitas, Madrid.

dad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”.

Debe hacerse una especial distinción entre la aplicación de una sanción y la disposición de una medida socio-educativa.

Si de la aplicación de una sanción surge algún beneficio para el autor de la comisión de un delito, ello es un valor agregado de la sanción, pero no debe ser su fundamento ni justificación.<sup>19</sup>

El interés superior del niño entendido como principio, (aunque también funciona como una verdadera garantía, pues propende asegurar el disfrute de los derechos subjetivos y limita el accionar de las autoridades) impide la conculcación de derechos en aras de brindarle al niño un supuesto beneficio futuro, concepción propia del modelo autoritario paternalista.

Restarle el carácter sancionatorio al régimen penal juvenil es negarse a ver las cosas como realmente son y, bajo la apariencia de una supuesta benevolencia, disfrazar verdaderas sanciones que pueden resultar aun más invasivas en la vida del joven.

En esta tesitura parecen estar inscriptos sectores que bajo el ala del progresismo y del abolicionismo proponen que la base del sistema sea la aplicación de medidas educativas en lugar de la imposición de sanciones, limitándolo en los casos en que normalmente se apliquen sanciones en adultos, es decir, en los delitos graves.

En ese sentido Roxin ha dicho que la pena “ha de determinarse de tal modo que resulte posible el efecto reeducador”.<sup>20</sup>

La aplicación de esta doctrina, si bien en apariencia es encomiable, corre el riesgo de permitir que se encubran verdaderas sanciones bajo la imagen de medidas educativas, sin un debido control de legalidad, temporalidad y racionalidad. Esto eventualmente podría facilitar el retorno a las prácticas del sistema tutelar con eufemismos tales como “disposición”, “internación”, “reeducación” o “sujetos de medidas tutelares”.

La existencia de un régimen penal juvenil, en cambio, obedece a la idea de responsabilidad, aunque lógicamente diferenciada y atenuada con respecto a los adultos.

---

19 Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre de 2002, publicada con modificaciones en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (2005) con el título “Los adolescentes y el sistema penal”, Buenos Aires, Año 6, Nro. 1, pp. 97/122.

20 Roxin, C. (1989): “La parte general del derecho penal sustantivo”, en: Roxin, Arzt y Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, p. 33.

Debe resultar entendible para el joven que la intervención del sistema penal es consecuencia de una determinada conducta que cometió y no de otras conductas relativas a diversas esferas de su vida.

Los fines en apariencia más benévolos para los niños y jóvenes pueden contener en realidad objetivos de mayor control por parte del Estado sobre las personas, puesto que en general cuentan con un nivel mayor de discrecionalidad. Está comprobado que "la reducción de los ámbitos de la discrecionalidad resulta directamente proporcional al aumento de los espacios reales de la democracia. La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (tal como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores más débiles o vulnerables"<sup>21</sup>.

Se torna necesario un control estricto de las formalidades, los principios de atenuación de la pena, alternatividad y proporcionalidad.

En ese sentido la Comisión Interamericana de DDHH ha recomendado a los Estados parte: "Establecer medidas alternativas a la judicialización de los procesos contra niños acusados de infringir leyes penales, de tal forma que sus casos puedan ser resueltos a través de medidas que fomenten el desarrollo de su personalidad y su reintegración constructiva en la sociedad"<sup>22</sup>.

La Corte Interamericana ha señalado que, como alternativa a la judicialización de los problemas que afectan a los niños, "son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad"<sup>23</sup>.

## **2. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL RÉGIMEN PENAL JUVENIL**

### **2.1. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD**

"La causa de la libertad se convierte en una burla si el precio a pagar es la destrucción de quienes deberían disfrutar la libertad."

*Mahatma Gandhi (1869-1948), político y pensador indio.*

21 García Méndez, E.: "Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

22 Recomendación Gral. N° 5 del informe oficial de la Comisión Interamericana de DDHH "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", publicado el 07/09/2011.

23 Opinión Consultiva 17/02.

Partiendo de la concepción de que los niños son personas en desarrollo, el Estado debe redoblar la limitación de su poder punitivo.

La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño deben ser comprendidas como medidas de último recurso.<sup>24</sup>

El denominado *corpus luri* de la niñez (Convención de los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Directrices de Riad, Reglas de La Habana, Reglas De Tokio) procura excluir o reducir la “judicialización”<sup>25</sup> de los problemas sociales que afectan a los niños, que deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana.

En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad.<sup>26</sup>

La Corte Interamericana de DDHH ha sostenido que “la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar.

Prima aquí el concepto de “necesariedad”. Es decir, si los fines del proceso y de resocialización se encuentran satisfechos con la aplicación de la medida menos lesiva posible, esa es, por ende, la que debe aplicarse.

Así, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, la Ley Nº 13.634 (encargada de regular el proceso penal juvenil) establece que en causas graves el fiscal puede requerir al juez de garantías la aplicación de la prisión preventiva, siempre y cuando “no sea posible aplicar otra medida cautelar no privativa de la libertad. En ningún caso procederá la prisión preventiva cuando el delito imputado tenga una pena en expectativa susceptible de ejecución condicional, conforme a lo previsto al artículo 26 del Código Penal”<sup>27</sup>.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de DDHH en su último informe recomienda a los Estados Partes que las medidas privativas de la libertad en niños sean aplicadas como último recurso y por el menor tiempo posible.<sup>28</sup>

24 Artículo 37, inciso b.: “Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

25 Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 de Beijing y 57 de las Directrices de RIAD.

