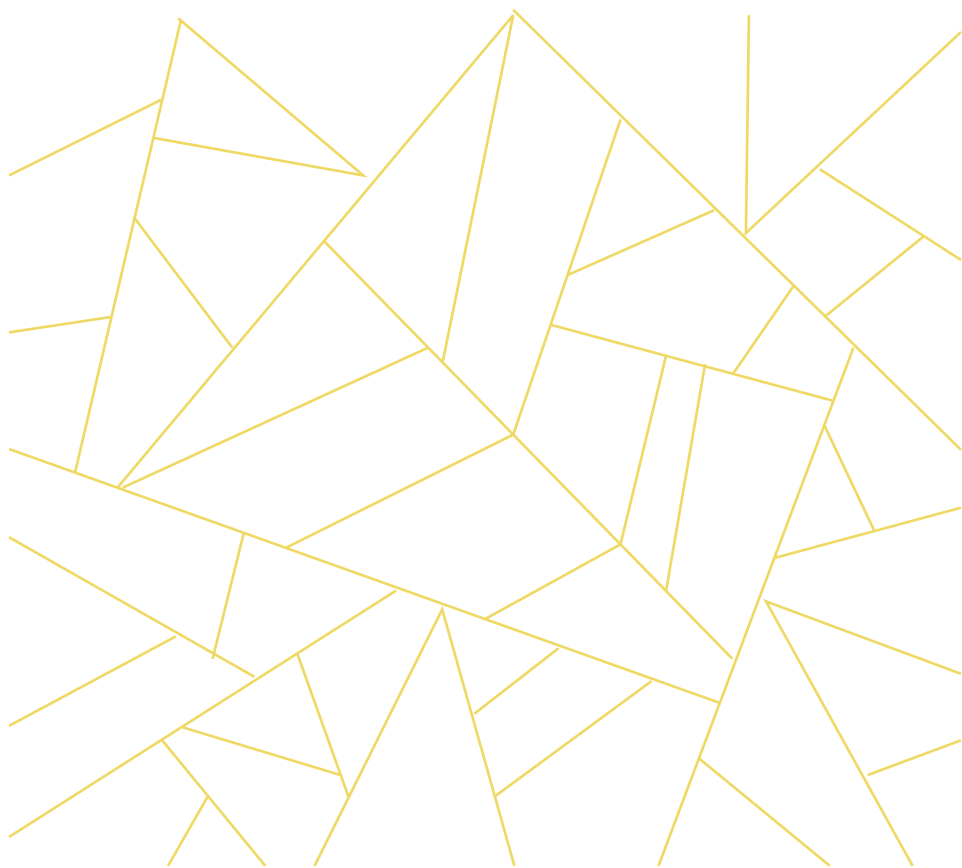


APORTES PARA UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA PARA JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Coordinadora: Alejandra Quinteiro



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



**APORTES PARA UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA PARA
JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**



www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Aportes para una justicia especializada para jóvenes en el conflicto con la Ley Penal / Alejandra Quinteiro... [et al.]; coordinación general de Alejandra Quinteiro; prólogo de Marcela Basterra. -1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2018.

Libro digital, PDF - (Doctrina 2018)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-768-075-1

1. Derecho Penal. 2. Juventud. I. Quinteiro, Alejandra II. Quinteiro, Alejandra, coord. III. Basterra

© Editorial Jusbaire, 2018

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros

Marcela I. Basterra

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Carlos F. Balbín

Silvina Manes

Alejandra García

Secretaría de Apoyo Administrativo y Jurisdiccional: Sergio Gargiulo

Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil

Coordinación: Alejandra Quinteiro

Colaboración: María Jimena Lugano

Departamento de Coordinación de Contenidos

Editorial Jusbaire

Edición: Martha Barsuglia; María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni; Mariana Palomino; Florencia Parodi; Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Esteban J. González; Gonzalo Martín Cardozo

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2018

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Darío Reynoso

Javier Roncero

Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro

ÍNDICE

PRÓLOGO

Por Marcela I. Basterra..... 11

PRESENTACIÓN

Por Alejandra Quintero..... 15

CAPÍTULO 1 JUSTICIA PENAL JUVENIL ESPECIALIZADA

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA JUSTICIA JUVENIL

Por Diego Freedman y Martiniano Terragni..... 19

JUSTICIA JUVENIL: SÓLO CON LEYES NO SE CAMBIAN LAS INSTITUCIONES

Por Gustavo A. Herbel y Patricio M. Gandulfo..... 35

CAPÍTULO 2 LA INTERDISCIPLINA COMO HERRAMIENTA JUDICIAL

EL ROL DE LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO

Por Mary Beloff..... 53

PROBLEMAS Y DESAFÍOS EN LA INTERVENCIÓN DE LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS

Por Marcela Velurtas..... 79

RELACIONES ENTRE EL SISTEMA PENAL JUVENIL Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS: LA NECESIDAD DE FORTALECERLAS ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO LOCAL

Por Marina Medan..... 87

EL TERRITORIO EN LA INTERVENCIÓN CON JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Por Alejandra Quintero y Jorgelina Sanz Cerbino..... 99

LA DEROGACIÓN DEL RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD. LEY N° 22278: UNA CRUZADA MALDITA. Por Silvia Guemureman.....	109
--	-----

CAPÍTULO 3 JUSTICIA RESTAURATIVA

LA IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA PARA LA JUSTICIA JUVENIL Por Virginia Domingo de la Fuente.....	141
--	-----

UNA INTERVENCIÓN POSIBLE EN LA JUSTICIA JUVENIL: CAORAC. RELATO DE UNA EXPERIENCIA Por Florencia Alderisio, Analía Findeisz y Pablo Patti.....	167
--	-----

CAPÍTULO 4 MEDIDAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LOS TRABAJOS DE UTILIDAD PÚBLICA COMO ALTERNATIVA A LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CAMPO PENAL JUVENIL Por Álvaro Burgos.....	185
---	-----

ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL EN LA JUSTICIA JUVENIL DE LA CABA Por Alejandra Quintero.....	221
---	-----

RESPUESTAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL Y A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL Por Déborah Dobniewski.....	241
--	-----

CAPÍTULO 5 SANCIONES PENALES ACORDES A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

CONSENSOS Y DESACUERDOS EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL Por Diego Freedman y Martiniano Terragni.....	259
---	-----

MEDIDA DE SEGURIDAD Y GARANTÍA SUSTANCIAL DE NO PUNIBILIDAD DE LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL Por Pablo A. De Rosa.....	277
LAS TEORÍAS DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL Por Santiago H. Moisés.....	289
¿ENJUICIAR Y PACIFICAR O ABREVIAR Y CASTIGAR? Por Marta Pascual y Alejandro Curti.....	303
LÍMITES AL PODER JURISDICCIONAL. PRINCIPIO ACUSATORIO. COMENTARIO AL FALLO “J.I.C. S/RECURSO DE CASACIÓN” Por Celeste S. Souto.....	315

CAPÍTULO 6 NEUROCIENCIAS

DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE NEUROCIENCIAS Y DERECHO Por Carlos Alberto Castagna.....	327
---	-----

PRÓLOGO

Desde el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires me han distinguido para presentar esta valiosa obra, coordinada por la Dra. Alejandra Quinteiro, Titular de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, que forma parte de la Colección Doctrina de Editorial Jusbaire.

Desde hace tiempo venimos trabajando sobre la necesidad de una justicia especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal. La Convención de los Derechos del Niño (CDN) establece en el artículo 40 inciso 3¹ que los Estados Partes deben tomar todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas, para los niños que han infringido las leyes penales, ya sean acusados o se declaren culpables.

Es así que el principio de especialidad tiene raigambre constitucional y convencional, máxime si se considera que la CDN no es el único documento internacional que lo ha receptado. Entre otros, cabe señalar el artículo 5 inciso 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos,² la Regla 22 de las Reglas de Beijing³ y la Observación N° 10 del Comité Internacional de los Derechos del Niño,⁴ que expresa:

... 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 representación adecuada.

Las normas internacionales de protección de derechos humanos establecen con diversos matices que el sistema de justicia penal que

1. Convención de los Derechos del Niño, 20/11/1989. Ratificada por Ley N° 23849, publicada en el BO N° 26993 el 22/10/1990.

2. Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22/11/1969. Ratificada por Ley N° 23054, publicada en el BO N° 25394 el 27/03/1984.

3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución N° 40/33 del 28/11/1985.

4. Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes, 25/04/2007, ONU, Doc. CRC/C/GC/10.

intervenga en los delitos atribuidos a personas menores de 18 años de edad debe ser especializado. Ello implica que los magistrados intervinientes deban estar especialmente capacitados para abordar este tipo de delitos, además de ser seleccionados sobre la base de ciertas cualidades y experiencia.

No obstante, la especialización debe vislumbrarse no sólo en los jueces, sino también en los fiscales, defensores, asesores tutelares y todos aquellos operadores que intervengan en el proceso penal juvenil.

En el establecimiento de un sistema diferenciado de justicia para los menores, se aprecian nuevos conceptos como *rehabilitación* y *justicia restaurativa*. La salvaguarda del mejor interés del niño significa, entre otras cosas, que la represión y el castigo –que son los objetivos tradicionales de la justicia penal– deben ceder y dar lugar a la reparación, la rehabilitación y la reinserción social de aquellos condenados por delitos, mediante el desvío de causas o el uso de otros modos de justicia distributiva.⁵

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires presenta un marco normativo interesante. La Ley N° 114, llamada Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,⁶ enumera las garantías procesales de este colectivo e incorpora las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores,⁷ así como las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁸ y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil,⁹ como parte integrante de su cuerpo normativo.

Con posterioridad a la sanción de la Ley N° 2451,¹⁰ que aprueba el Régimen Procesal Penal Juvenil, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con un Código Procesal especializado en materia de niñez

5. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General N° 12, El derecho del niño a ser oído, 20/07/2009, párr. 57, ONU, Doc. CRC/C/GC/12.

6. Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicado en el BOCBA N° 624 el 03/02/1999.

7. Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución N° 40/33 del 28/11/1985.

8. Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución N° 45/113 del 14/12/1990.

9. Directrices de la RIAD, Resolución N° 45/112 de la Asamblea General del 14/12/1990.

10. Ley N° 2451 Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicada en el BOCBA N° 2809 el 13/11/2007.

e introduce mecanismos específicos para minimizar la intervención penal, como la mediación y la remisión.

Estos documentos encarnan las herramientas que poseemos en la actualidad para trabajar en la consolidación de un régimen penal juvenil de excelencia. No podemos pensar en un sistema específico acorde con los estándares internacionales sin hablar de interdisciplinariedad, especialidad, cumplimiento de las garantías del debido proceso y promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos. Todos estos temas se abordan en este libro bajo la mirada de prestigiosos profesionales pertenecientes a diversos ámbitos y disciplinas.

Nuestro Poder Judicial ha asumido un enérgico compromiso con el perfeccionamiento de la justicia penal juvenil, para lo cual el trabajo de la Oficina a cargo de la Dra. Quintero ha sido fundamental. Entre sus funciones, realizan actividades tendientes a la capacitación previa, progresiva y permanente de los magistrados, funcionarios y empleados, con el objeto de llevar adelante la especialidad requerida.

Esta publicación contribuye significativamente a continuar difundiendo y bregando por la necesidad de una justicia penal juvenil especializada.

Marcela I. Basterra

Doctora en Derecho UBA

Presidenta del Consejo de la Magistratura CABA

PRESENTACIÓN

El Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2451) aplicable en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) tiene como eje el principio de especialidad que separa los procedimientos penales para adultos de aquellos que involucran a jóvenes punibles. El principio constitucional de la especialidad del sistema penal juvenil y su derivado, la especialización de sus operadores, deben ineludiblemente respetar todos y cada uno de los postulados del Sistema de Protección Integral de Derechos.

A fin de hacer operativo este principio, desde la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA hemos organizado y coordinado diferentes actividades de formación académica a nivel local, nacional e internacional, como así también jornadas de capacitación para magistrados, funcionarios, empleados y todos aquellos operadores que trabajen en el sistema penal juvenil.

Acceder a la publicación de cuestiones novedosas y actuales sobre justicia juvenil no sólo permite plasmar ideas, sino que es una forma de socializarlas para que muchas personas se nutran a partir del conocimiento de otras.

En este sentido, es interesante destacar que en tiempos dinámicos, en que las situaciones se modifican y complejizan permanentemente, es fundamental mantenernos actualizados para adquirir mayores herramientas que permitan profundizar conocimientos, abordar situaciones desde una mirada integral y de esta manera ser efectivos en el trazado de estrategias de intervención.

Esta publicación recopila trabajos de prestigiosos académicos especializados en la temática relacionada con jóvenes en infracción a la ley penal del orden internacional y local, así como de magistrados de la provincia de Buenos Aires, muchos de los cuales nos han acompañado en diversas actividades de capacitación organizadas por la Oficina a mi cargo. Sus aportes, por lo tanto, posibilitan que el lector se nutra a partir de un conocimiento novedoso y actual. Muchos de ellos han participado de la jornada internacional titulada “La interdisciplina como herramienta judicial”, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de

Buenos Aires en agosto de 2017, lo cual ha impulsado que se le dedique un capítulo específico al trabajo interdisciplinario en la justicia juvenil.

Quiero agradecer a la Editorial Jusbaire, a todos los que la integran y que han trabajado para materializar la actual publicación: Martha Barsuglia, María del Carmen Calvo, Daniela Donni, Mariana Palomino, Florencia Parodi, Julieta Richiello y Mariana Pittaluga, y a la directora María Julia Sleiman, por el acompañamiento y la buena voluntad para que la presente obra se concrete. También a la Licenciada María Jimena Lugano, integrante del equipo interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, por su colaboración. Mi agradecimiento especial a la coordinadora general de la Editorial, Dra. Alejandra García, por la confianza y la predisposición para con el área penal juvenil de este Consejo. Me llena de satisfacción saber que aprecia y valora el trabajo diario que realizamos, por ello mi sincero reconocimiento al compromiso demostrado para que la presente obra, como así también las anteriores publicaciones, se hayan concretado.

Alejandra Quinteiro

Oficina de Apoyo a la Justicia
Penal Juvenil

CAPÍTULO 1
JUSTICIA PENAL
JUVENIL ESPECIALIZADA

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA JUSTICIA JUVENIL

Por Diego Freedman* y Martiniano Terragni**

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por fin abordar uno de los dos aspectos del principio de especialidad en la justicia juvenil, en particular el referido a la organización judicial y su relación con la aplicación y determinación de la sanción en el proceso penal juvenil, con énfasis en la justicia nacional de menores con sede en la Capital Federal.

Sobre la base de una reforma legislativa procesal general del proceso penal, la actividad jurisprudencial dentro de la jurisdicción especializada y la sanción de leyes posteriores –acompañada de un cambio en la ingeniería legal-administrativa integrada por la legislación general, la legislación específica de la jurisprudencia del fuero especializado y sus alzas y de los reglamentos de las Cámaras de Apelaciones y Cámaras de Casación, entre las principales– se modificó notoriamente la organización y competencia de los tribunales encargados de la investigación, el juzgamiento y la ejecución de las sanciones impuestas a personas menores de 18 años de edad al momento de la comisión del delito en el ámbito de la Capital Federal.

Las modificaciones producidas podrían caracterizarse, por un lado, por la falta de matices legislativos propios de la especial condición de la persona menor de edad sometida a un proceso penal y, por el otro, por su correlato en la mínima distancia en la estructura y organización entre los Tribunales de menores y los de adultos.

* Docente e integrante de la cátedra de la Dra. Mary Beloff, Facultad de Derecho (UBA).

** Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA. Docente de posgrado en distintas universidades nacionales.

En cuanto al marco normativo nacional, por la distribución de competencias legislativas entre la Nación y las provincias, no existe una ley que regule para todo el país la competencia de la justicia de menores. Para esta reflexión situada en el ámbito de la Capital Federal, se utilizarán las normas relacionadas con la organización de la justicia penal y, en su caso, las relacionadas con la organización judicial de la CABA.

Comprender el estado actual de la situación permite arribar a dos conclusiones diferentes: mantener el postulado de una justicia especializada separada de la de los acusados adultos, con sus normas, operadores y organización; o dada la tendencia a equiparar la respuesta penal estatal, dejar de lado la organización específica y sólo en algunas circunstancias aplacar las normas específicas dirigidas a personas menores de edad.

ANTECEDENTES

La sanción de la Ley N° 10903¹ recogió a principios del siglo pasado la corriente legal inspirada en la normativa de los Estados Unidos que propiciaba la sanción de leyes específicas para las personas menores de edad afectadas a un proceso judicial, con su correlato en la creación de Tribunales de Menores: “Se había logrado sacar al menor del Código Penal...”²

Sobre esa base, diferentes autores de principios del siglo pasado efectuaron múltiples estudios sobre el funcionamiento de los primeros juzgados de la Capital Federal con competencia para la aplicación de la citada norma (Ley de Patronato de Menores), a partir de una ingeniería institucional compleja, integrada por esta ley y las facultades reglamentarias de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Sin embargo, todo ese laborioso estudio, que planteaba los avances y retrocesos propios de un proceso innovador en Argentina en particular y en la región en general, aproximadamente a fines de la primera mitad del siglo pasado perdió la importancia científica y forense que caracterizó sus inicios.³

1. Promulgada el 21/10/1919 y publicada en el BO N° 7711 del 27/10/1919.

2. Martín Ostos, José, *Jurisdicción de menores*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994, p. 16.

3. Entre otros trabajos pueden citarse: Alfonsín, Julio A., “La infancia delincuente y la formación científica del juez de menores”, *Infancia y juventud*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Patronato Nacional de Menores, enero-marzo, 1937;

EL MARCO NORMATIVO

La protección especial a la infancia reconocida por la comunidad internacional fue recogida desde los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos⁴ en un proceso que se consolidó de

Arenaza, Carlos de, *Menores abandonados y delincuentes: legislación e instituciones en Europa y América*, Buenos Aires, La Facultad, 1934; Bayala, Manuel Alberto, "Tribunales para menores", *Revista de psiquiatría y criminología*, año 12, N° 62, mayo-junio, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata, 1947; Bullrich, Eduardo J., *Asistencia social de menores*, Buenos Aires, Jesús Menéndez Librero Editor, 1919; Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, *Los Tribunales de Menores en la República Argentina. Su organización en la Capital Federal por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de acuerdo con la Ley N° 10903 de Patronato de Menores*, Buenos Aires, L. J. Rosso & Cía, Impresores, 1922; Coll, Jorge Eduardo, "Proyectos de leyes sobre tribunales para menores y protección de menores", *Revista de psiquiatría y criminología*, año 4, N° 19, ene.-feb., Buenos Aires, Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata, 1939; Coll, Jorge, *Tribunales de la Nación: Su composición sucesiva desde el 18 de octubre de 1862 hasta el 18 de octubre de 1937*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, 1938; Cuello Calón, Eugenio, *Tribunales para niños*, Madrid, Librería Gral. Victoriano Suárez, 1917; De Altbáum, Clara R., *Delincuencia Juvenil*, Buenos Aires, Artes Gráficas Belgrano, 1939; Gallegos, Jorge, *El menor ante el Derecho Penal*, Buenos Aires, Aniceto López, 1943; Lugones, Leopoldo (h), *La menoría*, Buenos Aires, Biblioteca Policial, 1941; Orione, Francisco, "Tribunales Especiales para menores. Necesidad y forma posible en que deberían ser organizados", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, La Plata, T. 8, 1914; Poncet, Adolfo Luis, "Los Tribunales de Menores de la provincia de Buenos Aires", *Revista de psiquiatría y criminología*, Año V, N° 28, jul.-agos., Buenos Aires, Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata, 1940; Reta, Salvador Luis, *Patronato de menores. Condición, juzgamiento y reeducación de los menores delincuentes o desamparados*, JA, 1935, T. 52; Romay, Francisco, *Los menores abandonados y la aplicación de la Ley N° 10903*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Capano, 1934, página sin numerar en el ejemplar original (Biblioteca Nacional, registro 124107); y Viale, César, *Leyes de menores (Memoria)*; anotaciones para su mejor cumplimiento en la República Argentina, Buenos Aires, Imprenta Colonia Hogar "Ricardo Gutiérrez", 1925.

4. Entre otros: el Convenio Internacional de Trabajo 58, donde se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo, 1936; la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; el Convenio Internacional de Trabajo 90, relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria, 1948; el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 1949; la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, 1962; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Convenio Internacional de Trabajo 138, sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; etc. Para mayor detalle, ver Beloff, Mary, *El derecho de los niños a su protección especial en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

manera paulatina a través de múltiples tratados y convenciones, hasta lograr su mayor visibilidad con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵

Dicho tratamiento se manifiesta en el proceso penal a través del “principio de especialidad”, que se ha traducido, principalmente, en la aplicación de normas especiales diferentes a las aplicables para los adultos en cuanto al juzgamiento de delitos cometidos por niños, por su especial condición.⁶

El entramado de dispositivos internacionales de protección de la infancia propuso un sistema judicial específico para los niños en conflicto con la ley penal a partir de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (en adelante, Reglas de Beijing).⁷ La otra en aplicar medidas en el ámbito social para prevenir la delincuencia juvenil, mediante las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante, Directrices de Riad);⁸ y en la salvaguarda de los derechos fundamentales y medidas que permitieran la reinserción social de los niños tras su privación de libertad (Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad).⁹

Debe subrayarse que se ha planteado un nuevo debate en la legislación y en la jurisprudencia, que perfiló una discusión más profunda: el acercamiento de la justicia penal juvenil al sistema penal general, pero

5. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. Resolución N° 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Sup. (N° 49), p. 167, ONU Doc. A/44/49, 1989, aprobada el 20/11/1989 y con entrada en vigencia el 02/09/1990; ratificada en la Argentina por la Ley N° 23849, sancionada el 27/09/1990 y promulgada de hecho el 16/10/1990.

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 331:2720 y Fallos: 332:1457, de los considerandos 5, 6 y 7 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay.

7. Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 40/33; con fecha de adopción el 29/11/1985.

8. Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/112; con fecha de adopción el 14/12/1990. En lo concerniente al principio de especialidad este instrumento recomendó a los Estados parte “[p]romulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes ...”, Directrices de Riad, Directriz 52.

9. Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/113; con fecha de adopción el 14/12/1990.

no bajo argumentos de mayor severidad, sino a partir de una equiparación jurídica entre los niños y los adultos en el proceso penal.

Sin embargo, la Corte IDH y el Comité de Derechos del Niño han clausurado esa posibilidad. Así, la primera ha sostenido que

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto [...] es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.¹⁰

Además:

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

El Comité de Derechos del Niño, a su vez, ha determinado que

En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes.¹²

Esa diferencia fenomenológica se expresa, tal como lo reconoce el citado Comité en el párrafo transcrito, mediante el llamado principio de especialidad, expresión de la protección especial que la comunidad

10. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28 de agosto de 2002, párr. 96.

11. *Ibidem*, párr. 97.

12. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, 44° período de sesiones, Ginebra, Suiza, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

internacional acordó otorgar a la infancia¹³ que, en la organización judicial, constituye una regla de garantía para el imputado menor de edad penalmente responsable requerido por el *corpus juris* de protección de derechos humanos de los niños.¹⁴ Por ello, el Estado debe buscar el modo de organización judicial que mejor responda a esa regla.

El mandato relativo a la instauración de una justicia penal especializada surgió en el ámbito regional del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁵ al estatuir que “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”.¹⁶

La Convención sobre los Derechos del Niño es otro instrumento internacional de derechos humanos que goza de jerarquía constitucional en nuestro país, conforme lo establece el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que recoge también el llamado principio de especialidad de la justicia penal juvenil. De acuerdo con la Convención sobre Derechos del Niño, el niño es titular de los derechos que les corresponden a todas las personas y también de derechos específicos por el hecho de encontrarse en un pleno proceso evolutivo¹⁷ y de desarrollo

13. Al respecto, cfr. Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.

14. Tal expresión será utilizada con los alcances dados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: “[T]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana...”, Corte IDH, Caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 194, entre otros.

15. Suscripta en San José de Costa Rica el 22/11/1969, aprobada por la República Argentina mediante la Ley N° 23054, publicada en el BO N° 23054 del 27/03/1984.

16. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.5.

17. “[S]ólo satisfarían el principio de no discriminación si y sólo si esas previsiones especiales permiten una mayor satisfacción de los derechos de los niños *vis á vis*, la que permitiría el principio general o universal. De lo contrario, esas disposiciones ‘especiales’ violarían el principio de igualdad y de no discriminación...”, Beloff, Mary, “Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17”, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 109-110. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación “[U]n 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

—expresión en definitiva de la protección especial debida a la infancia—.¹⁸ En esa línea dispuso que

Los Estados Parte 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 culpable de haber infringido esas leyes.¹⁹

Estas normas han sido interpretadas sistemáticamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido reiteradamente que

Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad...²⁰

Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conduc-

asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aun definitivamente consolidada...”, Fallos: 330:5294, del considerando 7 del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda.

18. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “[La Convención sobre Derechos del Niño] pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños. Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, ‘proporcionar al niño una protección especial’, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo. Por ello, a los fines del *sub lite*, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la ‘protección especial’ en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar ‘efectividad’, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin...”, Fallos: 331:2691, del considerando 3 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

19. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.3.

20. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, *op. cit.*, párr. 109.

tas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal...²¹

Y:

La Corte estima que la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil sólo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley, la cual deberá establecer con claridad sus causas y condiciones, así como de la competencia e instancias estatales especializadas en la materia, tanto a nivel policial como judicial y de las instituciones encargadas de hacer cumplir las medidas privativas de libertad, con el objetivo de articular una ‘justicia separada’ para adolescentes, que sea claramente diferenciada del sistema de justicia penal de los adultos, tanto a nivel normativo como institucional ...²²

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño²³ ha señalado que

Es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores [...] los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.²⁴

También:

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.²⁵

21. *Ibidem*, Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, párr. 210.

22. *Ibidem*, “Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela”, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 281, párr. 163.

23. Recuérdese que fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el “[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención...”, Fallos: 331:2047, del considerando 4 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

24. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 90.

25. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 92.

La reseña normativa y jurisprudencial enunciada es ilustrativa en cuanto a la inexorabilidad de que exista una respuesta estatal diferenciada (en lo material, en lo procesal²⁶ y en lo organizacional) al delito de las personas menores de edad penalmente responsables.

LA CONTINUIDAD DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA

Como enseña Beloff, el derecho internacional de los derechos humanos ha mantenido una continuidad en sus postulados porque:

... la cantidad de normas convencionales y no convencionales, regionales y universales, generales y específicas confirma que el derecho de los niños a la protección especial rige en el Derecho Internacional desde antiguo. En este sentido, la idea de que los niños son sujetos de Derecho Internacional no comienza con la Convención sobre los Derechos del Niño, afirmación algo obvia pero que merece ser reiterada en virtud de la forma con la que este tratado fue presentado en la región.²⁷

Esa misma situación puede verificarse en el plano nacional a poco de indagar sobre algunas fuentes históricas y cómo, en un lenguaje actual, la especialidad de los Tribunales también es una constante.

La preferencia por la unipersonalidad es atendible por la urgencia que reclama toda medida relacionada con la misión tutelar que, como es sabido, insume la mayor parte de la actividad del juez de menores, y porque esas decisiones no se avienen con la demora que necesariamente implica la deliberación previa de la emanada de los tribunales colegiados. Por otra parte, parece razonable que un juez unipersonal dotado de los conocimientos científicos a los que ya se hiciera referencia se encuentre en mejores condiciones para resolver de inmediato los complejos problemas que a diario se le plantean en este quehacer, similares a los de un buen padre de familia, por ejem-

26. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe evitarse “[e]l daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención [la CDN] no comparte con ellas...”, Fallos: 328:4343, del considerando 19 del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

27. Beloff, Mary, *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

plo los relacionados con la libertad vigilada; la ubicación más apropiada para el protegido; la internación cuando es ineludible y los eventuales cambios de establecimientos según los avances o retrocesos del tratamiento; los permisos de salida, su duración, la elección de lugares a los que puede concurrir, la indicación de la conducta a observar, la suspensión del permiso; la aplicación de correcciones disciplinarias, cuya eficacia está condicionada a que lo sean inmediatamente después de cometida la falta; la vigilancia permanente sobre el menor, sus familiares, sus relaciones e, incluso, sobre todos los que de una u otra manera colaboran en la misión tutelar; etcétera...²⁸

La genérica remisión al “tiempo procesal” es una constante en la organización de las instituciones judiciales en el proceso especializado con personas menores de edad, con actores que deben contar con la flexibilidad necesaria para resolver las cuestiones urgentes e imprevistas de una manera que no cause mayores consecuencias o perjuicios a la persona involucrada.²⁹ En definitiva, este razonamiento se expande en la existencia de un juez “tutelar”, unipersonal, que no investiga los delitos sino que se enfoca en otras cuestiones ajenas a la dinámica de un proceso penal, pero unidas a los derechos de la persona sometida al juicio (salud, educación, vivienda, contención familiar, etc.).

La experiencia adquirida por el juez especializado tiene un valor inapreciable, como he podido juzgarlo en reiteradas oportunidades. No sólo es menester conocer la psicología de cada grupo de menores, su especialidad delictuosa, sus preferencias, sus mentiras –que sin quererlo presentan una típica unidad– sus actos afectivos, sino penetrar en el interesante mundo de quienes lo rodean en su ambiente evolutivo lleno de recovecos, conocer a fondo los diversos tipos de familias o explotadores...³⁰

28. Madariaga, Miguel Ángel, “El proceso penal de menores”, *Prudentia Iuris*, vol. XIX-XX, Buenos Aires, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, p. 126.

29. “[E]ste es uno de los temas donde más claramente se puede percibir la especificidad de la niñez como sujeto diferenciado de un adulto. El tiempo es diferente para unos y para otros. No es lo mismo un año en la vida de un niño de 14 o de 16 como quizás sí lo es en un adulto de 40 o 50. Territorio de la subjetividad y de la sensibilidad, el tiempo da sentido concreto a la idea de protección especial de la niñez, de considerar que los niños son niños...”, Beloff, Mary, “Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina”, en Defensoría General de la Nación, AA. VV., *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, La Ley, 2008. p. 380.

30. Lugones, Leopoldo (h), *La memoria*, op. cit., p. 174.

La trayectoria forense en el tribunal de menores, más allá de la narrativa utilizada en este aporte, aparece como un conocimiento fruto de las vivencias cotidianas con una población dentro de una franja de edad particular, que a la vez resulta difícil de plasmar en un estándar normativo. Pero sí puede entenderse en parte a esta “familiaridad” como capacitaciones destinadas a los decisores y al resto de los operadores, focalizadas en las necesidades de este colectivo etario.³¹

Existe consenso general en que el proceso de menores debe estar a cargo de organismos jurisdiccionales integrados por magistrados que tengan no solamente ciencia jurídica sino también profundos conocimientos en asuntos de la vida, especialmente relacionados con la familia; versación criminológica, pedagógica, psicológica, sociológica y psiquiátrica; un afinado sentido de humanidad desprovisto de sensiblería; y reconocida vocación por la protección de quienes se encuentran en una etapa de desarrollo psicofísico de enorme trascendencia para su normal acceso al mundo de los adultos...³²

Esta mención sobre los conocimientos extrajurídicos plantea el dilema de los límites y la articulación entre los operadores jurídicos y los equipos interdisciplinarios, intervenciones ambas guiadas por un fuerte sentido de protección de la infancia.³³

31. “[L]a calidad de la administración de la justicia de menores depende decisivamente de que todos los profesionales que participan, entre otras cosas, en las labores de orden público y las actuaciones judiciales, reciban una capacitación adecuada que les informe del contenido y el significado de las disposiciones de la Convención, y en particular de las que están directamente relacionadas con su labor cotidiana. Esta capacitación debe ser sistemática y continua, y no debe limitarse a informar de las disposiciones legales nacionales e internacionales aplicables en la materia. También debe incluir información, entre otras cosas, sobre las causas sociales y de otro tipo de la delincuencia juvenil, los aspectos psicológicos y de otra índole del desarrollo de los niños (prestando especial atención a las niñas y a los menores indígenas o pertenecientes a minorías), la cultura y las tendencias que se registran en el mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades en grupo, y las medidas disponibles para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia, en particular medidas que no impliquen el recurso a procedimientos judiciales...” (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 97).

32. Alfonsín, Julio A., “La infancia delincuente y la formación científica del juez de menores”, en la revista *Infancia y juventud*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Patronato Nacional de Menores, enero-marzo, 1937, p. 14, citado en Madariaga, Miguel Ángel, “El proceso penal de menores”, *op. cit.*, p. 122.

33. “[E]l Comité desea subrayar que el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia de menores. Es fundamental impartir formación

Tales características de los Tribunales de menores, una extrema preocupación sobre las condiciones de vida, contexto social, historia familiar, derechos económicos, sociales y culturales vulnerados de las personas menores de edad sujetas a su jurisdicción, más allá de la narrativa y el contexto de época, se reitera en el desarrollo actual de los estándares de derechos humanos de protección a la infancia, que muestra una continuidad en el carácter eminentemente tuitivo de estos órganos judiciales.

La contigüidad entre los Juzgados de menores y el sitio de detención provisoria de éstos, en tanto se substancian las causas correspondientes, es un punto delicado a encarar [...] Se trata de que los niños y niñas internadas en alcaldías especiales para menores estén al alcance fácil del juez; se trata de que este para ver y hablar a los menores encausados, no tenga necesidad de salir del edificio en que se encuentra su despacho y cruzarse media ciudad, con más los engorros que significa tener los expedientes en un lugar, los menores y sus hojas de observación individual en otro; se trata de que si el Juez opta porque en vez de ir él hacia la alcaldía, se llame a los menores a su despacho, no tenga que transportarse a estos en automóviles policiales debiendo luego hacerseles atravesar corredores sombríos vigilados por agentes que dan a ese medio un sello de cárcel, de inhospitalidad y de dureza, poco aparentes al espíritu delicado de la juventud [...] El despacho del Juez debe ser de reducidas dimensiones, un despacho íntimo, pues sobre evitarse así que se cohiba el ánimo de los niños lo que ocurre con el espectáculo de vastos y fríos salones, también es una manera eficaz de impedir la presencia de más personas que las necesarias...³⁴

La empatía corporal, el conocimiento de la gestualidad adolescente y del lenguaje utilizado por ellos proporciona al juez encargado de la

sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, los niños con discapacidad, los desplazados, los niños de la calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo. Teniendo en cuenta que probablemente se hará caso omiso de las niñas en el sistema de la justicia de menores porque sólo representan un pequeño grupo, debe prestarse particular atención a sus necesidades específicas, por ejemplo, en relación con malos tratos anteriores y sus necesidades especiales en materia de salud..." (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 40).

34. Viale, César, *Leyes de menores (Memoria); anotaciones para su mejor cumplimiento en la República Argentina*, *op. cit.*, pp. 10-12.

aplicación de las leyes específicas elementos que exceden al discurso formal de las personas mayores de edad.³⁵

Otra ventaja del sistema consiste en que permite la intervención de la mujer –aconsejable siempre, y especial, cuando se juzga a menores de 14 años– como miembro del tribunal. En los tribunales de juez único, la función debe ser desempeñada por un hombre, mientras que la colaboración de la mujer queda relegada, con frecuencia, a simples tareas de inspección o vigilancia de menores ya juzgados...³⁶

En principio soy partidario de la intervención de la mujer en los procedimientos judiciales; ciertas preguntas, ciertas averiguaciones personales íntimas un hombre aunque sea juez, no puede por decoro elemental, encararle a una niña, ni esta se franqueará no haya cuidado con el juez o secretario masculino. Estas situaciones se obviarán estando asistido el Tribunal por una secretaria o empleada. Por otra parte los niños de menos de diez años, se tienen que confiar, que entregar mejor, en su pasaje por el Tribunal a las manos de una mujer; las atenciones de una empleada, su suavidad, la intuición del sexo para los cuidados de los niños no pueden ser aventajados jamás por el personal masculino de los juzgados...³⁷

De los párrafos anteriores parece desprenderse, más que el estándar de Tribunales de menores integrados por juezas, la búsqueda del mejor contacto con el sujeto juzgado. La narrativa moderna sí apunta de manera clara a las problemáticas específicas de las niñas (entre otros colectivos históricamente más desaventajados) como un punto especial a considerar por la magistratura especializada.³⁸ En una larga

35. “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas” (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 34).

36. Bayala, Manuel Alberto, “Tribunales para menores”, *op. cit.*, p. 97.

37. Viale, César, *Leyes de menores (Memoria); anotaciones para su mejor cumplimiento en la República Argentina*, *op. cit.*, p. 16.

38. “[E]l Comité recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos. Es posible otra asistencia apropiada (por ejemplo, de asistentes sociales), si bien esas personas deberán tener un conocimiento y una

línea se pueden apreciar los puntos de contacto entre la noción más clásica de los Tribunales de menores y la actual, ejemplo más cercano a la continuidad que a la ruptura.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES

El fallo “Ruiz”³⁹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto se refirió a las pautas de organización de la justicia de menores, podría marcar un cambio de criterio del más Alto Tribunal. Recuérdese que en el citado precedente la Corte utilizó una fórmula singular, como es “esta Corte comparte –en lo pertinente– los fundamentos y conclusiones de la Procuración General de la Nación”.

Un tribunal oral de la provincia de Corrientes condenó a Ruiz a la pena de 6 años y 8 meses de prisión como autor de homicidio en ocasión de robo. Tal sentencia fue impugnada por la vía casatoria tanto por la defensa como por el representante del Ministerio Público Fiscal, quienes coincidieron en cuestionar que el tribunal hubiera aplicado esa sanción a pesar de que el acusador no la solicitó, sino que sólo postuló la declaración de responsabilidad de Ruiz, quien contaba con 16 años de edad al momento de los hechos juzgados, y la intervención de un juez de menores para decidir sobre la necesidad o no de aplicar una pena.

El Superior Tribunal de Justicia provincial rechazó las impugnaciones, al entender que

... las circunstancias del presente difieren de las examinadas por la Corte en su pronunciamiento del 28 de diciembre de 1989 en el caso “Tarifeño,

comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de menores y haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia [...]. También debe incluir información, entre otras cosas, sobre las causas sociales y de otro tipo de la delincuencia juvenil, los aspectos psicológicos y de otra índole del desarrollo de los niños (prestando especial atención a las niñas y a los menores indígenas o pertenecientes a minorías), la cultura y las tendencias que se registran en el mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades en grupo, y las medidas disponibles para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia, en particular medidas que no impliquen el recurso a procedimientos judiciales” (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 49 y 97).

39. Recurso de Hecho “Ruiz, Brian s/homicidio en ocasión de robo” –causa N° 42886/9–, CSJ 374/2014 (50-R)/CS1, rta. el 23 de agosto de 2016, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad” [ya que] el fiscal no postuló la absolución del imputado sino que formuló acusación, lo que habilitó al tribunal del juicio a imponer una pena aunque aquel no la hubiera requerido.⁴⁰

Por otro lado, entendió el Superior Tribunal de Justicia que ya había resuelto en casos similares que

... con base en los principios constitucionales de identidad del juzgador y de celeridad procesal, conforme con lo cual, aunque el hecho fuere cometido por un menor que no cuente con dieciocho años, el tribunal de mayores deberá imponer la pena que considerase pertinente –teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 4 de Ley N° 22278, y en los artículos 40 y 41 del Código Penal– si al momento de dictar la sentencia declarativa de responsabilidad aquel ya hubiese cumplido esa edad.⁴¹

Para concluir que “las reformas introducidas por esa ley [en referencia a la Ley N° 26579] conducen a asimilar el proceso penal juvenil al de adultos”, debido a que el imputado contaba con 20 años de edad el día de la sentencia de declaración de responsabilidad, en consecuencia era “mayor de edad” a todos los efectos legales y correspondía que un tribunal de adultos le impusiera en caso necesario una pena.

Respecto de ello entendió el Superior Tribunal provincial, con remisión a sus propios antecedentes, que

... aunque el hecho fuere cometido por un menor que no cuente con dieciocho años, el tribunal de mayores deberá imponer la pena que considerase pertinente –teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 4 de Ley N° 22278, y en los artículos 40 y 41 del Código Penal– si al momento de dictar la sentencia declarativa de responsabilidad aquel ya hubiese cumplido esa edad.

Las consecuencias de la disminución de la edad en la cual se alcanza la mayoría de edad, si bien advertidas en forma temprana,⁴² pueden ya relevarse en los supuestos de imposición de pena a una persona

40. Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que se remitiera “en lo pertinente la Corte Suprema de Justicia”.

41. Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que se remitiera “en lo pertinente la Corte Suprema de Justicia”.

42. Cfr. Beloff, Mary; Freedman, Diego y Terragni, Martiniano, “La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la Ley N° 22278: apuntes para un balance”, en *Régimen de los menores de edad*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 419-441.

menor de edad, y en cómo impacta incluso en las características de la organización de la justicia penal juvenil.

La transferencia de adolescentes con restricción de la libertad ambulatoria a unidades penitenciarias, el apartamiento de la intervención del asesor de menores, la conversión de medidas cautelares con matices de ajuste propios del sujeto al cual se les aplica en autos de prisión preventiva, la pretensa intervención del juzgamiento con jurados populares en varias provincias y la utilización masiva del “juicio abreviado”, entre otras circunstancias, deben ser leídas en su contexto para comprender la significación del fallo de la Corte Suprema.

Según el Máximo Tribunal existiría un límite al debate sobre la necesidad de imposición de pena a un niño declarado penalmente responsable: que esa instancia procesal recaiga sobre magistrados de la justicia de menores.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La regla de especialidad parte de la especial condición del sujeto para luego pasar al trato diferenciado y de ahí a la organización judicial.

Los objetivos de política criminal que otorgan sentido a una regulación normativa específica diferente a la de los imputados adultos necesariamente inciden en la ingeniería institucional con la que se pretende cumplirlos. Es que aunque el esfuerzo legislativo se oriente exclusivamente al primer aspecto, parece difícil que pueda prescindirse del segundo.

El nivel de cercanía entre la especial ingeniería institucional y la legislación específica que regula las infracciones cometidas por personas menores de edad, por lo menos en el plano procesal, varía de acuerdo a cada instituto procesal.

Pero al momento de determinar la necesidad de una sanción penal y su monto, los aspectos sustantivos, procesales y organizativos de la justicia de menores, que en su conjunto dan cuerpo al principio de especialidad, resultan inescindibles.

JUSTICIA JUVENIL: SÓLO CON LEYES NO SE CAMBIAN LAS INSTITUCIONES

Por Gustavo A. Herbel* y Patricio M. Gandulfo**

INTRODUCCIÓN

Existe consenso acerca de que los niños integran uno de los colectivos vulnerables por antonomasia; de allí que el concierto de naciones haya diseñado un “plus” protectorio garantizado de manera universal y regional por instrumentos internacionales de derechos humanos.

La razón es sencilla, este sector de alto riesgo en función de su exposición es responsabilidad inexcusable de los Estados y de los adultos en general; a diferencia de estos, para quienes podemos discutir si sus conductas son fruto de determinaciones socioeconómicas o del libre albedrío (o de ambas en diversos grados, según tipo de delito y situación personal), los niños son sustancialmente producto de su contexto familiar y social, sin que pueda endilgárseles responsabilidad originaria por sus conductas disvaliosas.

El proceso de exclusión infantil, que inicia con el deterioro de los derechos de la infancia, repercute en su bienestar y desarrollo integral; los niños requieren del compromiso y solidaridad de los adultos para garantizar sus derechos; la pérdida de vínculos positivos profundiza su indefensión y afecta a su vez su maduración física, psicológica, afectiva y relacional en épocas tempranas de su vida, condicionándolos negativamente como adultos; contexto que a su vez puede transmitirse generacionalmente.¹

* Doctor especializado en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA), profesor de grado y de posgrado en UBA, Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) y Universidad de San Isidro (USI), Presidente de la Red de Jueces Penales, y juez de la Cámara de Apelaciones y Garantías de San Isidro.

** Especialista en Derecho Procesal Penal por la UMSA, profesor de grado en UMSA y UFLO, y posgrado en UMSA.

1. Ver “Vulnerabilidad y exclusión en la infancia”, en *Cuadernos para el Debate III UNICEF Comité Español*, Madrid, Huygens Editorial, 2014, pp. 16-17.

Esta conciencia de responsabilidad compartida en la conducta conflictiva de los menores, tiene repercusión en su estándar de derechos; por ejemplo, al establecerse que sus delitos sean dirimidos en un sistema de justicia especializada, con un enfoque no retributivo ni preventivo sino, antes bien, restaurativo, mediante un abordaje diferenciado desde el inicio del proceso hasta su finalización. Sin embargo, existe una brecha entre la legislación local y las prácticas de los operadores judiciales, y los estándares fijados por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.²

En rigor, la cosmovisión esbozada por los tratados en la materia, denominada de protección integral, pretende romper, a finales del siglo XX,³ con el modelo de la situación irregular que se correspondía con el positivismo criminológico. Visiones que parten de la necesidad material de que el control social de los “menores” sea trasladado de la esfera privada a la pública, a raíz de la inmigración y el crecimiento demográfico, que expone a este colectivo como sujetos cuya integración social se tematiza específicamente.

Entre el siglo XIX y principios del XX, el ideario higienista se enfocaba en el análisis y control de las enfermedades *reales y morales* que nos venían de afuera.⁴ Entiende Beloff que, en ese entonces, la pionera Ley de Patronato de Menores (Ley N° 10903 de 1919), imbuida de las ideas del movimiento norteamericano de los “Salvadores del Niño”,⁵ estaba

2. Entre los cuales se cuentan las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Directrices de Riad), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana).

3. Se toma a estos efectos, como punto de inflexión, la aprobación por parte de los países latinoamericanos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

4. Para profundizar sobre tal contexto histórico se recomienda la lectura de Anitúa, Gabriel I., *Historia de los Pensamientos Criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, pp. 200-214.

5. Respecto del cual Anthony Platt afirma que “Los redentores del niño de ninguna manera deben ser considerados libertadores ni humanitarios: 1) sus reformas no anunciaban un nuevo sistema de justicia sino más bien facilitaban las políticas tradicionales que se habían ido desarrollando informalmente en el siglo XIX; 2) implícitamente asumían la dependencia ‘natural’ de los adolescentes y creaban un tribunal especial para imponer sanciones a la independencia prematura y el comportamiento impropio de los menores; 3) sus actitudes para con los jóvenes ‘delinquentes’ eran en gran parte paternalistas y románticas pero sus decretos iban en gran parte respalda-

destinada a la “excrecencia” de una categoría de infancia: “los ‘menores’ –en este sentido– son aquellos que no ingresan al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después”.⁶ Es decir, aquellos vinculados al delito y pertenecientes a los sectores pauperizados; por el contrario, se habla de niños y niñas con problemas cuando pertenecen a familias insertadas en sectores medios o altos, para quienes se encuentran disponibles otros tipos de socialización y de sanciones, por fuera del sistema judicial.

En nuestro país, no fue sino con la reforma constitucional de 1994 que la protección integral de la infancia cobró rango constitucional y, a partir de ese momento, ante el incumplimiento del gobierno federal de compromisos internacionales asumidos, fueron las provincias argentinas las que dictaron legislación especializada en sintonía con la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).⁷

Si bien en 2005 fue sancionada la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley N° 26061), dicha manda únicamente estableció garantías mínimas en todo procedimiento judicial o administrativo,⁸ mas no abordó el tema de la justicia juvenil.⁹ Ese mismo año, en la provincia de Buenos Aires, se dicta la Ley de Promoción y Protección de los Derechos del Niño (Ley N° 13298) y dos años después, la Ley que reestructura el Fuero de Familia y el proceso de Responsabili-

dos por la fuerza. Confiaban en la benevolencia del gobierno y suponían análogamente la armonía de intereses entre los ‘delincuentes’ y los organismos de control social; 4) promovieron programas correccionales que requerían de largos períodos de encierro, largas jornadas de trabajo y una disciplina militar, así como la inculcación de valores de clase media y destrezas de clase baja [...] La autoridad de los padres, la educación del hogar, la domesticidad y los valores rústicos eran subrayados porque en aquel tiempo estaban ya declinando como instituciones” (*Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI Editores, 5^a edición, 2006, p. 187).

6. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 23.

7. Sobre la cuestión del diseño constitucional argentino y la protección de la infancia, se recomienda la lectura de Beloff, Mary, “Constitución y Derechos del Niño”, en Baigún, David *et al.*, *Estudios sobre la Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio. B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 768-793.

8. Cfme. art. 27 de dicho texto legal.

9. Recuérdese que, previo a la ratificación de la CDN, en 1980 fue sancionada la Ley N° 22278 que continuaba con el paradigma de la “situación irregular”, valiéndose de la internación para captar selectivamente a sus destinatarios y alojarlos en instituciones [totales] especializadas, bajo el prisma de la defensa social.

dad Penal Juvenil (Ley N° 13634). Ello implicó un cambio jurídico y el principio de una transformación cultural que confronta con una tradición enquistada en las instituciones, los discursos y las relaciones del antiguo régimen de la minoridad; la “solución” no pasaba ya por crear nuevos juzgados o tribunales sino, antes bien, por modernizar el sistema procesal juvenil atendiendo a los principios de la CDN.¹⁰ Se regula así un Fuero de Familia y un Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, con medidas cautelares y medidas judiciales de integración social, en sintonía con el sistema acusatorio que a nivel local venía llevándose adelante.¹¹

Este movimiento de reforma fue objeto de críticas por su improvisada implementación, por deficiencias en la técnica legislativa y su descontextualización con la normativa penal de fondo; además se resalta que los actores del sistema y sus destinatarios no han internalizado el nuevo modelo, a consecuencia de insuficientes e inadecuadas campañas de información sobre los derechos de la infancia, por la carencia de lugares de acceso a la justicia a nivel provincial y las insuficientes acciones de capacitación.¹²

LA PROBLEMÁTICA Y SU IMPACTO EN LA REALIDAD

El avance legislativo de protección de la infancia en nuestro país importa una condición necesaria pero insuficiente; por sí solo, no basta para cumplir con los estándares internacionales en materia de justicia juvenil, y resulta ineficaz para limitar las condiciones de vulnerabilidad de los menores y recomponer la paz social.

Si la única respuesta que el Estado puede brindarle a los jóvenes en conflicto con la ley penal consiste en un mero texto legal, muchas veces resistido por los operadores del sistema y desconocido por la sociedad civil –cuya participación deviene imprescindible en este proceso de

10. Arts. 1 a 7, Ley N° 13634.

11. Cfme. Ley N° 11922 y modificatorias.

12. Ver “La nueva normativa de protección a la infancia y la adolescencia en la provincia de Buenos Aires. Universidad Nacional de La Plata – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales / Acuerdo de cooperación UNICEF, Instituto de los Derechos del Niño”. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_a_la_infancia_12_11.pdf (fecha de consulta: 19/11/17).

cambio—,¹³ estaremos frente a un placebo (derecho penal simbólico) que bajo la meta de paliar la inseguridad echa mano de herramientas inidóneas, y que, más allá del mensaje que pretenda imponerse a través de los medios masivos de comunicación, no tiene por objeto la protección de los jóvenes, sino dar respuestas coyunturales al reclamo represivo social, tomando a los menores como meros destinatarios de castigo.

La incidencia de los menores delincuentes en la inseguridad y su participación en hechos gravísimos se erige como uno de los argumentos discursivos para reducir la edad de imputabilidad y, en consecuencia, responder retributivamente a un universo todavía mayor de jóvenes. Esta afirmación carece de toda base empírica y, a pesar de que tal justificación se encuentra arraigada en el imaginario colectivo, diversas estadísticas reflejan una realidad distinta.

Aun tomando con cautela los resultados obtenidos, en razón de la ausencia de cifras oficiales completas para determinados períodos de tiempo, eventuales inconsistencias internas y externas en las evaluaciones y posibles problemas de representatividad de los muestreos, el análisis que realiza Mary Beloff¹⁴ resulta ilustrativo. Allí se indica la ínfima incidencia real de los delitos cometidos por jóvenes, pues da cuenta de que: a) en la provincia de Buenos Aires, en 2015, sólo el 3,59% del total de las causas tramitadas corresponde al fuero de menores y, de ellas, el 32,74% se refiere a hurtos y robos, mientras que el 21,83% a amenazas y lesiones leves, b) a nivel nacional, durante ese mismo año, el 64,8% del total de delitos atribuido a jóvenes responde a delitos contra la propiedad (SENAF y UNICEF), c) según lo informado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hacia 2014 sólo el 3,5% de los homicidios fueron cometidos por menores de edad.

13. Alessandro Baratta se refiere a la democracia como autoorganización de la respuesta pública a las necesidades reales de sus portadores, e insiste en la importancia de la participación de la sociedad civil para la afirmación, realización e implementación de los derechos de los niños. Ver “La niñez como arqueología del futuro”, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9 UNICEF. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf (consultado el 19/11/17).

14. Beloff, Mary y Kierzenbaum, Mariano, “Aportes para la discusión sobre la reforma del sistema de responsabilidad penal de adolescentes en la República Argentina”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44927-aportes-discusion-sobre-reforma-del-sistema-responsabilidad-penal-adolescentes> (consultado el 20/11/17).

Además, del “Informe sobre Homicidios 2015” elaborado por el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación se desprende que, de un total de 374 causas visadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 3,79% de los victimarios fueron menores punibles y el 0,38% fueron menores no punibles.¹⁵

En pocas palabras, los menores no son responsables de la inseguridad –al menos así surge de las estadísticas– y los más pequeños (menores de 16 años, o sea, inimputables) casi no intervienen en delitos graves.

RESPUESTAS DEL ESTADO A LA CONFLICTIVIDAD JUVENIL

Pese al fracaso de la prisionalización como instrumento de control social,¹⁶ la dirigencia política no atina a dar otra respuesta para la problemática de los jóvenes en conflicto con la ley penal, que la pena privativa de la libertad.

El tema ya había sido tratado en 2015 mediante el informe “Violencia, niñez y crimen organizado”,¹⁷ donde la CIDH identificó con preocupación la respuesta recurrente de los Estados con la reducción de la edad de responsabilidad penal de los adolescentes por atribuirles erróneamente el clima de inseguridad y violencia.

Si entendemos que los menores por debajo de cierta edad por su falta de maduración *no deben estar sometidos al proceso o a las sanciones penales*, entonces no puede sino concluirse que nos encontramos frente a individuos penalmente inimputables. Ello no significa deslindarlos por completo de toda reacción estatal; siempre es posible, frente a

15. Codino, Rodrigo *et al.*, “Informe sobre homicidios 2015: Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones del Poder Judicial, 2016.

16. Un interesante estudio sobre las políticas penitenciarias desarrolladas en EE. UU. muestra cómo el índice delictivo no mermó en las épocas de mayor prisionalización, y que luego un descenso planificado de los reclusos, promovido por sectores de diversas ideologías, no afectó la tasa de criminalidad, la cual, por el contrario, tendió a descender pese a reducirse las plazas destinadas al encarcelamiento punitivo (Persilia, Joan y Cullen, Francis T., “Garantistas sí, ingenuos, no: cómo cumplir la promesa de reducir la población carcelaria en los Estados Unidos”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017).

17. Ver “Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Violencia, niñez y crimen organizado (2015)”. Disponible en: <http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Violencia,%20ni%C3%B1ez%20y%20crimen%20organizado%202016.pdf> (consultado el 20/11/17).

ciertas situaciones de grave conflicto individual, aplicar controles aun a menores inimputables;¹⁸ pero esto no obliga a disminuir la edad para someterlos tempranamente a procesos que no los benefician ni los entienden, y que no resuelven el problema social de la minoridad incurso en delito. Es perfectamente posible atender situaciones excepcionales con medidas adecuadas sin aplicar el sistema penal.

El concepto de responsabilidad penal del menor (imputable) no es unívoco; mientras García Méndez¹⁹ lo entiende como un componente central del derecho pleno de los adolescentes a la ciudadanía, Beloff²⁰ adjudica al vocablo “responsabilidad” la capacidad de sintetizar la perspectiva inaugurada por la Convención de los Derechos del Niño, al tiempo que se refiere a la dimensión pedagógica del rito penal como el reto de la justicia juvenil, en términos de instancia simbólica de administración del conflicto.

Es claro que el proceso juvenil no tiene como objetivo excluyente su perspectiva gnoseológica (establecer la verdadera historia de la imputación); por el contrario, debe hacer foco en

... [la] protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y la comunidad, la mínima intervención, la solución de los conflictos y la participación de la víctima, la asunción por parte del niño de una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.²¹

18. El art. 64 de la Ley N° 13634 establece que “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”; mientras que los arts. 35 y 35 bis de la Ley N° 13298 enuncian las “medidas de protección integral” y “de abrigo”, respectivamente.

19. García Méndez, Emilio, “Adolescentes y Responsabilidad Penal: los apuntes de Brasil y Costa Rica al debate en América Latina”, en *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica –Serie de Políticas– UNICEF*. Disponible en: https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_De_arbitrariedad_a_justicia.pdf (consultado el 20/11/17).

20. Beloff, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf (consultado el 20/11/17).

21. Cfme. art. 33 de la Ley N° 13634.

Esta faz es mucho más productiva que la mera aplicación de sanciones punitivas.

En esta intersección entre la pedagogía y lo jurídico, el desafío es lograr que el adolescente perciba que la respuesta de la sociedad no es arbitraria ni de naturaleza eminentemente represiva; la evaluación de sus actos y de las consecuencias de estos respecto de su medio y, principalmente, para con las víctimas, hace a la especificidad de la acción socioeducativa y a la conciencia de su responsabilidad.²²

Aquí resulta esencial el enfoque restaurativo, en virtud del cual tanto el adolescente infractor como la víctima son sujetos de derechos y garantías, y mediante la promoción de empatía entre ambos y la comunidad toda, que aspira a lograr la resolución pacífica del conflicto, mediante la recuperación de los valores de la participación social, de la responsabilidad y de la reparación. No debe confundirse la justicia restaurativa con abolicionismo penal o proteccionismo tutelar; muy por el contrario, implica una respuesta estatal *pedagógica*²³ basada en la severidad y en la justicia: *punitiva* atendiendo al tenor de la infracción y a las circunstancias del infractor, pero también *formativa* del adolescente como persona y como ciudadano.²⁴

Nótese que, ante los múltiples abordajes que admite la gestión de la conflictividad juvenil, la legislación bonaerense coloca en cabeza del Ministerio Público Fiscal²⁵ la decisión de no iniciar la investigación, o de abandonar la ya iniciada, atendiendo a lo que *resulte más conveniente para la solución del conflicto jurídico penal o el futuro del niño*.²⁶

22. De esta manera, se empodera al adolescente haciéndolo responsable no sólo de su pasado, sino también de su presente y, principalmente, de su futuro.

23. Ver Gomes da Costa, Antonio Carlos, "Pedagogía y Justicia". Disponible en: http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Pedagogia_y_Justicia.pdf (consultado el 02/12/17).

24. Con relación a las sanciones ambulatorias, Jaime Couso postula que este ideal formativo puede darse con dos alcances diversos: 1) al eludir los efectos desocializadores y estigmatizantes asociados al encarcelamiento y 2) porque podría contribuir –e indica esto como debatible– a la socialización de adolescentes que cometen delitos bajo condiciones individuales, familiares y sociales que operan como factores de riesgo y predictores de reincidencia. Ver *op.cit* "Principio educativo y (re) socialización en el Derecho Penal Juvenil", en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9 UNICEF, *op. cit.* Disponible en https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf (consultado el 19/11/17).

25. Cfme. art. 41 Ley N° 13634.

26. Alberto Binder se refiere al principio de oportunidad e indica que el abandono de la persecución significa diseñar de un modo completo una política de intervención de la

De habilitarse la persecución penal, corresponderá luego a la magistratura el disponer medidas cautelares y de integración social²⁷ tendientes a fomentar el sentido de la responsabilidad del niño merced a la intervención de la familia, la comunidad y el municipio.²⁸ Únicamente en caso de causas graves podrá decretarse excepcionalmente la prisión preventiva, la cual no podrá exceder de ciento ochenta (180) días. Tal medida, sin embargo, admite una prórroga por idéntico plazo para supuestos de hechos complejos o pluralidad de presuntos autores.²⁹

Va de suyo que, para ello, deben existir mecanismos de articulación interdisciplinarios entre los distintos poderes del Estado, con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, convenios con instituciones educativas y colegios de profesionales de las áreas pertinentes, programas con los respectivos Ministerios de Educación, de Cultura, de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, protocolos de coordinación institucional para favorecer situaciones de consumo problemático de sustancias, acuerdos de capacitación laboral con organizaciones públicas y privadas, y coordinación en el área de salud. Sin una red de contención a la cual derivar los casos detectados por el sistema penal juvenil, la institución se limitaría a multiplicar situaciones de encierro institucional, con su corolario de superpoblación y violencia interna.

Son imprescindibles fuertes inversiones en políticas públicas de protección integral de la niñez y la adolescencia, que son previas a toda decisión sobre política de persecución penal juvenil. UNICEF ha elaborado la Agenda por la Infancia y la Adolescencia 2016-2020, donde propone: 1) promover una política nacional de cuidado para la primera infancia, 2) reducir la mortalidad materna, neonatal e infantil, 3) eliminar la desnutrición, mejorar la nutrición y reducir los casos de obesidad, 4) garantizar la obligatoriedad en salas de 4 y 5 años y expandir la sala de 3, 5) garantizar la calidad e inclusión en la educación bási-

justicia penal en la complejidad social y en la multiplicidad de instrumentos disponibles, en un método de trabajo denominado “relocalización”. Ver *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, T. II, pp. 423-424.

27. Entre las cuales se cuentan: la orientación y apoyo sociofamiliar, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la derivación a los servicios locales de protección de derechos y la imposición de reglas de conducta.

28. Cfme. arts. 42, 68 y 69 de la Ley N° 13634.

29. Cfme. art. 43 Ley N° 13634.

ca obligatoria (6 a 18 años), 6) proteger contra toda forma de violencia o abuso, 7) promover la participación de los adolescentes en las políticas públicas y en los medios, 8) prevenir el embarazo no planificado en adolescentes, 9) impulsar la sanción de una ley de responsabilidad penal juvenil acorde a la convención de los derechos del niño, 10) garantizar el acceso universal al sistema de protección social, 11) incrementar la inversión social en infancia, especialmente en poblaciones vulnerables, 12) fortalecer e institucionalizar los sistemas nacionales y provinciales de monitoreo y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Es claro que anticipar inversión social en la niñez y adolescencia evita gastos en medidas duras de control; el niño no nace delincuente, se hace; es en su desarrollo temprano cuando el Estado debe actuar para ser eficaz.

Y aun cuando el joven se encuentre sometido a sanciones, estas *difieren*³⁰ de las tradicionales respuestas punitivas que el Estado brinda a los adultos.³¹ El ideal (re)socializador de la justicia juvenil atiende a favorecer su permanencia en las instancias socializadores que hacen a la construcción de su identidad o, en su defecto, a lograr su pronta reinserción en ellas. Instituciones tales como la familia, la escuela, los grupos de amigos y la cultura juvenil se encuentran en constante interrelación y resultan trascendentes para su complejo proceso de subjetivación.

Al juez corresponde escoger entre el abanico de respuestas estatales no coactivas.³² Alternativamente, de acudirse a respuestas coactivas, habrán de priorizarse institutos tales como la libertad asistida³³ y la semilibertad,³⁴ debiendo cumplirse la privación de libertad en esta-

30. CDN, art. 40.3, inc. b., Reglas de Tokio, Reglas 2.3 y 2.5 y Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directriz 15.

31. De acuerdo con las Reglas de Beijing (13.1), la prisión preventiva debe aplicarse como último recurso y por el plazo más breve posible, y (13.2) siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, tales como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un lugar o a una institución educativa.

32. Cfme. art. 68 de la Ley N° 13634: 1) orientación y apoyo socio familiar, 2) obligación de reparar el daño, 3) prestación de servicios a la comunidad, 7) derivación a los Servicios Locales de Protección de Derechos, 8) Imposición de reglas de conducta.

33. Cfme. art. 79 de la Ley N° 13634.

34. Cfme. art. 80 de la Ley N° 13634.

blecimientos exclusivos y especializados para niños, donde obligatoriamente se llevan a cabo actividades sociopedagógicas.³⁵

La propia responsabilidad limitada de los menores y la clara correspondencia social en su conflicto con la ley penal, determina que la pena privativa de libertad sea menos intensa que la correspondiente al adulto incurso en el mismo delito.

IMPLEMENTANDO EL CAMBIO

Este nuevo paradigma impone, más que un mero cambio legislativo, la configuración de una adecuada ingeniería institucional.³⁶ Es sustancial la disponibilidad de servicios sociales, con previsión presupuestaria para su correcto funcionamiento, y de personal idóneo con capacitación bajo esta perspectiva (magistrados, funcionarios y empleados el Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Pública,³⁷ y médicos, psicólogos y trabajadores sociales integrantes del Cuerpo Técnico Auxiliar).³⁸

Ello no implica el aumento indiscriminado de recursos, sino su aplicación mediante una planificación racional cuyos objetivos puedan ser monitoreados constantemente; la recopilación de datos estadísticos e investigaciones cualitativas que muestren los resultados de los dispositivos ensayados, permitirá replantear la asignación de recursos del modo más efectivo.

35. Cfme. art. 81 de la Ley N° 13634.

36. Nótese que el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN-OEA) al construir el Plan de Acción 2011-2015 pudo observar que 14 de los 34 Estados Miembros que respondieron el correspondiente cuestionario han observado dificultades en la ejecución de las sanciones socioeducativas (tanto privativas como no privativas de libertad) y para gestionar los programas de medio abierto (alternativos a la privación de la libertad). Documento “Responsabilidad Penal: Una nueva mirada”. Disponible en: http://iin.oea.org/pdf-iin/responsabilidad_penal_nueva-mirada.pdf (consultado el 28/11/17).

37. Sobre el rol del abogado defensor, Diego Freedman plantea el siguiente interrogante: “¿Tiene un rol limitado a la defensa penal o debe dedicarse también a garantizar ciertas medidas de protección? Si es un abogado especial ¿no se exige que se preocupe por la situación social del adolescente?”. Ver “Mesa de debate: 5.1 Reformas Legales Procesales en las provincias”, en *Avances y desafíos de un Sistema Penal Juvenil en construcción*, UNICEF, 2009. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf (consultado el 03/12/17).

38. Cfme. art. 25 de la Ley N° 13634.

Cambiar leyes sin trazar planes de implementación y objetivos, termina defraudando expectativas y dilapida recursos institucionales siempre escasos.

Silvia Fernández analiza las instancias multiagenciales y las intervenciones sociojurídicas, y concluye que el sistema penal juvenil funciona como “una cadena en la que cada eslabón, una vez realizado su cometido profesional, se desentiende de su resultado final”, en detrimento del proceso resocializador del menor. Su propuesta reside en brindar contenido integrador a las decisiones judiciales, lo cual presupone: (a) aproximarse a un “saber complejo” sobre ese “otro”, (b) que requiere un compromiso conjunto (implicación colaborativa) para diseñar un proyecto posible conforme al capital humano y social y a las aspiraciones del infractor, (c) cuyo éxito requiere de una motivación natural, contextual, asistida, basada en la confianza y en la esperanza.³⁹

Ello requiere del diseño estratégico de procesos en los cuales las atribuciones y responsabilidades se encuentren claramente definidas para cada agente del proceso. Es preciso realizar un diagnóstico, establecer objetivos comunes (generales), pero también concretos para cada uno de los actores involucrados.

A modo de ejemplo, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, a partir de la sanción de la Ley N° 13298 se ha promovido la creación de los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos del Niño a nivel municipal. A su vez, el Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia lleva adelante las medidas tendientes a consolidar las alternativas a la restricción o privación de la libertad ambulatoria. Dicha labor es llevada a cabo por los Centros de Referencia.⁴⁰

Sin embargo, estas figuras establecidas en forma abstracta por la ley están lejos de lograr eficacia, pese a las meritorias actuaciones individuales de muchos de los profesionales implicados. Es imprescindible diseñar y gestionar los aspectos técnicos y administrativos que hacen

39. Fernández, Silvia, “¿Puede el sistema de justicia penal alejar a los jóvenes del delito? Presente y futuro de las intervenciones socio jurídicas en el régimen penal juvenil”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 2/13, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

40. Ver “Relevamiento Nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal – UNICEF – Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (2015)”. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/PROTECCION_AdolescConflictoLeyPenal_Final.pdf (consultado el 20/11/17).

al cumplimiento de las medidas y sanciones, cuya ejecución esté a cargo de equipos especializados en el trabajo directo con los adolescentes. Como también es cierto que los recursos necesarios difícilmente sean obtenidos en corto plazo, es necesario establecer redes colaborativas⁴¹ (servicios públicos, municipios, organizaciones, empresas, agrupaciones religiosas, humanitarias, filantrópicas, etc.),⁴² y a las cuales derivar casos individuales que puedan ser liberados del control penal, en ocasiones desde los primeros momentos del abordaje del conflicto.

Pero la aplicación de estos recursos no puede hacerse a ciegas, ninguna política de Estado es exitosa si no son mensurables sus logros (en rigor, ni siquiera es posible establecer grados de eficacia); sin monitoreo, seguimiento y evaluación del sistema penal juvenil, nos limitaremos a predicar valoraciones subjetivas sin base científica alguna; de allí la necesidad de contar con estadísticas públicas, sistemáticas, fidedignas, consistentes y comparables.⁴³

A modo de ejemplo, los relevamientos deben obtener información actualizada y confiable respecto de: a) cantidad de adolescentes con medidas judiciales; b) la posibilidad de acceso a derechos (educación, salud, deportes, etc.), y a los distintos programas ambulatorios, o dispositivos penales (a qué área gubernamental pertenecen –Infancia, Seguridad, etc.–, sus características y las actividades que se desarrollan dentro y fuera de ellos, visitas –según frecuencia, distancia, tiem-

41. Se destaca la importancia de organizar un listado de organismos asociados con instituciones, grupos comunitarios, referentes clave de cada lugar, clasificándolos por categorías (culturales, formativas, manuales, lúdicas, sociales, administrativas, etc.) y detallando el historial de procesos trabajados con cada uno de ellos.

42. Ver Orientaciones Técnicas Institucionales para la implementación de medidas y sanciones no privativas de libertad, con adolescentes infractores de ley. Orientaciones para una metodología de trabajo pos cumplimiento de sanciones en medio libre, por adolescentes infractores de ley. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, 2013. Disponible en: http://www.iin.oea.org/pdf-iin/2016/publicaciones/Orientaciones_Tecnicas_Sanciones_no_privativas_de_libertad_y_metodologia_seguimiento_post_sancion.pdf (consultado el 01/12/17).

43. José Antonio Rodríguez destaca que las bases de información confiables brindan un marco de razonabilidad para el debate y constituyen una importante herramienta para la redacción de textos legislativos y la definición y el diseño de políticas públicas. Ver “Avances y Desafíos de un Sistema Penal Juvenil en construcción – UNICEF (2009)”, “Mesa de debate: 6.1 Indicadores para la medición del sistema penal juvenil. Alcances y desafíos”. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/SIS-TEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf (consultado el 03/12/17).

po de internación, vínculo familiar–, muertes y/o lesiones sufridas por jóvenes que se encontraban en ellos); c) monitorear qué ocurre con los adolescentes cuando egresan de los programas y/o dispositivos, inspecciones periódicas independientes (eventualmente a cargo de ONG), mecanismos de atención de quejas –y en su caso, cantidad de las mismas y resultado obtenido–, etcétera.

Existe material disponible sobre elaboración de indicadores; es ilustrativo el trabajo realizado por UNICEF y la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito,⁴⁴ donde se distingue entre indicadores cuantitativos y de políticas, y se establecen las fuentes de información y el modo de medir cada uno de ellos.

CONCLUSIONES

Dentro del nuevo paradigma del sistema penal juvenil, la solución a la conflictividad ya no se corresponde con la mera retribución (cuya simpleza binaria prisión/libertad hace que las agencias judiciales las adopten acríticamente, más allá de sus resultados), sino con la búsqueda de restaurar el tejido social; no sólo a través del diálogo entre los involucrados sino también mediante la participación de la sociedad en su conjunto y el trabajo de todos los sectores.

Debe comprenderse que la selectividad de la justicia juvenil recae sobre individuos marginados, cuyos derechos fundamentales han sido tradicionalmente menoscabados. Como se ha dicho, se encuentran en una etapa formativa de su vida; son “vulnerables” entre los “vulnerables”. Pretender redefinir el conflicto a través de una vía judicial que supo combinar lo peor de las tradiciones tutelar y penal aplicando medidas privativas de libertad no hará sino potenciar su situación de vulnerabilidad, lanzándolos, luego de cumplido el castigo, nuevamente al delito.

La consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos exige un sinceramiento a la hora de distinguir responsabilidades estatales, comunitarias y familiares; ellas tienen que

44. Ver Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito / UNICEF, *Manual para cuantificar los indicadores de la justicia de menores*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/JJ_indicators_Spanish_webversion.pdf (consultado el 03/12/17).

ser claramente fijadas y monitoreadas para evitar la deriva del menor y su reingreso al delito.

Ello no significa desresponsabilizar al menor imputable, pero su proceso, en virtud de la especificidad de su desarrollo incompleto, no es simplemente jurídico. Es necesario implicar a los jóvenes en un proceso que les brinde conciencia de la infracción cometida y sus consecuencias para sí y para terceros. La comprensión de las instancias del trámite judicial como un ritual, no sólo punitivo sino también pedagógico, permite insertar al joven en una red de vínculos positivos para su desarrollo; lo contrario es reforzar –en el mejor de los casos con un discurso remozado– la posición irreflexiva del joven frente al delito, y utilizar el proceso sólo para legitimar el castigo.

La dicotomía es clara: nos hacemos cargo del problema analizando la mejor forma de reinserción social del menor, o nos limitamos a castigarlo potenciando su exclusión y, consecuentemente, la violencia de sus actos.

CAPÍTULO 2
LA INTERDISCIPLINA
COMO HERRAMIENTA JUDICIAL

EL ROL DE LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO*

Por Mary Beloff**

INTRODUCCIÓN

La experiencia en la implementación de las leyes latinoamericanas referidas a los derechos de los niños (en especial, aquellas que regulan el procedimiento penal juvenil) demuestra que parte de las dificultades para asegurar la vigencia de las garantías y reducir la brecha entre el reconocimiento de los derechos y la realidad estuvo dada por los inconvenientes en la definición del perfil y las funciones de los diferentes actores que intervienen en la justicia juvenil.

En efecto, en América Latina, en estas dos últimas décadas, los equipos multidisciplinares –con independencia de la profesión a la que pertenezcan sus integrantes– han afrontado numerosas dificultades en la definición de sus perfiles, responsabilidades, funciones y límites. Estos inconvenientes no sólo afectaron la dinámica interna de trabajo de los grupos, sino que también han repercutido sobre la actividad e interacciones al interior de los juzgados especializados.

El objetivo del presente trabajo es acotado. El texto no pretende resolver las dificultades señaladas, sino que intenta ser un aporte en el reconocimiento y la importancia de la intervención de los profesionales

* Presentación en las Jornadas de Actualización de la Justicia Penal Juvenil, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, el 7 de noviembre de 2017. El texto retoma y actualiza el artículo “Los equipos multidisciplinares en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño”, publicado en la revista *Nueva Doctrina Penal*, del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002/B, pp. 419-442. Agradezco a Virginia Deymonnaz su colaboración para la actualización y edición de esta versión.

** Profesora titular de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires.

no jurídicos en la justicia juvenil a partir de la descripción y el análisis de las normas internacionales que integran, de acuerdo con la Corte IDH, el amplio *corpus juris* de protección de los derechos de los niños.

El mencionado *corpus juris* establece los estándares que deben guiar la política criminal de cada Estado en relación con la justicia juvenil y, en consecuencia, de ellos es posible extraer, con mayor o menor precisión, los lineamientos que deben guiar la actividad tanto de los operadores jurídicos como no jurídicos (en particular, de los equipos multidisciplinarios).

LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS EN EL *CORPUS JURIS* INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO DE APLICACIÓN EN LA JUSTICIA JUVENIL

De acuerdo con la Corte IDH, el amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño se integra no sólo por normas convencionales y de *soft law*, sino también por las decisiones adoptadas por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.¹

1. “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”. Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia de 19/11/1999, Serie C Nº 63, párr. 194. Un tiempo antes, la Comisión IDH había entendido 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. Esta 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 y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia”. Comisión IDH, Informe Nº 41/99, Caso Nº 11.491 “Menores detenidos c/ Honduras”, de 10/03/1999, párr. 72. En el mismo sentido ha sostenido más recientemente: “[l]a Corte ha subrayado que el *corpus juris* en materia de los derechos de la niñez es el resultado de los importantes desarrollos que ha experimentado el derecho internacional de los derechos humanos en este campo y que tuvo como hito destacado la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas [...]. Adicionalmente, el marco del *corpus juris* incluye también, a los efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en cumplimiento de su mandato, así como las decisiones de otros órganos de derechos humanos y mecanismos especiales del Sistema Universal. Lo anterior evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico

Dentro de ese *corpus* se destacan, en justicia juvenil, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing),² las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad),³ las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, y la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴

Las Reglas de Beijing,⁵ aprobadas en 1985, contienen las primeras referencias específicas a la justicia de menores.

Las de Riad⁶ contienen un completo programa para la prevención de la delincuencia juvenil. Si bien están mayormente orientadas a la prevención y no a cómo reaccionar cuando el adolescente ya ha cometido un delito –situación en la que, en principio, se enmarca el trabajo de los equipos multidisciplinarios aquí analizado–, toda política de reacción –una vez fracasada la prevención– necesariamente debe contener un aspecto preventivo, ya que el objetivo de reaccionar será, con el límite máximo de la intervención impuesto por la gravedad del delito cometido, lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos.

Asimismo, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad,⁷ “concebidas para servir de patrones

común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños, y que ha sido puesto de manifiesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Comisión IDH, El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, octubre de 2013, párrs. 33 y 38. Para un análisis exhaustivo del derecho de los niños a su protección especial, ver Beloff, Mary, *Derecho de los niños. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

2. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 40/33, de 29/11/1985. En adelante, también Reglas de Beijing, indistintamente.

3. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/112, de 14/12/1990. En adelante, también Directrices de Riad, indistintamente.

4. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 44/25 de 20/11/1989. Esta Convención entró en vigencia el 02/09/1990.

5. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, *op. cit.*

6. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, *op. cit.*

7. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución N° 45/113, de 14 /12/1990.

prácticos de referencia y para brindar alicientes y orientación a los profesionales que participan en la administración del sistema de justicia de menores”,⁸ y de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁹ más allá de que no contiene ninguna norma específica referida a los equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil, es posible extraer algunos lineamientos que deben guiar el trabajo de los equipos multidisciplinarios.

En concordancia con estas exigencias internacionales, las diversas legislaciones latinoamericanas también prevén la intervención de personal profesional no jurídico en la justicia penal juvenil, más allá de la denominación que utilicen para referenciarlos (entre otros, el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil los denomina “equipo interdisciplinario”,¹⁰ el Código para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la República Dominicana como “equipo multidisciplinario”,¹¹ el Código de la Niñez y la Adolescencia de

8. Regla 5.

9. Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*

10. En la Sección III del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil (Ley N° 8069, aprobada el 13/07/1990), además de las referencias en varios artículos a la pedagogía –nombre con el que en Brasil se denomina al colectivo de las profesiones que trabajan con niños y adolescentes en perspectiva de reintegración social– establece en el artículo 150 que “Corresponde al poder judicial, en la elaboración de su propuesta presupuestaria, prever recursos para mantenimiento de equipos interdisciplinarios destinados a asesorar a la justicia de la infancia y de la juventud”; y en el artículo 151 dispone: “Corresponde al equipo interdisciplinario, entre otras atribuciones reguladas por la legislación local, suministrar subsidios por escrito, mediante decretos o verbalmente, en la audiencia, y asimismo, desarrollar trabajos de consejo, orientación, encaminamiento, prevención y otros, todo bajo la inmediata subordinación a la autoridad judicial, asegurándose la libre manifestación desde el punto de vista técnico”.

11. El Código para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la República Dominicana (Ley N° 136, aprobada el 07/08/2003), en la Sección V (Del equipo multidisciplinario de atención integral), artículo 266, dispone: “De la Unidad Multidisciplinaria de atención integral. En cada Departamento Judicial habrá, por lo menos, a tiempo completo, una unidad multidisciplinaria de atención integral especializada, conformada por un equipo técnico con un mínimo de dos profesionales de las áreas de: a) Trabajo social, que debe realizar el estudio sociofamiliar de la persona adolescente objeto de investigación, a fin de conocer su entorno familiar y comunitario; b) Psicología, quien realizará un diagnóstico sistémico de la persona adolescente a partir del hecho investigado, y las habilidades, destrezas y conocimientos de la persona adolescente objeto de investigación; c) Otras áreas afines que permitan contar con elementos técnicos y objetivos para garantizar el debido proceso de ley. Asimismo, podrán auxiliarse de los especialistas de las instituciones públicas o privadas de atención integral de niños, niñas y adolescentes, cuando sea necesario. Párrafo.- En el desarrollo de sus funciones, estos profesionales deberán garantizar el respeto del de-

Uruguay como “equipo técnico”,¹² y la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica como “unidades de profesionales”).¹³

bido proceso de la persona adolescente imputada y de sus derechos fundamentales”; art. 267: “Estudios psicológicos y socio familiares. La unidad multidisciplinaria estará encargada de realizar, ordenados por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, estudios psicológicos y sociofamiliar”; art. 268: “Finalidad de los estudios psicológicos y sociofamiliar. Los estudios psicológico y sociofamiliar tienen por finalidad determinar, a través de profesionales en los campos de psicología y trabajo social y áreas afines, las posibles causas explicativas de la conducta del adolescente, a fin de imponer, en los casos que corresponda, la medida más adecuada, pero en ninguna forma se podrá utilizar para la determinación de la culpabilidad. Párrafo.- Tanto el estudio sociofamiliar como el psicológico, tendrán un valor equivalente al de un dictamen pericial, y será valorado conforme a las reglas de la sana crítica. Se podrá solicitar que los especialistas que suscriban el estudio se presenten a la etapa de juicio”; y, finalmente, en el art. 269 establece: “Profesional Técnico Auxiliar. La jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes se podrá auxiliar, además, de profesionales en las ramas de medicina, pedagogía, odontología, radiología y otras que considere pertinentes para obtener las pruebas técnicas necesarias que permitan establecer la edad real, la salud física y mental de la persona adolescente y demás circunstancias que, a juicio del juez o a solicitud de las partes interesadas, sean útiles para determinar la verdad, y asegurar las garantías procesales de la persona adolescente imputada”.

12. El Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay (Ley N° 17823, aprobada el 04/09/2004), en el art. 69, establece que “2) Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor, avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponga la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar”, y en el art. 76 dispone: “3) Medidas probatorias. Durante esta audiencia, el Ministerio Público y la defensa podrán solicitar las medidas que estimen convenientes. La información deber recabarse en un plazo que no exceda de los veinte días continuos y perentorios, contados a partir de la decisión judicial. La prueba se diligenciar en audiencia con las garantías que aseguren el debido proceso, incluidos los informes del equipo técnico, en un plazo que no exceda de los veinte días, continuos y perentorios, contados a partir de la decisión judicial [...]. 6) Informe del equipo técnico. Si el Juez resuelve la internación, dispondrá que el equipo técnico del establecimiento de internación, en un término que no exceda los veinte días dispuesto para la prueba, produzca un informe con una evaluación médica y psicosocial, el cual se expedirá especialmente sobre las posibilidades de convivencia en régimen de libertad. 7) Informe del Centro de Internación. Los técnicos producirán los informes verbales o escritos que el Juez disponga y supervisarán la aplicación de las medidas. Los informes verbales se producirán en audiencia”.

13. La Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica (Ley N° 7576, aprobada el 06/02/1996), en el artículo 93 establece: “Estudio psicosocial. Admitida la procedencia de la acusación, en los casos en que ‘prima facie’ se estime posible aplicar una sanción privativa de libertad, el juez penal juvenil deberá ordenar el estudio psicosocial del menor de edad. Para tal efecto, el poder judicial deberá contar con unidades de profesionales en

Asimismo, en el ámbito local, las legislaciones provinciales también hacen referencia a la actuación de equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil. Entre otras, el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 2451),¹⁴ en el artículo 67, dispone que “[s]iempre será requerida la intervención de los integrantes del *equipo técnico interdisciplinario*”,¹⁵ y en el 85 establece que “Los centros especializados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad deben contar con un *grupo interdisciplinario* de profesionales especializados”.¹⁶ El Estatuto jurídico del menor de edad y la familia de Chaco (Ley N° 4369),¹⁷ dispone la intervención del “equipo interdisciplinario” en la determinación de la libertad asistida (art. 75) y en “el seguimiento, control y ejecución del tratamiento del menor de edad” (art. 77); y la Ley N° 10450 de la provincia de Entre Ríos,¹⁸ en el artículo 89 establece que el “equipo técnico interdisciplinario” intervendrá a través de la elaboración de dictámenes no vinculantes, “efectuando las sugerencias adecuadas a cada caso”, que deben “ser especializados en materia penal de adolescentes y estarán integrados por profesionales de la psicología, del trabajo social y la psiquiatría u otras especialidades que se consideren con incumbencias en la temática”. Asimismo, el Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad de la provincia de Mendoza (Ley N° 6354),¹⁹ en el artículo 170 dispone que el “cuerpo auxiliar interdisciplinario” asistirá a la justicia de familia y a la justicia en lo penal de menores, bajo dependencia jerárquica y funcional de la Suprema Corte de Justicia; y la Ley N° 13634 de la

psicología y trabajo social. Las partes podrán ofrecer a su costa pericias de profesionales privados. Ese estudio es indispensable para dictar la resolución final, en los casos señalados en el párrafo primero de este artículo”.

14. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley N° 2451, sancionada el 03/10/2007, promulgada el 08/11/2007, y publicada en el BOCBA N° 2809 del 13/11/2007.

15. El destacado me pertenece.

16. El destacado me pertenece.

17. Estatuto jurídico del menor de edad y la familia de Chaco, Ley N° 4369, sancionada el 12/12/1996, promulgada de hecho el 15/01/1997, y publicada en el BO N° 7088 el 24/01/1997.

18. Ley N° 10450 de la provincia de Entre Ríos, sancionada el 27/09/2016, y promulgada de hecho el 19/10/2016.

19. Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad de la provincia de Mendoza, Ley N° 6354, sancionada el 22/11/1995, y publicada en el BO del 28/12/1995.

Provincia de Buenos Aires²⁰ en el artículo 25 establece que: “Cada departamento judicial deberá contar con un *Cuerpo Técnico Auxiliar único*, a fin de asistir profesional y exclusivamente, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los del Ministerio Público que intervengan en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil” y que “estará integrado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales”.

Por otro lado, en el ámbito de la justicia nacional con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley N° 24121 de Implementación y Organización de la Justicia,²¹ en el artículo 58, dispuso en 1991 la creación de tres equipos interdisciplinarios para los tribunales de menores, y la Ley N° 24050²² estableció en el artículo 14 que los mencionados tribunales serían “asistidos por un equipo interdisciplinario integrado por un médico especializado en psiquiatría infanto-juvenil que lo dirigirá por UN (1) psicólogo y por DOS (2) asistentes sociales, también especializados en cuestiones de la minoridad”. No obstante ello, los equipos multidisciplinarios, hasta la fecha, no han sido puestos en funcionamiento.

LAS DIFERENTES FUNCIONES DE LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS EN LAS NORMAS INTERNACIONALES

Los equipos multidisciplinarios pueden cumplir funciones en diferentes fases del proceso y respecto de diferentes medidas. Por un lado, colaboran como auxiliares del juzgador en la toma de decisiones mediante la elaboración de informes respecto de diversas situaciones que resulten relevantes al decidir las medidas respecto del niño, sean cautelares o definitivas.

Por otro lado, los mencionados equipos son fundamentales en cuanto a la ejecución y seguimiento de las medidas adoptadas, tanto respecto de las medidas privativas de la libertad como de las medidas penales en territorio.

Al respecto, la Regla 16 de Beijing (Informe sobre investigaciones sociales) establece que con el fin de “facilitar la adopción de una de-

20. La Ley N° 13634 de la Provincia de Buenos Aires, sancionada el 28/12/2006, promulgada de hecho el 18/01/2007, y publicada en el BOPBA N° 25588 el 02/02/2007.

21. Ley N° 24121 de Implementación y Organización de la Justicia Penal, sancionada el 26/08/1992, promulgada de hecho el 02/09/1992, y publicada en el BO N° 27467, 08/09/1992.

22. Ley N° 24050, sancionada el 06/12/1991, promulgada parcialmente de hecho el 30/12/1991, y publicada en el BO N° 27299 el 07/01/1992.

cisión justa por parte de la autoridad competente”, a excepción de los delitos leves, y antes de dictarse una resolución definitiva se efectuará “una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiere cometido el delito.”

Esta Regla excluye la elaboración de informes sociales y familiares en aquellos casos en que un adolescente sea imputado de un delito leve. En este sentido, las normas y organismos internacionales, así como las legislaciones latinoamericanas, prevén la despenalización o bien formas no penales de solución del conflicto en casos de delitos leves (justicia restaurativa).²³ Por lo contrario, la intervención de los equipos en estos supuestos, a través de la realización de informes, implicaría un avance de los mecanismos formales de control social en conflictos sociales que, por su mínima entidad en términos de afectación de bienes jurídicos o bien en términos de violencia, no justifican la intervención del sistema de justicia juvenil.

La Regla hace referencia a “una” investigación completa, a fin de no someter al adolescente imputado –y a su familia– a estudios constantes, con el efecto no deseado de aumentar su vulnerabilidad.

De ella se desprenden dos elementos que ayudan a delinear la función y el rol de los equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil:

1. que deben existir equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil que brinden al juez la información necesaria acerca de las circunstancias personales y familiares del adolescente que le permita llegar a una decisión justa; y
2. que se debe realizar una investigación exhaustiva.

En el comentario a la Regla analizada se afirma que “los informes preparados sobre la base de investigaciones de carácter social (informes sociales o informes previos a la sentencia) constituyen una ayuda

23. Entre otras, pueden mencionarse el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley N° 8069, Capítulo V (De la remisión); el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, arts. 336.4, 351, 352, 353, y 356; la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto N° 27-03, Sección III (Formas de terminación anticipada del proceso); y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley N° 287, Capítulo II (La conciliación). Sobre el tema puede consultarse Beloff, Mary, “Justicia restaurativa como justicia: Garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, en *Buenas prácticas para una justicia especializada. II Jornadas internacionales de justicia penal juvenil*, Buenos Aires, Editorial Jusbares, 2017, pp. 83-107.

indispensable en la mayoría de los procesos incoados a menores delincuentes”, toda vez que la autoridad competente debe estar informada acerca de los antecedentes sociales y familiares del niño, su evolución educativa, entre otras circunstancias. En este sentido, agrega que

... con ese fin, en algunos ámbitos judiciales se recurre a servicios sociales especiales o a personal especializado que dependen de los tribunales o de las juntas. Otras clases de personal, como los agentes de libertad vigilada, pueden desempeñar las mismas funciones...

De ahí, la necesidad de contar servicios sociales adecuados que elaboren informes especializados “basados en investigaciones de carácter social”.

En el mencionado comentario, por cierto no tan preciso como la Regla, se advierte una confusión entre el rol de los miembros no jurídicos de los equipos multidisciplinarios encargados de elaborar los informes que servirán de base para la decisión que adopte el juez, y aquellos profesionales de las ciencias psicológicas o sociales encargados de ejecutar las decisiones del juez, como es el caso de los “agentes” de libertad asistida. Es importante tener en cuenta que se trata de funciones diferentes que, en lo posible, deben ser desempeñadas por funcionarios diferentes y que pertenezcan a dependencias diferentes.

EL PERFIL DE LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS EN LAS NORMAS INTERNACIONALES: PROFESIONALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN PERMANENTE

Las normas analizadas hacen hincapié en la necesidad de contar con profesionales no jurídicos, así como en la necesidad de que todos los profesionales que intervienen en la justicia juvenil reciban una capacitación permanente en materia de derechos del niño.

Respecto de las características y el perfil de quienes trabajan en la justicia juvenil en general, la Regla 22 de Beijing (Necesidad de personal especializado y capacitado) dispone que, con el fin de “garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria”, a todo el personal “se impartirá enseñanza profesional, cursos

de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción”.²⁴

En el comentario a la mencionada Regla se establece que “las personas competentes para conocer en estos casos [de menores] pueden tener orígenes muy diversos”, por lo cual

... es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, sicología, criminología y ciencias del comportamiento. Esta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente.

En relación con los trabajadores sociales y agentes de libertad vigilada, se señala que puede no ser necesaria la exigencia de especialización profesional como requisito previo para el desempeño de funciones, “de modo que la titulación mínima podría obtenerse mediante la instrucción profesional en el empleo”. Respecto de las titulaciones profesionales indica que “constituyen un elemento fundamental para garantizar la administración imparcial y eficaz de la justicia de menores”.²⁵ Para ello, agrega que se deben mejorar los sistemas de contratación, de capacitación profesional, así como proveerlos de los medios necesarios para el desempeño correcto de sus funciones.

El lineamiento de profesionalización y capacitación permanente aparece asimismo en las Directrices de Riad, específicamente en el Capítulo VII (Investigación, formulación de normas y coordinación), y comprende las Directrices 60 a 66. Las Directrices fomentan la interacción y coordinación, “con carácter multidisciplinario e intradisciplinario”, de “organismos y servicios económicos, sociales, educativos y de salud con el sistema de justicia, los organismos dedicados a los jóvenes, a la comunidad y al desarrollo y otras instituciones pertinentes, y deberán establecerse los mecanismos apropiados a tal efecto” (Directriz 60). Establecen asimismo el intercambio regional e internacional

24. Reglas de Beijing, Regla 22: “2. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores”.

25. *Ibidem*, comentario a la Regla 22.

(Directriz 61),²⁶ la cooperación regional internacional (Directriz 62)²⁷ y el apoyo técnico, científico y financiero (Directriz 63).²⁸

De forma preliminar, es posible concluir que todas aquellas personas que intervienen en la justicia juvenil deben recibir una permanente capacitación respecto de los derechos del niño y, en particular, respecto de los estándares internacionales de justicia juvenil, a fin de adecuar a ellos su trabajo. En especial, deben reconocer y tomar en consideración la especificidad de la situación de un niño o niña en el sistema de justicia penal, basada en el reconocimiento normativo de su vulnerabilidad esencial.²⁹

Si bien un análisis exhaustivo de los estándares internacionales relacionados con la justicia juvenil excede el marco del presente trabajo,³⁰ a continuación se reseñan aquellos que permiten definir el marco de

26. Directrices de Riad, Directriz 61: “Deberá intensificarse, en los planos nacional, regional e internacional, el intercambio de información, experiencia y conocimientos técnicos obtenidos gracias proyectos, programas, prácticas e iniciativas relacionadas con la delincuencia juvenil, la prevención de la delincuencia y la justicia de menores”.

27. *Ibidem*, Directriz 62: “Deberá promoverse e intensificarse la cooperación regional e internacional en asuntos relativos a la delincuencia juvenil y la justicia de menores, con la participación de profesionales, expertos y autoridades”.

28. *Ibidem*, Directriz 63: “Todos los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones interesadas deberán apoyar firmemente la cooperación técnica y científica en asuntos prácticos relacionados con la formulación de normas, en particular en los proyectos experimentales, de capacitación y demostración, sobre cuestiones concretas relativas a la prevención de la delincuencia juvenil y de delitos cometidos por jóvenes”. También aparece indirectamente en las Directrices 48: “Los programas de prevención de la delincuencia deberán planificarse y ejecutarse sobre la base de conclusiones fiables que sean resultado de una investigación científica, y periódicamente deberán ser supervisados, evaluados y readaptados en consonancia con esas conclusiones”; y 49: “Deberá difundirse entre la comunidad profesional y el público en general información científica acerca del tipo de comportamiento o de situación que pueda resultar en la victimización de los jóvenes, en daños y malos tratos físicos y psicológicos contra ellos o en su explotación”.

29. Garzón Valdés, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, N° 5, 1988, pp. 155-173; y en otro número de la revista el artículo ‘Desde la ‘Modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘Casas de engorde’. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños’, N° 15-16, vol. II, 1994, pp. 731-743.

30. Pueden consultarse, entre otros, Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017; *ídem*, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016; *ídem* (dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017; y Terragni, Martiniano, *El principio de especialidad en la justicia de menores a través de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

actuación de los equipos profesionales no jurídicos que intervienen en casos relacionados con niños.

ACTUACIÓN ENMARCADA EN EL RESPETO A LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL NIÑO IMPUTADO

Las normas mencionadas permiten conocer el marco de actuación, así como el contenido de la capacitación que tienen que recibir estos profesionales. El conocimiento de los derechos y garantías del niño o adolescente infractor son el punto de partida esencial.

Ello se advierte, por ejemplo, en el énfasis que las Reglas de Beijing ponen en que el objetivo de la justicia de los menores infractores sea “el bienestar del menor”. Así, la Regla 1.2 dispone:

Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento del delito y delincuencia posible.

En este sentido, de conformidad con la Regla 7 de Beijing, todos los profesionales que intervienen en la justicia juvenil (entre ellos los equipos multidisciplinarios) deben respetar todos los derechos y garantías del adolescente imputado.³¹ Asimismo, en todo momento se debe proteger la intimidad del niño (Regla 8).³²

La Directriz 52 de Riad establece que “Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes”.

31. Reglas de Beijing, Regla 7: “Derechos de los menores 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”. Sobre la asistencia jurídica, véase la Regla 15.

32. *Ibidem*, Regla 8: “Protección de la intimidad 8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente”.

En la misma línea, la Directriz 58 de Riad dispone que “deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que puedan atender a las necesidades especiales de los jóvenes”, quienes deberán “estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal”.

El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño ocupa un lugar central, pues es allí donde se especifican los derechos y garantías de las personas menores de edad imputadas.³³

Por otro lado –y más allá del debate acerca del carácter que debe asignarse a la interpretación de los instrumentos de protección de derechos humanos realizada por los organismos internacionales, tema que excede el marco del presente trabajo–, en el ámbito universal, el

33. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado [...]; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento...”, artículo 40.

Comité de los Derechos del Niño,³⁴ en la Observación General N° 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”,³⁵ también hace referencia a la necesidad de capacitación de los profesionales que intervienen en la justicia penal juvenil.

Al respecto sostiene que “el ejercicio apropiado y efectivo” de los derechos y garantías del niño “depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia de menores”.³⁶ Y agrega:

La calidad de la administración de la justicia de menores depende decisivamente de que todos los profesionales que participan, entre otras cosas, en las labores de orden público y las actuaciones judiciales, reciban una capacitación adecuada que les informe del contenido y el significado de las disposiciones de la Convención, y en particular de las que están directamente relacionadas con su labor cotidiana...³⁷

En este sentido, sostiene:

Los profesionales y demás personal deberán actuar, en toda circunstancia, de manera acorde con el fomento del sentido de la dignidad y el valor del niño y que fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y promueva la reintegración del niño y su asunción de una función constructiva en la sociedad (art. 40 1). Todas las garantías reconocidas en el párrafo 2 del artículo 40 [de la Convención sobre los Derechos del Niño] [...] constituyen normas mínimas, es decir, que los Estados Partes pueden y deben tratar de establecer y observar normas más exigentes, por ejemplo en materia de asistencia jurídica y con respecto a la participación del niño y sus padres en el proceso judicial.³⁸

34. Reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el “intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención”, Fallos: 331:2047, del considerando 4 del voto de los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

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

36. *Ibidem*, *op. cit.*, párr.40.