26 Opinión Consultiva 17/02, párr. 135.

27 Ley Nº 13.634, artículo.43, inciso 4.

28 Recomendación Gral. Nº 7 del informe oficial Comisión Interamericana de DDHH “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, publicado el 07/09/2011.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que 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 absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, en igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.<sup>29</sup>

El principio de excepcionalidad impone la necesidad de aplicar plazos de prescripción más breves que en relación a adultos, situación que no está contemplada por el Decreto-Ley Nº 22.278/22.803, con el agravante de la posibilidad de aplicar a los niños y adolescentes la imposición de penas del derecho penal ordinario.

En el derecho latinoamericano vemos receptados en mayor o menor medida estos principios, los cuales se encuentran todavía ausentes en la legislación argentina.

El Estatuto de la Niñez y la Adolescencia de Brasil<sup>30</sup> contempla desde su artículo 112 hasta el 125 la aplicación de un sistema sancionatorio –aquí denominado como medias socio-educativas– que se aplica gradualmente según la gravedad del delito cometido y que va desde la simple advertencia hasta la internación.

Esta última, según dice la norma, se encuentra sujeta a los principios de “brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo”<sup>31</sup>.

Si bien en principio el Estatuto dice que la medida no tiene un plazo determinado, es revisable cada 6 meses (en la Ley de procedimientos penales cada 3 meses en el caso de la prisión preventiva) no podrá exceder en ningún caso del máximo de 3 años, aunque, aclara, será sometido a un régimen de semi-libertad o libertad asistida.

Asimismo, el artículo 126 contempla el instituto de la remisión.

En Colombia se establece un sistema similar al brasileño. Las sanciones abarcan desde la amonestación hasta la ubicación institucional. Esta última está re-

29 Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Fecha: 07/12/2005. Publicado: SJA 7/6/2006. JA 2006 II 581.

30 Ley Nº 8.069 de julio de 1990.

31 Artículo 121.

servada solamente para cuando se trate de una infracción a la Ley penal “cometida mediante grave amenaza o violencia de personas”<sup>32</sup>.

Por su parte, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela dispone: “Salvo la detención en flagrancia, la privación de libertad solo procede por orden judicial en los casos, bajo las condiciones y por los lapsos previstos en esta Ley. La prisión preventiva es revisable en cualquier tiempo a solicitud del adolescente”<sup>33</sup>.

Ésta procede cuando exista: riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso, temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas o peligro grave para la víctima, el denunciante o el testigo. Asimismo la norma establece que puede ser revisada en cualquier momento.<sup>34</sup>

La Ley venezolana también señala que “la privación de libertad es una medida sujeta a los principios de excepcionalidad y de respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo. En caso de adolescentes que tengan catorce años o más, su duración no podrá ser menor de un año ni mayor de cinco años. En caso de adolescentes de menos de catorce años, su duración no podrá ser menor de seis meses ni mayor de dos años. En ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente”<sup>35</sup>.

Asimismo, está destinada solo a los casos de delitos graves.

Por otro lado, la normativa prevé la aplicación de sanciones de manera gradual: desde la amonestación hasta la privación de la libertad ya referida.

## 2.2. SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA O “PROBATION”: EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA RESTITUTIVA

“Donde hay educación no hay distinción de clases”

*Confucio (551 AC-478 AC)*

En nuestro ordenamiento, la Suspensión del Juicio a prueba contemplada en los artículos 76 bis, ter y quater<sup>36</sup> del Código Penal, constituye una herramienta

32 Código del Menor. Decreto 2.737 del 27 de noviembre de 1989, art.209.

33 Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, art.548.

34 Art. 581.

35 Art. 628, parágrafo Primero.

36 Artículo 76 bis.: El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de 3 años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse

válida a fin de ser aplicada al derecho penal juvenil. Ello dado que pendiente la reforma del Régimen Penal Juvenil no contamos con otras instancias de medidas alternativas a la privación de la libertad.

La cuestión es sin embargo debatida, puesto que el Decreto-Ley Nº 22.278 /22.803 prevé, una vez dictado el auto de responsabilidad, la realización de un tratamiento como requisito previo al dictado de un veredicto que en base a los resultados puede consistir hasta en la absolución.<sup>37</sup>

De acuerdo con los principios hasta aquí analizados, resulta favorable la aplicación de este instituto en los casos de niños, niñas y adolescentes, ya que obliga al magistrado a exteriorizar las reglas de conducta, estableciendo pautas objetivas, y limitando la discrecionalidad propia del denominado "tratamiento tutelar" que dispone la Ley Nº 22.278/22.803.

El cumplimiento de esas reglas objetivas de conducta conduce a la absolución del imputado, evitándole la sanción privativa de la libertad.

En el caso de los jóvenes, además es conducente a incrementar el compromiso de estos con las consecuencias de sus actos y una responsabilización constructiva para con la sociedad, ya que entre las reglas de conducta se encuentra la realización de trabajos comunitarios y una reparación del daño.

Un aspecto a analizar en la "probation" es el grado de internalización a lograr por parte del joven. De ahí se torna razonable incorporar la figura de la mediación.

---

cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o algunos de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco precederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. (Nota: texto conforme la Ley Nº 24.316)

37 Artículo 4, Ley Nº 22.278: "La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2º estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2) Que haya cumplido dieciocho años de edad. 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá.

Puede sostenerse que un eventual enfrentamiento con la víctima permitiría al joven evaluar de manera más cabal el impacto que su acción negativa tuvo sobre la misma, quien, a su vez, gana una participación más activa en el proceso y de esa manera también una mejor defensa de sus derechos.

A fin de que la mediación sea tal, es de vital importancia que el mediador no represente una figura de poder (como puede ser un juez o un árbitro) sino que actúe como facilitador a los fines de que las partes arriben a un acuerdo.