37. *Ibidem*, párr. 97. También párr. 6.

38. *Ibidem*, párr. 40: “Asimismo, deben establecerse servicios especializados, por ejemplo, de libertad vigilada, de asesoramiento de supervisión, y también centros especializados, como centros diurnos y, según proceda, centros de atención y tratamiento de menores delincuentes en régimen de internado. En un sistema de justicia de menores de este tipo deberá fomentarse de manera continua la coordinación efectiva de las actividades de todas estas unidades, servicios y centros especializados”, párr. 94.

También indica que

Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, los niños con discapacidad, los desplazados, los niños de la calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo.³⁹

En el ámbito regional, la Comisión IDH también reconoció la importancia de contar con profesionales no jurídicos, así como la necesidad de una capacitación permanente en relación con los derechos de los niños:

En todas las decisiones relacionadas con los programas o servicios de remisión, las autoridades encargadas de la investigación del caso y los jueces *deberán dar una respuesta rápida e inmediata y deberán atender a la recomendación de expertos o asistentes sociales que adicionalmente estarán involucrados en el monitoreo de los resultados. Todas las autoridades en estos casos deberán estar capacitadas conforme al corpus juris de los derechos del niño y los expertos o asistentes sociales deberán tener un enfoque multidisciplinario, sobre todo en áreas como la psicología. Deberá incluirse la participación de los padres al implementarse estos programas, incluso la asistencia escolar, siempre que ello no sea contrario al interés superior del niño.*⁴⁰

39. *Ibídem*, párr. 97: “Esta capacitación debe ser sistemática y continua, y no debe limitarse a informar de las disposiciones legales nacionales e internacionales aplicables en la materia. También debe incluir información, entre otras cosas, sobre las causas sociales y de otro tipo de la delincuencia juvenil, los aspectos psicológicos y de otra índole del desarrollo de los niños (prestando especial atención a las niñas y a los menores indígenas o pertenecientes a minorías), la cultura y las tendencias que se registran en el mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades en grupo, y las medidas disponibles para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia, en particular medidas que no impliquen el recurso a procedimientos judiciales”.

40. Comisión IDH, “Justicia juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, de 13/07/2011, párr. 246, destacado agregado. También, en su informe “El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas” (17/10/2013) la Comisión IDH abordó el perfil, rol, función e importancia de los equipos multidisciplinarios en relación con la evaluación y la idoneidad de las medidas de protección especial hacia los niños en casos de familia (separación del niño de su familia, adopción, niños sin cuidado parental, entre otros). En este sentido sostuvo que “la determinación y aplicación de la modalidad de medida espe-

En este sentido, especificó que “los que ejerzan facultades en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil” a fin de “evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales”.⁴¹

EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN Y DAÑOSIDAD MÍNIMA: JUSTICIA RESTAURATIVA

Como principio rector de la respuesta estatal al delito del adolescente, los equipos multidisciplinarios deben enmarcar su actuación de modo compatible con el principio de intervención y dañosidad mínima.

Las Reglas de Beijing prevén la intervención y dañosidad mínima, la remisión como solución alternativa al conflicto (Regla 11),⁴² la pro-

cial de protección, su contenido y la revisión de la misma, deberá realizarse en base a evaluaciones técnicas que tomen en consideración criterios objetivos y sean conducidas por un equipo multidisciplinario, especializado y capacitado para ello. Deberá incorporarse al niño, sus progenitores, familia así como a otras personas relevantes en su vida en estas decisiones. Lo anterior en aras a asegurar que el análisis de las circunstancias que afectan al niño y a su familia, y la decisión que se adopte en el marco de un procedimiento de protección, sean las más idóneas y adecuadas para atender las necesidades de protección del niño y sus derechos” (párr. 146). Insistió en que el equipo multidisciplinario debe estar integrado por profesionales capacitados, y que los Estados deben fortalecer y desarrollar “planes de capacitación de carácter integral y sistemáticos” (párrs. 195, 208 y 236, entre otros).

41. *Ibidem*, párr. 84.

42. Reglas de Beijing, Regla 11: “Remisión de casos. 1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente. 2. La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. 3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”. En las Orientaciones fundamentales a las Reglas de Beijing, se dice: “Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto

porcionalidad de la reacción en función del delito y de las condiciones personales sólo para corregir la gravedad de la sanción que correspondería estrictamente por el delito (Regla 5 y su comentario, y Regla 17).⁴³

y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría *reducir al mínimo* el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, *reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención*" (el destacado me pertenece).

43. *Ibidem*, Regla 5: "Objetivos de la justicia de menores 5.1 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 y del delito"; "Comentario: La regla 5 se refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores. El primer objetivo es el fomento del bienestar del menor. Este es el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales [...] El segundo objetivo es el 'principio de la proporcionalidad'. Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil). Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima. En definitiva, la regla 5 sólo exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos. Los temas que las reglas vinculan entre sí pueden contribuir a estimular adelantos en ambos sentidos: los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores"; y Regla 17: "Principios rectores de la sentencia y la resolución": "17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: 1. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor. 17.2 Los delitos cometidos por me-

En sentido similar, desde el comienzo, las Directrices de Riad recogen los principios de intervención y dañosidad mínima. En la Directriz 6 *in fine* categóricamente determina que “Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social”. En este sentido, la Directriz 5 insiste en la necesidad e importancia de una política de prevención de la delincuencia, en el estudio sistemático y en la elaboración de medidas pertinentes “que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás”. Al respecto afirma que

... el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta... (Directriz 5.e).

Y que “según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincuente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable” (Directriz 5.f) La Directriz de Riad 57 refiere a la mediación y a la remisión de los casos.⁴⁴

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, en la Regla 3, también contemplan estos principios “con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad”.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño también enfatiza en la intervención y dañosidad mínima (art. 40.3.b). Reconoce la protección de la intimidad (arts. 16 y 40.2.b.vii), las formas alternativas de solución conflicto penal (art. 40.3.b) y el principio de evitar demoras innecesarias (art. 40.2.b.iii).

nores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital. 17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales. 17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento”.

44. Directrices de Riad, Directriz 57: “Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisaría además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicaría periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación...”.

Respecto de la intervención mínima, el Comité de los Derechos del Niño sostiene que los Estados deben adoptar medidas sin recurrir a procedimientos judiciales, “velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos de los niños y las garantías legales (art. 40.3.b)”,⁴⁵ y, en esta línea, hace hincapié en la posibilidad de remitir los casos⁴⁶ y utilizar la justicia restaurativa.⁴⁷

... la justicia [de menores], que debe promover, entre otras cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia restitutiva, ofrecerá a los Estados Partes la posibilidad de abordar la cuestión de los niños que tienen conflictos con la justicia de manera más eficaz en función no sólo del interés superior del niño, sino también de los intereses a corto y largo plazo de la sociedad en general.⁴⁸

EL PRINCIPIO DE PLURALIDAD DE MEDIDAS RESOLUTORIAS Y DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Como se indicó, los equipos multidisciplinarios pueden intervenir en diferentes fases del proceso y en relación con la aplicación de diversas medidas: como auxiliar del juzgador en la toma de decisiones

45. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 102, *op. cit.*, párr. 26. “Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos”, párr. 24. También, párr. 25. El Comité agregó que: “Queda a la discreción de los Estados Partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación [...] es indudable que se han elaborado diversos programas basados en la comunidad, por ejemplo el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia restitutiva, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas”, párr. 27.

46. En sentido similar, en la Observación General N° 12, el Comité sostuvo que: “En caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida”, párr. 59.

47. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 27.

48. *Ibidem*, párr. 3.

mediante la elaboración de informes sociales relevantes, al decidir las medidas respecto del niño, sean cautelares o definitivas. De modo que estos profesionales son esenciales, tanto respecto de la determinación de la medida o sanción como en lo que se refiere a la ejecución y seguimiento de las medidas adoptadas (sean o no privativas de la libertad).

Las Reglas de Beijing disponen la excepcionalidad de la privación de la libertad, ya sea durante el proceso (Regla 13)⁴⁹ o como sanción (Regla 17),⁵⁰ así como diversas medidas resolutorias –entre otras, ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; libertad vigilada; ordenes de prestación de servicios a la comunidad; sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos– (Regla 18).

En sentido similar, la Convención sobre los Derechos del Niño establece expresamente el principio de proporcionalidad de la respuesta en función del delito y de las condiciones personales y establece que

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 tratados de manera apro-

49. Reglas de Beijing, Regla 13: “Prisión preventiva 1. Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible. 2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa. 3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas. 4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos. 5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.

50. *Ibidem*, Regla 17: “Principios rectores de la sentencia y la resolución. 1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: [...] b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada...”.

piada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción (art. 40.4).

La excepcionalidad de la privación de la libertad aparece en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad *in fine*,⁵¹ 2⁵² y en la 17;⁵³ así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, ya sea durante el proceso o como sanción (arts. 37 y 40.4.).

El Comité de los Derechos del Niño también se ha referido a la excepcionalidad de la privación de libertad y la aplicación de medidas alternativas,⁵⁴ así como el derecho a la intimidad.⁵⁵

De todas estas exigencias queda claro que los profesionales no jurídicos deben abordar los informes a partir de la premisa de que la privación de libertad del adolescente es una posibilidad prácticamente inhabilitada por el sistema legal, dada su excepcionalidad, por lo que, en caso de recomendarla, la carga argumental aumenta considerablemente.

PARTICIPACIÓN DE LA FAMILIA Y LA COMUNIDAD

Además de los profesionales intervinientes, el *corpus juris* de protección de derechos del niño enfatiza en el rol de la familia y la comunidad en el acompañamiento del niño, sea durante el proceso como durante la medida aplicada, con el fin de asegurar su efectiva reinserción social.

51. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad, Regla 1: “El encarcelamiento deberá usarse como último recurso”.

52. *Ibíd*em, Regla 2: “La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

53. *Ibíd*em, Regla 17: “En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias, cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible...”.

54. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 23, 28, 73 y 79.

55. *Ibíd*em, párr. 64-66.

Las Reglas de Beijing fomentan la permanencia del adolescente en su núcleo familiar (Regla 18 *in fine*) y en su comunidad (Regla 25),⁵⁶ ya que ambas deben intervenir de manera activa en el proceso de ejecución de la sanción penal juvenil.

La Convención sobre los Derechos del Niño también enfatiza en que el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando la autoridad competente determine “de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (art. 9). En este sentido, dispone que el niño privado de su libertad “tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales” (art. 37.c).

Asimismo, la importancia de la familia y de la comunidad aparece en varias Directrices de Riad, cada una con un capítulo específico.

En relación con la participación de la comunidad, las Directrices de Riad también disponen que deben desarrollarse servicios y programas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices 6 y 9.f). En este sentido, establecen la necesidad de:

... cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de ejecución de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes... (Directriz 9.g).⁵⁷

Enfatizan, asimismo, las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración del niño, “en particular por conducto de la familia, la comunidad” (Directriz 10).⁵⁸

56. Reglas de Beijing, Regla 25: “Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario. 25.1 Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que esta sea posible, en el seno de la unidad familiar”.

57. Directrices de Riad, Directriz 9: “h) Participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos comunitarios...”.

58. *Ibidem*, Directriz 29: “En cooperación con grupos de la comunidad, los sistemas educativos deberán planificar, organizar y desarrollar actividades extracurriculares que sean de interés para los jóvenes”.

En el Título C) del Capítulo IV (Procesos de socialización), que comprende las Directrices 32 a 39. Reitera que deberán establecerse servicios y programas de carácter comunitario, y/o fortalecerse los existentes, “que respondan a las necesidades, problemas, intereses e inquietudes especiales de los jóvenes y ofrezcan, a ellos y a sus familias, asesoramiento y orientación adecuados” (Directriz 32).

Disponen que se deberán adoptar o reforzar las medidas de apoyo comunitario, entre otras, establecer “centros de desarrollo comunitario, instalaciones y servicios de recreo, a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social” (Directriz 33) y programas para el cuidado, asesoramiento, asistencia y medidas de carácter terapéutico (Directriz 35); brindar alojamiento adecuado a quienes carezcan de hogar (Directriz 34); y crear y/o fomentar organizaciones juveniles (Directriz 37).

El Título A) del Capítulo IV está dedicado a “La familia” (Directrices 11 a 19) a la que considera la “unidad central encargada de la integración social primaria del niño”.⁵⁹ En este sentido, la Directriz 13, dispone que: “Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto”.

Resulta de particular relevancia la Directriz 17 que establece que: “Los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres...”.

Respecto de la participación de los padres y de la comunidad, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que se debe

... promover y apoyar firmemente la participación tanto de los niños, de acuerdo con el artículo 12 de la Convención, como de los padres, los dirigentes de la comunidad y otros agentes importantes (por ejemplo, los representantes de ONG, los servicios de libertad vigilada y los asistentes sociales) en la elaboración y ejecución de programas de prevención...⁶⁰

59. *Ibidem*, Directriz 12. En este sentido, la Directriz 18 establece: “Es importante insistir en la función socializadora de la familia y de la familia extensa; es igualmente importante reconocer el papel futuro, las responsabilidades, la participación y la colaboración de los jóvenes en la sociedad”.

60. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 20. En la Observación General N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, también sostuvo

Todas estas normas prescriben, en resumen, que la justicia juvenil no puede operar al margen del grupo familiar y comunitario del niño si pretende realizar los fines que la justifican, de modo que los equipos interdisciplinarios deben tener cabal comprensión de esta exigencia legativa y articular adecuadamente con los referentes afectivos del adolescente todas las actividades que le sean propias.

CONSIDERACIONES FINALES

De las normas analizadas *supra* puede extraerse, con mayor o menor precisión, características relacionadas con el perfil, la función o el rol de los profesionales no jurídicos que intervienen en la justicia penal juvenil.

Estas normas establecen la necesidad de contar con profesionales competentes en áreas como la psicología, psiquiatría, sociología y trabajo social, entre otras, para el abordaje de la situación de niños impuntados de la comisión de un delito.

Asimismo, las normas mencionadas son categóricas en la necesidad de que exista una capacitación continua y sistemática a fin de brindarles herramientas que permitan un mejor abordaje de las problemáticas propias de los niños.

Por su parte, los equipos multidisciplinarios cumplen, en principio, una doble función. Por un lado, a través de la elaboración de informes sociales en los cuales se consideran y analizan de forma individualizada las circunstancias personales del niño así como de su familia, brindan al juez una herramienta substancial a fin de que pueda arribar a una decisión adecuada y justa en relación con el niño o adolescente.

Por otro lado, los acompañan (y, si correspondiere, a su familia), durante la tramitación del proceso, como así también en una etapa posterior, a fin de lograr una reintegración social sostenible.

la necesidad de capacitación de los operadores: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”, párr. 34.

En otras palabras, el hecho de que un adolescente al que se le imputa un delito de cierta relevancia (como se indicó, los casos bagatelares, de acuerdo con los estándares internacionales, deben ser administrados por fuera del sistema penal) sea juzgado y, eventualmente, sancionado con todas las garantías de las que –como persona y por su edad– es titular, constituye un estándar mínimo elemental en cualquier nación civilizada; pero ese adolescente tiene derecho, además, a que ese ingreso al sistema penal asegure su reintegración social y no implique el desconocimiento de su derecho a la protección especial. La función de los equipos multidisciplinarios es crucial para alcanzar esta finalidad.

Hay además otra cuestión relevante que se relaciona con la ingeniería institucional. Los profesionales no jurídicos pueden pertenecer a las estructuras del Poder Judicial (entendido en sentido amplio, como juzgados, fiscalías, defensorías y asesorías) o a los organismos administrativos (consejos o secretarías de niñez, adolescencia y familia, entre otros), pero sus roles se definirán en función de en qué lugar estén insertados, no a la inversa, y siempre con la atención primordial en el interés superior del niño. Por eso, una ingeniería institucional compatible con el *corpus juris* en este tema exige que existan diferentes equipos multidisciplinarios, no sólo uno (como se ha sugerido en alguna ocasión por razones económicas) al que se le exige la imposible tarea de responder a las diversas y contradictorias exigencias de las diferentes partes procesales y de sus intereses contrapuestos.

Como señalé, las falencias en la definición del rol y las funciones de los equipos multidisciplinarios pueden explicarse, entre otras causas, por la ausencia de una discusión y posterior implementación de la ingeniería institucional requerida para hacer posible lo establecido por las normas internacionales de protección de los derechos del niño.

Las reformas legales, para ser eficaces, deben estar asociadas a reformas institucionales concretas que incluyan el aseguramiento de recursos en el presupuesto, la definición de perfiles profesionales, la capacitación adecuada y continua, la infraestructura necesaria. Sin embargo, todas las discusiones hasta el momento giran alrededor de las reformas legales referidas a la edad penal y al tiempo de privación de libertad, debate que, además de inconsistente, invisibiliza la necesi-

dad y relevancia de los equipos multidisciplinarios.⁶¹ Prueba de ello es la existencia, como se indicó, de normas nacionales y provinciales que prevén la creación de equipos multidisciplinarios en la justicia juvenil, los cuales no han sido creados hasta la fecha en varias jurisdicciones.

Urge avanzar en la definición y consolidación de buenas prácticas, guías, procedimientos y protocolos de actuación que aseguren la calidad y la idoneidad de los profesionales no jurídicos a fin de que estos sean capaces de proporcionar respuestas integrales, coordinadas y orientadas a la reintegración social, respecto de los niños, niñas y adolescentes que se ven involucrados como imputados en un delito. Caso contrario, no se frenará el gradual acercamiento de la justicia juvenil a la justicia penal de adultos, con la pérdida de los derechos derivados del principio de especialidad y del ideal rehabilitador, en gran medida dependientes de lo que hagan o dejen de hacer los profesionales de la intervención socio-educativa en la justicia juvenil.

61. Sobre el tema, puede consultarse Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, *op. cit.*, *supra* nota 30.

PROBLEMAS Y DESAFÍOS EN LA INTERVENCIÓN DE LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS*

Por Marcela Velurtas**

La expresión “niños y niñas en conflicto con la ley” se refiere, según UNICEF, a menores de 18 años que entran en contacto con el sistema judicial por ser sospechosos o acusados de cometer un delito. Como acreditan numerosos relevamientos, la mayoría de estos niños ha cometido infracciones, “pequeños delitos”, ilegalismos.

En el fuero, así como otros reconocidos autores, señalan que buena parte de estas infracciones se “relacionan con la condición personal”. Esto es que la edad, cierto desconocimiento, la pertenencia a grupos de pares, afectan y condicionan la ocurrencia de estas situaciones, además de que algunos numerosos hechos acontecen con la participación de adultos.

Nos interesa tensar la noción de “conflicto con la ley” ya que, a partir de nuestra experiencia, no consideramos que estos jóvenes se opongan a la norma; muchas veces la desconocen, y generalmente desconocen las consecuencias previstas. Recientemente se realizó un encuentro en la sede del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y los equipos interdisciplinarios que dependen de la justicia nacional con sede en la ciudad, para presentar materiales impresos, volantes informativos, para explicar a los jóvenes y a sus referentes, una vez ocurrido el tránsito judicial, de qué se trata lo penal, en una línea semejante a la

* III Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil: la interdisciplina como herramienta judicial, organizadas por del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, 3 y 4 de agosto de 2017, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la UBA. Panel: “Experiencias desde distintos dispositivos de abordaje con jóvenes en conflicto con la ley penal”.

** Doctora Licenciada en Trabajo Social. Integrante de los equipos interdisciplinarios que integran el cuerpo de delegados inspectores de la Prosecretaría de Intervenciones Socio-Jurídicas, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

desarrollada por las defensorías oficiales que editan un material similar. No siempre se trata de acciones inscriptas en una trayectoria, en una racionalidad. Por eso preferimos apelar a la idea de ilegalismos cuando nos referimos a estos tránsitos juveniles por el fuero penal.

Con enorme frecuencia, los prejuicios, estigmas y representaciones son el punto de partida de una relación entre jóvenes y agencias de control social. Incluso cuando no han cometido delitos, especialmente cuando se encuentran en espacios públicos, en la calle, donde pueden ser objeto de tratos no amigables, violentos, por parte de agentes encargados de hacer cumplir la ley.

Como hemos desarrollado en la publicación del CEDIM 2016, la experiencia de estos equipos da cuenta de que más de la mitad de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes (NNAyJ) que transitan el fuero penal viven en la misma jurisdicción, presentan no más de dos intervenciones y son generalmente acusados de delitos contra la propiedad privada: robos y hurtos. Un 40% no asiste a la escuela y casi la misma proporción de chicos desarrolla actividades laborales. Niños que no acceden a la educación básica y desarrollan actividades para solventar ingresos en apoyo de sus familias. Otra forma de advertir qué es lo que está por fuera del marco de la ley.

La población de jóvenes que transita por este fuero presenta situaciones que integran un abanico de problemas que los equipos interdisciplinarios en el fuero penal juveniler cotidiano enfrentamos.

Sólo un porcentaje menor de esas intervenciones compete a delitos graves o en los que los imputados son menores de 15 años; un porcentaje poco significativo. Es un compromiso visibilizar esta información, dado que las representaciones que circulan invierten estos datos con demasiada frecuencia. Así lo han destacado el Observatorio de la Deuda Social, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) y el Observatorio de Jóvenes del Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG, UBA), entre otros. Todos ellos advierten sobre un fenómeno que han nominado como de “infantilización de la pobreza”; en este marco, el relevamiento realizado por profesionales del CEDIM en 2016 también alude a la situación de segregación educativa y trabajo infantil que afecta significativamente a la población que transita por el fuero penal juveniler.

Este grupo atraviesa situaciones donde las condiciones estructurales y problemas coyunturales se entranan y conforman el núcleo a considerar cuando se proyectan intervenciones.

Los equipos desarrollamos un conocimiento de las situaciones singulares inscriptas en la trama socio-institucional y territorial, que también integra la demanda que se realiza a los profesionales en este campo. Es el punto de partida desde donde apuntamos a un vínculo sistemático con el sistema de protección, a partir de la articulación con profesionales, programas y políticas públicas.

La judicialización de la infancia pone de manifiesto cómo se habilita o inhabilita una multiplicidad de mecanismos que suelen captar a quienes presentan un correlato de evidente fracaso estatal, renuente a su inclusión, y expone las marcas de la desigualdad. Pese a ello, advertimos un acotado espectro de ofertas de políticas y programas de atención específica, desde la inclusión educativa a las solicitudes más complejas de atención por consumos problemáticos.

En este sentido, resulta novedoso observar cómo se han disociado los canales y recursos de carácter asistencial cuando se identifica que existen intervenciones del circuito penal. Los jóvenes, una vez judicializados, pueden ser confinados a un acotado universo de ofertas, un circuito que diferencia intervenciones en términos de responsabilidad penal juvenil, conflicto con la ley, etcétera.

Ello se relaciona con la categoría de riesgo, que fue adquiriendo centralidad a partir de la década del 90, asociada a estrategias de focalización, vinculadas con el interés y la necesidad de codificar las incertidumbres y peligros en el escenario contemporáneo. Se trata de una categoría que ha adquirido relevancia en tanto dispositivo tributario a los procesos de individualización, una progresiva responsabilización de los sujetos en la construcción de sus trayectorias sociales, en un contexto de reestructuración y debilitamiento de los soportes colectivos de la vida social. La idea de riesgo tiende a representar un espacio acotado, pero se trata de una categoría extremadamente versátil.

La identificación de situaciones de riesgo se ha incorporado a las intervenciones cotidianas de estos equipos, y constituye una alarma cuando permite legitimar intervenciones por fuera de las medidas socio-educativas que habilita la normativa vigente, y cuando la falta de acceso se considera un riesgo que instituye una clave de lectura en

sentido retrospectivo, para identificar situaciones o conductas asumidas en el pasado y prospectivo, para establecer una promesa de asistencia o la posibilidad de una sanción.

Nos preocupan los contenidos que en el contexto actual se asignan al par asociado: riesgo y responsabilización, especialmente en el debate de la propuesta gubernamental, donde es más visible la idea de punibilidad que la de medidas socioeducativas que son la preocupación de los equipos, el problema evidente que entendemos resulta imperativo atender.

En el fuero penal, los jóvenes muchas veces están en riesgo por no contar con condiciones básicas. Pero asistimos, recientemente, a la emergencia de representaciones que destacan imágenes negativas, *patológicas*, asociada a consumos, sin señalar cuáles son los mecanismos que lo posibilitan o que permiten la falta de atención. Se destaca cierta peligrosidad, amenaza, de manera que alientan su estigma o segregación.

En nuestro país se afirma que la cobertura educativa en el nivel primario es cercana al 100% y, superado este nivel de estudios, comienzan a emerger dificultades, tales como rezago o repitencia. En concordancia con el último informe del Ministerio de Salud y UNICEF (2016), el estudio realizado por el CEDIM, publicado en 2016, destaca una situación notablemente distinta. Existiría un conjunto relevante de NNAyJ que no logran garantizar su derecho a la educación. Casi el 40% *no* asiste a la escuela (jóvenes que transitan por primera y segunda vez en el fuero penal). Este dato permite visibilizar a qué riesgos están sometidos estos NNAyJ. Las instituciones que deben velar por dicha inscripción presentan un sistema de alarma débil, difícilmente convocan a otros organismos administrativos que contribuyan en los procesos de adhesión al sistema escolar, un derecho considerado en Argentina de carácter elemental. Ello se agrava si consideramos que esta población, al perder su vínculo con la educación, además, puede ser privada simultáneamente de otras medidas que contribuyen en los procesos de inclusión, como el Programa de Asignación Universal por Hijo (AUH).

Ello visibiliza una distancia en el contenido de las preocupaciones que tensionan la triada: riesgo, responsabilización y medidas socioeducativas, que involucra a estos sectores. Una población victimizada por los déficits de atención cobra centralidad en la escena pública sólo cuando quienes la componen se erigen como presuntos potenciales agresores. Otras víctimas conquistan centralidad en ese discurso, los

ciudadanos que requieren de seguridad. En ese caso, los jóvenes se transforman en victimarios, una operación que diluye y confunde la responsabilidad social de esta relación. La categoría de responsabilidad se asocia al joven, considerado un sujeto activo, que realiza una elección racional, y se lo etiqueta como *pequeño* delincuente.

COMENTARIOS FINALES

Los equipos interdisciplinarios, ¿cómo gestionan estos problemas? Alientan la visibilidad de cuestiones mencionadas, promueven exigibilidad, realizan la genealogía de privación con el sentido de remover barreras de accesos a derechos como la educación, la salud, el deporte, el acceso a servicios públicos gratuitos universales. También advierten sobre el auge de agencias de control social, policías provinciales, comunales y otros dispositivos. El problema, tal como señala O'Malley,¹ estaría en el desplazamiento de la preocupación de la protección a la sanción. Como señala Garland,² el interés por integrar, típico de los estados bienestaristas, es desplazado por un interés en controlar.

El desafío para los equipos en este marco es sostener la solicitud y exigencia por el acceso, ya que los servicios del sistema de protección no logran garantizarlos.

Los debates parecen concentrarse no en la protección sino en la preocupación por el castigo. Sin embargo, O'Malley³ nos alienta a activar aquellos núcleos que podemos afectar. Por ello nos proponemos visibilizar estos déficits que entendemos explican las trayectorias de los NNAyJ en tanto los integrantes, profesionales e instituciones del denominado sistema de protección integral de infancia no estamos ofreciendo alternativas acordes a las situaciones que se presentan.

Nuestro abordaje, como equipo, considera al menos tres dimensiones: a) la especificidad de la intervención judicial, b) las trayectorias de atención/desatención estatal y la apropiación singular, o a recuperar

1. O' Malley, P., "Cuatro Posiciones" (traducción de Máximo Sozzo), *Nova Criminis. Visiones criminológicas de la justicia penal*, N° 2, Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2011.

2. Garland, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2009.

3. O' Malley, P., *op. cit.*

los problemas de acceso en la perspectiva de los sujetos; y c) la permanencia/transitoriedad de nuestras propias intervenciones, que se despliegan en un período acotado cuando se trata de promover la articulación con organismos administrativos.

Consideramos que la justicia especializada requiere conocer mucho más sobre las prácticas concretas en términos de medidas socio-educativas que realizan las instituciones y profesionales durante el plazo en que se desarrolla el proceso.

Es necesario ponderar la capacidad de estos dispositivos para ofrecer un marco de atención acorde.

El énfasis debería enfocarse más en las dificultades que presenta la oferta, en el desempeño y la capacidad de las instituciones, que muchas veces les piden a los jóvenes que elaboren un proyecto de vida mientras no pueden asegurarles el acceso a servicios y recursos básicos que les ofrecen.

BIBLIOGRAFÍA

BOURDIEU, P., “Estructura, *habitus* y prácticas”, en *El sentido práctico*, España, Taurus Humanidades, 1991.

GARLAND, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2009.

MITJAVILA, M., “El riesgo como instrumento de individualización social”, en Burkún, M. y Krmpotic C. (comp.), *El conflicto social y político. Grados de libertad y sumisión en el escenario local y global*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2006

O’ MALLEY, P “Cuatro Posiciones” (traducción de Máximo Sozzo, Nova Criminis. Visiones criminológicas de la justicia penal, N° 2, Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2011.

UNICEF, *Situación de salud de las/los adolescentes en Argentina*, Programa Nacional de Salud Integral en Adolescencia, Ministerio de Salud de la Nación, 2016.

VELURTAS, M. (coord.) y BORDENAVE, M., BUDANO ROIG, M., CAMPS, C., CASABAL, A. y otros, “Acerca de niñas, niños, adolescentes y jóvenes que transitan en el sistema penal juvenil: características, contextos y derechos”, CEDIM, Buenos Aires, 2016.

RELACIONES ENTRE EL SISTEMA PENAL JUVENIL Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS: LA NECESIDAD DE FORTALECERLAS ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO LOCAL*

Por Marina Medan**

Esta contribución presenta algunos hallazgos sobre los procesos de administración de justicia a adolescentes imputados o condenados, y privados de libertad, en el marco de causas penales radicadas en uno de los juzgados de responsabilidad penal juvenil del Departamento de San Martín.

El planteo central que presenta esta contribución es que el sistema de responsabilidad penal juvenil podría optimizar el cumplimiento de sus objetivos como sistema especializado si afianzara sus relaciones y articulaciones con el sistema de protección de derechos a nivel local.

Los datos de los que se nutre este argumento surgen de la realización de una revisión de expedientes judiciales correspondientes a causas penales seguidas a los adolescentes que, en el momento de dicha búsqueda, estaban privados de su libertad. El relevamiento se realizó como parte de una investigación colaborativa entre un equipo de investigadoras del Centro de Estudios en Desigualdades Sujetos e Instituciones de la Universidad de San Martín (UNSAM) y algunos representantes del Consejo local de derechos de niños, niñas y adolescentes¹ de la localidad de San

* Presentado en las III Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil, 3 y 4 de agosto de 2017.

** Investigadora asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), y del Centro de Estudios en Desigualdades, Sujetos e Instituciones de la Universidad de San Martín. Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires.

1. Los Consejos Locales son órganos participativos, previstos por la normativa en protección de derechos de la infancia (arts. 14 y 15 de la Ley Provincial N° 13298), en los

Martín, provincia de Buenos Aires, Argentina.² Esta fue motivada por las preocupaciones del Consejo local acerca de la falta de información sistematizada sobre la situación de los adolescentes privados de libertad y la evolución de sus causas. Así, y como parte de las misiones atribuidas a los Consejos locales de generar diagnósticos sobre las condiciones de acceso a derechos de niñas, niños y adolescentes, se encaró el relevamiento. Para su realización se contó con la conformidad y colaboración del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 1 del Departamento Judicial de San Martín, a cargo del doctor Gabriel Peñoñori.³

Los datos surgidos de la sistematización de los expedientes se complementaron con otros producidos en una serie de entrevistas en profundidad a actores claves del sistema de responsabilidad penal juvenil.

En suma, se construyeron datos relativos a los adolescentes y sus familias, las características de las causas por las que están privados de la libertad y las acciones que se realizan como parte de su procesamiento judicial. La investigación tuvo como parte de sus objetivos producir datos que pudieran orientar el mejoramiento de las políticas públicas dirigidas a los jóvenes en conflicto con la ley penal.

METODOLOGÍA Y MATERIALES ANALIZADOS

Se relevaron 26 expedientes que involucran a 28 adolescentes. Los criterios de selección de los expedientes fueron: a) que tuvieran como imputados a adolescentes privados de la libertad al 31 de marzo de

cuales se reúnen periódicamente referentes de organizaciones públicas y de la sociedad civil que intervienen en materia de garantía de derechos de niños y jóvenes de la localidad en cuestión para discutir y proponer líneas de política pública en la materia.

2. Desde la UNSAM, la conducción de la investigación estuvo a mi cargo y compartí con Valeria Llobet y Carla Villalta el diseño, la construcción, la sistematización y el análisis de los datos. En el trabajo de campo contamos con el valioso aporte de José Rodríguez y Cecilia Fernández. Por su parte, el juez Gabriel Peñoñori no sólo dio origen a esta investigación sino que en reiteradas ocasiones discutió los hallazgos, facilitó contactos con otros actores, aportó valoraciones y enfoques, y organizó la reunión de presentación de resultados. Otros representantes del Consejo local de derechos de San Martín, de las áreas de protección de derechos y del centro de referencia estuvieron también muy implicados. A todos ellos, mi mayor agradecimiento.

3. No obstante la participación de diversos actores en esta investigación, el modo en el que aquí se plantean los datos corre bajo mi exclusiva responsabilidad.

2016, momento de inicio del relevamiento; b) que los adolescentes privados de la libertad residieran en el Partido de San Martín al momento del hecho delictivo; c) que fueran causas elevadas a juicio y tramitadas en el Juzgado N° 1 de responsabilidad penal juvenil.

La investigación supuso el relevamiento de expedientes según una matriz de datos preparada para tal fin, y entrevistas en profundidad a actores clave del sistema de responsabilidad penal juvenil, tal como se despliega en la provincia de Buenos Aires según la Ley N° 13634, que crea el fuero especializado: defensa, fiscalía, jueces de garantías, de responsabilidad penal y miembros del cuerpo técnico auxiliar. Además, se entrevistó a la conducción de una organización de la sociedad civil que trabaja en la localidad con adolescentes en conflicto con la ley. El trabajo de campo se realizó entre febrero y septiembre de 2016.

La investigación arrojó datos sobre las condiciones sociodemográficas de los adolescentes y las causas que los tenían como protagonistas; sobre las capacidades estatales que se despliegan en las intervenciones para procurar que la privación de libertad sea utilizada como medida de *ultima ratio* y/o por el menor tiempo posible, así como las que existen para propiciar el egreso de los adolescentes de la situación de privación de libertad; emergentes sobre las posibilidades de acceso a derechos de los adolescentes con privación de libertad; y sobre la construcción de lo que denominamos “puntos críticos del proceso”. Alrededor de estos nucleamos las situaciones que consideramos que representan nudos problemáticos del sistema y que dificultan los objetivos del fuero especializado. Como anticipé, esta contribución procura compartir algunas reflexiones en torno a la necesidad de repensar y optimizar los mecanismos de articulación entre el sistema de protección de derechos y el penal juvenil. Estas reflexiones son, en parte, fruto del análisis de los datos construidos a partir de los expedientes y las entrevistas. Sin embargo, también –y fundamentalmente– recogen preocupaciones, propuestas y preguntas de los propios actores implicados en los procesos de administración de justicia penal y de protección integral, quienes formaron parte del diálogo que supuso esta investigación. Creemos que alrededor de tales puntos puede ser fructífero un debate que permita reformulaciones en las formas de la administración de justicia y protección de derechos.

A modo de contexto, respecto de la situación sociodemográfica de los adolescentes incluidos en las causas relevadas, podemos señalar

que un tercio de los adolescentes residían en el mismo barrio al momento del hecho delictivo, que la mitad convivían con madre y padre, y que respecto de la situación educativa, para la mayoría el máximo nivel alcanzado era de sexto o séptimo grado incompleto. En un tercio de los casos hay señalamientos de repitencias o deserciones, y todos los adolescentes que estaban escolarizados lo hacían con sobreadad.

Respecto de las causas relevadas, la mayoría de las carátulas señalaban que se trataba de “robo con arma”. En segundo lugar, “homicidio” o “tentativa de homicidio”. Del relevamiento de expedientes surge que la mitad de los adolescentes llegaron a la privación de la libertad con entre 0 y 1 investigación penal preparatoria previa. Sin embargo, de este dato no se desprenden los contactos previos que los adolescentes han tenido con el sistema, por ejemplo con la policía. Un tercio de los adolescentes tuvieron causas conjuntas o posteriores a la que se seguía en el expediente relevado.

Ahora bien, asumiendo que el público lector/auditor de esta contribución está familiarizado con el funcionamiento del circuito administrativo y judicial de la justicia para adolescentes en la provincia de Buenos Aires, no vamos a detallarlo aquí.⁴ Dicho esto, nos enfocaremos en los puntos que sobresalen al considerar el tema que nos ocupa en esta presentación, que son las relaciones entre los sistemas de responsabilidad penal juvenil y los de protección de derechos.

EMERGENTES SOBRE CAPACIDADES INSTITUCIONALES

En primer lugar, nos interesa detenernos en las acciones que es posible realizar en el momento de intervención de las fiscalías, al tomar conocimiento de un caso en el cual un adolescente está presuntamente implicado en un delito. Lo que se desprende de los expedientes, pero también de los diálogos con actores del fuero, es que cuando se trata de casos leves, primeros delitos o de poca monta –independientemente de que se inicie una causa o no–, existe la posibilidad de que la fiscalía propicie la intervención de los servicios de protección de derechos disponibles en la localidad, ante la presunción de que tras el posible delito haya una vulneración de derechos de la cual es víctima el adoles-

4. Para más detalles podrían consultarse las Leyes provinciales N° 13298 y 13634.

cente. En efecto, esta posibilidad es utilizada, pero no se revela como una práctica rutinaria aun cuando en el municipio existen dispositivos para hacer lugar a tal intervención social. Si bien los expedientes relevados correspondían a causas que efectivamente se abrieron y se consideraron graves, muchas de ellas incluían situaciones que suponían vulneración de derechos y no constó en ningún caso la intervención del sistema de protección de derechos.

Por otra parte, es destacable que en el municipio de San Martín existe un programa de justicia restaurativa que articula sus acciones con la fiscalía del departamento judicial. Este programa está destinado a la intervención temprana y a evitar la escalada de conflictos entre las partes, y se está ampliando el espectro de causas penales sobre las que interviene (por ejemplo, aquella que incluye una suspensión de juicio a prueba). No obstante, al momento en que se realizó esta investigación, la derivación de causas a este programa por parte de la fiscalía no era la práctica dominante, con lo cual muchas situaciones de vulneración de derechos que podrían ser parte del contexto de las situaciones presuntamente delictivas quedaban sin intervención social.

En segundo lugar, y ya excediendo el ámbito del trabajo de las fiscalías, e incluyendo el de las defensorías, los juzgados y el de los cuerpos técnicos auxiliares que realizan las pericias médicas, psicológicas y psicológicas a los adolescentes y sus familias a pedido de los integrantes del fuero, es notable la falta de contacto de los operadores con los espacios territoriales y comunitarios donde viven los adolescentes. Salvo excepciones, los actores del fuero no tienen conocimiento de dispositivos sociales territoriales, estatales y no estatales, que existen en la localidad de origen de los adolescentes y que están disponibles y podrían incluirse en el diseño de las estrategias de egreso de instituciones de encierro o como parte de medidas alternativas a la privación.

Esto es especialmente importante con relación a la defensa, que depende principalmente de la movilización de las familias para valerse de recursos para elaborar las estrategias. Según consta en los expedientes, las estrategias que exponen tanto la defensa como los equipos técnicos de los institutos de privación de libertad, tal como los informes de los cuerpos de peritos auxiliares de la justicia se componen de los datos que aportan las familias sobre en qué institución educativa el adolescente podría integrarse, a qué programa de inclusión juvenil podría ir, en qué

dispositivo podría tratar el consumo problemático de sustancias, etcétera. Que la responsabilidad en el diseño de las estrategias de egreso o morigeración de medidas y penas dependa tan centralmente de las familias deja a los jóvenes con menos recursos y en mayor desprotección. En ese sentido, el refuerzo de los equipos técnicos con proyección territorial parecía ser una deuda pendiente. Especialmente, y respecto del rol de la defensa, vale preguntarse por el alcance que en la práctica está teniendo el criterio de especialidad y la necesidad de exceder la defensa técnica y avanzar hacia una práctica más integral de protección de derechos. Esto requería, sin dudas, el refuerzo de las defensorías con equipos interdisciplinarios.

En tercer lugar, no se registran desde el Poder Judicial pedidos al Poder Ejecutivo sobre la obligación de garantizar derechos. Por ejemplo, para garantizar atención al consumo problemático de sustancias. Esto es un problema en la medida en que la falta de dispositivos ambulatorios suele ser una razón por la que, en definitiva, se niega una medida alternativa a la privación de libertad.

EMERGENTES SOBRE ACCESO A DERECHOS OBSTACULIZADOS DENTRO DEL FUNCIONAMIENTO HABITUAL DEL SISTEMA

El relevamiento sobre los expedientes, así como las entrevistas a actores clave, han arrojado datos significativos respecto a algunos derechos obstaculizados durante los procesos. Identificamos tres grupos.

El primero con relación a los problemas de derivaciones y comunicaciones hacia los jóvenes y sus familias, y entre los actores del sistema. Esto es, los distintos efectores señalan que la mayoría de los dispositivos que deberían encargarse de garantizar derechos de los adolescentes vinculados con el proceso penal, pero también con sus derechos básicos –educación y salud principalmente–, carecen de la infraestructura mínima para asignar turnos, evacuar dudas, comunicar novedades y recibir comunicaciones (teléfonos, faxes, Internet). Este déficit impacta además en que, en un contexto caracterizado por los jueces como “confuso” para los jóvenes y las familias, las derivaciones que pueden hacerse, tanto a dispositivos de atención a la salud, a adicciones, como a programas de seguimiento en territorio, son poco precisas para una

población que requiere orientaciones claras: un día y horario específico y el nombre de una persona ante la cual referenciarse en el dispositivo.

El segundo grupo se vincula con los traslados habituales que los adolescentes deben realizar para comparendos o contactos con los distintos actores del fuero. En la mayoría de los expedientes se informan comparendos y/o evaluaciones no realizadas por traslados demorados o no realizados por distintos motivos, entre los que sobresale la falta de móviles disponibles en la fecha pedida.⁵ Esta situación, en varios casos, ha demorado meses la consideración de beneficios. Además, durante algunos traslados los jóvenes informan que pierden o desaparecen efectos personales durante su ausencia en la institución de encierro, y que comen y duermen mal en algunos traslados que pueden llegar a durar una semana. Cuando los traslados corresponden a mudanza de un instituto o unidad penitenciaria a otro/a, se interrumpen trayectos educativos, tratamientos psicológicos y relaciones de referencia. Finalmente, algunos jóvenes están alojados en institutos/unidades penitenciarias muy lejanos a su domicilio, y existen muy pocos recursos económicos de apoyo a las familias para facilitar las visitas.

Por último, el tercer grupo de cuestiones vinculadas con los obstáculos para acceder a derechos tiene que ver con el derecho a la defensa.

En cinco expedientes se encontraron demandas explícitas de los jóvenes sobre información de sus causas, e imposibilidad de contacto con defensores. En rigor, es preciso inscribir este dato en el contexto del caudal de trabajo de las defensorías que, considerando la cantidad de profesionales y de causas que tienen a su cargo, obliga implícitamente a los operadores judiciales a focalizar en los casos más graves y resta disponibilidad para abordajes más integrales.

PUNTOS CRÍTICOS

Nos detenemos ahora en lo que denominamos puntos críticos, ya que su configuración implica relaciones –o falta de ellas– entre los sistemas de protección y responsabilidad penal juvenil. A continuación

5. Según algunos de los entrevistados, esta situación comenzó a componerse durante 2016 y los traslados comenzaron a operar con mayor precisión.

de cada uno señalamos algunas preguntas y propuestas que surgen, especialmente del diálogo con los propios actores del sistema.

En primer lugar, hemos registrado la alta incidencia que conflictos interpersonales barriales y formas violentas de resolución de conflictos tienen en los delitos. Según los expedientes, en veintidós casos constan situaciones previas de violencia y muertes por causas no naturales del entorno cercano del adolescente, que en mayor o menor medida están asociadas al delito que se le imputa (entre pares, vecinos, violencia familiar y de género, familiares presos –tres casos–, y familiares muertos o en la cárcel o en enfrentamientos o por la policía –siete casos–).

El uso de la violencia incluso letal para la resolución de conflictos familiares y/o barriales y como forma de vínculo habitual de la población que usualmente es sujeto del sistema penal juvenil no parece, según las actuaciones que constan en los expedientes, ser abordada por ninguno de los efectores, y se configura como un contexto lastimoso pero sobre el que poco se puede intervenir. Son excepcionales los casos en que un equipo de mediación que funciona voluntariamente en el municipio es llamado a intervenir para alguna situación de este estilo.

Ante estos hallazgos cabe preguntarse: ¿en qué medida las áreas sociales de resolución alternativa de conflictos están operando en la comunidad y podrían intervenir más puntualmente a partir del diagnóstico observado en el ámbito penal juvenil? ¿Sería posible fomentarse espacios de resolución alternativa de conflictos a través de dispositivos del área social existentes (escuelas, centros juveniles, servicios locales, otros)? ¿Cabría la posibilidad de que en los espacios y horarios de mayor frecuencia de conflictos –por ejemplo salidas de locales bailables–, hubiera equipos interdisciplinarios –no sólo de seguridad– que puedan mediar ante eventuales conflictos?

Por otro lado, otro punto crítico sobre el que no constan acciones es el relativo al acceso a armas. En quince casos hay uso, abuso, o tenencia ilegal de armas, elemento que no sólo agrava cualquier delito sino que convierte a cualquier acción en potencialmente letal. No se halló en ningún expediente mención alguna a acciones investigativas relativas a determinar el origen de las armas utilizadas, ni cómo llegan a tenerlas adolescentes que no están en condiciones de acceder a ellas legalmente sin la mediación ilegal de adultos.

Para ambos conjuntos de situaciones cabe preguntar en qué medida muchos de los delitos son fruto de las formas de vinculación antisocial, violento, o “disfuncional” de los barrios y/o familias, o también una combinación de inacción por parte del Estado, que permanece miope ante ciertas situaciones. Ante este contexto, lo que acompaña la escena de la inacción estatal es la falta de protección hacia los adolescentes.

En segundo lugar, las observaciones de los actores judiciales para no implementar medidas alternativas, la mayoría de las veces remiten a la existencia de familias “lábilas” o poco contenedoras. No obstante, dada la falta de capacidad de los actores del sistema judicial para reconocer y articular los recursos disponibles en los territorios en los que habitan los jóvenes, las familias son claves para acercar los recursos de la comunidad para que defensores o equipos de institutos diseñen las estrategias de egreso o morigeración de penas. A pesar de la centralidad de las familias y su mayoritaria situación de vulnerabilidad, el único apoyo que existe para ellas son talleres para padres, que funcionan mensualmente en una organización social que procura “armarlos” subjetivamente para afrontar y acompañar la situación de encierro y el posterior egreso de los adolescentes. Cabe la pregunta respecto de si las áreas municipales podrían tener más recursos para apoyar a estas familias que les fueran facilitados mediante la articulación judicial.

En tercer lugar, colocamos la escasa intervención temprana. Existe el dato, a partir de los expedientes, de que la mayoría de los adolescentes de la muestra tiene entre 0 o sólo 1 una investigación penal preparatoria (IPP) previa. Este dato no es transparente y despierta dudas respecto de, o bien la dureza del sistema que con ninguna causa anterior o sólo una utiliza la privación de libertad como primera medida, y/o que existe una trayectoria anterior de contacto de los adolescentes con el sistema que no se registra y sobre la que no se sabe cómo interviene el sistema penal.

Según todos los actores entrevistados, la policía tiene un papel central en la selección de la criminalidad y su accionar es, la mayoría de las veces, opaco, con actuaciones no siempre acordes a derecho. Esto tiene incidencia en la relación que los adolescentes entablan con la justicia y la ley.

En tal sentido, vale preguntarse por las posibilidades de contralor y limitación del accionar policial respecto de los adolescentes que tiene el Poder Judicial; y sobre las acciones alternativas que es posible des-

plegar frente a adolescentes inimputables, o bien frente a adolescentes que cometieron un primer delito o un delito de poca monta.

Al respecto, el papel del sistema de protección de derechos y de las políticas de inclusión social para jóvenes aparece insuficientemente explorado y con escaso uso. La investigación dio cuenta de que, bajo dependencia del ejecutivo municipal, existen programas de prevención secundaria del delito y sus intervenciones sobre jóvenes con prácticas delictivas que aún no han sido captados por el sistema penal podrían ser una herramienta para facilitar la articulación entre los sistemas. Sin embargo, los actores del fuero, salvo excepciones, no parecen utilizarlos ni incluso conocerlos.

Por otra parte, tanto desde áreas sociales como penales se valora positivamente la no intervención de una sobre la otra y viceversa, para evitar prácticas relacionadas con el paradigma tutelar. Sin embargo, coexisten situaciones paradigmáticas. Por un lado, en los expedientes se evidencia que existen medidas de privación de libertad fundamentadas explícitamente en motivos sociales. Por otro, cuando las fiscalías desestiman ciertos casos para no sobreintervenir (casi como medida de protección), la falta de indagación sobre el caso y la posible situación de vulneración de derechos que oficia como telón de fondo del delito pueden estar exponiendo al adolescente a una situación de desprotección. A los pocos días puede terminar en un acto infractor a la ley más grave y sobre el que haya que tener una intervención penal dura.

Entonces, por ejemplo, respecto de los casos en que un adolescente es aprehendido por la policía pero sobre el que la fiscalía decide no intervenir, ¿qué posibilidades habría de que esta agencia informe periódicamente a algún área no penal ni judicial de protección de derechos los casos desestimados (y no) de adolescentes involucrados en situaciones delictivas? Con esos datos, el área social podría indagar si sobre ese adolescente o sobre esa familia ya se está trabajando desde el área de protección, o si se podía intervenir en materia de prevención temprana, vía los programas sociales en territorio.

El cuarto punto crítico responde, desde la perspectiva de muchos de los actores involucrados en la investigación, a la escasa claridad del sistema penal frente a los jóvenes, sobre quienes falta comprensión acerca de su carácter “adolescente”. Varios de los entrevistados señalaron que el sistema penal utiliza un lenguaje y un estilo de comuni-

cación que es poco claro para los adolescentes: tecnicismos jurídicos, ambigüedades y contradicciones en los procedimientos, y orientaciones muy generales sobre los requisitos a cumplir.

En ese punto se preguntan ¿qué posibilidades habría de diseñar protocolos para derivaciones comprensibles y por escrito para los jóvenes y sus familias, con mapa de recursos (horarios, contactos con los cuales referenciarse, domicilio y teléfono, etc.), y de renovar acuerdos interinstitucionales para viabilizar el acceso de los jóvenes a efectores de derechos?

Por otro lado, hemos advertido que tanto este lenguaje críptico como la falta de apego a la norma habitual de los adolescentes impacta en que se produzcan incumplimientos no deliberados y desencuentros que terminan entorpeciendo, demorando y complicando las causas. Por ejemplo, cuando los jóvenes no ponderan la gravedad de las consecuencias que pueden tener algunas de sus acciones: no el delito en sí, sino, por ejemplo, volver fuera de hora al instituto luego del beneficio de una salida.

Con relación a esta cuestión, ¿qué posibilidades habría de elaborar un manual de derechos y glosario, y de consecuencias a los incumplimientos en materia penal? (por ejemplo: no es igual dejar la escuela que no volver en una salida). Y además, ¿sería posible procurar la existencia de algún circuito de alerta no persecutorio –con operadores de calle de áreas sociales– para que localmente pudiera interpelarse a estos adolescentes o familias para que cumplan lo ordenado por la justicia, de modo de que no se les complique aún más la situación?

El último punto se centra en la falta de diálogo entre operadores del sistema. Todos los actores coincidieron en que, aunque sostienen aplicar el principio de especialidad, no todos tienen el mismo entendimiento sobre él, y en que es preciso profundizar los espacios de intercambio sobre la dinámica de funcionamiento cotidiana del sistema y sobre temas como la finalidad de los procesos penales seguidos a adolescentes.

COMENTARIOS FINALES

Atendiendo a esta necesidad, esta investigación tuvo un cierre –al menos provisoriamente– en la puesta en común de sus resultados y el señalamiento de algunos de los puntos críticos que aquí mencioné.

Organizamos una presentación en la sede municipal en la que participaron cuarenta personas, la mayoría de ellos efectores que habíamos entrevistado y sus equipos, tanto del área judicial como administrativa y de organizaciones de la sociedad civil. También asistieron autoridades municipales y de la provincia. En ella, luego de la presentación de los resultados de la investigación, se decidió abordar uno de estos puntos críticos: la falta de conocimiento que los actores judiciales tienen de los dispositivos municipales orientados a la protección de derechos (tanto porque los primeros no indagan en lo disponible como porque los segundos no se promocionan lo suficiente). Así, los programas presentes contaron cuáles son sus objetivos y dinámicas de funcionamiento.

Este encuentro fue el origen de una serie de transformaciones incipientes que vale la pena seguir de cerca. En efecto, días más tarde de esta reunión en la que compartimos los resultados, una de las autoridades del área de infancia del municipio informó que se habían multiplicado, en la semana, los contactos de la fiscalía con el área para la intervención sobre adolescentes con derechos vulnerados, cuya situación de conflicto con la ley no ameritaba aún una intervención penal. También, el área de protección de derechos había comenzado a tener consultas y derivaciones de la defensoría. El relevamiento y los datos que a partir de él pudieron construirse oficiaron de disparador para que, aún lenta pero auspiciosamente, esté comenzando a producirse un modo distinto de articulación entre actores del Poder Judicial y del Ejecutivo. Este cambio no sólo se ha materializado en reuniones de trabajo conjuntas, sino en la construcción de confianza mutua que parece central para una atención integral de los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley.

En suma, aunque hay circuitos institucionales establecidos, el que los actores judiciales conozcan las opciones disponibles en el ámbito local y sus dinámicas de trabajo y enfoques puede favorecer la adopción de medidas más respetuosas de los derechos, y además, más eficaces.

Todos quienes participamos de esta investigación colaborativa sabemos que esta apuesta de clarificar y protocolizar intervenciones y articulaciones supone desafíos a la interinstitucionalidad (justicia-órgano administrativo), pero también a nivel de la interjurisdiccionalidad (justicia-órgano de aplicación provincial / órgano municipal); sin embargo confiamos en los resultados positivos que puede tener esta sinergia.

EL TERRITORIO EN LA INTERVENCIÓN CON JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Por Alejandra Quinteiro* y Jorgelina Sanz Cerbino**

En 2007 la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en concordancia con los compromisos internacionales contraídos, sancionó el Régimen Procesal Penal Juvenil –Ley N° 2451– el cual genera un nuevo escenario para las prácticas con jóvenes punibles que se vieran en conflicto con la ley penal.

Con la sanción de este Código la resolución de los conflictos penales juveniles adquiere una lógica diferente al sistema penal de los adultos, ya que impulsa acciones que se encuentren vinculadas con la responsabilización y reparación de los lazos sociales.

Estas prácticas intentan dar respuestas al delito de un modo más constructivo que las respuestas brindadas por el sistema punitivo tradicional y se enmarcan en los principios de justicia restaurativa al introducir criterios de oportunidad y vías alternativas para la resolución de aquellos.

Los procesos restaurativos constituyen un paradigma que enfatiza la reparación de los daños y la reconstrucción de las relaciones sociales debilitadas por el conflicto, favoreciendo así una postura activa tanto de la víctima como del ofensor. Ello supone que los jóvenes puedan desarrollar procesos de reflexión crítica acerca de la infracción y sus implicancias y comprometerse activamente para la reparación.

* Especialista en Derecho Penal (UP). Especialista en Justicia restaurativa por la Universidad Católica Lovaina, Bélgica. Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por Universidad de Bologna, Italia. Se encuentra a cargo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Exfiscal para actuar ante el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro (Distrito Pilar).

** Licenciada en Trabajo Social. Fue integrante del Cuerpo Interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil.

Como operadores de la justicia no podemos desconocer que los hombres son seres sociales, y para considerarlos es necesario prestar atención a sus circunstancias. Esto requiere tener en cuenta tanto los aspectos subjetivos, como los relacionales-contextuales a la hora de pensar los conflictos y las formas de abordarlos.

Poder acompañar a los jóvenes en este proceso implica inicialmente conocer los contextos en los que se encuentran insertos y los caminos que transitan en su trayectoria vital. Este conocimiento requiere de un ejercicio de extrañamiento y de una posición empática que nos permita comprender cómo se encuentran en el mundo social, desde sus propias lógicas y subjetividades; es decir la forma en la que cada uno percibe, aprecia y clasifica el mundo social.

Estas trayectorias son diversas, atravesadas e influidas por múltiples factores; dinámicas, en permanente creación y recreación. Nunca refieren a procesos estáticos, lineales e unívocos, sino que por el contrario se producen en contextos heterogéneos y complejos que las influyen y redefinen, y encuentran su expresión singular en los territorios locales.

LOS ESCENARIOS LOCALES EN LA PRODUCCIÓN DEL LAZO SOCIAL

Los territorios son “las bases o soportes sobre las que se desarrollan actividades de convivencia de una sociedad, de sustento económico y relaciones sociales básicas, de organización y desarrollo comunitario, institucional, cultural y religioso”.¹

La noción de territorialidad como categoría social es un concepto amplio, que no remite solamente a los límites físicos de determinado lugar, sino que da cuenta de un proceso en permanente movimiento; producida y productora de prácticas y representaciones sociales de quienes lo habitan.

Así, hablar de territorio nos remite a una construcción social en la cual confluyen elementos estructurales y dinámicos que se integran en un todo.

1. Sack, Robert D., *Human territoriality: its theory and history*, (Cambridge University Press, Nueva York, 1986), citado en , Spataro, María Graciela, “La noción de territorialidad en la práctica profesional del Trabajo Social”, en *Revista Margen*, N° 51, Buenos Aires, Periódico de Trabajo Social y Ciencias Sociales, Edición digital, 2008

Como plantea Ocampo Marín:

El territorio es un constructo social, una valoración, una fabricación, un producto, un espacio tatuado por la historia y la cultura, que se construye a través de prácticas, estrategias, percepciones y la manera de leerlo que tienen los miembros del grupo que lo constituye.²

Cada territorio cuenta con dimensiones geográficas, sociales, relacionales e históricas. A partir de habitar un espacio común nacen formas específicas de vincularse, prácticas sociales, que establecen elementos compartidos que dan sentido a las acciones y promueven la pertenencia.

Es allí donde se construye y se expresa la vida cotidiana, tanto para definir los problemas vinculados a su producción y reproducción como para encontrar las soluciones. Es el lugar donde se pone de manifiesto la complejidad de los lazos sociales, mostrando sus múltiples aristas e interrelaciones. En el territorio se produce la circulación de muchas singularidades diversas que se entretajan en relaciones sociales.

Por ello, es posible pensar el territorio como un entramado de significaciones, una suerte de hilos invisibles que conectan a las personas generando desde la apropiación del espacio hasta la cultura e historia del lugar.

Esta articulación de lazos sociales implica una gama de relaciones formales e informales que se construyen y se recrean permanentemente, a partir de hechos significativos en la vida de sus integrantes: la amistad, la participación, la vecindad, etc. Pero por otro lado también se estructuran a partir de procesos de construcción colectivos que devienen en su historia como barrio y en una identidad compartida.

Todas las relaciones sociales que los individuos trazan, sostienen en el tiempo y establecen como relevantes, constituyen sus redes sociales de apoyo, es decir, su lazo social.

Estas redes conforman un tejido que funciona como una barrera de contención, es decir como un soporte susceptible de proteger, resguardar e identificar a los sujetos que la integran; brindando apoyos reales y prolongados. Se constituyen así, a modo de puentes, promueven el encuentro con el otro y permiten construir respuestas a las contingencias que toda persona atraviesa en sus tramos vitales.

2. Ocampo Marín, Luis Fernando, "De lo regional a lo territorial", ponencia presentada en el VI Encuentro de Posgrados Iberoamericanos sobre Desarrollo y Políticas Territoriales Construyendo Espacios para la colaboración regional, Toluca, septiembre de 2005.

Proporcionan referencias que permiten el movimiento y crecimiento sobre bases de sostén firmes y son mediadoras entre el mundo de relaciones propio y el afuera.

Como plantea Alfredo Carballeda:

... las relaciones que se construyen a través de los lazos sociales tienen un sentido integrador, organizador y simbólico. Además la construcción de sociabilidad a través de los lazos sociales significa la posibilidad de encontrarse con ciertos niveles de predicción, organización de recursos, previsión y contención.³

Se reducen así los ambientes de incertidumbre para el desarrollo vital.

Las relaciones sociales vinculan al hombre desde sus relaciones más inmediatas hacia estructuras más complejas, cristalizadas en múltiples instituciones:

Estos [...] son en realidad las formas de organización que fue construyendo la misma sociedad en función de la satisfacción de sus necesidades. Son estos, entonces los llamados espacios mediadores. [...] permiten la internalización de pautas, signos, modos de relación. Constituyen lo histórico y lo cultural y es a través de ellos donde los hombres desarrollan sus potencialidades.⁴

Es importante, entonces, construir nuevos dispositivos de intervención que puedan recuperar la condición relacional, histórica y social en nuestra sociedad, operando con base en los territorios locales porque es allí donde la vida cotidiana se desarrolla y los jóvenes construyen sus espacios de pertenencia.

EL ROL DE LAS ORGANIZACIONES DE BASE EN LAS TRAYECTORIAS JUVENILES

Como dijimos, los individuos no somos entes aislados sino que la existencia humana se estructura en relación a otros sujetos con quienes se interactúa a lo largo de la vida. Es decir que somos un tejido

3. Carballeda, Alfredo, *La Intervención en lo social, exclusión e intervención en los nuevos escenarios sociales*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1ª ed., 4ª reimp., 2012, p. 184.

4. Allen, Ivonne, "Discursos sociales vs prácticas sociales", en Chaves Mariana y Fidalgo Zeballos, Enrique (coord.), *Políticas de infancia y juventud. Producir sujetos y construir Estado*, Buenos Aires, Ed. Espacio, 2013.

de relaciones y transcurrimos toda nuestra vida como parte de dichas redes, que influyen en la construcción de la identidad social y moldean las trayectorias de vida.

Las instituciones comunitarias, como partes integrantes de las redes de integración, cumplen un rol primordial generando la posibilidad de habitar espacios para promover procesos progresivos de autonomía, análisis de valores y pautas de relación necesarias en la convivencia comunitaria. A su vez, propician la creación de entornos seguros para que las personas puedan participar activamente en las cuestiones que los involucran.

Allí radica la importancia de profundizar los procesos de articulación social que permitan el abordaje de las problemáticas en el mismo territorio en el cual se inscriben, involucrando la participación activa de toda la comunidad. Esto implica un trabajo interinstitucional que, a partir de objetivos comunes, promueva el fortalecimiento de los lazos sociales y redes de contención.

Teniendo en cuenta que la comunidad es un actor primordial para la reparación de los daños y las acciones que reconstruyan el lazo social fragilizado por el conflicto, es importante poder conocer cuáles son los actores locales que trabajan cotidianamente en los barrios.

Así, la identificación de las redes existentes y la posible articulación con sus referentes pueden constituirse en estrategias de fortalecimiento, tanto para el establecimiento de vínculos saludables que contribuyan a la reconstrucción de los sentidos de pertenencia, de anclaje material y simbólico; como para la viabilidad y el cumplimiento de las medidas judiciales de resolución de conflictos, lo que permite disminuir la vulnerabilidad de los jóvenes respecto del sistema penal.

Conocerlos implica entender sus lógicas de trabajo, sus trayectorias como organizaciones y sus posicionamientos frente a las problemáticas barriales. Por ello, proponerles un trabajo conjunto implicará entonces un profundo respeto y reconocimiento de sus saberes, como así también de tolerancia en las diferencias, para poder ser parte de un proyecto mayor, superador de las incumbencias individuales, que se complemente y retroalimente de manera constante. Porque sostenemos la firme convicción de que es allí donde deben afianzarse los vínculos que les posibilitarán a los jóvenes construir pertenencia en

espacios receptivos, en los que, además, el acceso a la justicia se transforma en un derecho con ejercicio real.

En este marco, es de vital importancia que desde las instancias judiciales se tracen los acuerdos institucionales que den marco a las articulaciones necesarias para abordar de manera conjunta las problemáticas sociales de los jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

EL ROL ACTIVO DE LA COMUNIDAD Y LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE ORGANIZACIONES DESDE LA OFICINA DE APOYO A LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la Resolución Presidencial del Consejo de la Magistratura N° 928/2014 que en su artículo 3 establece que dentro de las funciones asignadas a la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil se encuentra la creación del Registro de Organizaciones para la cooperación en las diferentes medidas alternativas de resolución de conflictos; es que el equipo técnico interdisciplinario se ha propuesto dar inicio a la indignación y reconocimiento de los espacios de pertenencia que se localizan en los territorios locales.

Trabajar sobre la base de los principios de la *justicia restaurativa*⁵ lleva aparejado contemplar el rol activo que la comunidad tiene en la resolución de conflictos que se suscitan en sus territorios, como así también la gran capacidad con la que cuentan para recibir a los jóvenes y convertirse en espacios donde estos puedan generar un anclaje subjetivo.

El proceso de indagación y articulación territorial queda plasmado en un registro de organizaciones, que contempla tanto a las instituciones de base como a los organismos gubernamentales con quienes se podrá trazar una estrategia de abordaje conjunto para el acompañamiento de los jóvenes en el cumplimiento de las medidas judiciales.

Para poder organizar la búsqueda inicial de instituciones comunitarias, hemos realizado reuniones con los encargados del Registro de Organizaciones de Acción Comunitaria (ROAC) existentes en cada comuna de la Ciudad, a los fines de solicitar su cooperación en el aporte de instituciones registradas. Hemos complementado esa información

5. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 84-85.

a posteriori mediante entrevistas con actores claves en los territorios y un exhaustivo rastreo de las instituciones que trabajan con adolescentes en cada comuna y que no formen parte del ROAC.

Tanto con las Organizaciones Comunitarias como con los Organismos Gubernamentales, se mantienen entrevistas personales en las cuales se explican los principios que rigen la Justicia Penal Juvenil y la labor del equipo interdisciplinario y se evalúa la posibilidad de realizar un trabajo conjunto.

Se establecen como posibles ejes organizadores de este Registro la discriminación de las instituciones en virtud de sus finalidades, contemplando por un lado a aquellas que son susceptibles de funcionar como espacios territoriales de pertenencia dada su oferta de espacios de fomento y formación deportiva, recreativa, artística; las que pueden acompañar a los jóvenes para retomar trayectorias educativas o laborales, que son aquellas donde, además, los jóvenes pueden incorporarse en virtud de la realización de trabajos comunitarios; aquellas en donde se pueden realizar diversos tratamientos en salud y aquellas que brindan talleres de reflexión y concientización.

Dicho registro entra en funcionamiento a partir de la solicitud de intervención por parte de las secretarías especializadas, al equipo interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, respecto de programas socioeducativos o sociocomunitarios –ya sea para sugerir o acompañar a los jóvenes en el cumplimiento de la medida–. En virtud de ello se hace imprescindible, como labor del equipo interdisciplinario, entrevistar al joven y así conocerlo, interiorizarse en sus características, necesidades e intereses y su trayectoria de vida para presentar una sugerencia lo más respetuosa posible de su singularidad.⁶

6. Resolución de Presidencia de Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 1401/2016. Puesta en funciones del equipo interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad y aprobación del protocolo de actuación.

CONCLUSIONES

A modo de cierre, nos parece interesante reforzar estas ideas que, lejos de intentar concluir, pretenden ser una invitación para seguir pensando nuevas formas posibles de trabajo con los jóvenes atravesados por conflictos penales.

En este marco, nos parece imprescindible salir de miradas descontextualizadas; los jóvenes, y las personas en general, forman parte de una compleja red de relaciones que se alimentan recíprocamente en la medida en que sus vínculos son fomentados.

La familia, la escuela, las organizaciones sociales y comunitarias existentes en los barrios se constituyen como actores claves en la vida de los sujetos; por ello las estrategias de abordaje profesional deben construirse a partir de una mirada que integre aspectos sociales y comunitarios, teniendo en cuenta las relaciones que la persona ha podido construir.

Esto implica el compromiso activo de todos los actores para el desarrollo de intervenciones territoriales interdisciplinarias e interinstitucionales que promuevan el acercamiento a los espacios cotidianos y las redes que en ellos se tejen. Tenerlos en cuenta nos permitirá un trabajo más respetuoso de los procesos juveniles, y por ende más fructífero.

De esta forma, estas palabras se concluyen sólo temporalmente; intentan ser, más que un final, el principio de una interesante tarea.

BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, Ivonne, “Discursos sociales vs. prácticas sociales”, en Chaves Mariana y Fidalgo Zeballos Enrique (coord.), *Políticas de infancia y juventud. Producir sujetos y construir Estado*, Buenos Aires, Ed. Espacio, 2013.

ARIAS, Ana, “Lo territorial en el territorio de la Argentina. Connotaciones históricas, políticas y culturales de los social de los territorios”, en *Revista Margen de trabajo social y ciencias sociales*, N° 71, Buenos Aires, diciembre de 2013. Disponible en: <http://www.margen.org/suscri/margen71/arias.pdf>

CARBALLEDA, Alfredo, *La Intervención en lo social, exclusión e intervención en los nuevos escenarios sociales*, Buenos Aires, Ed. Espacio Paidós, 1ª ed., 4ª reimp., 2002.

CASTEL, Robert, *La inseguridad social: ¿qué significa estar protegidos?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

_____, *El ascenso de las incertidumbres*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.

CHADI, Mónica, *Las redes en el trabajo social*, Buenos Aires, Ed. Espacio, 2000.

DECLARACIÓN DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”, N° 12/2002.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA, 2007.

OCAMPO MARÍN, Luis Fernando, “De lo regional a lo territorial”, ponencia presentada en el VI Encuentro de Posgrados Iberoamericanos sobre Desarrollo y Políticas Territoriales Construyendo espacios para la colaboración regional, Toluca, 2005.

SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, *Justicia Restaurativa en el Sistema Penal Juvenil: conceptos, perspectivas y mecanismos procesales para su aplicación*, 2010.

SPATARO, María Graciela, “La noción de territorialidad en la práctica profesional del Trabajo Social”, en Revista *Margen* de trabajo social y ciencias sociales, edición digital, septiembre de 2008.

LA DEROGACIÓN DEL RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD. LEY N° 22278: UNA CRUZADA MALDITA

Por Silvia Guemureman*

A Karen Jorolinsky, a nuestra querida Karu, quien se fue tempranamente de esta vida sin haber podido compartir todo lo que hubiera querido. La quisimos, la queremos y la recordamos en este artículo escrito en su homenaje.

RELATO EN VARIOS TIEMPOS DE UNA REFORMA LEGISLATIVA FRACASADA

En Argentina rige el régimen penal de la minoridad instituido por la Ley N° 22278 y la Ley N° 22803 para la administración de conductas penales cometidas por personas menores de edad. Este decreto-ley, que data de la última dictadura militar, ha sido desde su creación controvertido ya que, entre otras cosas, otorga una potestad infinita al juez para la modalidad de resolución de las causas, amén de vulnerar derechos procesales y constitucionales básicos. La ley ha sido cuestionada severamente en su conjunto desde distintas posiciones doctrinarias.

A partir de la década de 1990, sobre todo desde la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) a la Constitución Nacional, el reinado del Régimen Penal de la Minoridad ha quedado a merced de implacables críticas que le han declarado una guerra sin cuartel. Sin embargo, la Ley N° 22278 ha logrado hidalgamente resistir múltiples intentos de destitución, inscriptos en la imperiosa necesidad de adecuar la legislación a la CDN.

El proceso legislativo de gestación y creación de normas penales ha sido intenso, y ha dado lugar a un volumen importante de proyectos de

* Socióloga. Investigadora de Conicet en el Instituto Gino Germani (UBA). Profesora de grado y posgrado en la UBA. Directora del Observatorio de Adolescentes y Jóvenes en el Instituto Gino Germani.

ley que llegaron al Congreso Nacional, ora iniciados en la Cámara de Diputados, ora en la de Senadores, ora bajados desde el Poder Ejecutivo al Congreso. Sería engorroso citarlos todos y, sobre todo, brindar un número total de proyectos de ley suprimiendo duplicaciones, representaciones, etc.¹ Estos proyectos tuvieron por escenario de discusión las comisiones legislativas específicas y pertinentes a la materia,² en aquellos casos en que lograron trámite legislativo. Ninguno logró consagrarse como ley a través de su sanción; a su tiempo, fueron perdiendo estado parlamentario y enviados a archivos, desde donde, no pocas veces, fueron recuperados por nuevos legisladores –o los mismos legisladores de la vez pionera– para ser presentados nuevamente y sufrir la misma suerte, consagrando así la maldición –ya convertida en mito– de que ese decreto-ley nacido en la última dictadura militar era más que una pesada herencia, aferrado como estaba a un febril delirio de inmortalidad. Claro que no sobrevivió indemne y tampoco sorteó ilesa todas las batallas.

La Ley N° 22278 ha sufrido heridas, algunas superficiales, otras más punzantes, otras decididamente graves, ninguna mortal. Lo más cerca que estuvo de fenecer fue allá por 2009, cuando en un esfuerzo mayúsculo, los senadores lograron media sanción del proyecto de ley que había obtenido dictamen de mayoría en las comisiones. Con esta victoria legislativa la batalla se daba por ganada, pero se ignoraba que las diferencias en el bando de los reformistas permitirían que la agonizante Ley N° 22278 tuviera oxígeno y, aun maltrecha, conservara su reinado. Debilitada, por cierto. Consciente de su precariedad dio manotazos de ahogado, cual anciano que no acepta su decrepitud y ofrece al mejor postor las virtudes de su versatilidad, incurriendo en el campo de las hermenéuticas imposibles y de las dialécticas irreconciliables.

Para entender el fondo del debate en una perspectiva global e integrada, es necesario revisitar la ley y también sus interpretaciones, tanto de parte de juristas reconocidos como de los magistrados que

1. Aun así, junto con el equipo del Observatorio de adolescentes y jóvenes que coordina en el Instituto Gino Germani, y muy especialmente con Karen Joroslinsky, hemos contabilizado y revisado más de cien proyectos de ley.

2. Valga por caso, “Legislación Penal, Familia, Niñez y Adolescencia” en la Honorable Cámara de Diputados, “Justicia y Asuntos Penales, Población y Desarrollo Humano” en el Honorable Senado de la Nación, y “Presupuesto y Hacienda” en ambas Cámaras.

desde que la ley entró en vigor, tienen por función aplicarla a los casos concretos, y por más esfuerzos que hagan, no pueden “desmarcarse”: continúa siendo la ley que rige los destinos de los adolescentes que infringen la ley penal y son descubiertos.

También resulta necesario revisar los proyectos de ley que desfilan por el Congreso de la Nación, reconstruir sus propuestas, sus enfoques y sus genealogías punitivas y brindar marco, contexto e historia a los debates.

Una revisión de estas características demandaría que la atención se concentre en los aspectos más controvertidos de la ley; esto es, los artículos 1, 2 y 4, y la facultad tutelar de los jueces, establecida en el artículo 3,³ así como en los fallos judiciales en que la ley haya sido interpretada.⁴ No obstante, dado que la pretensión de este artículo está circunscripta a historizar y contextualizar el proceso de reforma legislativa especialmente en lo atinente a la edad de punibilidad/imputabilidad, me focalizaré en la primera parte del artículo 1.⁵

3. Guemureman, S., *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011; “Gestión moral y gestión legal en la administración de justicia de menores en Argentina”, en *Revista Justicia Juris*, Vol. 10, N° 2, Barranquilla, julio-diciembre de 2014, p. 44-58. Disponible en: <http://www.uac.edu.co/revistas-cientificas/revista-justicia-juris.html>; “La administración de justicia para personas menores de edad desde la perspectiva de los actores: Jueces, Fiscales y Defensores. La «invención y la «reinvención de lo cotidiano», en *Anuario La Coruña*, Anuario 18 / 2014, 2014b; “La justicia de menores desde la mirada de los jueces. Valoraciones y representaciones sobre la ley y la administración de justicia”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, 2015. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder>

4. Especialmente relevantes en este aspecto son los trabajos de Terragni, Martiniano, *Justicia Penal de Menores*, Buenos Aires, La Ley, 2010; *Proceso Penal Juvenil. Práctica y jurisprudencia*, Buenos Aires, Thompson-Reuter, 2015; Beloff, Mary, “Los Adolescentes y el sistema penal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005; Beloff, Freedman y Terragni, *Debido proceso e imputados no punibles en la jurisprudencia argentina. Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013; Muñoz, Damián, “Los estándares de la CSJN en materia penal juvenil”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, N° 12, Buenos Aires, 2017; Muñoz, Damián, *Jurisprudencia penal de la CSJN*, en Pitlevnik, Leonardo, (dir), Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

5. Artículo 1: “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 inhabilitación...”.

Este artículo es uno de los que generó mayores controversias a lo largo de los años ya que asocia edad de punibilidad y capacidad de discernimiento, por un lado, y por otro, faculta al juez a la disposición tutelar con internación, en caso de considerarlo necesario, y con la potestad de extender esa disposición hasta la mayoría de edad.⁶ El primer aspecto mencionado es el corazón del debate legislativo tendiente a modificar el régimen penal de la minoridad.⁷

La discusión acerca de si la capacidad de discernimiento debe estar acotada según la gravedad del delito y cuáles son los alcances y los límites razonables es un debate no saldado. González del Solar afirma que “Sólo una desafortunada redacción del artículo 1 ha motivado la interpretación errónea que lleva al absurdo de atribuir incapacidad para lo leve y capacidad para lo grave”,⁸ en referencia a la distinción que hace la ley entre los delitos de menos de dos años para los cuales los adolescentes estarían eximidos de pena y los delitos de dos años y más, parámetro para declararlos punibles.

El debate central se ha concentrado en los límites y en las condicionalidades que hacen susceptibles que determinadas conductas disvasiosas sean reprochadas a sus supuestos autores. Principalmente,

6. Esta es la previsión de los párrafos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo 1: “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”.

7. Al respecto, véase el apartado “Las pretensiones de modificación del régimen penal de la minoridad: crónica en varios tiempos”. En un primer momento, el debate de la necesidad de reforma del Régimen Penal de la minoridad estaba hegemonizado por aquellos que solamente querían bajar la edad de imputabilidad, y la modificación del artículo 1 agotaba la propuesta de muchos de los proyectos de ley. Luego, en la medida en que el debate se complejizó y se instaló la necesidad de discutir un sistema penal juvenil, ganaron terreno las propuestas de instauración de un régimen de responsabilidad penal juvenil y la cuestión de la edad de imputabilidad penal devino una variable más pero no protagónica y mucho menos excluyente de las propuestas.

8. González del Solar, José H., *Delincuencia y derecho de menores*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1995.

los límites de la imputabilidad penal y, de una manera más simple y reduccionista, en la edad de punibilidad, es decir, la decisión estatal de política criminal sobre la edad a partir de la cual estas conductas disvaliosas podrán ser sancionadas legalmente.

A partir de la reinstalación del debate durante casi todo 2017, he pensado en reponer una síntesis longitudinal del proceso de reforma relatado en forma de crónica.

LAS PRETENSIONES DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD⁹

El movimiento de reforma legislativa vio desfilar muchos proyectos de ley durante estos años. Sería tedioso repasar todos los proyectos que fueron presentados en el Congreso de la Nación y que ganaron y perdieron estado parlamentario, se remozaron, se re-presentaron, volvieron a ganar y volvieron a perder estado parlamentario, muchos sin siquiera recibir tratamiento legislativo en las comisiones específicas. Desde el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes, en relación a las agencias de

9. Para este apartado me valgo de la reconstrucción realizada en producciones anteriores, especialmente en Guemureman, Silvia, "Responsabilizar o punir. El debate legislativo en materia de niños, adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal", en *Delito y sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, N° 18-19, Buenos Aires, 2004; "Cuando la cuestión de la imputabilidad de los adolescentes se convierte en una variable de la punición clásica: la vieja historia del «más de lo mismo»", comunicación presentada en el 1° Congreso Provincial, Nacional y del MERCOSUR Explotación infantil a la luz de la CIDN, Córdoba, 2004; *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales de Menores. Los tribunales orales de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2011; "Demonización de jóvenes y demanda social de castigo. De los episodios delictivos a los réditos electorales", en *Cuadernos por una Nueva Independencia*, N° 3, Buenos Aires, 2015; "Jóvenes y sistema penal: De las leyes que no fueron y de las leyes que pueden ser. El espejo de Brasil", en *Voces en el Fenix*, Buenos Aires, 2015. Disponible en: <http://www.youblisher.com/p/1289420-Voces-en-el-Fenix-No-51-FEOS-SUCIOS-Y-MALOS-Juventud/>; y también Fridman, D. y Jorolinsky, K., "¿Qué está sucediendo con los proyectos de Responsabilidad Penal juvenil? Un cambio que se aletarga en el Congreso de la Nación", VII Jornadas de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2007; Jorolinsky, K., *Retornar a la buena senda. Administración de justicia penal para adolescentes en los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires*, 2000-2008, Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2010; y Jorolinsky, K., "Proyectos y tentativas de modificación del Régimen Penal de la Minoridad: mil intentos y ningún invento", en Guemureman, S. (dir.), *Políticas penales y políticas de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, Santa Fe, Rubinzal Editores, 2015.

control social penal, en distintos momentos nos hemos detenido en el devenir del Congreso y hemos analizado los proyectos de ley de modificación del régimen penal de la minoridad según sus previsiones, haciendo foco en tres aspectos: la representación de joven implicada, la edad de imputabilidad y la orientación de las medidas previstas en carácter de reproche penal. A esas variables añadimos en cada momento el análisis de los fundamentos de los legisladores incluidos en el mensaje de elevación (Guemureman, 2004, 2011 y 2015, Jorolinsky-Fridman, 2007, Jorolinsky, 2010 y 2015). La resultante de este cruce fue un análisis de posiciones de actores e intereses en juego, que resultaron ser dinámicos y cambiantes ya que las reformas legales, expresan cambios en las sensibilidades sociales y las reformas penales cambios en las sensibilidades punitivas (Garland, 2000; 2004), que permiten censar estructuras institucionales, fuerzas sociales y valores culturales.

Un relato en siete tiempos

A los efectos de conocer la entidad de los proyectos, se realizaron relevamientos en distintos momentos: 2002, 2004, 2006-2007, 2009, 2012-2013 y 2014. Durante 2017, dado que el tema estuvo en la agenda política y mediática durante todo el año, se volvió a realizar un relevamiento en el Congreso de la Nación.

En forma simultánea se relevó la cobertura mediática que tuvieron los momentos álgidos de discusión legislativa. No fue difícil constatar que la agenda legislativa se agitaba a la par de la repercusión mediática de hechos delictivos graves cometidos por adolescentes, usualmente interclase, en que un joven procedente de un sector socialmente vulnerable victimizaba a un sujeto, joven o no, procedente de un sector socialmente acomodado. Este esquema hizo paradigma en 2004 con el caso Blumberg, en que el joven Axel fue víctima de un secuestro extorsivo seguido de muerte y entre los integrantes de la banda que lo secuestró había jóvenes involucrados. Volvió a ser así en 2008 con el caso del Ingeniero Barrenechea, en 2009 con el camionero Capristo y con el jugador de fútbol Cáceres, a principios de 2011 con el homicidio de Fabián Esquibel, y luego la correlación dejó de ser estrecha (Salgado, 2013 y 2015; Jorolinsky 2010 y 2015; Guemureman, 2011 y 2015) hasta finales de 2016, en que la desafortunada muerte del joven Brian Aguinaco, de

14 años, reactivó el coro punitivo que reclamó en forma estentórea la baja de edad de punibilidad, al atribuirse el desafortunado episodio al joven Brian Joel (BJ) de 15 años.

Si bien nunca pudo vincularse en forma fehaciente a BJ con la escena del crimen, la embestida punitiva y la criminalización mediática crearon el espacio propicio para reinstalar el debate político, legislativo y mediático.¹⁰

En un primer momento, en 2002, se analizaron 27 proyectos que tenían trámite parlamentario. La mayoría de los proyectos se contenía con modificar los artículos referidos a la baja de edad de imputabilidad penal; es decir, eran “reformistas”. Su anclaje era la sensación de inseguridad, la alarma social y el aumento de los delitos cometidos por personas menores de edad, cada vez más graves y a edad cada vez más temprana; verdad autoevidente, elevada al rango de dogma, pero carente de respaldo empírico.¹¹ Muchos proyectos estaban amparados

10. Al respecto, ver Guemureman, Silvia, “Pinceladas sobre el proceso de reforma legislativa”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires*, N° 12, Buenos Aires, 2017, pp. 97-105.

11. En los fundamentos de los proyectos, analizados como géneros discursivos y por ende como dispositivos que expresan ideología, estos móviles aparecen en forma nítida. Véanse las aseveraciones extractadas de los textos de los Fundamentos: “el constante crecimiento de las conductas delictivas y la falta de respuesta de la legislación penal vigente para combatir el delito ha generado en nuestra sociedad un profundo sentimiento de inseguridad” (proyecto del diputado Eduardo Adrián Menem); “dada la situación de violencia imperante en los últimos años y la participación cada vez mayor de menores en la comisión de delitos producidos con un alto grado de alevosía ha generado en nuestra sociedad un profundo sentimiento de inseguridad” (proyecto del diputado Alberto Yaregui); “La gran comisión de delitos cometidos por menores o con su participación produce una verdadera alarma en la sociedad...” (proyecto de Menem); o “el problema de la minoridad en el ámbito penal se ha convertido en una de las mayores preocupaciones de la sociedad y de quienes la gobiernan por el alto grado de intervención de menores en delitos graves” (proyecto del senador M. A. Pichetto); “nuestra sociedad se ve afectada por una creciente ola delictiva. Todos los días una gran cantidad de delitos es cometida provocando una profunda sensación de intranquilidad. Cada vez el grado de violencia es mayor, y desgraciadamente, participan personas muy jóvenes. La realidad nos muestra que la edad de quienes delinquen ha bajado de los 15 a los 11 años. ¡Los delincuentes son cada más jóvenes!” (proyecto de la diputada Martha Alarcía); “con alarmante frecuencia nos encontramos frente a casos de homicidios calificados, homicidios simples, violaciones, robos con armas, etc. cometidos por menores de 16 años...” (proyecto del diputado Edmundo Robles Ávalos); “El aumento de la participación de adolescentes en la comisión de delitos de acción pública es un alarmante dato...” (proyecto del di-

en el principio de defensa social. Pocos proyectos eran innovadores en el sentido de propiciar la instauración de un régimen de responsabilidad penal juvenil que velara por el cumplimiento de derechos y garantías para los adolescentes que cometieran acciones disvaliosas y que en tal sentido postulara medidas socioeducativas y no punitivas. Cabe consignar que para este momento la edad no era un aspecto especialmente problematizado. Una revisión de los 27 proyectos focalizada especialmente en este ítem muestra que 25 de ellos proponían bajar la edad de imputabilidad/punibilidad.¹²

La disminución de la edad de reproche penal era un común denominador en los proyectos orientados según la ideología de la defensa social y fundamentados en las cosmovisiones peligrosistas de los jóvenes, como en aquellos inspirados en la CDN, orientados según los estándares internacionales, con generosas cuotas de garantías y motivados en la remoción de arbitrariedades tutelaristas.

Tanto desde la perspectiva del peligro como desde la perspectiva de los derechos, la fijación de la edad mínima de reproche penal en 14 años no fue el aspecto más controvertido de la discusión de entonces. Tampoco hubo posicionamientos asociados a banderas partidarias que permitieran establecer correlaciones estrechas entre adscripción partidaria y posicionamientos dogmáticos. Ninguno de estos proyectos se convirtió en ley, pese a haber sido discutidos en comisiones específicas. El contexto social conmovido por el trágico diciembre de 2001 y el malestar social con la clase política impidió que el tratamiento legislativo prosperara.

Un segundo momento se inaugura en 2004 y cobra visibilidad a partir de la sensibilidad punitiva exacerbada por el caso Blumberg. Para entonces, los proyectos innovadores se habían incrementado y equiparaban en cantidad a los proyectos reformistas.¹³ Había 23 proyectos con trámite parlamentario. Al igual que durante el período

putado Ricardo Bussi). El análisis completo de los proyectos y sus fundamentos, en Guemureman, Silvia, "Responsabilizar o punir. El debate legislativo en materia de niños, adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal", *op. cit.*

12. Ver infografía síntesis, al final.

13. Entre los proyectos innovadores, deben contabilizarse los proyectos de los legisladores Juan Manuel Urtubey, Laura Mussa, Victor Fayad, Hernan Damiani, Maria Lelia Chaya, Silvia Martínez y Pascual Cappelleri. Entre los proyectos reformistas, deben contabilizarse, entre otros, los proyectos de los diputados Cecilia L. De González Cabañas, M. Alarcia, Adrián Menem, Guillermo Johnson, Marta Osorio, Oscar Di Landro y Hugo Cettour.

anterior, la mayoría proponía el descenso en la edad de reproche penal (19 proyectos, contra 4 que proponían conservar el límite en los 16 años). De los 23 proyectos de ley con trámite parlamentario, se analizaron los 15 con tratamiento en la comisión de legislación penal de la Cámara de Diputados de la Nación. El discurso políticamente correcto en la letra y texto de la mayoría de los proyectos, cuyo anclaje en la CDN los dotaba de legitimidad, distorsionó el debate y encubrió las verdaderas intenciones de algunos legisladores animados de un ansia punitivista y retribucionista con matices expiatorios, que sí afloró en los debates que se suscitaron en las comisiones legislativas.¹⁴ Pese a que un paquete importante de leyes punitivas obtuvo sanción en el período, no prosperó la baja de edad de imputabilidad penal.

A partir de 2006 se inicia un tercer momento, cuyo punto de partida fue el consenso legislativo alcanzado para que fuera la Cámara de Senadores la que promoviera la iniciativa. Para entonces había 16 proyectos con trámite parlamentario, 10 en la Cámara de Diputados y 6 en la de Senadores. Respecto a la edad, al igual que en los momentos anteriores prevalecieron los proyectos que postulaban la baja en la edad de reproche penal: 12 iniciativas,¹⁵ contra 3 que sostenían tenazmente la conservación del límite etario en 16 años.¹⁶ De estas 12, 4 establecían

14. Valga el caso del proyecto de la diputada Mirta Pérez, que si bien parece *aggiornado* a la CDN en su forma, en su espíritu contiene una pulsión punitiva que sacrifica cualquier conato de garantías en favor de una lógica estrictamente securitaria. El debate en la Comisión de Legislación penal entre las entonces diputadas Pérez y Falbo fue de antología.

15. Estos fueron los proyectos: 1) Expte. N° 995-S-06, presentado por Sonia Margarita Escudero, Sergio Adrián Gallia y Laura Martínez Pass De Cresto; 2) Expte. N° 841-S-06, presentado por María Laura Leguizamón; 3) Expte. N° 1727-S-06, presentado por María Cristina Perceval; 4) Expte. N° 391-S-06 (reproducción de S-3304/04), presentado por Vilma Ibarra; 5) Expte. N° 3454-S-06, presentado por Gerardo Morales y Ernesto Sanz; 6) Expte. N° 3065-S-06, presentado por Ricardo Bussi; y desde la Cámara de Diputados, los proyectos: 7) Expte. N° 2147-D-2006, presentado por Paola Rosana Spatola; 8) Expte. N° 0803-D-06 (reproducción de 1725-D-04), presentado por Mirta Pérez; 9) Expte. N° 1083-06 (reproducción de 3982-D-04), presentado por Jorge Vanossi; 10) Expte. N° 6789-D-05, presentado por Emilio A. García Méndez, Marta O. Maffei, Eduardo G. Macaluse, Marcela V. Rodríguez, Elsa S. Quiroz, Elisa M. A. Carrió, Susana R. García y María A. González; 11) Expte. N° 4593-D-06, presentado por Mabel Muller; y 12) Expte. N° 5813-D-06, presentado por Adrián Menem.

16. Estos fueron los proyectos: N° 1986-D-2006, presentado por Juan Manuel Urtubey; N° 5602-D-06, presentado por Manuel Justo Baladrón y el N° 1290-D-06, presentado por Alicia Comelli.

frangas diferenciadas, según los adolescentes tengan 14 a 15 años al momento de la comisión de un delito, o estén comprendidos entre 16 y 18 años. Un proyecto fijaba la edad de punibilidad a los 15 años. Las restantes iniciativas no se pronunciaban específicamente en relación con la edad, se contentaban con declarar la improcedencia en la aplicación de penas a prisión perpetua a personas menores de edad.¹⁷

El dato que sí constituyó una novedad respecto de los períodos anteriores fue el nítido el avance de las propuestas de regímenes de responsabilidad penal juvenil (11 proyectos). Traducido en términos prácticos, esto implica propuestas en las cuales prevalecían las medidas socioeducativas, los apercibimientos, el trabajo comunitario, la libertad asistida, en tanto la privación de la libertad como sanción debía tener un carácter excepcional y llevarse a cabo en centros especializados, siempre como último recurso y por un tiempo determinado (el más breve posible). Sólo 4 proyectos “desentonaban” la línea políticamente correcta de adecuación a las prerrogativas de la CDN, al sostener una lógica tutelar y la baja de edad de imputabilidad anclada en la peligrosidad como mayor argumento para proponer una reforma legislativa. El escenario era propicio para arribar a un consenso, ya que 5 de los 6 proyectos de la Cámara de Senadores aglutinaban más coincidencias que divergencias. Por lo tanto no era descabellada la expectativa de arribar a un dictamen único. Finalmente, se arribó a un dictamen de mayoría que, huelga decir, se logró sobre el consenso en fijar la edad de punibilidad en los 14 años. Sin embargo, la proximidad al proceso eleccionario de 2007 interrumpió el proceso que probablemente hubiera concluido con la sanción de la ley.

Retomada la discusión a la sombra de los espasmos mediáticos disparados por los casos de Barrenechea, Capristo y Cáceres, el cuarto momento, al que podríamos denominar “cerraron filas... y se viene la baja”, estuvo animado por la discusión concentrada en el recinto de la

17. Se trató del Expte. N° 5933-D-06, presentado por los diputados Laurita, Solanas *et al.*: Regulación del régimen penal de minoridad - Ley N° 22278 - Modificación del artículo 4, sobre aplicación de la pena de prisión o reclusión perpetua. Propone incorporar como penúltimo párrafo del artículo 4 de la Ley N° 22278 el siguiente texto: “En ningún caso se aplicará la pena de prisión o reclusión perpetua”.

Cámara de Senadores sobre la base de proyectos que no presentaban mayores diferencias.¹⁸

Esta discusión exitosa se condensó en el proyecto de ley que obtuvo media sanción en la Cámara de Senadores a finales de 2009: “Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal”. Dicho proyecto fijaba la edad de punibilidad en los 14 años.¹⁹

Atrás quedaban los 12 proyectos de ley con trámite parlamentario en la Cámara de Diputados, de los cuales sólo uno mantenía la edad de reproche penal en los 16 años. Es importante detenerse en este punto ya que la reconstrucción rigurosa del proceso de reforma legislativa muestra que ni la edad, ni la adscripción partidaria, ni la procedencia del legislador en términos jurisdiccionales, ni el género, ni la formación disciplinar constituyeron elementos de aglutinación o diferenciación respecto a una propuesta que atendiera la suerte de los adolescentes infractores a la ley penal. No es que no hubiera diferencias programáticas, sino que la heterogeneidad no estaba marcada ni a partir de los partidos de origen ni de las ideologías que los sustentan.

18. Estos eran: el Expte. N° 734-S-08, Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal (María C. Perceval y Sonia Escudero); el 1263-S-09, Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal (presentado por Adolfo Pérez Alsina); el 1524-S-09, Régimen penal juvenil (presentado por Teresita Quintela), proyecto que preveía mantener la edad de punibilidad en los 16 años; el Expte. N° 1555-S-09, Régimen Integral para la Prevención, Sanción y Reinserción de Personas Menores de 18 años en conflicto con la ley penal (presentado por Negre de Alonso), proyecto que excede la previsión de un régimen de responsabilidad penal juvenil ya que atiende a la prevención y a la creación de un observatorio sobre delincuencia, y finalmente, el Expte. N° 1564-S-08, Sistema legal aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal (proyecto de Gerardo Morales, re-presentado).

19. Originalmente, este proyecto fue presentado en 2006 por los senadores Sanz y Morales (Expte. N° 3454-S-06). En los fundamentos, los senadores se reconocen tributarios del proyecto que en el 2000, el entonces Ministro de Justicia Gil Lavedra envió desde el PEN al Congreso. Asimismo, reconoce el asesoramiento de juristas y expertos. La matriz del proyecto de Gil Lavedra es la que se reitera en las iniciativas legislativas propuestas por los diputados Laura Mussa, Emilio García Méndez y Elisa Carrió, entre otros legisladores del ARI-Coalición Cívica. Caducó el 29/02/2008 y en agosto de aquel año fue enviado a archivo. Por eso, volvió a ser presentado con el número 1564-S-08, con el que ingresó en mayo, y fue girado a las Comisiones de Presupuesto y Hacienda, de Población y Desarrollo Humano y de Justicia y Asuntos Penales. Obtuvo moción de preferencia, se trató en el recinto en noviembre y obtuvo la media sanción compatibilizando el dictamen con 1263-S-09; 1524-S-09; 1555-S-09; 1564-S-08 y 734-S-08.

Valga decir: radicales, peronistas –en todas sus variantes–, socialistas y otras expresiones del espectro del centro, ora más orientadas a la derecha, ora más orientadas hacia la izquierda (ARI, Coalición Cívica, GEN, Compromiso Republicano, Encuentro Popular y Social, Unión por todos, etc.) mostraron en sus filas posiciones que no pocas veces estuvieron contrapuestas y alcanzaron estatuto de contradicción en algunos casos.

Cuando parecía inminente su conversión en ley, ya que el paso por la Cámara de Diputados debería haber sido un “mero trámite”, el tránsito legislativo se interrumpió. Esto debe atribuirse fundamentalmente a dos motivos. En primer lugar, la adopción de una postura legislativamente responsable que abogó por conferir una perspectiva de materialidad a las propuestas que emanaban de los proyectos. Esto es, que una vez sancionada la ley, las acciones que prevé no queden en letra muerta por falta de previsión presupuestaria. Esta posición fue proclive al envío de la propuesta remitida por la HCS a la comisión de presupuesto de la HCD. En segundo lugar, el cambio de postura del bloque del FPV, que en un esfuerzo por unificar posiciones retiró su apoyo a la baja de imputabilidad penal consensuada y con ello obturó el trámite, pese a la agitación mediática que produjeron nuevos casos.