Proceso restaurativo es "todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas"<sup>38</sup>.

El artículo 55 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley Nº 2.451) dispone que el "Ministerio Público Fiscal utilizará, dentro de los mecanismos de resolución de conflictos, la mediación, a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la auto composición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal."

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, las reuniones se sustancian en la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, presididas por un mediador y con intervención de un equipo multidisciplinario.

El paradigma implica el abandono de la mera retribución o castigo por una serie de prácticas de acción positiva, teniendo como fin último la resocialización y el fortalecimiento del joven. En otras palabras, se trata de combatir la situación de vulnerabilidad con resocialización y no con castigo, puesto que el poder punitivo "criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por eso son vulnerables. Por ello se sostiene que la selectividad es estructural"<sup>39</sup>.

38 Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia retributiva en materia penal. Resolución 12/2002 del Consejo Económico y Social de ONU. (disponible en: <http://www.u.org/es/ecosoc/index/shtml>).

39 Zaffaroni, E. (2002): *Derecho Penal (Parte General)*, Buenos Aires, Ediar.

### 2.3. PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN. LA SITUACIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

El principio de especialización establece que cuando los menores deban ser procesados, serán separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados.<sup>40</sup>

Las reglas de Beijing requieren también la especialización de personal policial y en general de todos los auxiliares de Justicia.<sup>41</sup>

El principio se vincula con el concepto de autonomía progresiva: los niños son sujetos plenos de derecho (a diferencia del sistema tutelar donde eran objetos de protección, incapaces, carentes de derecho) y a medida que se van desarrollando incrementan el reconocimiento de su autonomía por parte del Estado y, como corolario, aumenta el grado de reproche del injusto.

El artículo 40.3 de la Convención dispone que 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.

Además, de la garantía general de juez natural (designado por ley antes del hecho que da origen al procesamiento) se impone la necesidad de que el juez sea una persona especializada.

Hasta la llegada de la Convención, los denominados “jueces de menores” eran considerados como una rama de poca importancia en el ejercicio de la judicatura, pues se consideraba que no atendían en general cuestiones de “naturaleza científica”.

Los estándares internacionales exigen en la actualidad un juez con un sólido conocimiento de las normas, que le permita manejarse cómodamente por las sutilezas que prevé esta rama especial del derecho penal. Además su formación humanística debe ser muy amplia por la permanente recurrencia a otras disciplinas ajenas al ámbito jurídico y a su vez complementarias con éste, tales como la psicología, de vital importancia en este fuero. Asimismo debería contar con dotes comunicacionales altas, ya que, lejos del modelo de juez “padre de familia” del sistema tutelar, debe poner al niño o al joven en contacto con la Ley y hacerlo de manera comprensible.

---

40 Artículo 5.5, Convención Americana de DDHH.

41 Regla Nº 12.

Como se ha dicho, “las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos”<sup>42</sup>.

En ese sentido, la CSJN ha dicho: “el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto. (...) De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento”<sup>43</sup>.

El artículo 11 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>44</sup> establece que nadie puede ser encausado ni juzgado por jueces o comisiones especiales. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los/as jueces, juezas y tribunales especializados en materia penal juvenil.

No obstante cuenta con la legislación pertinente, la Ciudad de Buenos Aires no posee órganos especializados de Justicia penal juvenil, constituyendo una importante deuda pasible de comprometer internacionalmente al Estado argentino.

Por tal motivo, el 9 de noviembre pasado se realizó un encuentro en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires al cual asistieron expertos en Justicia penal juvenil, a los fines de tratar la problemática y proponer salidas a este evidente retraso legislativo.

Recordemos que la Ciudad, a pesar de su carácter “autónomo” otorgado por la reforma constitucional de 1994, contaba con una importante limitación en relación a las provincias y era que, por imperio de la llamada “Ley Cafiero”<sup>45</sup> no

---

42 Opinión Consultiva Corte Interamericana de DDHH 17/02, párr.96. (disponible en [www.corteidh.org.cr/opinionconsultivas](http://www.corteidh.org.cr/opinionconsultivas)).

43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa Nº 1174C”, sentencia del 7 de diciembre de 2005.

44 Ley Nº 2.451. Sanción: 03/10/2007. Promulgación: De Hecho del 08/11/2007. Publicación: BOCBA Nº 2.809 del 13/11/2007.

45 Ley Nº 24.588, llamada Ley de Garantía de los Intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, Promulgada el 8 de noviembre de 1995, publicada el 30 de noviembre de 1995.

tenía jurisdicción propia en asuntos concernientes a la Justicia ordinaria (civil, comercial, penal)<sup>46</sup>.

Por medio de la Ley Nº 25.752 del 2 de julio de 2003 y de la Ley Nº 26.357 del 28 de febrero de 2008 se aprobaron los convenios suscriptos el 7 de diciembre de 2000 y el 1º de junio de 2004 entre la Nación y la Ciudad, mediante los cuales se acordó la Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional Ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, la Ley Nº 26.702 de Transferencia de Competencia Penal a la Ciudad Autónoma de La Ciudad de Buenos Aires otorgó a la Ciudad competencia para investigar y sancionar delitos.<sup>47</sup>

Asimismo se estableció que la competencia para juzgar nuevos delitos pertenecientes a la Justicia penal ordinaria corresponderá a los juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>48</sup>

Algunos de los delitos transferidos son: Lesiones (artículos 89 al 94, Código Penal), Duelo (artículos 97 al 103, Código Penal), Abuso de armas (artículos 104 y 105, Código Penal), Violación de domicilio (Título V, Capítulo II, artículos 150 al 152, Código Penal), Tenencia, portación y provisión de armas de guerra de uso civil condicional (previstos en el artículo 189 bis, acápites 2 y 4, Código Penal), con excepción de los casos en que el delito aparezca cometido por un funcionario público federal o sea conexo con un delito federal.<sup>49</sup>

De lo dicho precedentemente se desprende que no habría inconvenientes en implementar los juzgados penales juveniles, sin perjuicio de la competencia acotada que tendrán en orden a la transferencia progresiva de competencia.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, por imperio de la Ley Nº 13.634, contamos con órganos especializados: las fiscalías y defensorías penales juveniles. El juez de garantías del joven actúa como contralor de la etapa instruc-

---

46 Artículo 8, Ley Nº 24.588. En ese sentido la norma dispone: "La Justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación...La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.