A este quinto momento lo podríamos denominar “estábamos tan cerca... que casi lo logramos” y de haber sido así, probablemente el proyecto aprobado hubiera restituido la edad de punibilidad a los 16 años ya que en la Cámara de Diputados se había logrado –penosamente, cabe admitir– consenso en este punto. Este momento abarcó desde 2010 hasta 2012, período en que el proyecto con media sanción perdió estado parlamentario y nuevamente quedamos en fojas cero, con un régimen penal de la minoridad rebosante de buena salud.

El sexto momento se inicia en agosto de 2013, luego de las elecciones PASO, con las declaraciones de uno de los principales candidatos a diputado por la provincia de Buenos Aires, quien, sin que medie episodio escabroso alguno que tuviera como protagonista a un “menor delincuente” reinstaló, a partir de declaraciones con fines de rédito electoral, el tema de la baja de edad de imputabilidad.

A partir de este momento, las voces estentóreas que reclamaban la modificación de la legislación penal que incluyera la baja de edad de imputabilidad, pudieron prescindir de hechos escabrosos para correlacionarse con el mercado de los réditos electorales y con la in-

interpretación de la sensibilidad ciudadana sobre las cosas que le preocupan a la gente común y corriente. Así, las movidas siguientes en pro de la baja de la edad imputabilidad penal procedieron de los políticos en campaña y no guardaron correlación con acciones lesivas a la vida cometidas por jóvenes.

El camino legislativo pareció disociarse de la agenda política y, a finales de 2013, ya se habían presentado en la Cámara de Diputados 4 nuevos proyectos con pretensiones diversas respecto a la edad de punibilidad, pero en escenarios de discusión más hostiles.²⁰

En 2014, año con poca discusión legislativa en la materia, había 8 proyectos con trámite parlamentario, todos originados en la Cámara de Diputados.²¹ De estos, 5 propiciaban la baja en la edad y 3 no. Porcentualmente, podríamos afirmar que las posiciones respecto a la edad empiezan a equipararse.

20. Estos fueron el Expte. N° 5227-D-2013, Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal: derogación de las leyes 22278 y 22803, reproducido por Expte. N° 0279-D-15 (presentado por M Garrido y M. L Storani de la UCR); el 5438-D-2013, Régimen penal de la minoridad (Ley N° 22278): modificación de los artículos 1 y 7 sobre edad para ser punible, que mantiene la edad en 16 años, reproducido por Expte. N° 0137-D-15 (presentado por Ivana María Bianchi del Frente Peronista); el Expte. N° 6545-D-2013, Régimen de responsabilidad penal juvenil, que mantiene la edad en 16 años (presentado por Victoria Donda y Margarita Stolbizer de Libres del Sur y GEN) y el Proyecto de Ley N° 7255-D-2013, Impunibilidad del menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad o el que no haya cumplido dieciocho (18) años de edad respecto de delitos de acción privada o reprimido con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación, que mantiene la edad en 16 años (presentado por Rogel, Biella Calvet, Benedetti, Storani, Alfonsín y Maldonado de la UCR y UDESO). Es interesante que algunos legisladores aparecen como firmantes en proyectos que propician la baja y, al mismo tiempo, en proyectos que mantienen la edad en los 16 años. María Luisa Storani, un ejemplo paradigmático.

21. Además de los 4 que venían del 2013, se agregaron: el Proyecto N° 1802-D-2014, Responsabilidad penal juvenil: régimen; derogación de la Ley N° 22278 y su modificatoria 22803 (presentado por De Narváez y por segunda vez por Gambaro –Expte. N° 4818-D-2012– de Unión Celeste y Blanco), mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años; el Proyecto N° 2236-D-2012, Responsabilidad penal juvenil: Régimen, que baja la edad a 14, reproducción del Expte. N° 2873-D-12 (presentado por Patricia Bullrich del PRO); el Proyecto N° 1334-D-2014, Régimen legal aplicable a las personas menores de dieciocho años de edad infractoras de la ley penal (presentado por Carrió, Sanchez y Javkin de Coalición Cívica – Unen), que baja la edad a 14; y finalmente, el Proyecto N° 1339-D-2013, Régimen de responsabilidad penal juvenil: derogación de la Ley N° 22278 (régimen penal de menores) y su modificatoria 22803 (reproducción del Expte. N° 1524-D-10) (presentado por Gambaro del Frente Peronista, re-presentación 1524-D-2010).

Si para aquellos que siempre nos hemos opuesto a la baja en el límite de punibilidad por razones de política criminal opera como consuelo, es justo decir que en el contexto en que el fervor punitivo demoniza a los jóvenes y el endurecimiento del sistema penal se impone de hecho y por derecho (cabe recordar, sin más, la degeneración del operativo Cinturón Sur, con un saldo copioso en violencia punitiva estatal ejercida por los efectivos de la gendarmería, especialmente sobre adolescentes y jóvenes,²² y la declaración de la emergencia en seguridad en la provincia de Buenos Aires por parte del entonces gobernador Daniel Scioli, ferviente defensor de la baja de edad de punibilidad),²³ aun en ese contexto, la militancia argumental en contra de la baja por razones de política criminal sostenida por muchos de nosotros²⁴ ganó adeptos,

22. Valga por caso recurrir a los informes elaborados por el Área de Registro y Bases de Datos de la PROCUVIN: “Violencia policial y alojamiento en dependencias de fuerzas de seguridad sobre niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, 2014”. Disponible en: <http://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2016/03/Informe-NNyA-en-Comisar%C3%ADas-FINAL.pdf>, y “Violencia policial sobre niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Análisis de denuncias por accionar violento de las fuerzas de seguridad sobre niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Año 2015”. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2016/09/Informe-violencia-policial-sobre-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-2015-completo.pdf>. También, informe del CELS, “Hostigados violencia y arbitrariedad policial en los barrios populares 2015-2016”. Disponible en <http://cels.org.ar/hostigados.pdf>

23. A raíz del asesinato del ingeniero Barrenechea, hubo una sucesión de declaraciones. Destacan las del entonces gobernador Scioli, publicadas bajo el titular: “Tras el crimen del ingeniero, Scioli impulsa una baja en la edad de imputabilidad para delitos graves”. Allí se sostiene que “El gobernador bonaerense, Daniel Scioli, salió esta tarde a dar su opinión sobre el crimen del ingeniero Ricardo Barrenechea, ocurrido ayer en San Isidro y por el que hay tres detenidos, entre ellos un chico de 15 años. Entre otros aspectos, calificó el hecho como un ‘dolor inigualable’. Y en simultáneo, volvió a impulsar una baja en la edad de imputabilidad para delitos graves. [...] ‘Una vez más, nos encontramos con menores vaciando el cargador de una pistola calibre 45’, agregó el gobernador” (nota del diario *Clarín*, 22/10/2008).

24. Para sintetizar, todos los autores que colaboraron en Benegas, Perla (coord.), *Estado e infancia: más derechos, menos castigo: Por un régimen penal de niños sin bajar la edad de punibilidad*, Neuquén, Publifadecs-Uncoma, 2011: Claudia Cesaroni, Luis Fernando Niño, Gustavo Vitale, María Laura Böhm, Dardo Bordón Costa, Germán Martín, Observatorio de Adolescentes y jóvenes y GESPYDH (UBA), Guillermo Berto y Horacio Cecchi. A la lista puede añadirse un colectivo importante de actores de diferentes pertenencias con activa participación en el proceso de discusión en las comisiones del Ministerio de Justicia que funcionaron durante 2017 y animaron las actividades de las redes “No a la Baja” y “Argentina no Baja”.

fortaleció y aglutinó posiciones, y esto hizo que la embestida punitiva del 2017 no nos tomara desprevenidos.

El séptimo momento transcurre durante 2017 y comienza a partir del episodio lamentable de la muerte de Brian Aguinaco, de 14 años, que reinstala el debate sobre la delincuencia y la penalidad juvenil y reactiva la agenda política y mediática.

El debate bien entendido, el del espacio “progresista”, pivotea fundamentalmente sobre la edad de imputabilidad/punibilidad.

EL DEBATE POR LA IMPUTABILIDAD/PUNIBILIDAD

La confusión entre ambos términos ha sido la fuente de no pocos problemas, y esta confusión no sólo es visible y tangible en los proyectos legislativos de reforma del régimen penal actual, sino también en los fundamentos y argumentos utilizados para justificar los postulados normativos. A tal punto esta confusión es determinante que la reciente convocatoria de discusión en comisiones convocada por el Ministerio de Justicia, en febrero del 2017, precisamente denominó a la comisión “Definición de imputabilidad de los jóvenes menores de edad”. Fue la única Comisión en que se objetivaron posiciones encontradas y el núcleo de la discusión emergió con todos sus matices. En su momento, y en ocasión de realizar una reconstrucción etnográfica del debate, con un fin pedagógico intenté establecer una distinción entre imputabilidad y punibilidad.²⁵

Repongo aquí, y a los efectos de dar inteligibilidad a lo que sigue, lo más sustantivo de la distinción señalada y las expresiones más tangibles que le dieron voz. Estas expresiones guardan relación con los proyectos de ley que a lo largo de los años desfilaron por el Congreso de la Nación y sus retóricas argumentales. Muchos de los actores han sostenido su posición argumental desde diferentes lugares (legisladores, funcionarios políticos, funcionarios judiciales, académicos, organizaciones de la sociedad civil, etc.).

25. Las posiciones a favor y en contra de la baja, y la prolongación en la voz de los actores, se desarrolla en Guemureman, Silvia, “Pinceladas sobre el proceso de reforma legislativa”, *op. cit.*, y el Boletín del OAJ N° 5, “Los NNYA ‘caídos’ el sistema penal y los NNYA en riesgo de ‘caída estrepitosa””, abril de 2017. Disponible en: <http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/>

Para muchos, como para quien escribe, no han aparecido en el horizonte posiciones novedosas, sino una repetición interminable de una película vista muchas veces, con algunos matices que concitan la atención y realineamientos curiosos dictados por las coyunturas políticas e institucionales que hacen que algunas posiciones no sean “cantadas”.

Por imputabilidad debe entenderse: a) susceptibilidad de reprochabilidad de un hecho delictivo a un supuesto autor; b) capacidad de discernimiento; o c) capacidad de comprensión y orientación de las acciones con arreglo a fines. Imputabilidad remite al individuo.

La punibilidad debe entenderse como potestad o facultad del Estado de fijar la edad a partir de la cual los sujetos son pasibles de recibir sanciones en carácter de reproche por comisión de acciones disvaliosas. Punibilidad remite a una decisión de política criminal y, por ende, al Estado. Los sujetos no punibles son aquellos exentos de ser responsabilizados penalmente. Situar el eje de la discusión en la edad de imputabilidad es bien distinto, entonces, a fijar el hecho en la edad de punibilidad.²⁶

La referencia a la imputabilidad demanda una definición del concepto. Hay consenso en definir la imputabilidad como “la capacidad humana de actuar culpablemente dentro de los cánones de la ley

26. Esta distinción aparece muy nítidamente en el proyecto de Ley N° 6545-D-2013 presentado por las diputadas Victoria Donda y Margarita Stolbizer, y el N° 0882-D-2017, presentado por Margarita Stolbizer con el precedente anterior, que diferencian la *exención de responsabilidad* (art. 2): “Están exentas de responsabilidad penal las personas que al momento de comisión del delito que se les impute no alcancen la edad de 16 (dieciséis) años”, de *imputabilidad* (capítulo VI) y sus causales: artículos 55 y 48 (respectivamente, en cada proyecto): “Causales de inimputabilidad. No son punibles: 1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. 2. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente. 3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño. 4. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima. b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. 5. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

penal”.²⁷ Existen fórmulas biológico-psiquiátricas, fórmulas psicológicas y fórmulas mixtas.²⁸ Ciertas situaciones o estados personales de carácter biopsicológico, denominados “causas de inimputabilidad” o “causas que excluyen la imputabilidad”, aniquilan la capacidad personal de reprochabilidad, de modo que el autor del acto típicamente antijurídico deja de ser imputable. Inimputables son aquellos que por distintos causales (artículo 34 del CP) no pudieron motivarse en la norma o no pudieron dirigir sus acciones.

La ausencia de culpabilidad, entendida como cancelación de reprochabilidad jurídica es factible de ser explicada a partir de dos grandes teorías.

Cillero Bruñol refiere que para justificar la falta de responsabilidad de las personas menores de edad se invocan o bien las doctrinas de la imputabilidad en sentido estricto (modelo de discernimiento), para las cuales el menor es equiparado al alienado mental sin plenitud de facultades para entender y querer; o bien, las doctrinas político-criminales, que consideran la edad mental como una barrera político-criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito: el de adultos y el de personas menores de edad. Aquí aparece el concepto de punibilidad. Fijar la edad de punibilidad es una decisión de política criminal, es decir, es una decisión de carácter político.

A su vez, continúa Cillero Bruñol, aquellos que adhieren a la postura de la edad como barrera político-criminal se dividen en dos grupos: los que siguen un modelo de protección, consiguientemente consideran al menor no punible como irresponsable y le asignan una medida de seguridad y/o protección, y aquellos que propician la aplicación de un modelo de responsabilidad por medio de un sistema de derecho penal especial para adolescentes, que les reconoce una especial capacidad de culpabilidad (justicia especializada y régimen de responsabilidad penal juvenil). Tanto los modelos de discernimiento como los de protección, si bien niegan la culpabilidad en tanto reprochabilidad ético jurídica, no por ello renuncian a una

27. Frías Caballero, Jorge, *Imputabilidad Penal, capacidad personal de reprochabilidad ético social*, Buenos Aires, Ediar, 1981.

28. El artículo consagrado por el Código Penal al tema de la inimputabilidad es el art. 34, cuya fórmula es mixta, en oposición a la fórmula francesa que es biológico-psiquiátrica pura, o la contenida en el Código Penal checoslovaco, que es solamente psicológica.

intervención coactiva, aunque solapada bajo las figuras de la protección y corrección.²⁹

También la capacidad de discernimiento suele asociarse a la madurez. Tamar Pitch,³⁰ al analizar el tema de madurez, afirma que es factible detectar aquí un encuentro entre el derecho penal y las ciencias sociales ya que en el caso de los jóvenes no está tan claro cuáles son los expertos para dictaminar su “capacidad de entender y querer” como en el caso de los adultos, en que el saber psiquiátrico, a través de los peritajes forenses, dirimen la cuestión.

Esta zona gris produce distintos alineamientos entre los magistrados, algunos son partidarios de pedir la separación de competencias y redefinen así su propio rol como jueces, al renunciar a cualquier pretensión correccional y reeducadora y afianzarse en el juzgamiento del hecho y no en la personalidad de su autor. Así, delegan en los dictámenes del cuerpo médico forense la cuestión de la imputabilidad en tanto capacidad de discernimiento. Por otro lado, están los jueces que se hacen cargo de la ambivalencia institucional y amplían sus competencias y responsabilidades asumiendo como tarea propia la evaluación de la inmadurez. Para estos jueces, la especialización se convierte en condición *sine qua non* para el ejercicio de sus funciones. Cuando dictan un sobreseimiento por inmadurez, esta es una decisión sopesada a la luz de una evaluación compleja, en la cual la opinión de los profesionales de los equipos técnicos se torna relevante aun cuando formalmente no sea vinculante.

29. Ampliación de la posición en Cillero Bruñol, Miguel, “*Nulla poena sine culpa*. Un límite necesario al castigo penal”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, UNICEF, 2001.

30. Al respecto, cfr. Pitch, Tamar, *Responsabilidades limitadas: Actores, conflictos y justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003. Especialmente el capítulo V: “La cuestión de la desviación juvenil”. El concepto de “deprivación” es trabajado desde la psicología por Winnicott en *Deprivación y delincuencia*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2003 (1ª edición, en el original, 1984, aunque los escritos son anteriores). Increíblemente, la noción que configura el núcleo de su tesis, que *la deprivación contribuye a la tendencia antisocial y a la delincuencia*, recién se define promediando el libro, y es definida así: “Deprivación es más que simple privación, ya que el niño ha perdido algo bueno, que, hasta una fecha determinada ejerció un efecto positivo sobre su experiencia y que le ha sido quitado; el despojo ha persistido por un lapso tan prolongado, que el niño ya no puede mantener vivo el recuerdo de la experiencia vivida. Una definición completa de deprivación incluye los sucesos tempranos y tardíos, el trauma en sí y el estado traumático sostenido, lo casi normal y lo evidentemente anormal” (p. 148).

Redefinida la inmadurez como atributo de situaciones socioculturales de pobreza y deprivación³¹, se deja a los adolescentes a merced de un modelo de protección que combina, como bien dice García Méndez, compasión y represión,³² y que dentro del sistema penal, tiene escaso margen de ser efectivo en carácter de oferente de respuestas no teñidas de elementos coactivos.

Tanto el sobreseimiento por inmadurez como la exención de aplicar pena, una vez declarada la responsabilidad penal, instituto conocido como “perdón judicial”, requieren del estudio caso por caso, y de ningún modo son soluciones que se administren como regla, así resulten eficaces mecanismos burocráticos para descomprimir la recargada administración de justicia del fuero penal juvenil. El sobreseimiento por inmadurez es bien distinto del sobreseimiento por “no punibilidad”.

TESITURAS, POSICIONES Y PROYECTOS: EL ARCO DE POSICIONES Y LOS Matices

En las reuniones convocadas por el Ministerio de Justicia sobre reforma penal juvenil con la participación de actores de diferente procedencia, el debate mostró diferentes posiciones sobre imputabilidad/punibilidad. La divisoria de aguas aglutinó de un lado a los que propiciaban la baja de edad de punibilidad/imputabilidad, y del otro lado a quienes postularon mantener el límite actual, en los 16 años.

Al interior de cada colectivo hubo diferencias que permiten visualizar los matices en la comprensión de los conceptos. Vale la pena detenerse en estos alineamientos porque bien podríamos afirmar que constituyen la contradicción principal y el factor que explica que aún no se haya avanzado con una reforma exitosa, aunque exista una convicción unánime –esto es, de todos los actores– de que el régimen penal de la minoridad debe derogarse en beneficio de un régimen de responsabilidad penal juvenil.

31. *Ibidem*.

32. El desarrollo puede leerse en “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: Notas para la construcción de una modesta utopía”, en García Méndez, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

Del lado del no a la baja de punibilidad, el espectro de posiciones se dividió tres colectivos:

1. La tesis de la decisión de política criminal, expresada por una gran mayoría. Esta posición sostiene que siendo que el sistema penal fracasa conforme a sus objetivos declarados, es har-to conveniente sustraer lo más posible a los sujetos del ingreso al sistema penal. Antes bien, hay que aceptar los programas de prevención, las políticas públicas y las acciones tendientes a que los más chicos crezcan en condiciones de vida que los doten de perspectivas de desarrollo potencial, y que esas perspectivas no aborten su potencia en acto, es decir, que se potencien a través de acciones proactivas en forma de programas y políticas públicas, dotados de presupuesto y condiciones de posibilidad. Estas posiciones, siguiendo los modelos explicitados por Cillero, se inscriben en un modelo de responsabilidad, pero en un *modelo de responsabilidad responsable* (valga la redundancia): que atienda la responsabilidad de los sujetos pero también la responsabilidad de las instituciones, que deben poder hacerse cargo de garantizar y llevar a buen término las medidas que se dispongan, las instrucciones o reglas que se indiquen y los programas socioeducativos que se prescriban. El modelo de responsabilidad no puede ser concebido en abstracto, al margen del contexto en donde se desarrolle y prescindiendo de la observación del sistema penal real. Además, estas posiciones advierten sobre el carácter regresivo que implica bajar la edad, cuando los estándares internacionales abogan en el sentido de subirla paulatinamente. Destacan a su vez que este fue uno de los aspectos que no fue observado por la CIDH cuando sancionó al país por la aplicación de sentencias condenatorias a prisión perpetua a jóvenes que cometieron delitos siendo menores de 18 años.³³

33. En términos legislativos, los argumentos se corresponden con los vertidos en los fundamentos de los proyectos de Donda-Stolbizer citados *ut supra*: “En materia de derechos humanos, rigen los principios de no regresividad y el de progresividad, por lo que el legislador se encuentra imposibilitado de regresar a instancias anteriores en cuanto a la cobertura de un derecho. Cabe aclarar que resultaría ilegítimo, además de alarmante, aplicar un criterio más represivo que el del mismísimo gobierno de facto que, a través del dictado del Decreto-Ley N° 22803 que modificó el Decreto-Ley N° 22278, elevó la edad de punibilidad de los catorce a los 16 años, descartando así el segmento de los 14-15 años. De lo anterior se desprende una pregunta: ¿estamos dis-

2. Posiciones vinculadas a una psicología del desarrollo, en las neurociencias, y en análisis de la biomedicina, que fundamentan carencias y deficiencias que no hacen conveniente el descenso de la edad. Estas posiciones tienen algunos rasgos que las asemejan peligrosamente a las doctrinas del discernimiento.³⁴
3. También abonan la tesis de no a la baja aquellos que sin abundar en explicaciones de tipo evolutivo, entienden que las condiciones de privación y pobreza extrema son de por sí un

puestos acaso a inyectar más cuotas de violencia que las que se admitían en la etapa más represiva del Estado argentino, ampliando el ejercicio de la coerción estatal? El Comité de Derechos del Niño de Ginebra ha entendido que esa disposición crea la obligación para los Estados Partes de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP) y a esos efectos ha concluido: 'las edades mínimas a efectos de responsabilidad penal varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 o 16 años'. En dicha observación el Comité instó a los Estados Partes a no reducir la edad mínima a los 12 años y concluyó que 'la fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales' (12). Esto quiere decir que si la edad vigente en la Argentina es 16 se sugiere la fijación de un 'nivel alto' no hay argumentos sólidos para reducirla a los 14 años". Fundamentos, Expte. N° 0882-D-17, antecedentes los siguientes proyectos de autoría de diputados y ex diputados de diversos bloques políticos: Fernanda Gil Lozano y Horacio Alcuaz (Expte. N° 3273-D-2009); Horacio Alcuaz, Gerardo Milman, Fabián Peralta, Fernanda Gil Lozano, Marcela Rodríguez, Cecilia Merchan y Victoria Donda (Expte. N° 6077-D-2011); Victoria Donda y Margarita Stolbizer (Expte. N° 6545-D-2013); y Victoria Donda (Expte. N° 1330-D-2015).

34. Referencias comunes son aquellas que aluden a la inexperiencia de los jóvenes o a que "no han vivido lo suficiente", en la línea de la doctrina de la CSJ sobre la menor reprochabilidad en virtud de la menor edad. Una ejemplificación extrema que no se expide por edad taxativa está contenida en los artículos 1 y 2 del proyecto que presentó el entonces diputado Dante Camaño, Nacional Sindical (Expte. N° 1662-D-09): Art. 1: Las sanciones previstas en el Código Penal serán aplicables a todo menor de edad siempre que, mediante la evaluación de sus circunstancias y personalidad, se compruebe que al momento del hecho ha podido comprender la criminalidad de la conducta desplegada. Art. 2: A los fines de determinar la procedencia del reproche penal de la conducta desplegada por el menor, el juez competente ordenará que inmediatamente se practiquen cuantas pericias y medidas considere pertinentes. Art. 3: Si del resultado de las mismas surgiere que el menor tuvo comprensión de la criminalidad del acto se llevará a cabo el proceso que correspondiere en cada jurisdicción tendiente a la aplicación de las sanciones previstas en el Código Penal con las modalidades de cumplimiento de la pena previstas en la presente ley". Tal como es posible ver, diferentes argumentos, desde muy diferentes perspectivas, pueden confluir.

argumento de peso para hacer a un lado al sistema penal como horizonte de posibilidad y, en cambio, proponer más estado social como forma de reparar y garantizar derechos.³⁵

35. Al respecto, es interesante la reflexión que se vuelca al final de los proyectos 6266-D-17 y el 0882-D-17, presentados respectivamente por las diputadas Isa, Evita Nélica (Frente Justicialista) y Margarita Stolbizer: “Reflexiones finales: Como lo demuestran los datos presentados al inicio de esta exposición, las niñas, niños y adolescentes son el sector social más vulnerable. No reconocer ni garantizar el disfrute de los derechos que los protegen implica limitar su capacidad de realización personal, condenarlos a la pobreza y excluirlos socialmente. En Argentina parecería ser que el destino prometido para los pobres (y en particular para los más jóvenes de ellos) no es modificar sus condiciones de existencia, sino caer en las redes del sistema penal o ser las víctimas privilegiadas de la violencia institucional encarnada en las fuerzas de seguridad estatales. Es un engaño plantear que podemos resolver los problemas del delito y la violencia si no los relacionamos a los parámetros básicos de inequidad económica y marginalidad social. Esta tarea compromete a la sociedad que somos en su totalidad, y a la que queremos ser. Por lo tanto, debe ser parte de un profundo y amplio debate que apunte a la construcción de un modelo distinto de sociedad, y no reducirse a la adopción pasiva y efectista de consignas autoritarias (‘tolerancia cero’, ‘mano dura’). Sobre el doble carácter de los adolescentes como víctimas, pero fundamentalmente como victimarios, es elocuente el argumento que contiene el Proyecto N° 6427-D-10, presentado por la diputada Liliana Parada (Proyecto Sur) y presentado nuevamente como 0242-D-12 junto al diputado Claudio Lozano (Proyecto Sur): “El presente proyecto se enmarca en la necesidad de asumir por parte del Estado, que el joven infractor de la ley penal reviste el carácter de víctima y victimario al mismo tiempo. Pues los victimarios que contiene el sistema penal actualmente, en gran medida, poseen historias de vida marcadas por la vulneración y restricción de derechos, más aún, si lo analizamos en perspectiva histórica, ya que los jóvenes de hoy son hijos de la crisis pasadas de nuestro país. En este sentido, una decisión criminalizante del adolescente implica una decisión por parte del Estado que viene a establecer deberes de prestación negativa sin haber consolidado todos los mecanismos de prestación positiva. Afirmar que la solución a los conflictos con la ley penal se resuelven con menores de la misma forma que con mayores es un claro deslinde de responsabilidad. Políticas inclusivas y opciones a la sanción son lo que se intenta reflejar en el presente proyecto”. En otro registro, el proyecto presentado por la diputada Ivana Bianchi (Expte. N° 5438-D-13, reproducido por los Exptes. N° 0137-D-2015 y N° 0247-D-2017), que apunta los cañones a la segunda parte del artículo 1 de la Ley N° 22278: “La ley penal sólo actúa, sólo opera cuando la persona ya ha cometido el delito, bajar la edad de imputabilidad de los menores no ataca la cuestión de fondo, hay que ocuparse de las facetas previas para que la inseguridad sea eliminada o disminuida. Cada día en cualquier esquina o plazas de las ciudades argentinas, a cualquier hora, vemos niños y niñas en estado de abandono y de peligro, son parte del paisaje urbano que gran parte de la ciudadanía se niega consciente o inconscientemente a ver. Es prioritario que el Estado deba invertir el presupuesto que sea necesario y de manera urgente para brindar la asistencia al menor que ha cometido delito, con equipos técnico-profesionales, centros especializados para su tratamiento”.

4. En un lugar no menos destacado, cabe mencionar a aquellos que sostienen que la baja de edad no es necesaria y que además constituye un riesgo, amén de connotar el apuro y la premura del proceso de debate todo. Esta posición fue esgrimida por la representante de Unicef en Argentina, Florence Bauer, quien alertó sobre el riesgo de una discusión apresurada y del tratamiento de edad como un factor aislado, cuando no puede desconocerse el contexto.

Si bien en todas estas posiciones aparecieron matices, claro está, todos coinciden en que el sistema penal no puede arreglar las cosas, no puede mejorar la sensación de inseguridad y no puede mejorar a los sujetos.³⁶

Del otro lado, están aquellos que propician la baja de edad de imputabilidad/punibilidad. Fueron posiciones residuales cuantitativamente, mostraron un abanico ideológico muy difícil de compatibilizar en un colectivo. Son más bien posiciones antagónicas, aglutinadas sólo por la fijación de una edad más temprana como edad de reproche penal. Los móviles son muy diferentes y están situados en las antípodas del espectro ideológico: algunos buscan más garantías, mayores estándares de derechos; otros, sólo expiación, castigo y venganza. Estas posiciones están plasmadas en propuestas legislativas de reforma:

1. Los garantistas asimilan al Derecho Penal como un dispositivo que ofrece garantías. Habida cuenta de que en sistemas tutelares y discrecionales a los niños y adolescentes les puede pasar “de todo”, instaurar un régimen de responsabilidad penal es acotar la discrecionalidad y circunscribir el terreno de las posibilidades al campo del Derecho Penal, con sus reglas, procedimientos y garantías. Esta posición sería loable si el sistema penal funcionara como garante del derecho para los sujetos que caen en sus mallas, pero deja de serlo en la medida en que el sistema penal real da muestras todos los días de sus

36. En 2009, desde el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes (OAJ) y el Grupo de estudios sobre sistema penal y derechos humanos (GESPYDH) nos preguntábamos “si el sistema penal lo mejor que se puede ofrecer a un adolescente de 14 o 15 años al que se acusa de haber cometido un delito, sin desconocer que es un sistema selectivo, discriminatorio, estigmatizante, que produce dolor, sufrimiento, daño que deja huellas”. Para más información al respecto: “Ante la avanzada sobre la baja de edad de imputabilidad: Es falaz y perverso porque todos sabemos [...] y ‘ellos’ también.” Disponible en: <https://www.dropbox.com/s/bt1y3ppfdr4aqge/DECLARACION%20OBSERVATORIO-GESPYDH%202009.pdf>

falencias y de la asiduidad con la que incurre en la vulneración de derechos y garantías por las que debería velar. De cara a la realidad, esta posición garantista en abstracto se torna falazmente garantista ya que habilita, pero por sobre todo legitima la intervención de un sistema penal que no puede poner coto a las violencias punitivas estatales ejercidas por las fuerzas de seguridad y por los efectivos de custodia punitiva que afectan la vida cotidiana de niños, niñas y adolescentes. Esta posición falazmente garantista propone el sistema penal como oposición a un sistema falsamente proteccionista y tutelar. Las garantías serían la llave maestra, que a *lo que es vicio convierte en virtud*. La exponente de esta posición fue Laura Musa, ex diputada nacional y ex asesora general tutelar de la Ciudad de Buenos Aires.³⁷

2. También a favor de disminuir la edad de reproche penal, aparecieron las posiciones emitidas desde la reacción victimológica. Proponen más sistema penal y más punición, aun a sabiendas de que el sistema penal no podrá reparar lo irreparable, que es la pérdida de seres queridos. Esta posición fue expresada por la doctora Diana Cohen Agrest, quien sufrió la lamentable pérdida de un hijo a manos de un victimario que, nobleza obliga, era mayor de edad y punible con todas las garantías. Esta posición tiene la vocación “justiciera”, pero más que justicia, tiene sed de expiación, venganza y castigo.³⁸

37. La posición de la Dra. Laura Musa en el Ministerio de Justicia prolonga las posiciones paradigmáticas que se repiten desde el mensaje 840/2000 al Senado (Proyecto bajado desde el PEN, cuya autoría se debe al entonces Ministro de Justicia, Dr. Ricardo Gil Lavedra –actualmente encargado de la Comisión redactora de la ley– y en los proyectos 1650-D-02 (Musa, Carrió, Vitar, Bravo & al; 1-D-02 Milessi, Accavallo, DiLeo, Foglia, Musa, entre otros); el 1877-S-02 (Morales y Mónica Arancio de Beller, y sus re-presentaciones, Musa, 2004, García Méndez *et al*, 2005; 2007 y 2009, Morales, 2006, 2008, 2009; Carrió 2011; Carrió *et al* 2014). Estos proyectos sumaron respaldos y adhesiones a lo largo de los años. El común denominador fue un modelo de responsabilidad, asentado en garantías y especialidad, atendiendo a la normativa internacional de resguardo de derechos humanos. Así expresado cuesta comprender las diferencias con el otro bloque de proyectos, asentados en las garantías, en los estándares internacionales en la especialidad y atendiendo a la administración de justicia en el contexto real. La edad de punibilidad es la mayor diferencia entre unos y otros proyectos. No es una diferencia menor bajo el prisma de considerar lo que sucede a aquellos que ingresan a las mallas del sistema penal.

38. Si bien hay proyectos que fundamentan la necesidad de modificar la ley en la peligrosidad de los jóvenes (Alarcía, Pierri, Adrián Menem, Bussi, Robles Avalos, Chaya,

3. También aparecieron en el medio posiciones tibias, los “Ni-Ni”, aquellos que no se expidieron taxativamente ni por la baja, ni en contra de la baja, que bien podrían adherir a las filas de uno u otro bando según la coyuntura política e institucional.

Tal como puede verse, los grupos que en las comisiones del Ministerio de Justicia se pronunciaron a favor y en contra de la baja de edad de imputabilidad/punibilidad, son colectivos muy heterogéneos en su interior, a tal punto que las mayores contradicciones se expresan hacia el interior de cada grupo, incapaz de reconciliar todas las posiciones. Conciliar las garantías con el deseo de punición es un desafío que no augura buenos pronósticos para los adolescentes y jóvenes. Tampoco es una buena solución conciliar decisiones de política criminal y estándares de mejores derechos con miradas compasivas, devaluadas y desresponsabilizantes de los sujetos. Acaso los cánones y los estándares de mayores y mejores derechos sean la clave para destrabar este conflicto.

CONCLUSIONES

Estaba por terminar este artículo, cuando me sorprendió un titular que anunciaba que el Gobierno volvería a la carga con un proyecto para bajar la edad de imputabilidad a los 14 años.³⁹ Sorprender es un modo de decir, lo que llama gratamente mi atención es que con tal supremacía en el campo legislativo y político de funcionarios, legisladores y expertos que abogan por la baja de edad de punibilidad, la reforma no se haya producido, máxime cuando son los mismos actores que una y otra vez impulsan las mismas posiciones desde diferentes espacios institucionales.

El proyecto oficial no trascendió,⁴⁰ no obstante sería necio sorprenderse si se realiza la previsión de bajar la edad a los 14 años. La comisión redactora de la ley conformada desde el Ministerio de Justicia está presidida por el Dr. Ricardo Gil Lavedra quien, en el 2000 fue autor del

Mirta Perez, etc., al respecto véase nota 11, con el paso de los años, los discursos más burdos se fueron estilizando. Un logro digno de la retórica de los derechos de la que habla Resta en Lora, Laura, *La infancia herida*, Buenos Aires, Eudeba, 2008.

39. Disponible en: <http://www.infobae.com/sociedad/2018/01/27/el-gobierno-vuelve-a-la-carga-con-una-ley-para-bajar-la-edad-de-imputabilidad-a-14-anos/>

40. No ha circulado entre los expertos como sí ha circulado el proyecto consensuado por el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia.

proyecto que desde el Ministerio de Justicia, el PEN envió al Senado para la discusión de un régimen de responsabilidad penal juvenil.

Como supo advertir un brillante pensador del siglo XIX, en la historia todo sucede dos veces: la primera vez como tragedia y la segunda como farsa. Todos somos conscientes de la tragedia que significa más de 30 años de vigencia de la Ley N° 22278, tenemos conocimiento de las barbaridades que se han cometido en su nombre y bajo su amparo. Estamos de acuerdo en la necesidad de derogar la Ley N° 22278. Es un deseo ferviente, pero también un imperativo.

En el campo “progresista” –concepto resbaladizo si lo hay– son más los puntos de acuerdo que los puntos de diferencia.

Los principales capítulos que contienen los proyectos de ley (principios y garantías, delitos, sanciones, procedimientos, centros especializados, etc.) muestran una total sintonía. Acaso por eso sea tan difícil explicar el “narcisismo de las pequeñas diferencias” a aquellos legos que no están alineados en alguna de las posiciones.

Reducido el debate a la cuestión de la fijación de la edad, suena hasta pueril y muchos de nosotros nos hemos visto en figurillas explicando por qué esa puerilidad no es un “detalle menor”.

Alguna vez Bourdieu habló de la tensión entre juristas y magistrados para dar cuenta de las fricciones y los desacoples entre aquellos que piensan las leyes y aquellos que las interpretan y las aplican.

Al estudiar el proceso de reforma legislativa, añadí una complejidad mayor cuando situé en el escenario a los legisladores, en tanto representantes del campo político, y a sus asesores, en tanto expertos procedentes de diferentes ámbitos. En ese concierto de actores, las tensiones y contradicciones aumentaban en forma exponencial, a tal punto que el resultado era un juego perverso en el que las posiciones se neutralizaban unas a otras y ninguna terminaba de hegemonizar (Guemureman, 2011). Ya quedó de manifiesto que no han sido las pertenencias políticas ni partidarias de legisladores los factores de aglutinación o diferenciación.

Semblanteadas las posiciones en una tipología simplificada, es factible completar un tablero complejo de posiciones miradas desde parámetros ideológicos estrictos.

En materia de niñez y adolescencia persisten y perduran resabios tutelares que conviven con enfoques avanzados de derechos. Por eso

es tan importante que los factores de aglutinación y diferenciación se localicen en los campos de ejercicio de quienes desempeñan funciones con incumbencia en el campo de la niñez y la adolescencia.

En ese sentido, fue muy interesante en el debate de comisiones convocadas por el Ministerio de Justicia escuchar a los representantes de distintas jurisdicciones, sobre todo a funcionarios judiciales (jueces, fiscales y defensores). La contundencia con la que se pronunciaron con posiciones ancladas en modelos de responsabilidad penal, orientados a instituir un sistema de responsabilidad penal juvenil pero opuestos a bajar la edad por razones de política criminal, debería ser ponderada de cara a un escenario donde las relaciones de fuerza podrían augurar un trámite legislativo exitoso para un proyecto que consagre la disminución de la edad de reproche penal.

No parece difícil terminar con la maldición de la Ley N° 22278 y romper el círculo vicioso que confronta la tragedia con la farsa. Privilegiar los mayores y mejores estándares de derechos para los adolescentes y jóvenes acota las opciones en un solo sentido, sin ambigüedades ni confusiones.

► INFOGRAFÍA: SÍNTESIS PROYECTOS DE LEY MODIFICACIÓN DE RPM.
Período 2001-2017

Proyectos			Período							
Años	2001-2002			2004			2007			
Cantidad	27			23			16			
Origen	Baja	No Baja	Total por origen	Baja	No Baja	Total por origen	Baja	No Baja	No se pronuncia	Total por origen
HCS	8		8	4		4	6			6
HCD	16	2	18	15	4	19	6	3	1	10
PEN	1		1							
Total	25	2		19	4		12	3	1	
	27			23			16			

Fuente

Elaboración propia sobre la base de proyectos de ley del Congreso. Disponible en:
<https://www.diputados.gov.ar/proyectos/index.html>
<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/>

Período												
2009				2012-2013			2014			2017		
Baja	No Baja	No se pronuncia	Total por origen	Baja	No Baja	Total por origen	Baja	No Baja	Total por origen	Baja	No Baja	Total por origen
2			2									
10	1	1	12	4	4	8	5	3	8	3	3	6
12	1	1		4	4		5	3		3	3	
Obtiene media sanción el proyecto				8			8			0		

CAPÍTULO 3
JUSTICIA RESTAURATIVA

LA IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA PARA LA JUSTICIA JUVENIL

Por Virginia Domingo de la Fuente*

INTRODUCCIÓN. ¿DE QUÉ CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA PODEMOS PARTIR?

Para que la eficacia de esta justicia no quede reducida, y para poder aprovechar los grandes beneficios que esta conlleva, lo ideal es partir de un concepto amplio de justicia restaurativa.

Esta justicia no es un proceso específico, sino más bien un conjunto de principios rectores y valores, un marco filosófico para identificar y abordar los daños y las obligaciones. Es algo más amplio que los diferentes modelos de encuentros específicos, como la mediación penal, conferencias o círculos. Es complicado establecer un concepto claro de la justicia restaurativa; sin embargo, la definición de las Naciones Unidas resulta interesante por su amplitud: “es una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad”. Se trata de una definición que no habla de programas sino de respuestas, por eso dota a esta justicia de un carácter de filosofía o paradigma, con una serie de valores que refuerzan la necesaria impregnación de la actual justicia retributiva de los valores y principios restaurativos.

La declaración de San Salvador del 24 de noviembre de 2009, surgida tras el II Foro Internacional de Justicia Penal Juvenil “Hacia una Justicia Restaurativa en Centroamérica”, incide en esta concepción amplia y propugna una justicia juvenil restaurativa en general y apli-

* Presidenta de la Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, coordinadora del Servicio de Justicia Restaurativa de Castilla y León, formadora en diversas prácticas restaurativas.

cada a cuantas intervenciones se realicen con respecto a la víctima, jóvenes infractores, familia y allegados. A su vez, destaca la recomendación de aplicar el enfoque sistémico de la justicia juvenil restaurativa involucrando a todos los operadores jurídicos intervinientes. Por tanto, la justicia restaurativa será una forma de abordar el delito que tenga en cuenta a los verdaderos afectados: víctimas, personas adolescentes y familias, además de la comunidad. Las intervenciones restaurativas ideales serán aquellas que reúnan a todos los anteriormente mencionados pero, si este encuentro no fuera posible, también sería restaurativo, si bien no totalmente, abordar de forma individual con la víctima, el victimario y la comunidad, el impacto del delito y sus consecuencias.

Y donde mayor sentido cobra esta justicia restaurativa es, sin lugar a dudas, en la justicia juvenil, puesto que va a favorecer la responsabilización de la persona adolescente y la mejor atención a las necesidades de las víctimas. Dos aspectos esenciales para lograr una justicia más humana y, aunque suene redundante, más justa.

ALGUNAS MATIZACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Los encuentros restaurativos pueden ser realmente importantes, sin embargo aunque sean quizá el último “escalón”, no dejan de ser un aspecto más. Si verdaderamente creemos que la justicia restaurativa es una forma más humana de ver la justicia, un nuevo paradigma de justicia aplicado al sistema de justicia penal juvenil, debemos ir dotando al sistema penal de justicia juvenil que ya tenemos de una serie de valores, elementos y principios restaurativos. Así, operando desde dentro y partiendo de la regulación existente, los resultados serán más satisfactorios porque se habrán tenido en cuenta las peculiaridades de cada país y sus leyes, los operadores jurídicos y otras autoridades, y la sociedad en general tendrá tiempo de asumir la justicia restaurativa como lo más lógico, acertado y beneficioso para todos.

Para los que creen que la justicia restaurativa consiste sólo en encuentros restaurativos entre la víctima y los infractores, quedan en el aire muchas preguntas sin resolver. Por ejemplo ¿qué ocurre si una

persona adolescente desea asumir su responsabilidad, o si es muy probable que con ayuda lo logre, pero en cambio la víctima no quiere saber nada? ¿O qué pasa con los delitos de peligro en los que no hay una víctima concreta y determinada, como por ejemplo el tráfico de drogas?

No podemos dejar de aplicar una justicia con valores restaurativos a una persona adolescente que desea asumir su responsabilidad y reparar el daño en la medida de sus posibilidades porque estaríamos incumpliendo el fin último de las penas y medidas de seguridad: la rehabilitación, reinserción y, en caso de jóvenes, la educación. De igual manera, también se podría ayudar a las víctimas desde un punto de vista restaurativo de una forma individual, sin contar con la necesaria participación del victimario.

Además, dos de los principios básicos aplicables a la justicia juvenil restaurativa son el de universalidad e igualdad. Por lo tanto, no aplicar la justicia restaurativa a personas adolescentes y víctimas de forma separada, con independencia de que en un futuro haya un encuentro restaurativo, sería injusto y contrario a ambos principios. Es que cuando ayudamos a víctimas y victimarios, también estamos ayudando a la comunidad en general a sentirse más segura y mejorar su percepción y satisfacción para con la justicia.

La justicia restaurativa en el ámbito de jóvenes es realmente la pieza clave para reducir la reincidencia, generar armonía social y un futuro mejor porque, como decía Pitágoras: “Educad a los niños y no tendréis que castigar a los hombres”.

Al aplicar los valores de la justicia restaurativa a las personas adolescentes en conflicto con la ley, el factor educativo y pedagógico que esta justicia conlleva puede suponer un punto y aparte en su vida, un cambio que beneficie de paso a sus familiares, amigos y vecinos. Por eso es necesaria una justicia juvenil restaurativa y universal, que alcance a todos los jóvenes que tengan problemas con la ley, y les dé una oportunidad para cambiar, así como que, del mismo modo, atienda las necesidades de las víctimas y mejore de esta forma el sistema penal juvenil y la percepción de la justicia por parte de los ciudadanos. Para eso, es conveniente adaptar y orientar las normas existentes desde un enfoque punitivo a uno restaurativo.

CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Antes de ver los beneficios de este tipo de justicia en el ámbito específico de la justicia juvenil, es conveniente contraponerla a la actual justicia retributiva para comprender su esencia diferente, pero no imposible de compaginar:

- La justicia retributiva centra su análisis en la violación de la norma; mientras que la restaurativa se centra en la vulneración de las relaciones entre las personas, en el daño que se las ha causado. El delito causa daños a la víctima y a su familia, pero también a la persona adolescente que lo ha cometido y su entorno.
- Para la justicia retributiva, el Estado intenta defender la norma vulnerada y decidir, de acuerdo con esto, el castigo y la culpa (asume como propio el delito). La justicia restaurativa trata de defender a la víctima, al determinar el daño sufrido y qué debe hacer la persona adolescente para compensar este daño, además de tratar de llegar al porqué del delito para que no se vuelva a repetir.
- La justicia retributiva busca como castigo a la vulneración de la norma que la persona adolescente sea separada de la comunidad a través de la privación de la libertad. La justicia restaurativa busca alternativas a los centros de internamiento o disminución de la estancia en ellos a través de la reconciliación y la restauración de la armonía de la convivencia humana.
- La justicia retributiva mide cuánto castigo se impone con la pena, la justicia restaurativa mide cuántos daños son reparados. Para la justicia retributiva, el delito es una violación de la norma, la justicia representa al gobierno y castiga a la persona adolescente por el hecho cometido. Su objetivo es buscar la pena merecida por el victimario, privarlo de la capacidad de seguir cometiendo nuevos delitos y de la disuasión de otros de cometer nuevos delitos. La justicia restaurativa parte de la premisa de que los delitos causan daños al bien común, y por eso se sancionan en las normas. Cuando un delito ocurre, hay un daño a la víctima, a la comunidad y a la propia persona adolescente que lo comete. El objetivo de esta justicia es doble: huma-

niza, por un lado, da prioridad a la reeducación, y por otro da una segunda oportunidad para hacer las cosas bien:

- Reparación a la víctima porque el daño causado por el delito importa.
- Reintegración de la víctima y persona adolescente porque se desea un mundo con menos delitos. Como dice Braithwaite,¹ la justicia restaurativa es un proceso constructivo y preventivo, en el que se obtiene un compromiso mucho más auténtico de hacer las cosas necesarias para impedir que se produzca otro delito en el futuro.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Existe normativa internacional que avala las bondades y beneficios de la justicia restaurativa, especialmente en el ámbito juvenil, y respalda el porqué de su aplicación. A continuación se mencionan algunas de las más importantes:

- Naciones Unidas
 - Resolución N° 2002/12 del Consejo Económico y social de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal.
 - Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Resolución N° 39/46.
 - Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delito y abuso de poder. Resolución N° 40/34.
 - Resolución N°1984/46 y 1986/10 del Consejo Económico y Social sobre alternativas a la prisión.
 - Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio). Resolución N° 45/110.
 - Resolución N° 14/2000 de 27 de junio sobre principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en procesos criminales.
 - Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

1. Braithwaite, J., "Setting Standards for Restorative Justice ", en *The British Journal of Criminology*, N° 42, Londres, Oxford University Press, 2002, pp. 563-577.

La justicia restaurativa posee un efecto preventivo importante por cuanto facilita la asunción de responsabilidad del joven infractor para generar en él un deseo de cambiar y de vivir alejado del delito. Al joven infractor se le dice que si quiere reparar el daño y asumir el hecho delictivo, va a ser apoyado, lo cual genera en muchos de ellos un efecto positivo y esto conduce a menos jóvenes delinquiendo y reincidiendo. Además, el enfoque global de la justicia restaurativa para abordar el delito y sus efectos hace que la familia del niño o niña y su entorno tenga participación directa, lo cual produce una mayor cohesión y fortalecimiento familiar, que sin duda ayudará al joven en su formación como persona adulta. Asimismo, la comunidad también juega un papel de suma importancia, cuyos beneficios van a repercutir en ella misma, pues la vuelven una sociedad más segura, con jóvenes más productivos y responsables.

Estas directrices están precisamente enfocadas hacia la creación de una justicia penal juvenil restaurativa, donde prime la prevención y educación antes que el castigo. Como mero ejemplo se puede destacar el artículo 9, punto h:

... habla de la participación de los jóvenes en políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluidas la utilización de recursos comunitarios y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas.

El artículo 10 se refiere a los procesos de resocialización y, tal y como propugna la justicia restaurativa, incluye en estos procesos a la comunidad, a la familia e incluso a los medios de comunicación, así como resalta el aspecto pedagógico de la justicia juvenil para concienciar al menor y orientarlo hacia una vida sin delitos.

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing).
El principio esencial de estas reglas es el de intervención mínima, por lo tanto determinan que las penas privativas de libertad sólo serán aplicadas como último recurso y du-

rante el plazo más breve posible. Este principio, junto con el de oportunidad, es esencial para la justicia juvenil restaurativa, por cuanto tiene como objetivo fundamental la reeducación y reinserción antes que el castigo, responsabilización y participación activa antes que el mero castigo pasivo. Esto se consigue al diversificar las medidas a adoptar por parte de los jueces de adolescentes, incluir medidas que fomenten la educación y reintegración del menor a la familia, la comunidad y la sociedad y considerando las medidas privativas de libertad sólo como último recurso al que acudir cuando no quede otra solución. Como destacan estas reglas en su parte primera, tienen un objetivo de política social constructiva, y una buena política social constructiva se encuentra en los valores y principios de la justicia restaurativa, pues en lugar de mirar al menor sólo por lo malo que ha hecho en el pasado, se le dará una oportunidad de mirarlo por lo bueno que puede aportar en el futuro.

Otro principio que propugnan estas reglas y que también está presente en el enfoque restaurativo es el de proporcionalidad. De acuerdo con él, para cada delito se debe individualizar la medida a adoptar teniendo en cuenta las circunstancias del menor (ambiente familiar y social, si asume o no el hecho delictivo, etc.), de la víctima y del propio delito. Así, la medida que se le aplique al joven será totalmente proporcional al delito cometido, y ello convierte la justicia no en mera burocracia, sino en una institución más justa y humana.

Estos principios, junto con las referencias a las víctimas y la potenciación de la reparación del daño, cuando sea posible, así como a la participación de la comunidad, hacen que tanto estas reglas como la Convención de los Derechos del Niño, adoptada con posterioridad, tengan un espíritu eminentemente restaurativo.

- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). La misión de los centros de internamiento, si pretenden tener un carácter restaurativo, debe ser la de la reinserción y resocialización del menor para que vuelva a su familia y a su

entorno lo antes posible. De esta forma, también se estará reparando simbólicamente a la sociedad, pues implica cambiar un potencial adulto delincuente por un joven con un futuro diferente. Según estas reglas, este es el principio fundamental que deben tener los centros especializados, que sustituya la visión represiva y destructiva por una constructiva.

- Convención de los derechos del niño (1989).
La protección de la salud física y psíquica del menor, el fortalecimiento de su entorno social, proporcionándole un ambiente adecuado para su desarrollo y protegiéndolo de los posibles abusos, supone también una medida de prevención, que favorece una mayor cohesión de la familia.
- Consejo de Europa
 - Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.
 - Recomendación 87 (20) del Comité de ministros del 17 de septiembre sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Esta recomendación se reafirma en la prevención como principal arma para luchar contra la delincuencia juvenil, y habla de medidas para evitar que los menores entren en el proceso penal, por ejemplo a través de la mediación. Además, su espíritu restaurativo contempla que se favorezca la reparación del daño y la participación del joven en trabajos de la comunidad para favorecer su educación y formación. También destaca la necesidad de que la comunidad se implique en la corrección de los menores infractores.
 - Resolución N° (76) 10 de 9 marzo sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad.
 - Recomendación R (85) 11 relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y derecho penal.
 - Recomendación R (87) 18 sobre simplificación de la justicia penal.
 - Recomendación R (87) 21 sobre asistencia a la víctima y prevención de la victimización.
 - Recomendación R (99) 19 concerniente a la mediación en materia penal.

- La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012. A través de ella se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En esta directiva se habla del derecho de las víctimas a ser informadas de los servicios de justicia restaurativa existentes, sin embargo la definición que da de la justicia restaurativa está totalmente enfocada en una práctica concreta, la mediación, y deja fuera otras que incluyan a la comunidad.

PRINCIPIOS EN LOS QUE BASAR UNA JUSTICIA JUVENIL CON ENFOQUE RESTAURATIVO

El sistema de justicia penal tradicional falla para muchas víctimas porque trata todos los delitos de la misma manera, a pesar del diferente impacto que causan en las distintas víctimas y de las diferentes circunstancias de los distintos victimarios (principio de proporcionalidad y flexibilidad).

La respuesta judicial con este enfoque restaurativo es más proporcional y más ajustada a derecho porque tiene en cuenta las circunstancias del infractor y las necesidades de las víctimas. Estos principios son inclusivos, consideran especialmente a los más vulnerables, las víctimas, y disminuyen la reincidencia, por tanto eliminan la posibilidad de futuras potenciales víctimas. Son básicamente los siguientes, aunque no es una enumeración taxativa:

El principio de *intervención mínima*. En virtud de este principio, no debe utilizarse el derecho penal cuando exista la posibilidad de usar otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico violado. De acuerdo con las Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia), este principio es esencial, junto con el de oportunidad, para una justicia penal juvenil. Se trata de dar una oportunidad al joven para responsabilizarse del hecho y no judicializar el asunto, cuando sea posible una solución extrajudicial que atienda las necesidades de las víctimas (básicamente la de reparación del daño). Este principio pretende potenciar soluciones

constructivas y pedagógicas antes que sancionadoras; e intenta evitar el estigma que conlleva verse inmerso en un proceso judicial, si es posible. El internamiento es el último recurso que se debe adoptar. De esta forma se reduce la población interna, por lo tanto al fin y al cabo es más barato y más eficaz.

El principio de *flexibilidad, discrecionalidad y diversificación* de las medidas a adoptar. Existen en los códigos de la niñez y leyes de jóvenes, una amplitud de medidas que se pueden imponer al joven infractor. El juez goza de cierta discrecionalidad a la hora de decidir cuál de ellas y su duración. El espíritu restaurativo precisamente facilita y provee al juez de todas las variables personales, sociales y familiares que rodearon la comisión del hecho delictivo, la personalidad y actitud del joven, el grado de apoyo que podrá encontrar en su entorno, así como la posible reparación material o simbólica a la víctima.

Estas circunstancias le permitirán adoptar la medida a imponer de una forma más individualizada y adaptada al joven y sus circunstancias, tomando en cuenta la opinión de otros especialistas y de la víctima, así como de su familia, si fuera posible, y lo hará de una forma flexible, proporcionada y motivada. En todo este proceso es esencial la participación de expertos que ilustren al juez sobre la vertiente psicológica y social del menor, del delito y de su familia (para que el apoyo de su entorno le suponga al menor un estímulo para su evolución y reinserción en la sociedad). Este principio está muy relacionado con los cuatro pilares fundamentales de la justicia restaurativa y sus prácticas: inclusión, participación, reintegración y compensación.

El principio de *responsabilidad del menor*. La justicia restaurativa favorece la concienciación y responsabilización del joven infractor, y además elimina el concepto de delincuente sin posibilidad de redención. Sustituye el concepto de infractor pasivo, que se limita a esperar la respuesta judicial y su consiguiente medida, por el de agente activo e implicado en el cumplimiento de su responsabilidad: especialmente la compensación o reparación a la víctima y/o la comunidad.

El principio de *responsabilidad pública*. Es obligación del Estado y de los poderes públicos fomentar una comunidad más segura y satisfecha con la gestión de sus gobiernos. Para esto, es esencial favorecer mecanismos de reinserción y reducción de los jóvenes, quienes tienen una vida por delante y una personalidad en formación. Los valores de la

justicia restaurativa pueden suponer para ellos un punto de inflexión que los lleve a querer cambiar y alejarse del delito. Esto evita futuros infractores adultos, que cometan nuevos delitos, y hace que sean menos los jóvenes infractores que reinciden y las futuras potenciales víctimas, con lo que la sociedad se sentirá más segura y satisfecha.

El principio de *oportunidad* y el principio de *legalidad* están basados en la pretensión de igualdad de tratamiento de todos los individuos ante la ley. Sin embargo, la realidad ha superado esta premisa porque una similar intensidad para todos y cada uno de los delitos no ha dado resultados en términos de eficacia en su persecución y en las consecuencias para la víctima, el infractor ni la propia comunidad. Con este diseño no se atienden las necesidades de las víctimas; nadie habla de ellas, nadie escucha su voluntad de que el daño que han sufrido sea reparado o que se haga justicia. Los motivos del principio de oportunidad se vinculan a criterios de orientación a los fines, consecuencias y efectividad del sistema. Precisamente este es un pilar que sustenta el sistema penal juvenil con enfoque restaurativo: favorecer cuando sea posible la desjudicialización del delito a través de la justicia restaurativa, siempre y cuando el joven cumpla sus obligaciones para con la víctima o, en su caso, con la comunidad (cuando la reparación sea simbólica, como por ejemplo a través de trabajos en beneficio de la comunidad). Muchos códigos y leyes de responsabilidad penal de los jóvenes prevén la suspensión del proceso en caso de delitos menores, y aun así no se pierde el principio de seguridad, por cuanto la víctima es quien tiene la voz principal para decidir si está de acuerdo o no con el archivo de la causa, que en todo caso está supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos.

Estos principios, como no podía ser de otra manera, están íntimamente relacionados con los demás, especialmente con el de intervención mínima, el de responsabilidad del menor y el de flexibilidad y proporcionalidad. Son como el pilar que sustenta los demás principios que conforman la estructura básica de lo que es una justicia penal juvenil restaurativa y el normal funcionamiento de la justicia restaurativa.

Como consecuencia de los beneficios de las prácticas restaurativas que tienen en cuenta la dimensión humana del infractor y la víctima, se disminuye la reincidencia y se propician las medidas alternativas previstas en las leyes.

Sin embargo, hay dos principios que deben guiar la adopción de este enfoque:

El principio de *universalidad*, que aspira a que en cumplimiento de la normativa internacional todos los jóvenes y todas las víctimas, con independencia del lugar donde se encuentren o en el país donde vivan, puedan disfrutar de una justicia penal juvenil restaurativa y acceder en condiciones de igualdad a la justicia restaurativa.

En segundo lugar, según el principio de *igualdad*, cualquier joven, con independencia de su condición social o circunstancias, debe tener el derecho de ser tratado de acuerdo con el espíritu de la justicia restaurativa.

Estos principios no son contrarios a la necesidad de contemplar la justicia restaurativa también en delitos más graves. En estos casos, no producirían efectos jurídicos o penitenciarios *per se* en el victimario, pero servirían para favorecer su reinserción y ayudarían a la víctima a obtener una reparación adecuada a sus necesidades.

LA PERSONA ADOLESCENTE ANTE LA JUSTICIA TRADICIONAL Y ANTE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La persona adolescente en un proceso tradicional exclusivamente

Ante el juez, la persona adolescente no tiene por qué explicar o explorar su comportamiento delictivo. Por el contrario, la justicia le da toda clase de herramientas para poder negar el delito, justificar su conducta, mentir o engañar. El juicio crea incentivos para reforzar su negación del delito. La persona adolescente, ante la denigración que le puede suponer la acusación, suele ser más propenso a justificar el delito. En estas circunstancias, el reconocimiento del delito es dado por motivos exclusivamente penológicos. Es común incluso que, a pesar de estas actitudes, se sientan ellos mismos víctimas del sistema. De esta forma, no se consigue una responsabilización activa y real de la persona adolescente, lo cual no resulta beneficioso para ellos mismos, ni para las víctimas, ni para la comunidad. Además, los costes del juicio y de las penas afectan a su entorno, lo que sin duda influirá negativamente en la persona adolescente, quien convertirá a sus allegados en víctimas, al recibir de forma indirecta el castigo que el Estado infringe a su pariente por haber cometido él un delito. El castigo a la

persona adolescente conlleva un plus: sus familiares se sienten “señalados”, puede entrar en un centro de internación o perder el cariño por su familia. En definitiva, el delito cometido y su castigo arrastran a mucha gente del entorno del victimario, incluida la persona adolescente. La actitud de la persona adolescente durante todo el proceso, y si al final es condenado, la mayoría de las veces es pasiva y no positiva. Se limitará a cumplir su condena, sin asumir el daño que causó a otro ser humano ni reconocer que cometió un delito. El proceso de justicia tradicional penal es generalmente destructivo y pasivo.

La persona adolescente ante la justicia restaurativa

La justicia restaurativa parte del hecho de que si alguien hace algo mal, debe reparar el daño que causó. La actual justicia retributiva se basa en que el que hace algo mal, será castigado. Con la justicia retributiva el infractor “paga” al ser castigado (es decir, al sufrir parte del daño que causó), lo cual le asigna un rol totalmente pasivo. En cambio, la justicia restaurativa lo estimula en tanto desde el principio el infractor debe “pagar” el daño y reparar, en la medida de lo posible, el sufrimiento que causó. El objetivo de esta justicia no es sólo reducir el delito, sino también su impacto.

En definitiva, con la justicia restaurativa se restaura el equilibrio no por devolver sufrimiento, sino quitándolo en alguna medida. Es constructivo. La persona adolescente en los procesos restaurativos asume una actitud positiva y constructiva, al ver que la reparación del daño que ocasionó no es una obligación impuesta por un tercero ajeno a él (el juez), sino que aprenderá a ver este acto como una prestación socialmente constructiva.

El delito genera un impacto en la víctima, en la gente que lo rodea y en la comunidad en general, que puede dar lugar a conflictos que precisamente derivan del delito. A través de los procesos restaurativos, este impacto que el delito causa en la comunidad y en la propia persona adolescente se puede gestionar de una forma más sanadora, eficaz y productiva.

La rendición de cuentas de la persona adolescente comenzará cuando reconozca precisamente que ha causado un daño a otra persona. Pero la justicia restaurativa va un poco más allá porque le indica que si al final asume, reconoce y se responsabiliza por el hecho delictivo, va

a tener una oportunidad de transformación, de reconectar con su humanidad y con el resto de los seres humanos que lo rodean. La justicia restaurativa trata precisamente de curación, transformación y rendición de cuentas. Se le dice que nos preocupamos por él y que si quiere hacer las cosas bien desde ese momento en adelante, esta preocupación implica que vamos a mirar más allá del daño que causó y lo haremos por los esfuerzos y las acciones que haga para hacer las cosas lo mejor posible para con la víctima directa y con la comunidad. Se trata de un proceso de reconexión con sí mismo como ser humano, con sus allegados y con los demás miembros de la sociedad. La idea esencial respecto a los adolescentes es que la justicia restaurativa y sus diferentes herramientas pueden llegar a generar en ellos un punto de inflexión a partir del cual, al poner rostro a su delito, decidan no volver a delinquir porque han visto el daño y el impacto que su acción ha tenido en otra persona. Se han generado en ellos valores restaurativos como la empatía, el diálogo y la humanización, que lo llevan a no querer delinquir.

Por eso, esta justicia favorece la prevención del delito y evita la reincidencia, y en las personas adolescentes conlleva un plus de educación sobre ciertos valores, con el objetivo de que tengan un futuro diferente como adultos y sean personas “nuevas” para la sociedad.

NEGACIÓN DEL DELITO POR LA PERSONA ADOLESCENTE Y LOS APORTES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA ANTE ESTA NEGACIÓN

Las técnicas de neutralización de Matza y Skyes²

Si la justicia restaurativa trata de concienciar a la persona adolescente sobre el daño que ha causado y que no tenía derecho a hacerlo, la educación cobra especial importancia en el proceso de reinserción. Los adolescentes tienen una personalidad en formación, son proclives a dejarse guiar por sus “compañías” y es en estos jóvenes en quienes la educación puede suponer, de una forma más acusada, un punto de inflexión para querer cambiar y vivir alejados del delito.

2. Sykes, Gresham y Matza, David, “Techniques of neutralization”, en Henslin, J.M., *Down to Earth Sociology. Introductory Readings*, Nueva York, Free Press, 1988.

Esto lo apreciaron Matza y Sykes,³ según quienes cuando los adolescentes cometen un delito en muchos casos se amparan en lo que llamaron “técnicas de neutralización”, que son las justificaciones que utilizan para sus conductas delictivas. Así, pueden cometer delitos porque se apartan y suspenden temporalmente su compromiso con las normas sociales. Ellos identifican estas técnicas de neutralización, luego de enunciar la teoría del etiquetado, para explicar el delito y la perversión. Las etiquetas son los nombres que se les da a los que vulneran las normas sociales y están pensadas como sanciones para animar o forzar a que quienes no siguen las normas se ajusten a ellas. Por lo tanto los infractores, en especial las personas adolescentes, idean técnicas para reducir el efecto de estas etiquetas. Estas técnicas que usan los adolescentes infractores (y que también pueden aplicarse a infractores adultos) son las siguientes y frecuentemente se favorecen por el sistema penal tradicional de justicia:

- Negación de la responsabilidad. La persona adolescente dirá que él o ella es una víctima de las circunstancias, que ha sido empujada al delito y que esto escapa de su control (“no fue mi culpa”). Otras veces dirá que fue otra persona.
- Negación del daño. Los adolescentes suponen que su comportamiento realmente no causó daños o que la víctima puede permitirse el daño. Alegarán que aunque cometieron un acto ilícito, no hubo afectados y sólo fue por pura diversión.
- Negación de la víctima. Afirmación de que se lo merecían. En este caso, la persona adolescente se ve a sí misma como el vengador que rectifica lo malo que pudiera haber hecho la víctima. Simplemente lo deja en “tablas”.
- Condena de los que condenan. Los que condenan son vistos como hipócritas o están reaccionando así por despecho personal. Con frases como “ellos seguro que hicieron cosas peores en su día” o “No tenés derecho a juzgarme”, denuncian la hipocresía de sus acusadores, quienes habrían hecho lo mismo o cosas peores.
- Apelación a lealtades superiores. Las reglas de la sociedad quedan por detrás de las demandas y de la lealtad a otros (“qué iba a

3. Aunque fueron elaboradas para el ámbito penal y en relación con adolescentes, son aplicables a otros infractores y a otros ámbitos, incluso de nuestra vida cotidiana.

hacer, mis amigos estaban ahí”). La persona adolescente puede haberse limitado a ser fiel a su banda o a “ayudar a un amigo”.

La brújula de la vergüenza de Nathanson

Suele ser lógico que el infractor, más aun si es una persona adolescente, no reconozca *a priori* el delito, y por esta negación del delito solemos juzgarlos, sin detenernos a pensar que lo que ocurre es que siente vergüenza y esto le impide reconocer que causó un daño. Parece claro que la vergüenza juega un papel importante en la psicología humana y las interacciones, ya que se da en todas las sociedades.

Sin embargo, los investigadores sugieren que las tendencias racionalistas de la sociedad occidental nos han llevado a negar o ignorar la vergüenza. Por lo tanto, rara vez se habla de vergüenza y si se hace es casi de modo figurado. Así, la vergüenza pasa a la clandestinidad, sin dejar de operar, pero a menudo de manera negativa. La vergüenza puede ser positiva, cuando nos motiva a hacer lo correcto, es decir cuando modificamos nuestro comportamiento para dejar atrás la vergüenza.

Pero la vergüenza es esencialmente una amenaza para nuestra autoestima y cuando el estigma de la vergüenza entra en juego, nos debilita. De hecho, la vergüenza juega un papel importante en la mayoría de las personas adolescentes, así como en la forma en que experimentan la justicia los que ofenden.

A menudo también desempeña un papel significativo en el trauma de las víctimas y las formas negativas en que ellas experimentan la justicia. Este entendimiento de vergüenza proporciona una explicación fundamental sobre por qué las víctimas de un crimen frecuentemente tienen una gran sensación de vergüenza, aun cuando no fueron quienes cometieron el delito.

Donald Nathanson⁴ ha identificado una “brújula” de la vergüenza. Los cuatro polos de la brújula de la vergüenza y los comportamientos asociados a ellos son los siguientes:

- Aislamiento. Aislarse de los demás, correr y esconderse.
- Ataque a uno mismo. Autodegradarse, masoquismo.

4. Nathanson, D., *Shame and Pride: Affect, Sex and the Birth of the Self*, Nueva York, Norton, 1994.

- Negación. Denegar, abusar de las drogas, distraerse buscando emociones intensas.
- Ataque a otros. Revertir la situación, arremeter contra otros, verbal o físicamente, culpar a los demás.

Respecto de las víctimas, la vergüenza muchas veces las lleva al aislamiento o al ataque a sí mismas. Pero centrándonos en los victimarios, concretamente cuando se trata de personas adolescentes, el sentimiento de vergüenza en ocasiones los lleva a negar el delito (o justificarlo, como vimos con las técnicas de justificación de Matza y Skyes) y revertir la situación atacando a los demás y culpándolos de sus propios actos.

La justicia restaurativa, por su naturaleza misma, proporciona una oportunidad para que expresemos nuestra vergüenza, junto con otras emociones, y para que reduzcamos, al hacerlo, su intensidad. En las reuniones restaurativas, por ejemplo, las personas normalmente pasan de los afectos negativos, a través del afecto neutral, a los afectos positivos. El énfasis dentro de los procesos restaurativos debe estar puesto en ser conscientes de la dinámica de la vergüenza y en la búsqueda de maneras de manejarla mediante formas en que la vergüenza se puede suprimir o incluso, a través de la reafirmación y la reparación, se puede sustituir por un sentimiento de orgullo o logro.

En el caso del victimario (cuando se trata de una persona adolescente), la idea es que vea que el delito no pasó simplemente, sino que él o ella provocó que pasara, pero a partir de ahí, que pueda revertir el sentimiento negativo de la vergüenza en otros más positivos, que lo lleven a una intención de hacer lo correcto. Se busca que entienda que, a pesar del daño causado, tiene la oportunidad de enmendar el daño y que por lo tanto será mirado por lo bueno que haga desde ese momento en adelante.

De ahí que una de las formas en que se puede valorar el trabajo del facilitador restaurativo es según cómo maneja el sentimiento de vergüenza durante el proceso para transformarla en otros sentimientos más positivos. Así como la vergüenza es un factor, hay otros sentimientos más significativos, como el reconocimiento, la empatía y la disculpa. La justicia restaurativa crea las condiciones y proporciona un espacio para que la persona adolescente asuma su responsabilidad y vea que su acción sí causó un daño, pero lejos de etiquetarlo y estigmatizarlo, lo que hace es provocar en él o ella una vergüenza reinten-

grativa, un sentimiento que lo haga querer hacer lo correcto, es decir, compensar o mitigar el daño que causó.

Estas dos teorías muestran cómo a diferencia de la actitud pasiva de la justicia tradicional, la restaurativa crea en los adolescentes una actitud activa, lo cual, como veremos a continuación, sirve también para educarlos en ciertos valores restaurativos y más humanos. De esta manera, se consigue una de las finalidades esenciales de la justicia juvenil: la reeducación y la reinserción, o más bien la reconexión del joven o la joven con la comunidad.

VALORES RESTAURATIVOS ESENCIALES EN EL DESARROLLO DE LAS PERSONAS ADOLESCENTES

La justicia restaurativa se construye en torno a ciertos valores esenciales para cualquier ser humano, que frecuentemente solemos olvidar. Estos valores en la justicia juvenil suponen un plus de educación para que los y las adolescentes, cuya personalidad está todavía en formación, puedan llegar a ser adultos responsables y capaces de hacer aportes a la comunidad. Estos valores son una ayuda para querer desistir del delito y, por otro lado, los ayudan a reconectar con su humanidad, a veces “olvidada”. Los aspectos que contribuyen así a lograr un mundo mejor, donde nuestros jóvenes puedan sentir que son útiles para la sociedad y que no son estigmatizados por lo malo que hayan podido hacer en un momento dado son:

- *La relación.* Es el reconocimiento de la interrelación y la interconexión de todos y cada uno de nosotros. Pero también es más profunda y más que eso: significa hacer algo por los demás. Algunas relaciones son involuntarias, por ejemplo la relación que une a la víctima y al infractor por el delito cometido/sufrido. Tal vez la relación es por elección, sin embargo, la que surge por el delito o el daño sufrido no. En las prácticas restaurativas les pedimos a los afectados, especialmente a las personas adolescentes, que traten de entender la relación de los demás con el hecho delictivo, y también su propia relación con él. Preguntamos: ¿cómo le ha impactado?, ¿qué pensó? Esta relación con el hecho delictivo no se puede cambiar con el tiempo, pero sí se

puede transformar la percepción que tenemos de esta relación que nos une con el delito. Ese es el crecimiento y la curación que proporcionan las diferentes prácticas restaurativas, son una puerta abierta a la transformación y a nuestra forma de ver el hecho delictivo y nuestra relación con los victimarios.

La justicia restaurativa y sus prácticas ayudan a las víctimas a empezar un camino diferente en la forma de relacionarse con el daño. El espacio de diálogo que proporciona el encuentro restaurativo no es el punto final, sino una parada en el camino. Y cuando se trata de delitos graves, es un viaje de toda la vida. Para la persona adolescente supone una puerta al futuro, le permite percibir que ya no va a ser mirado por lo malo que hizo en el pasado, sino por lo bueno que haga desde ese momento en adelante. Para eso les enseñamos la relevancia de los vínculos sociales, les decimos que le importan a la comunidad y que son necesarios para que todos funcionemos mejor.

- *La responsabilidad.* Este es el compromiso de estas relaciones. La comunidad tiene una serie de necesidades como víctima indirecta de los delitos pero también tiene responsabilidades, como la de procurar a sus miembros un mundo mejor, donde puedan recuperar su sentimiento de seguridad y confianza en los demás miembros del grupo. Necesita y tiene el deber de fomentar la cohesión social. Los victimarios, y en especial las personas adolescentes, tienen necesidades, pero también y sobre todo tienen la responsabilidad de hacer lo correcto, de devolver el bien por el mal que se hizo a través de la reparación del daño o su compensación. Tomar responsabilidad por el daño no es sino asumir lo que se ha hecho, reconocer que se ha dañado a otra persona, y esto, sin dudas, es mostrar respeto a las víctimas. Las víctimas tienen una serie de necesidades que se generan tras el daño sufrido y a partir de la relación no elegida que de repente surge con el delito, pero también en alguna medida tienen la responsabilidad de recuperarse, o al menos intentar sanar tras el delito para que de esta forma puedan reintegrarse de nuevo en el grupo.
- *El respeto.* Significa honrar el valor y la dignidad de cada persona, de cada ser humano. Las prácticas restaurativas favorecen el respeto de los que se encuentran unidos por el delito, la víctima se

siente respetada, escuchada y atendida, la persona adolescente que cometió un delito se siente humano, y sobre todo siente que puede tener una oportunidad de enmendar el daño que causó. El respeto les devuelve su humanidad, les da a los victimarios la posibilidad de transformación, de vivir alejados del delito, y a las víctimas, la de poder incorporar el delito que sufrió como un aspecto más de su historia vital.

APROXIMACIONES TEÓRICAS AL CAMBIO DEL ENFOQUE PUNITIVO A UNO RESTAURATIVO: ¿POR QUÉ JUSTICIA JUVENIL CON ENFOQUE RESTAURATIVO?

Todas las teorías acerca de la justicia como construcciones doctrinales deben desarrollarse poco a poco. En el caso de la justicia restaurativa, esta evolución debería cimentarse en el cambio de dos paradigmas:

1. Desde el punto de vista jurídico, y como afirma Howard Zehr,⁵ el cambio es dejar de centrarnos en el binomio delito/pena o medida de seguridad y basarnos en el de daño/reparación.
2. Pero también es importante, tal y como decía Thomas Kuhn,⁶ basarnos en un paradigma psicológico-filosófico y, en lugar de obligar a la gente a comportarse de manera adecuada ante la amenaza del castigo, alentar el desarrollo de la empatía.

La empatía suele definirse como “ponerse en los zapatos del otro”. Es una habilidad que nos permite estar conscientes para reconocer, comprender y apreciar los sentimientos de los demás.

Siguiendo a Thomas Kuhn, y aplicando todo esto a la justicia restaurativa, si tratamos de generar empatía en las partes, los beneficios son importantes, especialmente porque se puede conseguir que el victimario adolescente aprenda que no debe delinquir, pero no por temor a recibir un castigo, sino porque ha comprendido que con esta actitud está dañando a una persona, a un ser humano.

Este paradigma filosófico y los valores que promueve son importantes para cualquier clase de infractores, pero claramente en los jó-

5. Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Madrid, Good Books, 2010.

6. Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Chicago, Editorial de la Universidad de Chicago, 1962.

venes es más fácil conseguir un desarrollo de valores como la empatía, que permita resocializarlos y corregir ciertos comportamientos ilícitos que, sin caer en el error de justificarlos, en muchas ocasiones se cometen por su escasa edad, sus compañías o el entorno no apropiado, o simplemente porque creen que no causaron el daño que realmente infligieron o no valoran el impacto que su acción causó. Ya se ha hablado de la Declaración de San Salvador de 24 de noviembre de 2009, surgida tras el II Foro Internacional de Justicia Penal Juvenil Hacia una Justicia Restaurativa en Centroamérica, y cómo es congruente con lo hasta ahora expuesto porque propugna una justicia juvenil restaurativa, así como cuantas intervenciones se realicen con respecto a los jóvenes, víctimas, familiares y allegados.

Pero sin lugar a dudas queda añadir que esto se ha visto reforzado con la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa adoptada en 2015, que se debe destacar por su compromiso para impulsar no sólo el uso de las diferentes prácticas restaurativas, sino el enfoque restaurativo en la justicia juvenil, y para construir de esta forma una justicia más humana y cercana a las verdaderas necesidades de todos los impactados por el delito.

BENEFICIOS DEL ENFOQUE RESTAURATIVO EN LA JUSTICIA JUVENIL

Para la persona adolescente

En la justicia juvenil con enfoque restaurativo los ofensores son confrontados respecto de la aceptación de su responsabilidad y se convierten en agentes activos en su obligación de reparar el daño para con la víctima y/o la comunidad. Ven el impacto que su delito ha tenido en la sociedad y esto puede servir como punto de inflexión para un cambio de comportamiento en el futuro. Aprenden así a ver esta reparación como una prestación socialmente constructiva (el propósito no es humillarlos, sino darles una oportunidad para responsabilizarse y tomar conciencia del daño).

Es esencial para la persona adolescente ver que hay gente que se preocupan por ella, esto le despierta un sentimiento de responsabilidad respecto a su familia, su círculo más cercano y la comunidad en general. Entra en juego la vergüenza reintegrativa, por la cual la sociedad

denuncia la conducta de la persona adolescente como inaceptable, pero a su vez reafirma el compromiso de ayudarlo, si quiere cambiar.

Para la víctima

Es escuchada y sus necesidades atendidas. Se procura una reparación moral o material del daño que sufrieron. Las prácticas restaurativas las provee de una participación directa y principal durante todo el proceso. Las víctimas tienen una serie de necesidades que la justicia restaurativa satisface de una manera más eficaz: información, participación, reparación material y emocional, y sentir que se ha hecho justicia. Para ello es necesario que sepan que hay una persona responsable y que ha asumido o al menos asumirá el daño que ha cometido con el delito. La mayoría de las víctimas directas del delito, así como la comunidad (como posible potencial víctima), sienten que su seguridad se ha quebrado por el crimen. Las diferentes prácticas restaurativas abordan de forma activa, responsable y humana el delito, y favorecen la recuperación de esta seguridad.

Para la comunidad

La comunidad, como la víctima, se va a sentir más segura al saber que hay menos probabilidades de que la persona adolescente vuelva a delinquir. Así recupera también la confianza en el sistema, que ha favorecido la prevención, pero se trata de una prevención en el concepto más amplio de la palabra porque en lugar de promover un futuro delincuente adulto, devuelve a la sociedad un joven con un futuro productivo y una vida con muchas cosas positivas que aportar.

La participación de la comunidad es esencial ya que es importante que la persona adolescente se sienta apoyada por –y cercana a– su entorno. Para jóvenes con una personalidad en formación, su desarrollo personal se va a favorecer y mejorar si pueden permanecer en su entorno social y familiar.

Este enfoque habilita a la comunidad a comprender las causas subyacentes del delito, promover el bienestar de quien lo causó y prevenir futuras acciones delictivas. El resultado será una sociedad más madura, responsable y pacífica.

Para el sistema penal juvenil con un enfoque restaurativo

Permite la individualización de la respuesta judicial y aumenta así su eficacia. Promueve la desjudicialización, cuando sea posible. Por

otro lado, esta individualización de la respuesta judicial permite una variedad de medidas a adoptarse y con más proporcionalidad. Da prioridad a las medidas alternativas existentes en los códigos de la niñez, aporta un plus a la función resocializadora y reeducadora, que en el caso de jóvenes es más importante. Se puede enfocar la justicia penal desde una perspectiva restaurativa partiendo de una visión pedagógica en cualquier momento procesal y en cualquier clase de delitos.

También favorece la cooperación de la justicia con otras instituciones sociales al hacer que el tratamiento del delito sea más adecuado y satisfactorio canalizando los sentimientos negativos de venganza por otros positivos como la responsabilización, el remordimiento y la intención de reparación, y por eso la prevención de futuros delitos y de futuros delincuentes es más viable y posible (prevención positiva).

CONCLUSIONES

La justicia restaurativa es importante para la justicia juvenil porque supone un complemento esencial para abordar el delito cometido por las personas adolescentes de una manera más humana y eficaz. La justicia restaurativa gestiona no sólo el aspecto legal del delito, sino también el emocional, lo cual influye de manera positiva en la reintegración de la persona adolescente a la sociedad, como una persona “nueva”. Además genera en las víctimas la sensación de que sí hay justicia, y de que importan para la justicia, puesto que el enfoque restaurativo le da la oportunidad a los directamente afectados por el delito de participar e involucrarse para definir la forma en que quieren que se resuelva el delito y los conflictos que subyacen al delito. La justicia juvenil restaurativa elimina la etiqueta de “delincuente sin posibilidad de reinserción” y de “víctima de por vida”, fomenta la participación activa de los afectados, genera en la persona adolescente un sentimiento de responsabilidad y la intención de hacer lo correcto, lo cual sin lugar a dudas produce también efectos transformadores en los que se han visto afectados por el impacto del delito, no sólo en la víctima y la propia persona adolescente sino también en su familia y en su entorno.

Esta justicia restaurativa está en continua evolución y sus beneficios comprobados son que genera prevención, dimisión del delito y mayor sanación de los “tocados” por el delito o conflicto.

En la actualidad se ha visto que no es descabellado adelantar esta prevención y ver cómo, si se generalizan las prácticas restaurativas en los colegios, podemos prevenir que conductas conflictivas acaben en delito y educar a los jóvenes con los valores que hemos visto, que sin lugar a dudas influirán positivamente en su desarrollo. De esta manera, será posible afrontar algunas conductas antisociales que no son delitos y provocar en los niños y niñas actitudes más empáticas, responsables y saludables. Se trata de cumplir con la máxima: “Educad a los niños y no tendréis que castigar a los hombres”. Ambas vertientes de la justicia restaurativa deberían ser un complemento para poder tener un enfoque reparador y multidisciplinar con el que abordar la justicia juvenil y también la educación de nuestros jóvenes.

BIBLIOGRAFÍA

BRAITHWAITE, J., “Setting Standards for Restorative Justice”, en *The British Journal of Criminology*, N° 42, Londres, Oxford University Press, 2002.

CHRISTIE, N., “Conflicts as Property”, en *The British Journal of Criminology*, Londres, Oxford University Press, 1977, vol. 17, N° 1.

DOMINGO DE LA FUENTE, V., “Justicia restaurativa”, en Del Val, Teresa M., *Gestión del Conflicto Penal*, cap. IV, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977.

_____, “Entrevista a Howard Zehr”, en *Criminología y Justicia*, N° 4, Dialnet, 2012.

EGLASH, A., *Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions*, Minnesota, Ed. Joe Hudson and Burt Galaway, 1977.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la Criminalidad*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Manual de Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1934.

KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Chicago, Editorial de la Universidad de Chicago, 1962.

NATHANSON, D., *Shame and Pride: Affect, Sex and the Birth of the Self*, Nueva York, Norton, 1994.

ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones”, en *Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania*, Madrid, Ed. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1991.

SYKES, G., MATZA, D., “Techniques of neutralization”, en Henslin, J. M., *Down to Earth Sociology. Introductory Readings*, Nueva York, Free Press, 1988.

ZEHR, H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Madrid, Good Books, 2010.

_____, *Changing lenses: a new focus for crime and victim*, Scottsdale, Herald Press, 1990.

UNA INTERVENCIÓN POSIBLE EN LA JUSTICIA JUVENIL: CAORAC. * RELATO DE UNA EXPERIENCIA

Por Florencia Alderisio,** Analía Findeisz*** y Pablo Patti****

Julián cuenta que los demás le dicen lo que tiene que hacer; Emiliano dice que él no fue, que fue el otro pibe; Adrián habla de otro hecho delictivo; Francisco dice que va a contar toda la verdad y se despacha con los detalles de su historia de vida; Carlos sólo habla de su experiencia en la comisaría; Federico está anestesiado, dormido o sin dormir; Walter dice que quiere pedirle disculpas al director del colegio al que entró generando daños e intentando llevarse “lo que pinte”; Florencia llora, no puede decir una sola palabra; Matías no mira, no habla, casi no se mueve; Joaquín acaba de volver de una gira, por eso no vino antes; Roberto dice que su hijo no tuvo nada que ver y su esposa, Luisa, refiere que no sabe qué le pasó a su hijo por la cabeza, pues no tienen ninguna necesidad económica; Marta dice que fue un pendejo de m... quien le robó el celular; Juan dice que ve al pibe tomando en la esquina cada vez que vuelve de su trabajo; Gonzalo agradece la convocatoria y agrega que toda la culpa es de los padres; Raquel dice que la justicia no hace nada, que los pibes entran y salen, y que el mismo policía que la atendió en la comisaría le dio la razón; Romina dice enérgicamente que no quiere ver a Daniela (quien vive frente a su casa); Hugo dice que son cosas de chicos, que no hay que darle tanta importancia; Ramón

* Centro de Articulación y Orientación en Resolución Alternativa de Conflictos del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de La Matanza.

** Licenciada en Trabajo Social. Especialista en Políticas Públicas de Niñez y Adolescencia. Integrante del Equipo Técnico del Centro de orientación, articulación y resolución alternativa de conflictos (CAORAC).

*** Coordinadora del CAORAC. Mediadora penal y comunitaria. Operadora en Justicia Restaurativa formada en el Instituto Internacional de Estudios Globales para el Desarrollo Humano de Madrid y en el Centro UNESCO para la formación en Derechos Humanos, Ciudadanía Mundial y Cultura de Paz.

**** Licenciado en Psicología. Integrante del Equipo Técnico del CAORAC.

dice, por teléfono, que no puede faltar a su trabajo, que él recuperó sus cosas, que no le gustaría que el pibe terminara preso, pero quiere que pase algo...

El presente artículo tiene por finalidad dar a conocer una experiencia de justicia restaurativa que se desarrolla en el departamento judicial de La Matanza. A su vez, se corresponde con la presentación realizada en el Colegio de Abogados de Mar del Plata en agosto de 2016 y en el Concejo Deliberante de Pilar en abril de 2017. Se intenta transmitir la experiencia cotidiana de trabajo del CAORAC, sin profundizar sobre aspectos teóricos que podrán ser abordados en una producción de mayor extensión. Difundir prácticas respetuosas de los derechos puede constituir un aporte significativo para la construcción del trabajo con jóvenes en conflicto con la ley.

La Ley N° 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño (CDN), refiere que los organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal, dando asignación privilegiada a los recursos para el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Por su parte, cada provincia adoptó su propio reglamento reuniendo normas de fondo, de procedimiento y de organización interadministrativas. La provincia de Buenos Aires en 2007 llevó adelante una reforma jurídico-administrativa, que dio origen a la Ley N° 13298 y su complementaria Ley N° 13634, ambas definen pautas y criterios para cumplir con el paradigma que propone la CDN en materia de niñez, adolescencia y familia. Esta adecuación trajo aparejada una estructura que fue descentralizada hacia los municipios.

El esquema judicial previsto en la Ley N° 13634 creó los juzgados unipersonales de familia y el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil. Este último, como un sistema especializado en relación a los derechos y garantías del debido proceso de los adolescentes acusados por haber participado de una infracción a la ley penal. Ello implica contar con recursos institucionales que permitan una intervención interdisciplinaria para poder determinar medidas o alternativas a la sanción privativa de libertad.

Además del principio de especialidad, la finalidad socioeducativa constituye un eje fundamental en el sistema jurídico. “La respuesta

social ante las infracciones de adolescentes a la ley debe ser profundamente educativa en sí misma y no articularse por la vía de la represión o punición para culminar con una medida socioeducativa”.¹ En un proceso penal, el joven acusado de haber cometido un delito tendrá consecuencias o sanciones diferentes a la de los adultos, dado que se le exige una conducta conforme a su edad, desarrollo y maduración. El Instituto Interamericano del Niño ha señalado la necesidad de instalar programas que propongan un proceso en el cual se promueva la asunción de responsabilidad y se pueda considerar las consecuencias de la infracción, ello con relación al daño generado a la víctima.

En el proceso penal de adultos, ante la comisión de un delito, la respuesta estatal es la imposición de una pena. Ahora bien, ¿qué pasa en materia penal juvenil? Un juez puede disponer de un conjunto de medidas, entre ellas, que un joven asista a clase. Esto permite preguntarnos: ¿cómo puede visualizar el joven que retomó sus estudios, a raíz de una medida impuesta, que está siendo beneficiario de un derecho?

La medida socioeducativa que pretende lograr el acceso a la educación del joven, al ser dictada en el marco del ejercicio del poder punitivo, puede ser vivenciada como un castigo. Se supone que la imposición de una medida dará como resultado una instancia de aprendizaje, de fomentar el respeto por los derechos y libertades de terceros teniendo una función constructiva en la sociedad. Entonces ¿de qué manera esta cualidad socioeducativa se plasma en el proceso penal juvenil? La experiencia indica que el joven lo vive como castigo: “como robé tengo que ir a la escuela”. La medida así implementada genera un deterioro, por un lado respecto de la escuela y la justicia, y por otro lado va en contra de la finalidad penal juvenil que se corresponde con la responsabilización del joven ante el hecho ocurrido. Se considera en este ejemplo que la aplicación de una medida educativa como respuesta punitiva, no soluciona el conflicto ni atiende el interés de las partes, no promueve la responsabilidad por lo sucedido, no garantiza por sí misma un proceso reflexivo, no se ocupa de la reparación del daño, no brinda protagonismo a los afectados, y tampoco resulta educativa.

1. Cillero Bruñol, Miguel, “Adolescentes, Sistema Penal: Propositiones desde la CDN en Justicia y Derechos del Niño”, Buenos Aires, UNICEF, 2000, p. 168.

¿Qué queda entonces para el joven respecto del hecho? ¿Cuál es el registro del proceso penal para él? Gran parte de los jóvenes en el momento del acto no visualizan el perjuicio que causan. El discurso tendiente a penar o negar el delito y a considerar al joven víctima tampoco contribuye a la responsabilidad, crea mayor malestar social, favorece la reiterancia y priva al joven de la posibilidad de vivir su propia angustia y elaborarla.

Este tipo de interrogantes han dado lugar al proyecto de creación del Centro de Articulación y Orientación en Resolución Alternativa de Conflictos (CAORAC) del Departamento Judicial de La Matanza. Entre 2008 y 2010 se observaba que los jóvenes no lograban internalizar el proceso penal, no dimensionaban el daño causado ni tenían posibilidad de asumir una actitud responsable. Por su lado, las víctimas permanecían ajenas a dicho proceso, sin llegar a conocer cómo funciona ni qué respuesta ofrece el sistema.

El proyecto fue distinguido en el marco del concurso “Premio Compromiso 2011”, que tiene como objetivo el mejoramiento del Servicio de Justicia en el ámbito de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires. Seguidamente y hasta 2013, fue implementado el CAORAC en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de La Matanza, bajo la órbita del Ministerio Público Fiscal, realizándose un seguimiento por parte de la Oficina Central de Mediación de la Procuración General Provincial, durante el cual se revisaron y optimizaron las prácticas.

En esta línea, el Centro sostiene una modalidad de intervención dentro del sistema judicial que sintoniza con la concepción de niñez y adolescencia emanada del marco normativo vigente. Asimismo, las prácticas llevadas a cabo se sustentan en los pilares de la justicia restaurativa dentro del ámbito del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil.

¿POR QUÉ CONSIDERAMOS QUE LA JUSTICIA RESTAURATIVA CUMPLE CON EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y LA FINALIDAD SOCIOEDUCATIVA DE DICHO FUERO?

Las características del sistema penal juvenil habilitan la implementación de procesos alternativos al proceso tradicional de enjuiciamiento, permitiendo ofrecer distintas respuestas en la instancia judicial.

Los procesos alternativos configuran un complemento u opción dentro de un sistema. Howard Zehr ofrece la siguiente definición:

... la justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.²

Se concibe el delito como un daño ocasionado a las personas y a las comunidades. Al centrarse en el daño causado convoca indefectiblemente a las partes atendiendo sus intereses y necesidades.

Retomando las palabras iniciales, es objeto de este texto introducirnos en una propuesta de trabajo que podría constituirse como una herramienta posible, acorde a los principios de la justicia juvenil.

En 2013, mediante Resolución N° 533, el Departamento Judicial de La Matanza crea el CAORAC, como órgano bipartito entre la Defensoría y la Fiscalía General. Allí se expresa el protocolo de intervención en el cual se dispone la forma de remisión y los requisitos mínimos para su inicio, entre otras variables a considerar.

El trabajo de este Centro se inicia luego de la remisión del caso por la fiscalía o el juzgado, por requerimiento de cualquiera de los órganos intervinientes, sin distinción de la etapa en que se encuentre el proceso.

Se destaca entonces la existencia de un primer momento de selección por parte de dichos operadores, tras tomar conocimiento de las particularidades del caso y las personas involucradas.

Por lo expuesto, resulta necesario diferenciar la noción de conflicto respecto de la de delito. La conceptualización de delito remite a la figura legal que postula el acto que originó la denuncia, de este modo se tipifica la acción de acuerdo a las normas reguladas en el Código Penal. Ahora bien, en un proceso de métodos de resolución alternativa, la idea de delito es comprendida desde el conflicto que ocasionó dicha acción a las partes involucradas. Basados en los desarrollos de Clifford Geertz³ sobre *nuevas sensibilidades legales*, el trabajo consiste en

2. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.

3. Godoy, Mariana I., "Delito, conflicto, sensibilidades legales y trama institucional en el campo de la mediación penal en Salta", *Revista del Museo de Antropología*, vol. 9, N° 1, Córdoba, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Córdoba, 2016, pp. 57-68.

adoptar respuestas diferentes, incluso en algunos casos opuestas a las que ofrece sistema tradicional (ej. prohibición de contacto entre las partes). En este sentido, se trata de ahondar y determinar lo que generó, trastocó, quebró o modificó aquel acto enmarcado como delito. De este modo, pueden evocarse dimensiones difícilmente judiciables, tópicos sobre los que se trabaja para ser traducidos en demandas, reconocimientos y sentimientos.

Aquí se destaca a las personas que forman parte del conflicto más allá de la persona del delito, por lo que el eje se establece a partir de la afectación de las partes y su interés respecto de la situación conflictiva.

En consecuencia, es necesario determinar situaciones y personas susceptibles de intervención más que de delitos, considerando las particularidades que las personas presenten, en el marco de un proceso restaurativo.

La intervención consta de distintos momentos determinados en relación a objetivos y modalidades.

Las primeras entrevistas apuntan a instalar una modalidad de trabajo mediante la presentación de la propuesta sugerida por los operadores judiciales. Esta presentación puede adquirir distintas formas y tiempos en virtud de las características personales de los participantes. En ocasiones, su entendimiento y consolidación suele exceder al tiempo de la entrevista inicial, y es luego de indagar sobre ello que se retoma el carácter de voluntariedad del proceso para definir y plasmar la participación planteada desde el inicio. En una ocasión, un adolescente destacó el hecho de “venir al juzgado” y ante nuestras indagaciones respecto de su comprensión de la instancia nos dijo riendo: “ya sé que no es un juzgado y que ustedes no son jueces, y sé que tengo que decidir yo y la otra persona, pero a mí me queda más fácil decirlo así”. Sin entrar en detalles respecto de esta forma de comprensión de la situación, el respeto por los modos en los que las personas construyen su participación y las expresiones concomitantes debe considerarse en relación a los objetivos establecidos en la propuesta.

Es así que, en forma paralela a la presentación, se genera un espacio de apertura al relato de los involucrados, escuchando sus experiencias, conteniendo por el momento las verbalizaciones en el marco de los lineamientos institucionales. En esta primera instancia, a veces se trata de promover, otras de acompañar, otras de esperar, algunas de repre-

guntar y siempre de alojar o instalar una forma de tratamiento que hasta el momento ha estado ausente al abordar la situación que los convoca.

La primera etapa tiene distintos objetivos, tales como: presentar la propuesta sugerida y el dispositivo de abordaje, instalar una modalidad y un ritmo de trabajo basados en la escucha de las experiencias de los participantes, y priorizar la palabra como medio de intercambio.

A su vez, se consideran las características de la situación a abordar, construyendo un mapeo de los elementos en juego y observando indicadores básicos en relación a los aspectos singulares, familiares y comunitarios que puedan incidir al momento de tomar decisiones en su cotidianidad. Se delimitan también los objetivos específicos de abordaje a tener en cuenta en el proceso que se desarrolle.

En esta línea, se promueve la creación de un lugar para una necesidad, o proponen condiciones para construirla en caso de que esta no esté presente. En ocasiones, el acto que diera origen a la instancia judicial se vuelve una forma de exponer una situación que no pudo ser cuestionada de otro modo por los actores. En otras, aparece como naturalizado o desafectivizado. La elaboración es de carácter posterior al acto, más allá de las causas existentes. Se trata, en su abordaje, de dar lugar a una forma de construcción novedosa ante un acto que permanece inexplorado por los actores, a pesar de estar tipificado socialmente. Es una invitación a conmover aquellos sentidos establecidos de antemano (propios y ajenos), de repensarlos, de armar un proceso reflexivo que considere las emociones generadas.

Con estos fines, resulta indispensable analizar cómo las personas construyen su relato, cuál es el ordenamiento dado, los temores, los deseos, las prácticas de vida, sus necesidades e intereses personales en el marco del proceso iniciado.

A su vez, existen objetivos específicos en relación a cada uno de los participantes. Durante un primer momento los caminos de esos objetivos van juntos, pueden alternarse, avanzar o retroceder.

Por su parte, a medida que se construye el contexto situacional del adolescente, sus características personales, su historia y la de su familia y sus referentes, se intenta generar un espacio de confianza en relación a los operadores y al proceso restaurativo. Aquí, resulta indispensable promover la expresión de su sentir, su visión y opinión, que marcará un primer encuentro, la construcción del vínculo de trabajo, como

también permitirá singularizar su situación personal, familiar, social y procesal. No obstante, debe analizarse en esta última si han existido intervenciones previas y sus características, como también el posicionamiento del joven en relación al proceso penal.