47 Artículo 1. Transfiérese la competencia para investigar y juzgar los delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se detallan en el ANEXO que forma parte de la presente ley, con excepción de la materia federal, al Ministerio Público Fiscal y a los jueces competentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respectivamente, conforme a los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

48 Artículo 2. Asígnase al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria, aplicables en su ámbito territorial, que se establezcan en lo sucesivo en toda ley de la Nación, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

49 Ver: Anexo de la Ley Nº 26.702.

tora a cargo del fiscal, mientras que el juez de responsabilidad penal juvenil es quien actúa en la etapa de juicio.

No obstante esa ventaja en relación con la Ciudad, podemos decir que una de las falencias con las cuales cuenta el Régimen Penal Juvenil de la Provincia es la ausencia de una Cámara de Apelaciones especializada.<sup>50</sup>

#### 2.4. GARANTÍAS: DETENCIONES SIN ORDEN JUDICIAL

La Convención Interamericana de Derechos Humanos consagra en sus artículos 8 y 25 el reconocimiento de las garantías procesales de los cuales goza toda persona. Dichas garantías deben conjugarse con el artículo 19, que reconoce en los niños derechos específicos.<sup>51</sup>

Los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño contemplan también las garantías procesales.

Las garantías del debido proceso en cuanto a los niños deben encontrarse presentes "en cualquier proceso en el cual este en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo"<sup>52</sup>.

Como se dijo anteriormente, la garantía del juez natural debe aplicarse en consonancia con el principio de especialización ya mencionado, por lo que los

50 Artículo 18, Ley Nº 13.634. El Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil estará integrado por: a) Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal. b) Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil. c) Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil. d) Juzgados de Garantías del Joven. e) Ministerio Público del Joven.

51 Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la Justicia.

52 CIDH. Opinión Consultiva 17/02. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/opinionesconsultivas>.

jueces deben, además de ser independientes, imparciales y establecidos con anterioridad a la ley, estar especializados en materia penal juvenil.

La presunción de inocencia exige que “una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”<sup>53</sup>.

Adquiere un particular énfasis el cuidado del principio de *nulla poena sine lege*, pues el viejo sistema tutelar permitía a los jueces de menores privar de la libertad a los niños y adolescentes por circunstancias ajenas al hecho y vinculadas a las condiciones personales. Es decir, un derecho penal de autor.

Asimismo, distintos dispositivos legales permitían a las fuerzas de seguridad aprehender a jóvenes por conductas “anti-sociales”, que sin embargo no cuadraban con una conducta típica.

Basta recordar la vigilancia policial a través de los viejos edictos mediante los cuales el jefe de Policía emitía normativas con prohibiciones de carácter contravencional, lo cual permitía la detención de personas sin orden judicial.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la política de seguridad se encontraba a cargo de la Policía Federal Argentina.

Hasta 1991 rigió el Decreto-Ley 333/58, ratificado por la Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina (Ley Nº 14.467), donde se facultaba a detener personas sin orden judicial a los fines de averiguar sus antecedentes. Estas detenciones no seguían un criterio objetivo sino que se le daba amplia discrecionalidad a la fuerza policial para proceder “en circunstancias que razonablemente lo justifiquen”.

Dichas circunstancias estaban dadas por el llamado “olfato policial” o también denominado “sentido común policial” que responden generalmente a criterios de tipo prejuiciosos o estigmatizantes dados por los mensajes de las agencias de comunicación.

En 1991 el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nº 23.950 que modifica la finalidad de la detención, la cual a los fines de limitar las facultades policiales persigue la “averiguación de identidad”. Es decir, la causal de detención entonces fue que la persona no logre acreditar fehacientemente su identidad. El plazo máximo es de 10 horas, lo cual vulnera claramente el principio de inocencia, legalidad y razonabilidad, pues no se justifica por qué para una tarea eminentemente administrativa es necesario aplicar un plazo tan prolongado que a la luz de hoy, con los avances técnicos, resulta exagerado.

53 Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. (disponible en [www.corteidh.or.cr/jurisprudencia](http://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia)).

En marzo de 1998 se sancionó en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “el Código de Convivencia Urbana” que judicializaba las cuestiones contravencionales y establecía sanciones vinculadas a los actos y no ya a las características del actor siendo la privación de la libertad una medida de carácter excepcional.

El artículo 27 del Código de Procedimiento Contravencional<sup>54</sup> establece: “Cuando la persona que estuviere incurso conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad.”

La presente normativa tiene un claro resabio del sistema tutelar, basado en criterios de peligrosidad, y se hace más gravosa si se tiene en cuenta que las personas menores de 18 años no son punibles para la Ley contravencional, excepto para la comisión de contravenciones de tránsito.<sup>55</sup>

Recordemos la prohibición establecida no solo en los tratados internacionales sino también en la Ley Nº 26.061<sup>56</sup>, que en su artículo 36 establece que en ningún caso las medidas de protección integral pueden suponer la privación de la libertad.

Asimismo, el artículo 10 establece el derecho a la intimidad familiar y la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales.<sup>57</sup>

El artículo 27 ya referido no establece pautas de control judicial ni sobre las circunstancias que circunscriben a la aprehensión. Es decir, no se encuentran claramente establecidos plazos legales ni control judicial alguno inmediatamente ocurrida la aprehensión.

La Asesora General Tutelar, Dra. Laura C. Musa, interpuso acción declarativa, prevista en el artículo 113, inciso 2, de la CCBA,<sup>58</sup> a los fines de que el Superior

54 Ley Nº 12. Sanción: 12/03/1998. Promulgación: Decreto Nº 267/998 del 13/03/1998. Publicación: BOCBA Nº 405 del 15/03/1998.

55 Artículo 11 del Código Contravencional.

56 Sancionada: 28/09/2005; promulgada: 21/10/2005; publicada en el BO: 26/10/2005.

57 Artículo 10. “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”.

58 Artículo 113. Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: “Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declare la invalidez del artículo 27 de la Ley de Procedimiento Contravencional.

El máximo Tribunal de la Ciudad resolvió no hacer lugar al planteo porque, entre otras razones, entendió que la norma tenía un carácter de protección y no de represión a los niños, niñas y adolescentes y permitía una ágil aproximación del Consejo de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes al caso concreto.

Argumentó además que si bien el término "disposición" no era el más feliz, ya que hacía reminiscencia al modelo tutelar, no daba verdaderamente poderes de disposición al Consejo sobre la persona del menor.

También alegó que la disposición que mencionaba la norma no podía ser otra que "el ejercicio de las competencias que la CCABA y la Ley Nº 114 acuerdan al CNNyA; y la 'puesta a disposición' tampoco puede exceder el empleo de medios legítimos, esto es, que no soslayen ni fuercen consentimiento de la persona menor involucrada"<sup>59</sup>.

En su voto en disidencia, la Dra. Alicia E. C. Ruiz planteó: "El hecho de que la disposición se haga en nombre del bien y de la protección del niño, no obsta para considerar esa injerencia como una actuación del sistema penal".

La Corte Interamericana de DDHH ha hecho referencia al principal problema del derecho penal juvenil en cuanto la subsistencia de prácticas que encubren otros propósitos, despojadas del principio de inocencia y de legalidad, al señalar que es "inadmisible que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil solo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurrir en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos"<sup>60</sup>.

El derecho de defensa es inherente a un Estado democrático.

La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior".

59 Del voto del Dr. Luis Francisco Lozano, fallo "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma De Buenos Aires c/GCBA s/ Acción Declarativa de inconstitucionalidad" (disponible en: [www.asesoriatutelar.com.ar/presentaciones/material de interes](http://www.asesoriatutelar.com.ar/presentaciones/material%20de%20interes)).

60 CIDH, Opinión Consultiva 17/02. (disponible en [www.corteidh.org.cr/opiniones consultivas](http://www.corteidh.org.cr/opiniones%20consultivas)).

Bajo el viejo sistema tutelar, este derecho, que implica una necesaria participación del imputado en el proceso, estaba conculcado.

La concepción era que el niño no necesitaba defensa pues contaba ya con el juez que decía defender sus intereses. El rol de la defensa era considerado como una mera colaboración o asistencia hacia el juez.

La Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 40.2.b II) I que "la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales".

La normativa no prevé el carácter del rol de este "asesor jurídico o de otro tipo" ni la extensión de sus facultades y el nivel de relación que tendrá con su defendido.

Una primera lectura de la norma parece indicar que no es de obligatoriedad la llamada "defensa técnica" y, en segundo lugar, parece tratarse de un rol más bien pasivo, de mera presencia o de contralor, sin ejercer necesariamente una defensa jurídica con todo lo que ello implica. No obstante, no puede haber confusión alguna en cuanto a las normas de carácter complementario que operan a nivel internacional, lo que la Corte Interamericana denominó como *corpus luri* de la niñez.<sup>61</sup>

En el plano local, la Ley Nº 26.061, en consonancia con el resto de las normas del denominado *corpus luri* de la niñez<sup>62</sup>, arroja luz a la cuestión cuando en su artículo 27 establece que todo niño tiene "derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recurso económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

Por otro lado, el comité de los Derechos del Niño recomienda al Estado argentino que "garantice que los niños que se encuentren en conflicto con la ley puedan recibir asistencia letrada gratuita e independiente y acceder a un mecanismo de denuncia independiente y eficaz"<sup>63</sup>.

61 CIDH, Opinión consultiva 17/02.

62 Las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores Nº 15 establece el derecho de los niños y niñas a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso. Asimismo Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil Nº 57 establecen que los gobiernos deberían proveer "servicios de defensa jurídica del niño".

63 Observación General Nº 10. Ver el sitio CRC/C/ARG/CO 3-4 (11/6/2010).

Es decir, no se trata de una defensa genérica de los derechos sino de una “defensa técnica”, ejercida por un letrado con una participación obligatoria en el proceso, y a los fines de garantizar la vigencia de los derechos del niño durante éste. Asimismo, la gratuidad actúa como una condición necesaria e inherente a este derecho.

Ese aspecto está bien receptado por la Ley de Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que garantiza el acceso gratuito a la defensa, la cual es claramente de carácter técnico y se prolonga durante todas las etapas del proceso.<sup>64</sup>

Otro elemento a tener en cuenta es que nuevamente se aplica el principio de especialización por cuanto el letrado interviniente que designe el Estado debe contar con una capacitación adecuada en la materia.