En esta etapa comienza a observarse su actitud frente al hecho ocurrido y las condiciones que la propiciaron. Nos encontramos con expresiones como “yo soy menor, sé que no pasa nada”, “yo no fui, no tuve nada que ver”, “es un bajón todo esto, para mí hay un antes y un después”, “lo que más me quedó fue el momento de estar encerrado” o “sé que estuve mal”.

También se destacan, en esta instancia, aquellas cuestiones que puedan condicionar su participación en el dispositivo, en relación a la posibilidad de comprometerse con él y protagonizar un proceso reflexivo que permita arribar a un resultado positivo para los involucrados.

Resulta necesario también delimitar el rol del adulto que pueda acompañar al adolescente en dicho proceso. La experiencia da cuenta de que existen distintas formas de participar. En algunos casos, los adultos que acompañan pueden mostrarse interesados en la propuesta pero se limitan exclusivamente a acercarse al joven, sin implicarse en la instancia, operando de este modo un acercamiento normativo que considera únicamente los aspectos formales de la denuncia: “yo voy a venir todas las veces que sea citado”, “voy hacer lo que me digan” Hay quienes se comprometen, mostrándose presentes en todo momento desde un lugar de contención afectiva, considerando los sentimientos del joven y de la familia generados a partir del hecho. “nos preguntamos por qué lo hizo”, “tuvo que hablar con la hermana, porque estaba muy enojada con él”.

En ocasiones, el adulto se incorpora de manera colaborativa en el proceso ayudando al joven en la actividad de reparación social, por ejemplo un padre albañil que acompaña durante el desarrollo de una tarea social trabajando en el acondicionamiento de una escuela, o un abuelo carpintero, que acompaña a su nieto en la construcción de percheros para donar a una escuela.

A veces la participación del adulto contribuye a visualizar y analizar los elementos que incidieron en la implicancia del joven sobre el hecho delictivo. Si el adulto asiste al proceso de manera activa, interiorizándose desde su rol y elabora durante el proceso lo sucedido,

puede contribuir a imprimir en el joven una experiencia que venga a resignificar aquella situación.

A fin de hacer visible la situación del joven, los informes del Cuerpo Técnico Auxiliar (CTA) allanan el camino en determinadas cuestiones, estableciendo una primera aproximación que permite intervenciones asertivas para delimitar el trabajo.

El abordaje que se propone es de carácter integral dado que si bien las problemáticas sociales que subyacen a los jóvenes no son exclusivamente objeto de la justicia restaurativa, corresponde coordinar con el órgano indicado las acciones necesarias para lograr una intervención constructiva, que promueva el desarrollo del joven. Trabajar el proyecto de vida de los jóvenes es fortalecer el tratamiento hacia su independencia, para lo que resulta imprescindible la integralidad de acciones que promuevan este fin. Valiéndonos en este caso del principio de corresponsabilidad, en el partido de La Matanza, complejas problemáticas multicausales son abordadas desde la implementación de programas específicos locales.

Por otra parte, el abordaje con quienes fueran víctimas en la instancia judicial presenta sus particularidades. Aquí, nos encontramos con un grupo heterogéneo de personas compuesto por jóvenes, adultos y adultos mayores, que tienen en común ser víctimas de un delito penal, es decir, de una conducta típica, antijurídica y reprochable que pueda estar sujeta a una sanción. Se destaca este punto de partida, en virtud de la necesidad de iniciar un trabajo de análisis del caso que apunte a dar cuenta del posicionamiento adoptado por la persona ante el hecho ocurrido.

Si bien suele considerarse la primera convocatoria a la víctima en forma posterior al inicio del trabajo con el joven (a fin de no crear falsas expectativas), esto debe evaluarse en relación a las particularidades del caso. Por ejemplo, si entre los protagonistas existiera un vínculo previo que se extiende hasta el momento de la convocatoria, como puede ser en una situación de amenazas o lesiones en una escuela, un hecho de robo en el ámbito vecinal o bien el continuo contacto entre referentes afectivos de las distintas partes, puede resultar necesario adelantar dicha convocatoria a fin de dar cuenta de la intervención judicial e iniciar una instancia de pacificación social.

Sin perjuicio de dichas particularidades, los primeros momentos de escucha respecto de la víctima deberán ser útiles para dar cuenta de la situación personal al momento del hecho, así como también al momento

de la entrevista. Lo mencionado tiene por objeto considerar la afectación personal, la relevancia del hecho y las consecuencias relatadas para la persona. Una situación delictiva suele configurarse como un evento traumático, frente al cual la víctima tiene la necesidad de otorgarle sentidos propios a fin de apaciguar el recuerdo de esa experiencia displacentera.

La afectación personal está determinada por lo que la persona puede ubicar como situación conflictiva, como también por las consecuencias materiales y morales. No obstante, aquí resultan fundamentales las características personales que presenten al momento de superar circunstancias adversas.

En ocasiones, podemos encontrarnos con personas que estén transitando un primer momento de dicho proceso, en el que existirán fuertes cargas emocionales, mientras que en el otro extremo podremos observar personas que han logrado adoptar una posición determinada respecto de lo vivido, que considere dichos aspectos ya asociados a un modo de pensar singular. Así, nos encontramos con expresiones que van desde “tendrían que estar todos presos y no salir más” a “tendrían que estar en el colegio como están mis hijos”, “¿dónde están los padres?” o “¿qué estamos haciendo mal como sociedad?”. En estos casos, las diferencias delimitarán objetivos de trabajo por parte de este Centro.

La propuesta de trabajo apunta a posibilitar un movimiento en relación a lo vivido. Se promueve un tránsito desde una situación de pasividad en el rol de víctima al momento de concreción del hecho hacia una instancia que pueda reconocerlo como protagonista, dando un lugar propio a su visión y promoviendo elecciones en el marco del proceso.

No obstante, es importante destacar que en esta primera etapa se trata de ofrecer un espacio de escucha y consideración respecto de la situación personal de los involucrados, y no de cuestionar la visión elaborada hasta el momento. Se apunta, de este modo, a que las personas puedan confiar y legitimar el dispositivo de trabajo como modalidad de tratamiento para la situación que lo convoca. Para ello, la presentación y consideración de la propuesta deberá relacionarse con las necesidades que puedan traer, a fin de construir una voluntad de trabajo en CAORAC.

Finalmente, luego de identificar las necesidades personales de ambas partes, los operadores judiciales consensan con los protagonistas los ejes a trabajar en relación al proceso restaurativo, mientras delimi-

tan los objetivos a cumplir a través de la planificación de estrategias de intervención que posibiliten un abordaje integral.

Para seguir avanzando en este proceso restaurativo, al finalizar la primera etapa, se continúa en un segundo momento con intervenciones específicas por parte de los operadores.

Se promueve un espacio de diálogo con cada una de las partes en forma individual. Ello tiene por objeto instalar un proceso reflexivo de carácter singular, por medio de la jerarquización de la palabra de los participantes. Es una instancia privilegiada de expresión y producción de nuevos sentidos.

En este contexto, se apunta a un proceso de responsabilización de los involucrados, destacando la acepción proveniente del término latino (*responsum*) en el sentido de ser capaz de responder, es decir, una interpelación a responder respecto de lo ocurrido. No sólo se trata de abordar la responsabilidad dentro del discurso jurídico, sino que se pondera un proceso de elaboración personal que permita construir una posición al respecto.

En la segunda etapa como en la primera, existen particularidades en relación a cada uno de los participantes.

Delimitados los objetivos personales y específicos en relación con la participación del joven en el proceso, se inicia el trabajo reflexivo a través de preguntas sobre su participación en el hecho que permitan interpelar la posición adoptada hasta el momento. Se destaca la producción de una nueva visión que esté atravesada por la vivencia propia del adolescente. Es necesario, en esta y en las otras instancias, continuar fomentando la puesta en palabras de emociones y sentidos que caractericen dicho posicionamiento. Esto tiene por objeto promover una implicación del joven en su propio acto y en su sentir.

Seguidamente, resulta necesario que pueda visualizar las consecuencias a nivel personal, familiar y social, continuando la tarea de ligar su acción a un contexto.

Es de este modo que comienza un recorrido hacia la visión y afectación de otras personas que se hallan en dicho contexto. Asimismo, se intenta generar una mirada respecto de la posible experiencia de quien fuera víctima en el proceso, permitiendo que el joven imagine las particularidades, deseos y consideraciones mutuas al respecto. Así surgen expresiones como: “me va a querer matar cuando me vea”, “seguro no va a querer hablar conmigo” o “me pongo nervioso, no sé qué decirle”.

La responsabilización se constituye como un proceso, en el sentido de que el joven puede cuestionar su propio acto, y construir una nueva visión que lo interpele a tomar posición al respecto. Es entonces que puede surgir una necesidad de llevar a cabo una nueva acción que dé cuenta de este proceso reflexivo, propuesta por el mismo joven. Tal fue el caso de un recorrido desde “yo no fui [...] estaba aburrido” hacia “tenía miedo en ese momento [...] no sabía qué hacer, ahora no tengo el celular, pero quiero que ellas (las víctimas) sepan que yo no soy así”.

Por otra parte, el trabajo con las víctimas suele caracterizarse en esta instancia por indagar aquellos sentidos producidos tras el hecho y establecidos hasta el momento de las entrevistas (aquellos que lleva a la misma). Se intenta desarrollar cierta plasticidad que permita a la persona alcanzar una apertura durante trabajo, a fin de impulsar una construcción que conjugue las emociones vividas y actuales con sus necesidades y deseos en el marco del CAORAC.

La motivación de este proceso suele estar fundada, en la mayoría de los casos, en una búsqueda de explicación o visión que le permita dar un cierre personal a la experiencia. Ello es posible en virtud del protagonismo que se propone. El objetivo de un proceso restaurativo, en este caso, apunta a restituir dicho carácter activo y humano, a diferencia de delegar en el sistema la solución de un conflicto que le pertenece. De este modo, se fortalecen procesos de pacificación social a partir de ver a quien le causó un daño como un otro igual capaz de repararlo.

Abordados estos objetivos particulares de las partes, se alcanza la finalización de la etapa. Aquí se les comunica a cada uno la voluntad y el deseo del otro, considerando una reparación posible y la modalidad que pueda adoptar la misma (directa o indirecta). De este modo, se establece un diseño y formalización de estrategia de reparación.

En función de las etapas desarrolladas, los protagonistas se adentran a un último tramo en el que plasmarán aquello que han podido elaborar. El proceso puede concluirse mediante el encuentro entre las partes, a través de una modalidad directa o indirecta o por medio de una reparación social.

En un espacio de encuentro, serán las partes quienes conversarán en un clima de respeto y confidencialidad, facilitado por los agentes judiciales. Este momento permite despejar prejuicios e hipótesis y conocer al otro, en una dinámica que nos constituye socialmente; “yo”, “el otro” y “nosotros”.

Se promueve un registro del otro a través de preguntas e inquietudes, donde los asistentes oscilan entre distintos estados anímicos (inseguridad, temor, vergüenza, confianza, entendimiento), tensiones, distinciones y reposicionamientos. Se promueve un diálogo que les permite a los involucrados expresar lo que hasta el momento no se había dicho.

En ocasiones, lo que ocurre durante el encuentro no se limita al hecho. Generalmente, la persona afectada se muestra interesada por la vida del joven, sus ocupaciones, su familia y proyectos. Hay quienes adoptan una postura de “consejero” y quienes simplemente se limitan a escuchar. Algunas devoluciones de los participantes han sido: “Es reparador el diálogo que se genera en los encuentros, ayuda a terminar de sanar un proceso donde el daño no es sólo material”; “participar me dio la posibilidad de ver la situación de otro modo, creer en la otra persona”; “me gusta poder expresarme con seguridad y confianza”; “me pareció un encuentro muy enriquecedor, y en lo personal que el Estado haya tenido una respuesta”; “me ayudó a reflexionar y ordenar mi vida”.

Esta modalidad de comunicación se puede dar de manera indirecta. En estos casos, si bien se trabaja en el marco de entrevistas individuales en la oficina, son las partes las que eligen el modo de comunicarse entre ellas: carta, redes sociales, etc. Concretada la comunicación, se corrobora con las partes lo sucedido en miras de concluir la instancia de modo favorable.

Otra posibilidad de resolver el proceso en esta última etapa es a través de una reparación social que pueda recomponer la afectación causada a la comunidad. Para ello, se trabaja con las partes sobre el diseño e implementación de una actividad. En algunas situaciones el tipo de tarea es propuesta por la víctima y en otras por el joven; en ambos casos se construye en función a sus intereses. Un ejemplo ilustrativo fue un hecho que ocurrió en una comunidad educativa. Tres jóvenes de entre 16 y 17 años ingresaron a una escuela rompiendo una ventana e intentaron llevarse objetos que se encontraban en su interior. Aquí se trabajó en un proceso restaurativo con los jóvenes y el director del establecimiento. La tarea de reparación consistió en pintar la fachada de la escuela y mejorar la vereda de acceso. Esta actividad tuvo una afectación directa sobre el resto de los miembros de la comunidad educativa, alumnos, maestros, personal directivo, vecinos. Sin perjuicio de ello, los jóvenes mantuvieron un encuentro con el director

en el que conversaron respecto de la magnitud del hecho y las consecuencias vividas a nivel personal, familiar y comunitario.

Lo expuesto permite visualizar la experiencia de un proceso restaurativo en el ámbito del fuero penal juvenil. Ello nos conduce al debate respecto de si la justicia restaurativa juvenil debería ser entendida como una alternativa o un complemento del proceso penal. Por un lado, podría vincularse a un proceso prejudicial en el plano de una alternativa al proceso penal, siempre que exista para ello un acuerdo entre las partes intervinientes. Por otro lado, si se aplicara la justicia restaurativa durante el proceso penal iniciado, haría que el resultado alcanzado incida en él. El problema que puede suscitarse consiste en que el proceso restaurativo se condicione con las características de la práctica penal tradicional, perdiendo sus cualidades y bondades específicas. En este sentido, habrá que continuar trabajando para otorgar un lugar de identidad a esta herramienta, mostrando resultados acordes a la finalidad del fuero.

En esta línea, la experiencia durante la trayectoria judicial del CAORAC, da cuenta de una instancia de participación que promueve un proceso reflexivo por parte de los involucrados. Como expresa Marcón:

... no se trata de erradicar un tratamiento judicial que respete las garantías procesales, sino que el debate se refiere al sentido y utilidad de la sanción impuesta bajo el abrigo esperanzador que será la portadora del cambio positivo en el joven.

No debe olvidarse que la consecuencia jurídica respecto de la responsabilidad de los actos tenga un fin socioeducativo, lo cual significa que el objetivo está en promover la capacidad de responsabilización.

No obstante, la mayoría de los jóvenes que se encuentran involucrados en denuncias tienen o han tenido algún derecho vulnerado. A pesar de la existencia de programas que responden a políticas sociales inclusivas, esta condición de vulnerabilidad social aún no ha podido ser sustancialmente transformada o captada en su totalidad por las agencias que cumplen con la función. Si bien queda camino por recorrer y la nueva institucionalidad se construye sobre la formación y la práctica cotidiana, para que los cambios sean concretos y definidos y alcancen sustancialmente los contenidos y no la superficialidad de las formas, es necesario continuar construyendo espacios de encuentro y diálogo entre todos los campos de saber que conciernen a los jóvenes.

BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, Mary, *Un modelo para armar [y otro para desarmar!]: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular en Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

CARBALLEDA, Alfredo, *La intervención en lo social*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2002.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Adolescentes, Sistema Penal: Proposiciones desde la CDN en Justicia y Derechos del Niño”, Buenos Aires, UNICEF, 2000.

GODOY, Mariana Inés, “Delito, conflicto, sensibilidades legales y trama institucional en el campo de la mediación penal en Salta”, en *Revista del Museo de Antropología*, vol. 9, N° 1, Córdoba, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Córdoba, 2016.

GOMEZ DA COSTA, Antonio Carlos, “Pedagogía y Justicia en Infancia Democracia”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999.

_____, *Pedagogía de la presencia. Introducción al trabajo socioeducativo junto a los adolescentes en dificultades*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2007.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

MARCÓN, Osvaldo, *La responsabilización penal juvenil, como nuevo relato cultural. ¿Del “amor a los niños” al “odio hacia los menores”?*, Ed. Espacio, 2013.

NACIONES UNIDAS, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Viena, 2006.

ORTEGA, José E., “Pedagogía Social, realidades actuales y perspectivas de futuro”, I Congreso Iberoamericano de Pedagogía Social, Santiago, noviembre de 2004.

UNICEF, *Procedimientos Penales Juveniles a nivel provincial. Estado de avance de la adecuación de la CDN en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial*, Ministerio de Desarrollo Social, 2012.

CAPÍTULO 4
MEDIDAS ALTERNATIVAS
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LOS TRABAJOS DE UTILIDAD PÚBLICA COMO ALTERNATIVA A LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CAMPO PENAL JUVENIL

Por Álvaro Burgos*

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, uno de los pasos más significativos en torno al desarrollo del sistema de administración de justicia ha sido, desde el siglo pasado, la implementación y utilización de medidas alternativas a la prisión.

Pero también es indudable que dentro de las modalidades de alternativas al internamiento tradicional, emerge con relevancia e importancia, en cuanto a su significado y especialmente en razón de su efectividad tanto en lo social como en lo personal, el denominado Trabajo en Beneficio de la Comunidad (en adelante, TBC).

Por demás justificada está entonces nuestra meta de llamar la atención hacia un instituto jurídico que, pese a haber sido utilizado exitosamente en otras latitudes, especialmente en países anglosajones, y de manera fundamental a partir de la década del setenta del siglo anterior, no ha contado con el soporte jurídico, la voluntad política, ni con la infraestructura organizativa requerida aún, tanto en España como en Latinoamérica.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz y Doctor en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Máster en Psicología Forense del John Jay of Criminal Justice de la City University of New York, EE. UU. Especialista y Máster en Ciencias Penales del SEP, UCR Máster en Criminología de la UCI Máster en Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Barcelona. Bachiller en Ciencias Criminológicas de la UNED. Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa, Italia. Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José y juez de Apelación de Sentencia Penal Juvenil. Director de la Revista *IUDEX* desde su fundación.

Es así como desarrollaremos los elementos distintivos tradicionales del perfil del ofensor potencialmente condenado a una pena de trabajo en beneficio de la comunidad, haciendo una consideración especial a lo peligroso de utilizar el elemento de la peligrosidad como medio discriminatorio fundamental en cuanto a la determinación del sujeto apto para la imposición de este tipo de pena. De inmediato sistematizaremos las múltiples modalidades de ejecución del TBC, distinguiéndolas entre edificativas o estructurales, asistenciales, educativas, integrativas, formativas, proyectivas o utilitarias. Finalizaremos este capítulo evidenciando los elementos cuestionados o definidos como negativos del TBC, pero también puntualizando los aspectos más positivos del uso de este tipo de pena alternativa a la prisión.

EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD COMO SANCIÓN

La cárcel como instrumento idóneo para obtener los fines primarios de la sanción penal, sea la resocialización y readaptación de los ofensores, ha sido en los últimos tiempos ampliamente debatida. Este cuestionamiento se realiza en dos sentidos: primero, en cuanto su idoneidad para alcanzar los fines asignados a ella por la ley, e incluso por la doctrina, y en segundo lugar, por los demostrados efectos negativos que produce sobre los infractores.

Las respuestas a esta problemática van desde la abolición de la pena y de todo el sistema penal, como lo sostienen las posiciones más radicales dentro de la criminología crítica, hasta la contracción al mínimo del sistema, dentro de una filosofía de Derecho Penal de mínima intervención.

Dentro de esta panorámica surge el TBC como una alternativa que, aunque no podamos demostrar que logre efectos sobre el infractor o la comunidad, al menos colabora con la tarea de disminuir los efectos negativos del encierro.

¿Es el trabajo en beneficio de la comunidad una verdadera pena privativa de derechos?

En torno a esta discusión, un sector de la doctrina admite pacíficamente la naturaleza de *pena* que tienen los TBC, y su ubicación dentro de las penas privativas de derechos. Se ha considerado que “la molestia

de la pena consiste en la privación del tiempo libre, que cada vez se valora más en la sociedad actual¹ y que “es una pena privativa de derechos porque la gratuidad del trabajo supone la pérdida del derecho al trabajo”.² El profesor Tamarit considera que se priva del derecho a vender su fuerza de trabajo, sin que el consentimiento del acusado impida considerarlo como pena, toda vez que su incumplimiento se traduce en una pena más gravosa³ y además porque el imputado está sacrificando parte de su tiempo libre.⁴ En igual sentido opina Bernal Valls.⁵

Otros autores han cuestionado que los TBC sean una pena privativa de derechos. Nos dice Ignacio Serrano:

... no es fácil descifrar de qué derechos priva esta pena. ¿Del derecho a holgar o del derecho al ocio? ¿Del derecho a disponer del tiempo libre como a cada uno le guste? ¿Del derecho a no trabajar en beneficio de la comunidad? ¿Del derecho a percibir una retribución por el trabajo? ¿Del derecho a trabajar sólo donde y cuando uno quiera? [...] Con unos u otros argumentos creo que se puede contestar negativamente a todas estas preguntas.⁶

A pesar de lo contundente de sus afirmaciones, el autor no fundamenta ninguna de ellas. Se limita a afirmar que los TBC no privan ningún derecho sin dar mayor explicación al respecto. Una posición similar sostiene Valldecabres cuando afirma:

... esta pena tiene naturaleza de pena privativa de derechos. Esta naturaleza tiene mejor explicación en términos de exclusión –no es privativa de libertad ni multa– que de clara adscripción al grupo de penas privativas de derechos.⁷

1. De Vicente Martínez, Rosario, “Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica”, en *Actualidad penal*, N° 6, Madrid, febrero de 1997, p. 124.

2. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 587.

3. Tamarit Sumalla, José María, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 1996, p. 360.

4. Pozuelo Pérez, Laura, *Las penas alternativas de derechos en el Código Penal*, Madrid, Editorial Colex, 1988, p. 80.

5. Bernal Valls, Jesús, “Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal”, en *Revista General de Derecho*, N° 652, Valencia, 1999, p. 27.

6. Serrano Butragueño, Ignacio, *Las penas en el nuevo Código Penal*, Granada, editorial Comares, 1996, p. 534.

7. Valldecabres Ortiz, Isabel, en Vives Antón, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 337.

Mir Puig indica que es dudoso que se prive de algún derecho, dada la aceptación voluntaria del imputado,⁸ y Manzanares considera que no se sabe a cuál derecho se refiere, a lo que añade con cierto sarcasmo: “tal vez el derecho a no trabajar gratis en beneficio de la comunidad”.⁹ También se ha objetado su naturaleza privativa de derechos indicando que el TBC es una obligación de hacer, que implica un comportamiento activo del autor y no precisamente una privación de un derecho.¹⁰

En nuestro criterio, toda pena es por naturaleza privativa de derechos. La prisión es privativa del derecho a la libertad física y otros derechos derivados de aquel. La multa es privativa del derecho a la propiedad y la libre disposición del patrimonio. No existe una pena que no prive de algún derecho, dado su carácter afflictivo. Según nuestro criterio, el TBC *de hecho* priva al imputado que la elige de varios derechos, o al menos limita su ejercicio: el derecho al disfrute del tiempo libre, el derecho a la libertad ambulatoria durante el tiempo de prestación del servicio, el derecho a la libre escogencia del trabajo, el derecho al salario como contraprestación de aquel. Que estos derechos se ven afectados en la realidad es indudable.

Por otro lado, la afirmación de que los TBC implican un deber hacer y por lo tanto no son una pena privativa de derechos tampoco es admisible, pues otras penas, como la multa, implican un deber hacer (cancelar la multa) pero a la vez privan de un derecho (derecho a la libre disposición del patrimonio).

Finalmente, el argumento de Mir Puig arriba citado –a saber, la naturaleza aparentemente voluntaria de los trabajos– tampoco es conclusivo con respecto a si el imputado se ve privado de algún derecho o no.

Creemos que el punto medular de la discusión no es si los TBC son una verdadera pena privativa de derechos, sino si constituyen una pena en el sentido técnico jurídico del término. Según Serrano Butragueño:

A mi juicio, los TBC no son una pena ni suponen una privación de derechos, sino que representan un sustitutivo no penal (no son tampoco una pena

8. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 5ª ed., 1998, p. 735.

9. Manzanares Samaniego, José Luis, en Conde y Pumpido Ferreriro (dirs.), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1997, p. 1049.

10. Burgos Mata, Álvaro, “El Trabajo en Beneficio de la Comunidad a la luz del Código Penal español de 1995”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 91, Colegio de Abogados de Costa Rica, enero-abril de 2000, p. 110.

sustitutoria) en relación con el arresto en fin de semana (art. 88.2) y una forma de extinguir la responsabilidad penal subsidiaria por impago de la pena de multa (art. 53). Es decir que el TBC es una alternativa a ciertas penas, un sustitutivo no penal asimilable a la redención de pena por trabajo (prevención general) por un lado, y a la remisión condicional de la pena bajo la obligación de realizar un programa educativo (prevención especial).¹¹

Si los TBC son un sustituto al arresto de fin de semana (art. 88), ¿en qué se basa el autor para afirmar su carácter no penal? Por otro lado, el impago de la pena de multa (art. 53) genera una responsabilidad penal subsidiaria de privación de libertad o TBC. ¿Qué parámetro sigue el autor para afirmar que la primera es penal pero la segunda no? Los argumentos son dos: 1) La medida no es coactiva. 2) No constituye un mal sino un bien.¹² La pena en sentido jurídico ha sido definida como una privación coactiva de derechos producto de la comisión de un delito; y en sentido natural, un mal que se infringe al imputado.¹³ Si seguimos esta definición de pena, la conclusión de Serrano pareciera acertada, salvo por un pequeño detalle: proviene de premisas falsas. La medida de TBC aparentemente no es coactiva pues es escogida por el infractor. Sin embargo, es coactiva la elección entre dos opciones, una más gravosa que la otra, de modo que cualquiera de las opciones elegida termina siendo coactiva. Por otro lado, la consideración de los TBC como la imposición de un bien, dados sus efectos educativos, parte del hecho no demostrado –y más bien rebatido– de que la pena produce efectos resocializadores. En todo caso, la eventual existencia de efectos positivos colaterales no le niega a los TBC su carácter aflictivo, dada la privación de varios derechos que se da en forma conjunta con la supuesta reeducación.

El asunto de si la sanción del TBC puede ser considerada una verdadera pena “restrictiva de derechos”,¹⁴ como se ha visto, no es un asunto de fácil y simple solución.

11. Serrano Butragueño, Ignacio, *op. cit.*, p. 536.

12. *Ibíd.*, p. 535.

13. Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General 1*, Managua, Editorial Hispamer, 1995, p. 54.

14. En el caso de España, el Trabajo en Beneficio de la Comunidad, está claramente tipificado dentro del Código Penal y Legislación Complementaria, en el Título III, Capítulo Primero, Sección Tercera, referido a las “Penas Privativas de Derecho”, artículo 49, Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 54.

Es claro que el TBC no es una pena restrictiva de libertad, pues esta última se caracteriza porque su imposición se da fundamentalmente en casi la totalidad de los casos en contra de la voluntad del sentenciado, y es que realmente resulta casi fuera de toda lógica el imaginar a alguien que solicitara expresamente que se le restringiera su libertad, entendida esta como libertad de tránsito o de movimiento, o que pidiera, en lugar de otorgársele un beneficio o aplicársele otro tipo de sanción que le proporcionara la oportunidad de continuar en libertad, que esta se le coartara ordenándose su detención.

Todo lo contrario: la naturaleza misma del ser humano lo hace tratar de valorar su libertad como un bien sumamente preciado, y es quizás por ello que se contempla dicha restricción como sanción y se da la ecuación de que a mayor gravedad de la ofensa cometida, más tiempo debería, en principio, condenarse al ofensor a ser privado de su libertad.

Tampoco podríamos considerar el TBC como una sanción privativa de derechos propiamente dicha, puesto que no se le está quitando permanentemente a alguien de manera absoluta un derecho, durante el tiempo de su sanción, sino que se le “restringe” momentáneamente el goce y disfrute absoluto de su derecho.

Ahora bien, ¿a cuál derecho nos referimos, en definitiva? Esta es otra pregunta interesante. Nuestro criterio es que lo que se restringe cuando se impone la sanción del TBC es el derecho a la libre utilización del tiempo libre o tiempo de ocio.

Sustentamos nuestra afirmación anterior en tanto y en cuanto la pena del TBC es primeramente voluntaria, además de permitirle a quien la sufre continuar desarrollando sus actividades normales relacionadas con su trabajo, estudio, actividades religiosas, etcétera, ya que es durante el tiempo libre del individuo sentenciado cuando la sanción debe ser aplicada. Tampoco se podría afirmar que el sujeto pierde (como sugiere la connotación de pena “privativa” de derechos) de manera absoluta el goce del derecho que se le está restringiendo, sino que

En Costa Rica, Código Penal, el artículo 50 (reformado por el inciso a del artículo 1 de la Ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002) establece que los únicos tipos de penas establecidos en la legislación costarricense son: 1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación; y/o 2) Accesorias: inhabilitación especial, y no se contempla en ninguna de ellas al como una opción sancionatoria (San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S. A., 1995, pp. 30-34).

este, de forma voluntaria, es momentáneamente “restringido” única y exclusivamente durante el tiempo que realiza su labor en beneficio de la comunidad, puesto que al continuar en libertad, tanto antes como después de realizado el trabajo diario, semanal, etcétera, que se le encomienda, retorna al uso y disfrute normal de su tiempo libre.

Por otro lado, consideramos que la incorporación del TBC como “pena privativa de derechos” en países como España no es la más acertada por dos razones fundamentales.

En primer lugar, la naturaleza misma de la institución jurídica de los TBC no es propiamente la privación de un derecho, como sí sucedería en los casos, por ejemplo, de una inhabilitación absoluta y/o especial, o de una suspensión, o de una privación al derecho de conducir, o bien al derecho a la tenencia y porte de armas, puesto que más que la privación de un derecho, lo que se da es la imposición de una obligación al condenado, un deber de hacer, y requiere obviamente del asentimiento del sentenciado.

Por otra parte, tampoco parece la denominación “pena privativa de derechos” una denominación clara para diferenciarla tajantemente de las penas privativas o restrictivas de la libertad, puesto que nadie dudaría en reconocer que la libertad es también un “derecho” de todo ser humano.

Siendo que partimos del presupuesto de la existencia de la “voluntariedad” del ofensor para participar en la tarea que se le ordena, en la medida en que el sujeto asiente a dedicar parte de su tiempo libre a esos fines, no parecería lógico que estuviéramos frente a una “privación” real del tiempo de ocio del penado, sino más bien frente a una “restricción voluntaria” o “autorrestricción”, es decir, frente a una pena “restrictiva de derechos voluntaria” o “pena autorrestrictiva de derechos”.

SUJETO, OBJETO, ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

La cárcel como instrumento idóneo para obtener los fines primarios de la sanción penal, sea la resocialización y readaptación de los ofensores, ha sido en los últimos tiempos ampliamente debatida. Este cuestionamiento se desarrolla en dos sentidos: primero, en cuanto a su idoneidad para alcanzar los fines asignados a ella por la ley, e in-

cluso por la doctrina, y en segundo lugar, por los demostrados efectos negativos que produce sobre los infractores.

Las respuestas a esta problemática van desde la abolición de la pena y de todo el sistema penal, como lo sostienen las posiciones más radicales dentro de la criminología crítica, hasta la contracción al mínimo del sistema, dentro de una filosofía de Derecho Penal de mínima intervención.

Dentro de esta panorámica surge el TBC como una alternativa que, aunque no podamos demostrar que logre efectos sobre el infractor o la comunidad, al menos colabora con la tarea de disminuir los efectos negativos del encierro.

PERFIL DEL OFENSOR POTENCIALMENTE CONDENADO A UNA PENA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Ha sido la experiencia de otros países, principalmente Inglaterra, la que ha ido definiendo las características de los potenciales infractores sujetos a esta sanción:

El Advisory Council no tenía, evidentemente, ninguna idea preciso respecto de los hechos punibles que entrarían en consideración para las nuevas sanciones [...] la jurisprudencia fue elaborando, en los tres primeros años de aplicación de esta sanción, ciertas pautas relativas a la especie de los hechos punibles y a los criterios referentes a la personalidad de los acusados que entran en consideración para la Community Service Order [...] aproximadamente la mitad de los casos de aplicación son de hurto, encubrimiento o receptación, un cuarto son de hurto con escalamiento, mientras que el porcentaje de acciones violentas contra las personas alcanza sólo el 6%.¹⁵

En dicha nación se han hecho estudios estadísticos sobre las características de los delitos y de los sujetos incluidos dentro de la Community Service Order. Al respecto, nos dice José Cid Moliné:

En Inglaterra análisis recientes muestran que los delitos para los que más se usa son delitos contra la propiedad, y en segundo lugar delitos en que está presente una violencia moderada [...] datos recientes de Escocia muestran el perfil de quien obtiene Trabajo en Beneficio de la Comu-

15. Huber, Bárbara, "Community Service Order como alternativa a la pena de prisión en Inglaterra", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXVI, F. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1983, p. 42.

nidad es joven (23.4 años de media), hombre (95% de los casos), soltero (2/3), y desempleado (3/4) ...¹⁶

No obstante lo indicado respecto a la ausencia de normativa e incluso de jurisprudencia fuera de la experiencia inglesa, hay algunas características del infractor que consideramos deseables para acceder a este tipo de sanción.

Evidentemente, no existe ni debería existir un único perfil del ofensor tipo que pueda ser aplicado estrictamente en todos y cada uno de los casos en que se establece la posibilidad de aplicación del TBC como alternativa al internamiento.

Pese a lo anterior, sí se han establecido prácticamente de manera unánime una serie de elementos comunes en torno a elementos calificadores y descalificadores de quienes se estudia la posibilidad de ser sujetos de tales sanciones, los cuales pasamos de inmediato a señalar, de previo a contemplar algunos de los elementos más representativos de un posible perfil del sujeto potencialmente capaz de ser sentenciado a una pena de TBC.

Elementos calificadores

Dentro de los principales elementos calificadores o positivamente observables para la recomendación de un sujeto como posible participante en un proyecto que involucre una sanción de TBC, se encuentran los siguientes:

- a. Que por sus obligaciones familiares no tenga algún tipo de impedimento para efectuar la tarea que se le encomendará.
Es claro que no necesariamente el TBC podría ser aplicado solamente a individuos solteros y sin responsabilidades familiares, pero lo cierto es que se debería de contar con suficiente disponibilidad de tiempo para desarrollar la pena aunque fuera en el tiempo libre y/o los fines de semana.
- b. Que el estado de salud lo faculte para el desempeño de la labor que se le impondrá.
Creemos que se debería pedir un examen médico general que establezca que el sujeto respectivo podría desarrollar eventualmente una tarea como la que se pretende efectúe sin detrimento para su salud.

16. Cid Moliné, José, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Editorial Bosch, 1997, p. 99.

- c. Que tenga un domicilio fijo, que preferentemente se encuentre cerca del lugar en donde realizará sus funciones.
Claro está que al involucrar al sujeto en un proyecto de TBC cercano a su lugar de habitación, no sólo se abaratarían costos, sino que también se lograría alcanzar igualmente un objetivo de prevención general, ejemplarizante para la comunidad en donde vive el sentenciado.
- d. Que de estar trabajando o estudiando, dichos horarios no impidan u obstaculicen totalmente la ejecución de la sanción a serle impuesta.
Al igual que en el caso de las responsabilidades de índole familiar, el estudio y el trabajo podrían eventualmente ser un problema para la ejecución real de la sanción, en términos de la disponibilidad de tiempo, especialmente si tomamos en cuenta que lo ideal es que la pena del TBC tienda a no impedir u obstaculizar las labores académicas o laborales.
- e. Que no tenga un historial de delitos violentos o delitos sexuales. Personalmente creemos que el delito “violento” debería ser definido de forma clara y no dejado al arbitrio de la subjetividad de quien recomienda la imposición de la medida, ni tampoco del juez. Por otro lado, tampoco consideramos que todos los delitos sexuales deben ser considerados en un mismo rango, a efectos de la posibilidad de aplicación de sanciones como el TBC, puesto que ni una violación calificada es lo mismo que abusos deshonestos, ni tampoco debería enviarse a un pedófilo a cumplir su labor a un jardín infantil, pero sus otras características particulares podrían hacerlo acreedor a otro tipo de TBC en que no tuviese problema con los niños directamente, por ejemplo la construcción de un hogar de ancianos o el bacheo de una carretera.
- f. Quienes cuenten con una personalidad de tipo aislada, con problemas de falta de confianza en sí mismos, sin propósitos claros en la vida ni metas fijas, que no han tenido mayor oportunidad de contribuir positivamente con la sociedad.
- g. Quienes no han desarrollado todo el potencial que hubieran podido si hubiesen sido apropiadamente estimulados.
- h. Quienes no han tenido la oportunidad de ser capacitados en algún oficio.

Elementos descalificadores

Dentro de los elementos que podríamos denominar negativos que deben tomarse en cuenta a fin de determinar si alguien debería ser apto o no para participar como sentenciado en un proyecto de TBC, se encuentran los siguientes:

1. Los psicóticos o con graves problemas mentales.
La razón es simple, difícilmente podrían seguir indicaciones precisas relacionadas con la labor que se espera que realicen.
2. Quienes tengan un problema de adicción a drogas o alcohol.
Consideramos que habría que distinguir entre quien es adicto y quien actualmente consume efectivamente drogas o alcohol, puesto que podría perfectamente darse el caso de adictos que no presentaran mayor problema como sujetos de una sanción de trabajo en beneficio a la comunidad, debido a su abstinencia o a su integración a grupos de apoyo como Alcohólicos Anónimos, etcétera.
3. Quienes hayan cometido delitos considerados como altamente violentos, incluidos la mayoría de delitos sexuales, delitos contra la vida y contra la integridad física, o bien estén castigados con muy altas penalidades, como delitos contra la salud pública, como el tráfico de drogas, etcétera.
Somos del criterio de que, en todo caso, todo sujeto debería ser evaluado con referencia a sus características individuales, tomándose en consideración, por supuesto, el tipo de delito cometido y la participación que tuvo este en el ilícito por el que se lo sentenció, pero no deberían ser aplicados estos criterios únicamente en términos de la clase de delito cometido, porque ello podría hacernos caer en injusticias notorias. Por ejemplo, en el caso de un individuo que fue condenado por un homicidio, pero que se dio en un estado de emoción violenta por encontrarse frente al violador de su hija, y que nunca antes había tenido problemas con la justicia, etcétera.
4. Quienes cuenten con una notoria ausencia de madurez y autocontrol.
Esto es totalmente necesario en razón de lograr una constancia, determinación, autoevaluación y motivación de parte de quien ha sido sentenciado.

5. Los catalogados como demasiado rebeldes y faltos de respeto por quien ostenta autoridad.

Lo anterior nos parece absolutamente justificado, puesto que de otra manera sería prácticamente imposible garantizarse que el sentenciado pueda obedecer las indicaciones de sus supervisores durante el desempeño de las tareas que le son encomendadas.

Baja peligrosidad

Definitivamente, un sujeto “peligroso” no sería un buen candidato a una pena de TBC, ni prácticamente a ninguna otra sanción alternativa a la prisión. Sin embargo, el asunto de fondo pasa por el tamiz de establecer de una forma clara quién es peligroso y quién no lo es, por ello a continuación hablaremos de aspectos como “lo peligroso de la peligrosidad”, y sobre esta última establecida en función del tipo de delito cometido.

Lo peligroso de la peligrosidad

El concepto de *peligrosidad*, a pesar de ser tan antiguo como el derecho mismo, nunca ha sido tan desarrollado ni ha cumplido un papel tan importante dentro de la doctrina como dentro del positivismo criminológico del siglo XIX. Haciendo un poco de historia, recordamos que como reacción ante los abusos producidos en Europa durante la monarquía, y ante el ascenso económico de una nueva clase social (la burguesía), se produjo la Revolución francesa. Este movimiento militar se desarrolló bajo la égida del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que sirvió de base a la llamada Escuela clásica del Derecho Penal.¹⁷ Sin embargo, una vez afianzada la burguesía y producida la Revolución Industrial, el péndulo de las garantías ciudadanas retrocede ante la necesidad de los nuevos gobernantes de disciplinar la mano de obra. El positivismo criminológico cayó como anillo al dedo a las necesidades del nuevo orden económico.

Exponentes como Lombroso, Ferri y Garófalo crearon un Derecho Penal basado en ciertos conocimientos criminológicos aparentemente observados o extraídos de la realidad. Se pasó de un Derecho Penal de acto a un Derecho Penal de autor, de la culpabilidad como presupuesto de la retribución a la peligrosidad como presupuesto de la resocializa-

17. Romeo Casabona, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Barcelona, Editorial Bosh, 1986, p. 16.

ción. A pesar de que después de la II Guerra Mundial las experiencias nefastas del nazismo y fascismo motivaron el resurgimiento de los derechos humanos, así como de los ideales ilustrados, la huella del positivismo criminológico ha quedado latente no sólo en los ordenamientos jurídicos¹⁸ (medidas de seguridad, determinación del monto de la pena) y en ciertas corrientes doctrinales como la resocialización en los años setenta, sino sobre todo en la mentalidad e ideología de los ciudadanos.

El principal peligro del concepto de peligrosidad es que deja la puerta abierta para pasar de un Derecho Penal de acto a un Derecho Penal de autor y para sancionar a las personas no por lo que hacen sino por lo que eventualmente puedan llegar a hacer, según el criterio subjetivo de quien lo sanciona, lesionando así garantías penales básicas como el principio de culpabilidad.

La peligrosidad en función del tipo de delito cometido

En Inglaterra, la experiencia ha determinado que “los acusados por delitos sexuales, hechos violentos tales como robo y asesinato [...] y ciertos hechos de drogas no se consideran aptos para la Community Service Order”.¹⁹ Son descartados para esta pena los casos en donde el delito cometido revela un nivel importante de violencia.²⁰

Personalmente no compartimos la exclusión de la pena para determinados tipos penales. Si el fin de la pena es limitar la reacción social ante el delito, en principio cualquier tipo penal puede ser sancionado con TBC. Nada obsta para que un sentenciado por delitos sexuales labore como albañil en la construcción de un hogar de ancianos, o para que un sentenciado por homicidio haga labores de aseo en una bodega. El tipo de peligrosidad al que nos referimos está relacionado con la aptitud del infractor para realizar determinados tipos de labores. Por ejemplo, no sería prudente enviar a un penado por el delito de corrupción sexual de un menor de edad a realizar labores de aseo a un jardín de infantes, o enviar a un sentenciado por estafa a recaudar fondos para fines benéficos. Este concepto de peligrosidad que manejamos es el derivado de la relación entre la labor de utilidad pública asignada y el tipo penal por el que se le sentenció, pero nada tiene que ver con la peligrosidad como criterio criminológico esbozado por el Positivismo decimonónico.

18. *Ibíd.*, p. 178.

19. Huber, Bárbara, *op. cit.*, p. 42.

20. Cid Moliné, José, *op. cit.*, p. 99.

Sujeto primario o no multirreincidente

La experiencia de Inglaterra parece indicar que no existe una relación directa entre la existencia de antecedentes penales y el éxito de la sanción de TBC:

La circunstancia de contar con antecedentes penales no suele ser causa de exclusión para la aplicación de la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad. En algunos países como Inglaterra, se aplica mayoritariamente a personas con antecedentes penales, entre otras razones por el carácter de pena alternativa grave que tiene el Trabajo en Beneficio de la Comunidad.²¹

En igual sentido, manifiesta Cid Moliné:

Aunque a riesgo de generalizar en demasía, de las experiencias examinadas cabe concluir que el Trabajo en Beneficio de la Comunidad es preferentemente utilizado para delitos que podríamos denominar de gravedad baja, o, en menor medida, gravedad intermedia, realizados en ambos casos por personas con antecedentes penales [...] cinco condenas anteriores como media.²²

Según nuestro criterio, imponer limitaciones en ese sentido puede dificultar e incluso anular las posibilidades de implementación del TBC. Si la experiencia de otros países ha admitido personas reincidentes, y la legislación no exige requisitos al respecto, lo mejor sería dar la libertad suficiente para que el juez valore en cada caso concreto la viabilidad de la sanción.

Persona no adicta a las drogas o enervantes

En la práctica, dicha pena se considera adecuada para delincuentes autores de delitos poco graves (contra la propiedad, daños...) y que, en general, no presenten especiales problemas de drogodependencia ni de salud mental.²³

En igual sentido, manifiesta Cid Moliné: “Los supuestos que más frecuentemente llevan a descartar el Trabajo en Beneficio de la Comunidad son personas con graves problemas de alcohol o drogas, o con

21. Parés i Gallés, Ramón, “La nueva pena de Trabajos en Beneficios de la Comunidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Editorial Edersa, 1998, N° 64, p. 157.

22. Cid Moliné, José, *op. cit.*, pp. 98-99.

23. Parés i Gallés, Ramón, *op. cit.*, p. 157.

problemas psiquiátricos”.²⁴ Este requisito es lógico pues los fármaco-dependientes o alcohólicos están limitados para el trabajo debido a su propia enfermedad.

Individuo capaz de realizar la labor encomendada

Un cuidado que se debe tener, al asignar la labor, es la capacidad del infractor para realizarla. No tendría ningún sentido escoger una pena de TBC cuya naturaleza sea tal que el infractor no pueda desempeñarla a satisfacción.

El proyecto de penas alternativas de 1992 en Costa Rica establece que los servicios de utilidad pública se deben dar “en forma adecuada a su capacidad”.²⁵

En España, el Código Penal no establece nada al respecto, sin embargo, por vía reglamentaria, se entrevista al penado previamente a la selección del trabajo, para indagar, entre otras cosas, su capacidad laboral.²⁶

De la capacidad mental

Al igual que sucede con la fármacodependencia, la persona que opta por la pena de TBC debe tener la salud mental necesaria para la labor encomendada. Según Parés i Gallés, el TBC es adecuado para personas que “no presenten especiales problemas de drogodependencia ni de salud mental”,²⁷ lo cual excluye personas con problemas psiquiátricos.²⁸ Resulta evidente que una persona con problemas mentales tiene disminuida su capacidad para realizar casi cualquier tipo de trabajo. En esto hay que ponderar qué tipo de problemas mentales tiene el infractor pues si son leves eventualmente pueden ser compatibles con algunos tipos de labores. Si los problemas mentales son graves, definitivamente obstaculizarían la realización del trabajo. Por otro lado, estos problemas podrían eventualmente obstaculizar la consecución del fin reeducativo declarado por el ordenamiento.

24. Cid Moliné, José *op. cit.*, p. 99.

25. Arroyo, José Manuel y otros, “El proyecto de penas alternativas”, San José, ILANUD, 1992, p. 48.

26. Art. 4 del Real Decreto (RD) 690-1996.

27. Parés i Gallés, Ramón, *op. cit.*, p. 157.

28. Cid Moliné, José *op. cit.*, p. 99.

De la capacidad física

Obviamente el trabajo escogido debe tener en cuenta las cualidades físicas del infractor, de modo que pueda realizarlo adecuadamente. No se pueden encomendar labores pesadas de construcción a un individuo de constitución débil, o labores de aseo a una persona que padece de serios problemas de alergia, etcétera.

La capacidad física, está claro, debe analizarse en función del tipo de trabajo encomendado.

De la capacitación

Nada establecen los reglamentos ni la ley sobre la posibilidad de capacitar previamente al infractor para desarrollar la labor encomendada.

Sin embargo en el caso de España, por ejemplo, al autorizar el artículo 49.3 del Código Penal español la firma de convenios por parte de la Administración a efectos de facilitar el trabajo, estos convenios eventualmente pueden incluir capacitación si el penado lo consiente, al igual que podría darse en Costa Rica por medio del INA, las municipalidades, y hasta los trabajos comunales universitarios, o los que en la actualidad deben realizar los estudiantes de último año de enseñanza media.

LAS MÚLTIPLES POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Son muchísimas las posibilidades de ejecución y de proyectos concretos en los que se podría implementar el TBC.

Sin embargo, hay que tener muy claro el hecho de que el norte de aplicación de esta sanción no es la explotación de la mano de obra gratuita del sentenciado ni mucho menos, que los criterios de calidad deben de manejarse con mucho cuidado para no dar paso a subjetividades excesivas de parte de especialmente quien provee y/o supervisa la labor que efectúa el penado, y que definitivamente se trata de un TBC, una labor de utilidad pública, y no de carácter privado o individual.

Podría haber quien piense que con el solo hecho de poner a realizar al sentenciado una labor, no importa de cuál naturaleza pero lícita, siempre que se mantuviese ocupado, nos garantizaríamos que el individuo no estaría durante ese tiempo cometiendo otros nuevos delitos, por lo que el trabajo que realiza se podría entender como de “servicio público” en sí mismo.

Nosotros sostenemos un criterio contrario, puesto que consideramos que la labor que realiza el individuo debe cumplir tanto con criterios de cantidad (número de horas, por ej.) como con criterios de calidad (referidos no sólo al tipo de servicio, que debe ser público, sino también a la clase de labor que realiza particularmente de forma personal el penado).

Así, no sería factible admitir que el sentenciado realizara una labor absolutamente insulsa e insípida para la sociedad, como el leer los diarios nacionales todas las mañanas en el parque de su comunidad para percatarse de la realidad nacional.

Tampoco podría ser admisible que el individuo sentenciado pudiese realizar la tarea que se le ha encomendado bajo la forma que mejor le pareciera, con abundantes ausencias o llegadas tardías, o con una calidad mediocre o por debajo del mínimo requerido o esperado en su ejecución.

Dentro de las múltiples opciones de aplicación de los TBC como alternativa a la prisión, se pueden destacar, a nuestro criterio, las categorías que señalamos a continuación:

Edificativas o estructurales

Estas podrían consistir, por ejemplo, en la construcción de hogares de ancianos, escuelas, caminos, iglesias, cementerios, arreglo de calles, etcétera.