### **3. DERECHO A SER OÍDO Y A PARTICIPAR EN EL PROCESO**

#### **3.1. NIÑEZ Y CIUDADANÍA: EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION**

*“Se dice que las nuevas generaciones serán difíciles de gobernar. Así lo espero”  
Alain (1868-1951), filósofo y ensayista francés*

Un aspecto central para distinguir el modelo tutelar del modelo de la protección integral es concebir al niño como un ciudadano. Ser ciudadano representa la igualdad ante la Ley y la eliminación de cualquier tipo de paternalismo.

El derecho del niño a ser oído y a participar debe ser entendido en una concepción global que abarque la participación ciudadana, pues es en definitiva la mejor forma de defender el resto de sus derechos y libertades.

El concepto de ciudadanía ha presentado a lo largo de los tiempos diversos enfoques, según el contexto político en el cual se trate.

Para los griegos antiguos, particularmente los atenienses, el ejercicio de la ciudadanía consistía en tomar participación directa en los asuntos de la vida pública, debatiendo bajo condiciones de igualdad y sin perder su autonomía.

---

64 Artículo 37. “Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, la persona menor de dieciocho (18) años de edad debe ser asistida por un/a defensor/a técnico. La persona menor de dieciocho (18) años, o cualquiera de sus padres, tutores o responsables, siempre que no existieren intereses contrapuestos o aquellos resultaren acusados por el delito cometido contra el menor, pueden nombrar defensor/a particular. Si existieren intereses contrapuestos, o acusación por el delito, el/la asesor/a Tutelar velará por el ejercicio de la garantía prevista en este artículo. Hasta tanto se designe defensor/a particular, se dará intervención al/la defensor/a Oficial Juvenil en urno quien deberá entrevistarse inmediatamente con la persona menor de dieciocho (18) años de edad, se encontrare o no detenido, y participará en todos los actos procesales. El/la defensor/a oficial juvenil, cesará en sus funciones al producirse la aceptación del cargo por parte del/la defensor/a particular que se hubiere designado”.

En la era medieval el concepto prácticamente desaparece, hasta que con el arribo de la modernidad y las revoluciones del siglo XVIII cobra nuevos bríos. Para Rousseau<sup>65</sup> el hombre nace libre y es de naturaleza benévola, siendo la vida en sociedad, la vida moderna, la que despierta terribles pasiones y hace necesaria la cesión de parte de su libertad en aras del bien común y de su propio bienestar. Por ende, todos los ciudadanos gozan de los mismos derechos, siendo solamente alcanzados por la voluntad general, que se expresa a través de la ley, una creación proveniente de la participación de los hombres, ahora devenidos en ciudadanos cuyo primer acto político es la conformación del contrato social. Ningún ciudadano tiene mayores prerrogativas que otros ni hay autoridad mayor que la de la ley.

La noción de ciudadanía supone entonces una fase activa que constituye la participación en la vida pública y política de un país, es decir en la toma de decisiones. Para Hannah Arendt<sup>66</sup>, la ciudadanía implica necesariamente un ejercicio y una participación activa en la arena pública que es la política, a los fines de controlar la toma de decisiones. Bertolt Brecht decía que no había peor analfabeto que el analfabeto político, quien “no sabe que el costo de la vida, el precio del poroto, del pan, de la harina, del vestido, del zapato y de los remedios, dependen de decisiones políticas”<sup>67</sup>.

La necesaria titularidad y ejercicio de los derechos civiles y de libertad, (fase negativa) son condición necesaria, mas no suficiente, para el ejercicio de una ciudadanía plena. Los niños cuentan con el reconocimiento de lo primero mas no queda clara su situación en cuanto a lo segundo.

La ciudadanía supone el reconocimiento de los derechos civiles, entre ellos, la libertad de expresión que implica la posibilidad de participación, el derecho a ser oído, a expresarse, a formarse un juicio propio y acceder a la información.

Baratta propone una concepción que va mas allá de la interpretación literal del texto que surge de la Convención, la cual reconoce a todo niño “que esté en

---

65 Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), escritor, filósofo y músico franco-helvético cuyas ideas influyeron en gran medida en la Revolución francesa, el desarrollo de las teorías republicanas y el crecimiento del nacionalismo.

66 Hannah Arendt (1906-1975) fue una filósofa alemana de origen judío. Se nacionalizó luego estadounidense. Fuerte defensora del pluralismo político.

67 Eugen Berthold (Bertolt) Friedrich Brechter (Brecht) Han Culen (Augsburgo, 10 de febrero de 1898 - Berlín, 14 de agosto de 1956) fue un dramaturgo y poeta alemán, uno de los más influyentes del siglo XX, creador del llamado teatro poético. El fragmento corresponde al poema “el analfabeto político”.

condiciones de formarse un juicio propio" el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan.<sup>68</sup>

Entiende que no puede concebirse al niño solo como un "ciudadano a futuro" y que "si en lugar de una interpretación fragmentaria y estática utilizamos una interpretación sistemática y dinámica de la Convención, desarrollando su espíritu con el debido respeto de su letra, resultará que el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena. Una ciudadanía plena que es compatible con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos, es decir de su identidad como niño"<sup>69</sup>.

De lo dicho precedentemente se desprende, en primer lugar, que las autoridades deben oír al niño en cualquiera de sus estadios madurativos, pudiendo disponer de todos los medios a su alcance (profesionales, psicólogos, psicopedagogos) para lograr entender su voluntad.

Asimismo, cuando se habla del derecho del niño a expresar su opinión libremente y a participar de todo asunto en que tenga interés, se refiere no solo desde ya, a los intereses particulares, sino también a aquellos intereses de mayor universalidad (incluso podría decirse de "clase"), puesto que las decisiones de los adultos pueden afectar de manera directa (en un caso concreto) o también de forma indirecta. Para que exista simetría entre niños y adultos (que son en rigor de verdad los que detentan el poder) se impone la obligación de todos los adultos, mas allá del caso concreto, a escuchar, aprender y a tener en cuenta los intereses generales de los niños en la toma de decisiones.<sup>70</sup>

La Ley Nº 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su artículo 17 que "los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos".

La participación ciudadana de los niños no es algo "a futuro", sino que se ve claramente en la actualidad, especialmente con el alcance que éstos tienen ya desde una muy corta edad, producto de una mayor democratización (de la mano de Internet), en cuanto al acceso a la información. Vemos muy frecuentemente la capacidad de organización que los chicos presentan a la hora de re-

---

68 Artículo 12.

69 Baratta, A.: "Infancia y Democracia" (disponible en [www.fundacionsurargentina.or.ar/material](http://www.fundacionsurargentina.or.ar/material) de interés).

70 Ello además guarda consonancia con los otros derechos reconocidos por la Convención como, buscar, recibir y difundir información (artículo 13), libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 14), libertad de reunión y de celebrar reuniones pacíficas (artículo 15).

clamar por sus derechos colectivos, como es el caso de las organizaciones estudiantiles.<sup>71</sup>

### 3.2. ALCANCES EN LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO

La Comisión Interamericana de DDHH ha dicho que “el derecho a participar en el proceso enriquece al derecho a la defensa en la medida en que implica el derecho de los niños a obtener que comparezcan y se interroge a los testigos, a no declararse culpable y a no ser obligado a suministrar elementos que lo incriminen.”<sup>72</sup>

Es decir, el derecho a participar y ser oído forma parte ineludible de la defensa material. La participación de los niños durante el proceso se adecua al principio de autonomía progresiva reconocido por la propia Convención.<sup>73</sup>

Una correcta interpretación de este principio obliga a alejarse del concepto cronológico y rígido que surge de nuestro Código Civil, mediante el cual el menor impúber (edad inferior a los 14 años) es un incapaz absoluto de hecho y por tanto imposibilitado de actuar sino por medio de sus representantes legales.

En ese sentido la defensoría de la CABA ha señalado que “en orden a que el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas –sin atender discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo –no responde al principio de ‘capacidad progresiva’ o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente”<sup>74</sup>.

La Ley Nº 26.061 establece que todo niño tiene “derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en 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”<sup>75</sup>.

Como vemos, se refiere a todo procedimiento judicial, es decir no solo el penal (como contempla el artículo 40 de la Convención) sino también a todos los

71 Ver: Artículo 19 de la Ley Nº 26.061, que reconoce a los niños y adolescentes el derecho de: “b) expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; y c) expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.”

72 Informe de la CIDH/11 “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, párr.180.

73 Artículo 5.

74 Resolución Nº 1234/06 de la Defensoría de CABA

75 Artículo 27, inciso c.

procedimientos que resultan susceptibles de restringir derechos, tales como las medidas cautelares de separación de su medio familiar.

La asistencia letrada en todo procedimiento judicial o administrativo en que se traten sus asuntos resulta indispensable para ese fin, siendo, a mi modo de ver, insuficiente la representación del ministerio público bajo la figura del asesor de menores, pues lo que se pretende es la intermediación del niño cuando se debatan asuntos que lo conciernen y evitar la representación salvo circunstancias no notoria inmadurez.

#### **4. ARMONIZACIÓN DE LA LEY Nº 22.278 CON LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: ¿ES POSIBLE?**

*“Casi todos los crímenes que castiga la ley se deben al hambre”.*

*Rene de Chateaubriand (1768-1848), político y diplomático francés.*

Uno de los principales problemas del Régimen penal juvenil argentino lo constituyen las inconsistencias todavía subsistentes, producto de la permanencia de normas del sistema tutelar.

Hemos visto en el acápite anterior los rasgos propios del sistema tutelar que contenía el artículo 27 de la Ley de Procedimientos Contravencionales de la CABA, por cuanto no quedaba debidamente establecido en qué casos y sobre todo con qué límites procedía la aprehensión de jóvenes que eran de por sí inimputables para la Ley contravencional.

Otro ejemplo a mencionar en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires es el artículo 64 de la Ley Nº 13.634 (que reformó los fueros de familia y de menores), que prevé “medidas de seguridad” frente a hechos graves. Dichas medidas de seguridad no son otra cosa que la privación de la libertad de los jóvenes inimputables sin que se establezcan siquiera límites temporarios<sup>76</sup>.

El Decreto-Ley Nº 22.278/22.803 de la última dictadura militar es la expresión más cabal de lo mencionado.

A pesar de las numerosas críticas y reclamos tanto a nivel nacional como internacional, y pese a los diversos proyectos de ley presentados, nuestros legisladores están lejos de lograr avances en la materia.

---

<sup>76</sup> Artículo 64. “En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo.”

Uno de los principales planteos que pueden realizarse radica en su artículo 1º, que establece la edad mínima de responsabilidad penal (EMNRP) y la situación de los menores de edad por debajo de esa edad<sup>77</sup>.

En cuanto a la edad mínima podemos decir que se ajusta a los estándares internacionales.

Las Reglas de Beijing recomiendan a los Estados Partes no fijar una edad mínima muy temprana, "habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual"<sup>78</sup>.

Es decir, la edad mínima debe guardar parámetros de razonabilidad acordes al desarrollo evolutivo promedio.

El punto conflictivo radica en la "disposición" que pueden hacer los jueces con competencia en la materia sobre aquellos jóvenes por debajo de la edad mínima de Responsabilidad Penal que se encuentren en "abandono material o moral".

En septiembre de 2006 la Fundación Sur Argentina y el CELS interpusieron un *habeas corpus* colectivo a favor de todas las personas menores de 16 años de edad privadas de su libertad en virtud de resoluciones judiciales tutelares emitidas por Juzgados Nacionales de Menores.

Si bien el Juzgado de Primera Instancia y la Cámara de Apelaciones rechazaron la acción, la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal decretó la inconstitucionalidad del artículo 1º del Decreto-Ley Nº 22.278, estableciendo la ilegitimidad de cualquier privación de la libertad sin una imputación concreta.

Asimismo, resolvió exhortar al Poder Legislativo a adecuar, en el término de un año, la legislación penal en materia de menores de edad de acuerdo con los estándares constitucionales e internacionales, estableciendo un sistema integral y coordinado con la Ley Nº 26.061.

El 2 de diciembre de 2008 la Corte resuelve rechazar el *habeas corpus*, convalidando de esa manera la validez del artículo 1º del Decreto-Ley Nº 22.278.

---

77 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, falto 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."

78 Regla Nº 4.

Si bien la Corte reconoce la tensión existente entre la vigencia de esa norma y las disposiciones internacionales, sostiene que “no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo de la Ley Nº 22.278 y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte, no es propio del cometido del Poder Judicial, en el artículo 116 de la Constitución Nacional, dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión, implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que –en esta materia– tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas”.<sup>79</sup>

La Corte entiende que se excedería de sus atribuciones si se decretara la inconstitucionalidad del artículo 1º del Decreto-Ley Nº 22.278/22.803, pues ello implicaría crear un nuevo sistema penal juvenil a pesar de las inconsistencias, algunas graves, del régimen penal vigente.

Asimismo, toma el concepto de protección especial en un sentido contrario al de los estándares internacionales, lo cual puede remitir a una concepción paternalista cuando sostiene: “Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad”<sup>80</sup>.

Esto es un ejemplo de la interpretación contraria a lo que significa el interés superior del niño que, como vimos, impide la conculcación de derechos como respuesta posible a situaciones de vulnerabilidad.

Sobre esa base argumenta: “La Ley Nº 26.061, que establece un Sistema de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, únicamente deroga a la ya citada Ley Nº 10.903. Por lo tanto, la interpretación de la Ley Nº 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable”.

Sin embargo, el comité de los Derechos del Niño observa que “se ha iniciado un proceso de reforma de la Justicia juvenil en los ámbitos nacional y provincial”, pero le preocupa gravemente la constante aplicación de la Ley Nº 22.278,

79 CSJN, “García Méndez, Emilio, Musa, Laura Cristina”, El Dial - AA4E21; LA LEY, 04/12/2008, 7.

80 Considerando 4.

de 1980, en particular respecto a la posibilidad de detener a niños y recomienda “que se derogue la Ley Nº 22.278 relativa al régimen penal de la minoridad y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de Justicia juvenil”.<sup>81</sup>

Entiendo que compatibilizar el régimen de la Ley Nº 22.278 con el derecho internacional resulta una tarea harto imposible atento el variado número de denuncias de parte de los organismos internacionales y el espíritu de la norma en cuestión. Creo que como vimos en el caso “Maldonado”, el resultado de la armonización resultó óptimo, mientras que en el caso bajo análisis cae irrazonablemente en criterios propios del sistema tutelar.

---

<sup>81</sup> Observaciones 77 y 80. Pueden verse en Observaciones del Comité de Derechos del Niño de la ONU sobre Argentina en el sitio CRC/C/ARG/CO 3-4 (11/6/2010).

---

Este ejemplar se terminó de imprimir en Primera Clase Impresores,  
California 1231, C.A.B.A., Buenos Aires, Argentina.  
Tirada: 1000 ejemplares.

---

A pesar de que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se sancionó un adecuado Régimen Penal Juvenil –Ley 2.451– las personas menores de 18 años en conflicto con la ley continúan a merced de procesos judiciales caracterizados por la ausencia de la garantía constitucional que plantea la obligación de que existan órganos jurisdiccionales preparados para dar cabal cumplimiento a la reglamentación vigente.

¿De qué sirve un marco normativo acorde a los tratados internacionales y a la propia Constitución si en la práctica se procede de forma opuesta?

Esta problemática fue debatida en noviembre de 2011 por distintos actores con un reclamo en común: lograr la firme vigencia y puesta en marcha de un sistema de Justicia penal juvenil especializado en el ámbito de la Ciudad.

De la Jornada *Hacia una Justicia penal juvenil especializada*, organizada por el Consejo de la Magistratura, la Defensoría General y el Ministerio Público Tutelar –todos organismos de la Ciudad de Buenos Aires–, participaron expositores de Argentina, Chile y Brasil que contaron sus experiencias particulares. Así, se compartió la conclusión de que una adecuada ejecución de la normativa local vigente en materia penal juvenil demanda el desarrollo de una institucionalidad con capacidad para llevarla a la práctica. Ello implica la creación de órganos judiciales especializados, integrados por profesionales idóneos para actuar de acuerdo con los principios y disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño y demás tratados de derechos humanos.

En esta publicación se intenta plasmar el resultado de ese debate, nutrido además por las dos monografías premiadas del Concurso que dio título a este libro “Una deuda pendiente en la Ciudad de Buenos Aires: Justicia penal especializada para las personas menores de edad”, así como de dar cuenta de la imperiosa necesidad de procurar una vía de implementación a la normativa existente.