Asistenciales

Dentro de esta gama, podemos encontrar los TBC en los cuales el penado colabora en materia logística y administrativa en centros de niños, ancianos y hospitales.

Educativas o culturales

Aquí el TBC podría ejecutarse en lugares de formación en áreas específicas, como parques nacionales, playas, museos y centros turísticos, etcétera.

Integrativas

En estos casos podría tratarse de un TBC en grupos de proyección social, como la Cruz Roja, los Boy Scouts, los cuerpos de bomberos, las ONG, etcétera.

Formativas

Aquí se da una inmersión del sujeto sancionado al TBC en programas para los cuales se los puede capacitar primero y luego utilizar sus habilidades aprendidas en otros lugares para beneficio de la comunidad. Por ejemplo, talleres de carpintería, ebanistería, pintura, informática, lenguas, etcétera.

En cuanto a la contabilización del tiempo de capacitación, nos inclinamos por que le sea reconocida al sentenciado como parte del tiempo que le será impuesto, porque sólo así se le podría exigir al sujeto efectivamente su participación en tal actividad, razón por la cual el juzgador deberá tomar en consideración tal período de tiempo a fin de no excederse entre el tiempo de capacitación y el de ejecución de la sanción propiamente dicha en el máximo de horas permitido por la ley correspondiente.

Proyectivas o utilitarias

Este tipo de actividades son referidas a labores para las cuales el sentenciado tiene un talento o una capacidad previa demostrada. Por ejemplo, un futbolista que podría dirigir un campo de entrenamiento para niños, o un músico que podría dar una serie de conciertos en beneficio de la comunidad, o un artista podría pintar un mural.

Creativas u originales

Es evidente que muchas veces el talento potencial de la persona sentenciada supera las expectativas de la sanción de TBC, por lo que es necesario contar con modalidades “especiales” de este tipo de sanción, que permitan, ya no por horas invertidas, sino por obra concluida o terminada, que el condenado pueda concluir válidamente con su trabajo realizado.

Así, por ejemplo, un artista podría pintar un cuadro o hacer un mural, o bien un experto en cuestiones informáticas podría diseñar un *software* educativo. En casos como los anteriormente señalados, lo importante sería el concluir la obra y no necesariamente cumplir con un número específico de horas, puesto que lo que a una persona podría resultarle muy fácil crear, dependiendo de su inspiración, habilidades naturales, formación previa, etcétera, a otra podría representarle mucho más trabajo y más horas invertidas, razón por la cual aquí lo

importante, en definitiva, sería no el cumplir de forma ortodoxa con un número de horas específico, sino terminar a satisfacción una obra específicamente encomendada para su elaboración o creación.

Elementos cuestionados del uso del trabajo en beneficio de la comunidad

En efecto, no todo es positivo con relación a la posibilidad de la utilización de TBC como alternativa a la prisión.

Dentro de las diversas legislaciones en las cuales se ha intentado la introducción del TBC como sanción alternativa a la prisión, así como la pena de multa, el extrañamiento, la inhabilitación y otras formas de sancionar al delincuente, muchos han sido los pro y los contra que se han argumentado en su defensa o en su crítica.

A lo largo de este pequeño estudio trataremos al menos de indicar cuáles pueden ser esos elementos positivos y negativos, sobre todo en países como España o los Estados Unidos, así como en los países nórdicos, en donde se aplica con algún suceso este instituto procesal; así como en Alemania, donde no se aplica.

Nuestra legislación penal y procesal penal, a la fecha, se encuentra ante una serie de cambios, de paradigmas y de nuevos institutos que requieren de una participación mucho más activa y eficiente de sus integrantes y operadores, a través de la cual la misma comunidad pueda y deba aprender cómo solucionar los conflictos menores que se susciten en su seno, sin necesidad de acudir a los sistemas tradicionales, los cuales, se ha demostrado según la experiencia de muchos años, se encuentran caducos.

Sabemos y conocemos que instituciones milenarias como la prisión y el extrañamiento necesariamente deberán mantenerse en la sociedad, como forma para poder solucionar algunos de los conflictos que se nos presentan en nuestra vida cotidiana. Sin embargo, no deben ser ni los únicos ni los exclusivos, y más bien, las tendencias modernas apuntan a que aquellas deben ser la *ultima ratio*, en el sentido de que se debe aplicar la sanción penal como excepción, puesto que la vida moderna y el advenimiento del siglo XXI implican nuevas formas y mejores posibilidades de poder involucrar a la misma sociedad en la posibilidad de resolver los conflictos más sencillos y menos graves en su propio seno.

ASPECTOS POSITIVOS DE LA UTILIZACIÓN DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Sin lugar a dudas, podemos afirmar que existen muchos más aspectos positivos que negativos en cuanto a la posibilidad de la utilización del TBC como alternativa a la prisión.

Nuestras sociedades modernas han tomado tradicionalmente una actitud poco constructiva con relación a los sujetos que resultan ser “clientes” del sistema penal, y de la institución más simbólica de este, o sea la prisión a través de la pena privativa de libertad, que en muchos casos se convierte más en la regla que en la excepción.

Nuestra sociedad es diligente en la denuncia, persecución y condena de nuestros delincuentes. Asimismo, somos muy estrictos y hasta sensacionalistas con relación a la publicidad y el estigma del delito y del sujeto activo del mismo, pero una vez que se dicta la sentencia y es confirmada la sanción, el sujeto pasa a ser parte de una especie de destierro en el cual la sociedad se olvida, o al menos eso parece querer hacer, de la existencia de la cárcel, de los reos, del sistema penitenciario y por ende también del delincuente, del cual hipócritamente esperamos que resulte ser, después de un buen tiempo de encierro, el ciudadano prototipo y quasi perfecto o perfeccionado, luego de su paso intracarcelario. No nos damos cuenta de que si existió readaptación o rehabilitación, se dio precisamente de un sujeto que estaba en su medio natural en libertad, a un feudo, a una subcultura intracarcelaria, en la cual hay que readaptarse a la fuerza, pero que nada tiene que ver en sus valores y su realidad con la sociedad que le espera a la salida de dicha “pensión de barrotes”.

En ese aspecto, los condenados son como “parias” que no son vistos con buenos ojos en ningún estrado de nuestra sociedad, y aunque todos –como sucede igualmente con el problema de la basura– nos preocupamos por que exista una institución que solucione la problemática respectiva, lo cierto es que a la hora de coadyuvar en brindar alternativas a la privación de la libertad, a nivel comunitario y personal, en la mayoría de los casos esperamos que el lugar que le brinde una “solución” a dicha problemática quede lo más lejos de nuestra casa y de nuestra vida.

De esta forma, existe en general poca credibilidad con relación a la posible reinserción efectiva de estos privados de libertad en sociedad, y de la

recuperación de sus derechos a su retorno a su comunidad, la misma que los señala y estigmatiza más que brindarles oportunidades concretas.

A la fecha, ¿qué problema tendría un sujeto condenado por una retención indebida en un asunto patrimonial con relación a prestar TBC en un hospicio de ancianos durante los fines de semana? De la misma forma, ¿qué problema podría representar una persona condenada por homicidio culposo que preste su servicio en beneficio de la comunidad dando clases de urbanidad y civismo en escuelas de escasos recursos económicos o alejadas de los centros urbanos de población? Definitivamente ninguno. Lo que sucede es que en nuestras sociedades le hemos cercenado todos y cada uno de los derechos civiles, políticos y ciudadanos a los privados de libertad, cuando en realidad el único derecho que tienen restringido es el de su libertad personal, por lo que siguen y continúan siendo seres humanos que en principio gozan de una serie de derechos y que se han visto sometidos a un proceso penal que los ha llevado a ser sancionados por la sociedad. Pero ¿qué tiene ello que ver con su forma de pagar o reintegrar a la sociedad su pena? ¿No será mejor de toda suerte que el mismo sancionado retribuya algo a cambio a la sociedad en la cual se desempeña y en la cual ha incumplido sus normas de convivencia social? ¿No será de mayor provecho que quien no se ajuste a las normas sociales, culturales y de tipo económico resulte ser sancionado por medio de un trabajo en beneficio de la misma comunidad, en el cual esta será la destinataria del beneficio de dicha labor?

De inmediato, señalaremos algunos de los principales elementos positivos como alternativa al internamiento.

Minimiza el etiquetamiento y la estigmatización

El trabajo en beneficio de la comunidad evita los problemas surgidos del etiquetamiento y la estigmatización del sentenciado, tradicionalmente encontrados en las personas privadas de libertad.

Las teorías del etiquetamiento y de la estigmatización que fueron estandarte de la política criminal del siglo anterior, en alguna medida han continuado con vigencia, sobre todo con respecto a lo que tiene que ver con la reacción social al delito, su prevención –especial y general– y el tratamiento integral del delincuente en cada sociedad.

Con la utilización en las legislaciones modernas de institutos como el TBC, se podrá echar mano no a un medio de control de la

reincidencia, no a un medio para reducir el número de conductas que son punibles, tampoco para lograr un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

Más bien se trata en el fondo de una sanción alternativa, que no presenta todos y cada uno de los inconvenientes de la pena privativa de libertad, y que en el fondo implica una reacción penal suficiente frente al delito. Además el instituto viene a ofrecer un efecto positivo para lograr o permitir a la comunidad su participación en la ejecución penal y en gran medida en la integración social del reo a su comunidad, puesto que al ser solucionado el conflicto en sociedad con menor daño social, la respuesta de esta a favor del condenado es más positiva.

De esta forma, el reo que sea sometido a una pena de TBC podrá en forma menos gravosa para su persona, y hasta para su familia, evitándose así incluso una victimización secundaria, y procurar su reinserción de manera menos conflictiva en sociedad, lo que le brindará una nueva oportunidad de participar en forma activa en la comunidad por medio de un recurso que resulta a todas luces mucho menos doloroso para el mismo sujeto, y en gran medida, mucho menos estigmatizante y etiquetador de su conducta, pues al no ir a prisión y al posibilitar su sanción por medio del canal propio de la comunidad, *in situ*, no se verán más afectadas aun su autoestima ni su valoración social, y a la vez esta experiencia posibilitará la búsqueda de sus propias posibilidades y recursos, ahora vertidos en beneficio de la sociedad.

Se dice entonces que aplicar la orden de TBC implica, además, no un actuar sobre el condenado por medio de tratarle sobre la base de un expediente clínico, administrativo o judicial, sino que se parte de que la persona es “normal” y en dicha condición debe actuar como tal dentro de su comunidad, y solucionar el conflicto planteado en su seno.

Aparte de lo expuesto, por medio del trabajo a favor de la comunidad, al tratarse de la pérdida del tiempo libre del condenado, siempre se mantiene el carácter que como sanción este reviste, pero en forma alguna impide que el sujeto continúe con su vida normal por requisito de principio, lo cual implica menos estigma a este y su entorno.

De la misma manera, al ser el trabajo que desempeña socialmente positivo, y en pleno contacto con ciudadanos ajenos al ambiente delictivo o penitenciario tradicional, este resulta ser muy atractivo puesto que ayuda a disminuir el aislamiento social que representa la prisión, y probable-

mente por el positivo resultado que le brindará los frutos rehabilitadores que ello implica. Esto quiere decir que en una buena medida, el reo dejará atrás el estigma de la cárcel y su hacinamiento al ser titular de un trabajo en beneficio de su comunidad, que hará mucho más provechosa su situación particular, la de su familia y la de su comunidad en general.

Previene la victimización secundaria

Indudablemente el TBC contrarresta la victimización secundaria de los familiares del condenado, al permitirle estar con su familia e incluso no obligarlo a abandonar sus actividades laborales y/o educativas tradicionales.

Cuando una persona es sometida a un proceso penal y resulta condenada a una pena privativa de libertad, su reclusión en un centro de internamiento implica, en la mayoría de los casos, para él/ella un proceso de etiquetamiento, estigmatización y un proceso de victimización secundaria, puesto que la condena y su reclusión en un centro cerrado será algo que marcará el resto de su vida, incluso luego de su egreso del sistema carcelario.

Es por ello que la institución de TBC procura evitar al condenado el proceso de una nueva victimización, que es su sometimiento a prisión, a través de una nueva alternativa, que es la prestación de un servicio de utilidad pública dentro de la misma comunidad para evitar precisamente el estigma y los efectos que implican su reclusión en un centro de prisión.

En general, tenemos un gran recelo contra una persona que reside o ha permanecido en la cárcel, lo que varía frente a aquella que no ha sido “cliente” del sistema carcelario, aunque ambos hayan sido condenados por el mismo delito.

Es por esta razón que al evitar, en ciertos delitos y bajo ciertas condiciones particulares y restringidas, que el sujeto acceda a prisión, se procura que ese mismo proceso de victimización primaria y secundaria sea mucho menos gravoso para quien no haya ido a prisión que para quien haya ido, precisamente por esa concepción que tenemos los particulares de los privados de libertad, y por el estilo y las condiciones de vida que se presentan en la cárcel, que definitivamente difieren en forma radical del cotidiano vivir fuera de prisión; además de evitar el efecto de la escuela delictiva, porque en la mayoría de los casos quienes ingresan por primera vez salen de ese lugar mucho más envueltos en

un ambiente delictivo, con más contactos criminógenos y con muchas más enseñanzas antisociales que quienes han podido estar purgando su condena mediante una modalidad ambulatoria.

Reduce costos

El TBC resulta una opción mucho más barata para el Estado que la prisionalización del sujeto, en donde se tiene que lidiar con conflictos de hacinamiento, pago de servicios básicos de agua, luz, ropa, comida, vigilancia, servicios médicos, de transporte, etcétera, de todos aquellos privados de libertad que integran la “planilla” del sistema de administración de justicia.

A lo anteriormente expuesto debemos agregar que el sistema penal a cargo del Poder Judicial, de la misma forma, debe contar con una infraestructura de seguridad suficiente, con el objeto de poder administrar la cantidad de presos que provienen de los centros de detención y, además, de aquellos que deban ser presentados a los estrados judiciales a diversas audiencias, en materia de ejecución penitenciaria, lo que implica que aparte de los fondos que debe erogar el sistema de administración de los centros penales a cargo del Poder Ejecutivo, el Judicial también debe tomar recursos de su presupuesto asignado por la Asamblea Legislativa en la inmediata atención del mismo privado de libertad, lo que equivale a destinar recursos importantes en la atención de presos, que perfectamente podrían evitarse o canalizarse por otros medios.

Dentro de estas posibilidades de ejecución de la sanción impuesta, por medio del TBC se permite entonces el ahorro de importantes recursos para el Estado en general, a través de la prestación de servicios de utilidad pública por parte de los sancionados a una pena, que en todo caso implicarán en forma directa y necesaria un gran ahorro de recursos para el Estado, pues cierta cantidad y cierto número de sujetos no hará ingreso a centro de atención institucional alguno. Así, el Estado no tendrá la necesidad de destinar tantos recursos a las cárceles, sino más bien, podrá disponer de esos recursos que se ahorra para programas de atención a los sancionados por delitos mayores, que en todo caso serán menores en virtud de la posibilidad de ley, que le permite al condenado su ejecución por medios más útiles y menos costosos para el Estado.

Eleva la autoestima del penado

Ayuda a elevar el nivel de autoestima a quien realiza el TBC, puesto que el sujeto siente que está haciendo algo productivo que ayuda a los demás y que al mismo tiempo le es de provecho a él mismo. Incluso, en muchos casos, este adquiere conciencia de que ahora puede desempeñar alguna labor que nunca antes pensó ser capaz de efectuar.

Se ha demostrado por medio de estudios psiquiátricos y psicológicos a los privados de libertad, que tan sólo el hecho de su internamiento en un centro de detención o de privación de libertad implica en forma directa y necesaria la disminución en forma considerable de su autoestima, pues esta se ve directamente transgredida por el hecho de ser privado de su libertad y por el estigma público que ello implica. Ingresar a prisión reviste una *capitis diminutio*.

Por medio del TBC, al no acudir a prisión a cumplir la pena, el acusado o condenado ve directamente la posibilidad que le brinda la sociedad de hacer algo más positivo para su vida, siendo valorada en forma generalmente aceptada la labor que va a desplegar, previamente aprobada y acordada. El sujeto, por lo tanto, se siente mejor consigo mismo, y se evita su etiquetamiento y estigma, todo lo cual en forma directa e inmediata refleja en sí mismo una mejoría de su persona y de su percepción frente a los demás, ya que al estar prestando un servicio que la comunidad ha preestablecido como fundamental para el bienestar público, el sujeto se siente bien con lo que realiza, se da cuenta del error que ha cometido y puede de una forma mucho más ventajosa considerar o enfocar cuál ha sido su proceder, y en gran medida ello le va a traer una mejor forma de representarse a su persona que si estuviera preso.

Se dice muchas veces que la prisión trae consigo males mayores que los que se quiere evitar a la sociedad, pues gran cantidad de vicios y problemas sociales, como el alcoholismo, el consumo de drogas, la alta incidencia de transmisión de enfermedades, la aprehensión de otros artes u oficios poco ejemplarizantes, todos son aprendidos en prisión, pues es el resultado del entorno dentro del cual viven los reclusos. Al no estar expuesto el sujeto primario a estos problemas sociales, es mucho menos probable que caiga en ellos, lo cual implica una gran ventaja sobre la prisión, pues el sujeto se sentirá mucho mejor no sólo con su actuación y prestación del servicio, sino que además lo hará darse cuenta del mal mayor al cual se lo somete, mediante una devolución de su tiempo

a favor de una comunidad que, sin duda, podrá ser recibido una vez que haya terminado su retribución a esta en su beneficio, como forma de saldar el costo del delito que cometió. Por ello se dice que al sentirse parte importante de una comunidad determinada, el penado elevará su autoestima, por sentirse satisfecho de la forma en la cual la misma comunidad le ha brindado la oportunidad de reivindicarse en su seno.

Concientiza socialmente

Permite a la sociedad ser consciente de la necesidad de abrir espacios para que algunos sujetos que quebrantan la norma legal puedan llegar a ser elementos de provecho en la comunidad, aportando con su trabajo concreto elementos positivos de beneficio social.

El sujeto que ha delinquido, por medio de este instituto, pasará a estar involucrado en forma directa con la comunidad, y a la vez estará agradecido con esta, pues le ha brindado el apoyo y la oportunidad de evadir la cárcel por medio de una prestación en horas de un trabajo, que será la misma comunidad ofendida quien lo establezca a través de su regulación de ley, y en la cual el sujeto que se encuentra en la mayoría de casos en un estado de arrepentimiento tácito, expía de esta forma el daño que ha causado por su irrespeto a las normas de conducta social aceptadas en una comunidad determinada.

Estimula la superación personal

El TBC en muchos casos estimula al sentenciado a poder valerse por sí mismo a través de un trabajo honesto y hasta llegar a capacitarse lo suficiente para seguir posteriormente trabajando en un campo en donde antes no lo hacía y que ahora sabe que puede realizar bien.

Por medio del TBC se posibilita una mayor y menos dolorosa reinserción del reo condenado en la sociedad, puesto que al evitar ir a prisión y al poder cumplir su sanción en el seno de la misma comunidad ofendida, el sujeto es consciente del daño que ha causado y, por medio de esta alternativa a la prisión, se estimula directa o indirectamente un sentimiento de superación en él, de aceptación y de conocimiento del problema que ha causado con el delito, el cual, por medio de su trabajo, va a mitigar en sus consecuencias, lo que le permitirá sentirse mejor consigo mismo y poder igualmente recapacitar sobre el hecho

cometido, mirando ahora hacia el futuro, y sintiéndose a gusto consigo mismo porque la misma comunidad le habrá permitido el prestar un servicio a cambio de su libertad.

Siendo además el TBC una auténtica pena, se lo ha considerado también un medio de reinserción social eficaz que no reviste la cárcel, pues al darse la oportunidad al sujeto de evitar la prisión, este desarrolla un sentido mayor de responsabilidad y se concientiza así de la magnitud del daño causado, posibilitando su rápida reinserción social sin las consecuencias gravosas que la privación de libertad trae consigo. No obstante, siempre representa una privación de derechos mucho menos gravosa para el acusado, que le llevará a prestar una tarea positiva para su comunidad.

Por otro lado, al no tener el estigma que necesariamente implica la prisión, el privado de libertad se verá beneficiado y la sociedad podrá sin duda percibir correctamente que la realización de los trabajos a favor de la comunidad por parte del condenado es la afirmación necesaria de una muestra de buena voluntad de su parte para dejar de lado su historia delictiva pasada e intentar poner de su parte con rumbo a un mañana mejor para sí mismo y para la sociedad.

Desarrolla el potencial del penado

Es claro que en muchos casos la ociosidad y el hacinamiento en reclusión resultan ser mucho peores que el mismo castigo de enviar al sentenciado a prisión supuestamente para privarle únicamente de su libertad ambulatoria. Dicho de otro modo, resulta más dañina para el condenado la medicina que la enfermedad misma, puesto que su internamiento en prisión, aparte de la pérdida de sus derechos y garantías fundamentales, hace que pierda su identidad como persona.

Son muy pocas, dadas las condiciones tradicionales del encierro, las personas recluidas en un centro de detención que podrán desarrollar alguna destreza, aprender algún oficio o profesión y salir al final de su condena como personas mejores, luego de su estadía penitenciaria.

Una gran mayoría de privados de libertad desperdicia su tiempo, no aprovecha los ratos de ocio y más bien se asocia con personas indeseables, donde contrario a los fines con que fuera concebida la pena en su establecimiento, se produce en el seno del condenado una reacción negativa hacia la sociedad, que le hace reprochar a las personas del

otro lado del muro su paupérrima estadía en la “presoteca” de turno. Es decir, en la gran mayoría de casos el privado de libertad culpa a la misma sociedad como la responsable de sus males.

Distinto es el caso del TBC. Por una razón fundamental, es la misma sociedad quien le brinda la oportunidad al condenado por un delito de poder resolver en su seno el conflicto planteado y de posibilitar el efectivo retorno de la armonía y la paz sociales. Al no ser extraditado de su circunstancia social, como sería en el caso de la remisión a la prisión, y al estar prestando un servicio de interés y de satisfacción social, se posibilita que esta persona pueda desarrollar sus habilidades en una manera más expedita, pues en virtud de que el conflicto será solucionado con la activa participación del sentenciado, y en el mismo seno de la sociedad, este podrá determinar que el laborar a favor de la comunidad le permite igualmente proyectarse como un ser humano útil a una sociedad, lo que en definitiva le podrá permitir desarrollar en forma plena sus potenciales individuales, como a continuación detallaremos.

Factor de integración social

El TBC trata de integrar al ofensor con la comunidad, y viceversa, al contrario de la pena privativa de libertad, que simplemente aísla al penado de su entorno social, promoviendo la adaptación del individuo pero a una subcultura intracarcelaria, en lugar de buscar que el sujeto que ha quebrantado la norma logre encontrar la forma de integrarse de forma productiva a la sociedad.

Los grandes y graves problemas que la pena privativa de libertad trae consigo han sido desarrollados por espacio de varios decenios por estudiosos de este antiguo y añejo sistema de sanción a los ciudadanos.

La cárcel, como instrumento de aplicación del peso de la ley a los condenados, ha venido experimentando un notorio deterioro, y las más modernas tendencias del Derecho Penal abogan por su minimalización y hasta por su abolición.

Dicen algunos abolicionistas que el sistema carcelario, como lo conocemos a la fecha, deberá desaparecer poco o poco, hasta quedar en el olvido y que deberá ser sustituido por otras medidas menos gravosas para el delincuente, su familia y la misma sociedad.

Por otro lado, están quienes sostienen que este debe ser aplicado sólo en aquellos casos en los cuales realmente se trate de delincuentes

peligrosos y que no sea capaz la comunidad de lograr su reinserción en su seno. Pero para la gran mayoría de los sancionados es la misma comunidad, a través de otros medios alternativos de solución del conflicto, tales como el instituto que nos ocupa, quien está llamada a poner fin al diferendo nacido en su seno.

No obstante lo anterior, con el TBC el sancionado puede, a nuestro criterio, en forma más amplia y convincente y de una manera más ágil y rápida, proceder a su reinserción en la sociedad con el menor costo y con el menor daño posible, puesto que al ser en su seno donde se sanciona su conducta, de esta forma que resulta más sencilla y menos gravosa, tanto para el sancionado como para los demás, que se reintegre a la sociedad, que nunca lo apartó en razón del delito que cometió, y que además lo recibe en su seno para que cumpla una pena menos gravosa, en una forma mucho más amplia y abierta, sin el estigma ni el etiquetamiento, lo que implica un menor grado de rechazo u obstáculo para su posterior convivencia en sociedad a partir del cumplimiento de su sanción penal.

Sin duda alguna, un primer cuestionamiento anterior al análisis propiamente normativo de la institución de la prestación de servicios en favor del Estado, o TBC,²⁹ debe estar referido a las relaciones entre trabajo y resocialización.

Primeramente hay que aclarar que el fin resocializador de la pena ha sido y sigue cuestionándose por etéreo, irreal, utópico, etcétera, especialmente cuando la realidad nos enfrenta a una clientela de la justicia penal con un grado muy alto de reincidencia y sin posibilidades concretas de “reinserción social”.³⁰ Especialmente porque su adaptación en la mayoría de los casos se da más bien a la subcultura intracarcelaria, a la escuela delictiva, a la “presoteca” en la que se encontraba, y que no tenía nada que ver con el entorno social donde posteriormente la comunidad demandaría de él que se convierta en el ciudadano modelo ilusoriamente pretendido.

29. En Costa Rica, actualmente, en materia de adultos la diferencia terminológica radica en que en el caso de la PSFE, esta se da de manera presencial o como sustitutivo de la sentencia condenatoria propiamente dicha, de conformidad con lo establecido por los artículos 25 y siguientes (Suspensión del Procedimiento a Prueba) del Código Procesal Penal vigente, mientras que el TSC no existe todavía como pena independiente, alternativa o accesoria a la de la privación de libertad.

30. Término utilizado expresamente por el artículo 88.1 *in fine* del nuevo Código Penal español de 1995.

Es claro que, dependiendo del punto de partida del que se arranque teóricamente, se podría establecer una relación más o menos cercana entre el trabajo y resocialización.

Así, se sostiene que el trabajo es un medio eficaz de terapia en la consecución del ideal resocializador,³¹ y que es necesario y eficaz para que el penado restituya efectivamente algo de lo malo que ha cometido.³²

Independientemente de la postura que se adopte, y dejando de lado a propósito un tema que no es objeto de nuestro estudio y que por sí mismo debería ser objeto de un verdadero análisis vasto y profundo, como lo es la protección del Derecho Laboral y la vigencia de las garantías sociales dentro de la aplicación del TBC, sin perjuicio de lo que estableceremos en la Sección Primera del Capítulo 5 del presente Título, lo cierto es que al intentar establecer una utilización adecuada del trabajo como forma de sanción penal, deben tomarse en consideración muchos aspectos, entre los cuales rescataremos a continuación algunos de los que nos parecen más importantes.

Alto porcentaje de efectividad en el cumplimiento de la sanción

Con relación al porcentaje de efectividad de su cumplimiento, hay dos temas a tratar: uno, su relación con los procedimientos de su revocatoria, y dos, la capacidad y ayuda a la persona para lograr su fin o el cometido que todos buscamos.

En primer lugar, se ha demostrado que en labores muy rígidas existe mayor porcentaje de deserción que en labores más dóciles.

De la misma forma, en países como Escocia, en donde se brinda ayuda constante y asesoría al penado durante el desarrollo de las labores encomendadas en sanciones como el TBC, existen mayores índices de cumplimiento, lo que implica que en todo momento hay que fomentar y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, que la sanción penalmente acordada resulte necesaria, adecuada y propor-

31. Ralphs, P., en "Community Service Orders in England", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 20, N° 1, Londres, NAPO publications, pp. 58-64. Al respecto, De la Cuesta establece incluso que para que el trabajo pueda considerarse resocializador debe darse una "asimilación al trabajo general, tanto en un plano técnico y productivo como jurídico". De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "La sanción de trabajo en provecho de la comunidad", *La Ley*, N° 2, Madrid, Edilex S.A., 1985, pp. 1067-1075.

32. McWilliams, B., *Community Service Orders*, Manchester, University of Manchester Press, 1980.

cional, así como se debe brindar la asistencia al penado a fin de que pueda cumplir su pena en forma adecuada y efectiva.

Bajo porcentaje de reincidencia posterior al cumplimiento de la pena

El porcentaje de reincidencia de los sujetos que han cumplido satisfactoriamente penas de TBC es altamente más bajo que el del resto de la población sentenciada a penas privativas de libertad.³³

Conforme a la experiencia inglesa, el porcentaje llega hasta un noventa por ciento de no reincidencia posterior de los sujetos que han intervenido en una sanción de TBC, por lo que su aplicación práctica tiene un gran porcentaje de efectividad y en dicho país se le califica como ampliamente exitosa.

Para lograr este objetivo debe, la sanción o el trabajo a desarrollar, tener aceptación previa, tanto del infractor como del beneficiario.

En diversos estudios se indica que la capacidad de conseguir los fines de la rehabilitación y la reducción del uso de la prisión son sus dos fines primordiales.

Con relación a la rehabilitación, dicen algunos autores que los índices que existen logran demostrar que el TBC no tiene peores resultados que la pena de prisión, pero en todo caso, no puede afirmarse que sea una sanción que del todo impida la reincidencia.

Por medio del TBC existe un alto porcentaje de reinserción en sociedad por parte del sancionado, siempre y cuando se tengan los medios para su aplicación efectiva y además la formación adecuada.

Además, por medio de la participación de la sociedad en la solución del conflicto dentro del seno de sus instituciones públicas y privadas, se facilita la existencia de un menor porcentaje de reincidencia a los penados.

En momentos en que la cárcel, como institución tradicionalmente encargada de asumir el encargo legal de los fines de la pena, no ha podido llegar a cumplir dichas expectativas por demás loables, pero dadas las circunstancias muchas veces utópicas e irrealizables, se agradece que existan alternativas a la prisión, que como en el caso del TBC provean de un porcentaje tan bajo de reincidencia posterior a la finalización del cumplimiento efectivo de la sanción penal impuesta.

33. "Home office. Note Sur Les Community Service Orders en Grande Bretagne", en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal*, Comaparé, 1983.

Es decir que, en la práctica, en cuanto a nuestro tema de estudio, en un porcentaje altísimo, aquellos que tienen la oportunidad de desarrollar un TBC como pena, en lugar de simplemente tener que conformarse con vegetar estérilmente haciendo nada en un centro de reclusión, de alguna forma se ven motivados a no involucrarse más en la comisión de delitos, lo cual sin lugar a dudas representa en sí mismo un estándar importante y un logro ineludible para la readaptación del individuo y de su propia dignidad, y también para la sociedad que le ha dado una oportunidad a este y que ve retribuida su inversión al eliminar una fuente extra de potencial comisión de delitos en el futuro.

CONCLUSIONES

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad constituye una herramienta que ha sido probada y usada con gran tino y efectividad especialmente en los países anglosajones como Estados Unidos de América o Inglaterra.

Estamos totalmente convencidos de que la medida del servicio en beneficio de la comunidad debe operar con el auxilio de entes privados y/o semipúblicos que garanticen una mayor efectividad en la consecución de las metas que se pretenden con su ejecución.

En definitiva, el tiempo será el mejor reflejo de la efectividad de una medida que en varios países anglosajones ya es aprovechada con mucho éxito por más de dos décadas, pero que en naciones como Costa Rica o España no sabemos si por no existir la infraestructura apropiada, la tradición y la organización administrativa necesarias, se convertirá en algo más que simplemente letra muerta, simple copia cuasi inaplicable de otras legislaciones, o bien en pseudojustificación de la necesidad de búsqueda de medidas alternativas a la medida privativa de libertad.

La falta de tradición en el medio iberoamericano en la utilización de esta medida podrá ser sufragada en la medida en que los operadores del sistema de administración de justicia y la misma población sentenciada se percaten realmente de sus beneficios, y en tanto la sociedad, adquiriendo también su cuota de responsabilidad, sea permeable a permitir nuevas avenidas de ejecución de sentencias que provean, como sucede en el caso de los servicios en beneficio de la comunidad, un beneficio no

solamente social, en términos de que se realiza una labor que beneficia a la colectividad, sino también una posibilidad concreta para el sentenciado de contribuir con la reparación del daño causado, tomar una cuota de responsabilidad en cuanto a su accionar y proveerlo de hábitos de socialización y trabajo, al tiempo que se le concientiza de la necesidad y la posibilidad de optar por otras alternativas diferentes al delito para satisfacer sus necesidades personales, económicas, sociales, etcétera.

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no es ni debe ser un “trabajo” propiamente dicho, tampoco consideramos que reúna todos los requisitos de una relación laboral permanente para poder serlo, pero sí deben controlarse las condiciones en las que el sujeto adulto y/o menor realiza la labor que le ha sido encomendada y posibilitar que goce de todas las garantías en cuanto a accidentes laborales, e incluso de transporte y alimentación para que realice eficientemente la tarea encomendada por sentencia.

Es indudable que la cantidad de recursos es siempre incapaz de responder a las necesidades reales que el sistema de administración de justicia y la clientela de la justicia de menores requiere, pero criminológicamente se ha demostrado que el costo del internamiento, por el agua, la luz y la comida, y los problemas de etiquetamiento, estigmatización, hacinamiento y subculturalización que marcan en el menor una marca indeleble para su futuro, hacen que medidas alternativas como la del servicio en beneficio de la comunidad deban ser tomadas con mayor seriedad y voluntad política por quienes dictan las pautas legislativas.

El TBC, por su propia naturaleza, resulta ser una verdadera opción de resocialización y dignificación del sujeto que la realiza, quien provee a la sociedad de un beneficio concreto con su accionar, en lugar de convertirse en un individuo más por el cual todos los ciudadanos invertimos fondos públicos en pagar por su “hospedaje”, agua, luz, comida, dentro de una celda en la cual no produce absolutamente ningún provecho para la comunidad, y desgraciadamente tampoco para sí mismo, como es el caso lamentable de la gran mayoría de nuestros presos actuales.

El fracaso que ha puesto de manifiesto la pena privativa de libertad, en cuanto a sus fines últimos de readaptación y resocialización del penado, ha obligado a las diversas legislaciones a buscar otras alternativas que tengan como fin primordial lograr la reinserción del ser humano al núcleo de la sociedad. Este cambio de paradigma que se

ha dado en la legislación de adultos no ha pasado desapercibido en las legislaciones que regulan la delincuencia juvenil. Se han abandonado los criterios de la situación irregular que dominaban el derecho tutelar de menores, para aplicar criterios como los de la protección integral del menor, a través del cual se opta por el respeto irrestricto de los derechos y las garantías de los menores que son acusados por un delito, y se deja de considerar a las personas menores de edad en conflicto con la ley penal como meros objetos del proceso, para respetar en forma irrestricta su dignidad como seres humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, José Manuel, y otros, “El proyecto de penas alternativas”, San José, ILANUD, 1992.

BERNAL WALLS, Jesús, “Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal”, en *Revista General de Derecho*, N° 652, Valencia, 1999.

BURGOS MATA, Álvaro, “El Trabajo en Beneficio de la Comunidad a la luz del Código Penal español de 1995”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 91, Colegio de Abogados de Costa Rica, enero-abril de 2000.

CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Editorial Bosch S. A., 1997.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José, “La sanción del Trabajo en provecho de la Comunidad”, en *Revista jurídica La Ley*, N° 2, Madrid, Edilex S. A., 1985.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica”, en *Actualidad penal*, N° 6/3, Madrid, febrero de 1997.

HOME OFFICE, “Note Sur Les Community Service Orders en Grande Bretagne”, en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, N° 4, octubre-diciembre 1983.

HUBER, Bárbara, “Community Service Order como alternativa a la pena de prisión en Inglaterra”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXVI, F. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1983.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Managua, Editorial Hispamer, 1995.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, en Conde y Pumpido Ferreriro (dirs.), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1997.

MCWILLIAMS, B., *Community Service Orders*, Manchester, University of Manchester Press, 1980.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 5ª ed., 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 4ª edición revisada, 2000.

PARÉS i GALLÉS, R., “La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 64, Madrid, Editorial Edersa, 1998.

POZUELO PÉREZ, Laura, *Las penas alternativas de derechos en el Código Penal*, Madrid, Editorial Colex, 1998.

RALPHS, P., “Community Service Orders in England”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 20, N° 1, Londres, NAPO Publications, 1988.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Barcelona, Editorial Bosh, 1986.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, *Las penas en el nuevo Código Penal*, Granada, Editorial Comares, 1996.

TAMARIT SUMALLA, José María, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, Editorial Arazandi, 1996.

VALLDECABRES ORTIZ, Isabel, en Vives Antón, Tomas (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL EN LA JUSTICIA JUVENIL DE LA CABA

Por Alejandra Quinteiro*

MARCO NORMATIVO

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) es un tratado internacional en el que se establece que los niños tienen los mismos derechos que los adultos y capacidades acorde a su etapa evolutiva. Allí son considerados como sujetos de derecho y se les otorga el ejercicio de la ciudadanía, según su capacidad, para implicarse en las cuestiones que les atañen asumiendo las obligaciones inherentes al cumplimiento de deberes.

La CDN está integrada por un conjunto de principios para el resguardo de la infancia y los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se aprobó en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y sus contenidos. La ratificación por parte de más de veinte países ocurrió menos de un año después, lo que la convierte en el tratado de derechos humanos más ratificado.¹

En América Latina implicó un cambio importante en el marco político, histórico y social:

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación a la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como modelo tutelar, filantrópico, de la situación irregular o

*Especialista en Derecho Penal (UP). Especialista en Justicia restaurativa por la Universidad Católica Lovaina, Bélgica. Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por Universidad de Bologna, Italia. Se encuentra a cargo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Exfiscal para actuar ante el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro (Distrito Pilar).

1. Beloff, Mary, *Los derechos de los niños en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 2.

asistencialista, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba las prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas.²

Durante varios siglos, los niños fueron sometidos al mismo procedimiento legal y judicial que los adultos por los delitos cometidos, ya que eran sancionados de la misma forma, fundamentalmente con la privación de libertad. Hacia fines del siglo XIX surgió la idea de que el Derecho Penal tal como lo conocíamos debía ser para los adultos, mientras que los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal debían recibir una consideración jurídica diferente, mediante la creación de legislaciones con un tratamiento exclusivo para menores de edad.

Estas ideas de protección, hoy conocidas como la Doctrina de la Situación Irregular, abrieron la posibilidad a problematizar nuevos espacios y legitimaron luchas: escuchar a los niños, hacerlos partícipes de las decisiones sobre sus propias vidas, igualdad en el trato de varones y mujeres, desjudicialización del tratamiento de los problemas asistenciales en los que el Estado debe intervenir mediante la concreción de políticas sociales, la internación como medida en última instancia y la consecuente obligación de recurrir a otras alternativas, como la libertad vigilada.

La CDN introduce el concepto de *justicia juvenil* al establecer que todos los niños, niñas y adolescentes sobre quienes se alegue que han infringido leyes penales tienen derecho a recibir un trato respetuoso de sus derechos humanos, a gozar de las garantías de un debido proceso, a ser informados de los cargos que pesan sobre ellos y a contar con asistencia letrada para su defensa. Siempre que sea posible y apropiado, deberá evitarse recurrir a la justicia y a la institucionalización de los niños y se deberán privilegiar otras medidas de resolución de conflictos. En esa línea, el artículo 37 b) de la CDN dispone en su parte pertinente que “la detención, encarcelamiento y/o prisión de un niño se utilizará tan sólo como último recurso y por el período más breve que proceda”.³ Antes de ser añadido a la Convención durante la reunión de revisión técnica, en diciembre de 1988, este principio o derecho sólo figuraba en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia o Reglas de Beijing.⁴

2. *Ibídem*, p. 4.

3. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 b), 20/12/1989.

4. Resolución N° 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29/11/1985.

El artículo 40 de la CDN⁵ sobre la justicia de menores también contiene algunas disposiciones inspiradas directamente por las Reglas de Beijing, entre ellas el inciso 3 a) sobre la conveniencia de establecer una edad mínima para la presunción de la incapacidad penal total; el inciso 3 b), sobre la conveniencia de mecanismos de remisión para evitar la adjudicación cuando posible, y el inciso 4, sobre las medidas alternativas a la institucionalización del menor.⁶

En palabras de Mary Beloff, “La convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que han suscripto”.⁷

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁸ reconocen la necesidad de una justicia especializada para personas menores de edad. Concretamente, en la regla 1.4 se establece:

... la justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.⁹

Por su parte, tanto el Comité de los Derechos del Niño, concretamente en la Observación General N° 10, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰ establecen:

... un sistema diferenciado y especializado de Justicia, en lo que respecta a jóvenes en infracción con la ley penal, al establecer que los tradicionales objetivos de la justicia penal de represión/castigo deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restaurativa. La justicia penal juvenil cuenta con más facultades discrecionales que los mecanismos de resolución de conflictos habilitados procesalmente para el derecho penal de adultos.

5. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40, 20/12/1989.

6. Resolución N° 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, incs. 3 a) y b) y 4, del 29/11/1985.

7. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit.

8. Resolución N° 40/33, op. cit.

9. Ídem.

10. Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 5.5 y 40.3, 1969.

Por otro lado, la regla 6.3,¹¹ al hacer referencia al alcance de las facultades discrecionales, estipula: “los que ejerzan esas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”. A su vez, en la regla 22¹² se consagra la necesidad de contar con personal especializado y capacitado en la materia: “Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio”.¹³

De igual modo desarrolla el concepto del principio de especialización Carlos Tiffer, al plantear que “el Derecho Penal Juvenil tiene que estar enfocado principalmente en el personal a cargo de los órganos e instituciones que se ocupan de la intervención de los menores acusados de infringir la ley penal”.¹⁴

Cada Estado establece cuáles infracciones y delitos deben ser considerados para emplear medidas alternativas a los procedimientos judiciales. El Comité de la CRC,¹⁵ en su Observación General N° 10 añade que los delitos leves deberían ser considerados para aplicar medidas alternativas a los procedimientos judiciales.¹⁶

Si bien Argentina se sumó a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) en 1989, recién a fines de 2005 culminó el proceso de adecuación de la normativa nacional a ese tratado con la sanción de la Ley N° 26061. La aprobación de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes dejó formalmente atrás el Patronato, un régimen que durante un siglo convirtió cualquier problema social de los jóvenes en una cuestión judicial. Fue así como Argentina entró en una transición hacia una nueva era en la que las políticas públicas priman sobre los tribunales de menores.

11. Resolución N° 40/33, *op. cit.*

12. *Ibidem.*

13. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, *op. cit.*

14. Tiffer, Carlos, “Principios de especialidad en el Derecho Penal Juvenil”, en *Reflexiones sobre el Sistema de Justicia Penal Juvenil*, Buenos Aires, Ed. Jusbaire, 2007, p. 55.

15. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los Derechos de los Niños en la Justicia de Menores, 25/04/2007, Doc: CRC/C/GC/10.

16. *Ibidem*, párr. 24.

En paralelo, en la Ciudad de Buenos Aires se sancionó en 1998 la Ley N° 114, que declara la inaplicabilidad la Ley N° 10903 en todo lo que se contraponga a la CDN. La ley local tiene por objeto la protección de los niños, niñas y adolescentes, y propone una nueva concepción de la infancia, que conduce a pensar a los niños como sujetos plenos de derechos. Además, define que la responsabilidad de los adultos y el Estado es garantizar el cumplimiento de estos derechos. Asimismo garantiza explícitamente el derecho a la atención integral, como así también el acceso gratuito, universal e igualitario a la atención integral de la salud.

Las Reglas de Beijing establecen que “se examinara la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir al juicio formal”. Esta medida también considera el escenario de muchos Estados en los que el tribunal puede decidir en todo momento la derivación de la causa. En este sentido, sin circunscribir la aplicación de la remisión de casos a la fase previa al juicio, constituye una salvaguarda adicional para el niño. Las autoridades competentes de cada Estado tienen la potestad de decidir las medidas alternativas. Mientras que en ciertos Estados la figura policial es la que puede decidir acerca de la remisión de casos, en otros países esta competencia le corresponde al fiscal y/o tribunal de justicia, como bien se puede apreciar en la regla 11.4 de Beijing, que recomienda que “se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad”.¹⁷

El artículo 40 3 b) de la CDN solicita que al usar medidas alternativas no judiciales, tales como la derivación, se respeten plenamente los derechos humanos. Por consiguiente, las autoridades competentes deben vislumbrar, ante las medidas alternativas, los aspectos principales y relevantes relacionados con el joven y el delito cometido, para así hallar las medidas alternativas más justas, teniendo en cuenta su edad y el momento emocional en que se encuentra, como así también el delito determinado.

El párrafo 1.3 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal define la justicia restaurativa como el proceso

17. Resolución N° 40/33, *op. cit.*

... en que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un crimen, participan en conjunto de manera activa para resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con la ayuda de un facilitador.

En 2007 se sancionó la Ley Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2451), que aplica a todas las personas que tengan entre 16 y 18 años no cumplidos al momento de ocurrir los hechos en materia de una investigación penal. Allí se establecen los principios y garantías del proceso, y no sólo se regula el procedimiento a seguir frente a la comisión de hechos delictivos cometidos por personas menores de edad, sino también el procedimiento a seguir cuando personas menores de 18 años de edad sean víctimas o testigos.

VÍAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, las de las víctimas y las de los delincuentes. Es un concepto evolutivo, que ha generado en diferentes países diferentes interpretaciones y respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos.

Un proceso restaurativo es aquel que promueve la participación activa de todos los involucrados en el conflicto, por lo tanto la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participan conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Es una forma de entender y abordar los conflictos, la violencia y los delitos que involucran a los adolescentes.

La aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos con adolescentes imputados penalmente parece ser una alternativa adecuada para generar en ellos la responsabilidad por sus propias acciones y la conciencia de las consecuencias ante los demás. Se favorece así, en su reparación, una postura activa tanto de la víctima como del ofensor.

Las vías alternativas de resolución de conflictos se presentan como una forma de trabajar para lograr una pacificación social que repa-

re heridas y genere consensos de convivencia o reconciliación de las partes, y para posibilitar la reparación voluntaria del daño causado. También contribuyen a la prevención, ya que han sido pensadas para evitar que los adolescentes entren en contacto innecesariamente con el sistema de justicia, y convocan a una participación de la comunidad en la construcción de la respuesta al delito que resulta fundamental.

Sobre estas prácticas, la Ciudad de Buenos Aires ha sido pionera, al establecer ya desde la Ley N° 12 diversas alternativas a la sanción, que fueron ampliadas en el Régimen Procesal Penal (Ley N° 2303) y en el Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2451).

El artículo 25 del Régimen Procesal Penal Juvenil determina que la imposición de la pena a una persona menor de 18 años de edad se impone como último recurso, y que los jueces penales juveniles deben procurar la resolución de conflicto. Por su parte, el artículo 53 establece como vías alternativas a la resolución del conflicto: a) la mediación y b) la remisión para regular, en los artículos 54 a 74, la primera de ellas; y la segunda en el artículo 75. También se consagra allí la suspensión de juicio a prueba que, si bien tiene una naturaleza distinta, lo cierto es que brinda también una alternativa a la imposición de la sanción y posibilita la extinción de la acción penal.

Remisión

El instituto de la remisión¹⁸ se encuentra previsto en los artículos 53 inciso b y 75 de la Ley N° 2451; es incorporado e implementado a la legislación penal juvenil de la CABA en correlación con la CDN.

Asimismo, el marco legal en que se plasmó la remisión encuentra su cauce en la reforma constitucional de 1994, que incorporó con jerarquía constitucional la CDN. Dicho instrumento ha significado una nueva visión sobre los derechos del niño, al que cambian el concepto de cómo se debe tratar a los niños, niñas y adolescentes.¹⁹

18. Remisión es traducción del vocablo *diversion*, que significa en inglés desviar el curso de un río para proveer a una granja. El uso de esta expresión en el ámbito de la justicia penal connota “uno de los modelos de desjudicialización” (Becerra, Carolina, “Remisión del caso en la justicia de la CABA y el testigo cómplice”, en *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Jusbairens, 2016, p. 79.

19. Becerra, Carolina, “Remisión del caso en la justicia de la CABA y el testigo cómplice”, *op. cit.*, p. 80.

Las Directrices de Riad,²⁰ en sus principios fundamentales, contemplan la justicia alternativa, aquella que busca excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a las niñas y niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos²¹ pero sin alterar ni disminuir los derechos de las personas.

En cuanto a la naturaleza y características propias del instituto, es dable destacar el antecedente que se encuentra receptado en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que en el artículo 11 afirma que “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente”.²²

Tal como señala Mary Beloff:

... de la primera podría decirse que es la solución abolicionista. En estos casos, el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.²³

La regla 11.3 pone de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor delincuente con respecto a las medidas de remisión recomendadas.

Con la remisión se establece la posibilidad de finalizar el proceso teniendo en cuenta la gravedad del delito, el grado de responsabilidad, el daño causado y su reparación. Procede de oficio o a pedido de parte, y lo resuelve el juez. La regla 11.4 recomienda que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en

20. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Resolución N° 45/112, 14/12/1990.

21. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969.

22. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, art. 11, 1.1., 1985.

23. Beloff, M., “Los adolescentes y el sistema penal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, N° 1, Buenos Aires, 2005, pp. 97-112.

la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. De ello sigue que su aplicación es prioritaria y su objeto fundamental es sustraer de la órbita judicial aquellos casos donde los menores infrinjan la ley penal, esto es, aplicar el principio de no-judicialización a fin de evitar la estigmatización propia del sistema.

Al respecto, se ha entendido que teniendo en cuenta que es facultad del juzgado en el proceso penal de menores eximir de la aplicación de la pena, pese a haberse afirmado la responsabilidad de un imputado, nada impide acudir a una media menos invasiva como la paralización de la tramitación de la causa a fin de verificar durante el plazo mínimo que establece la ley para el tratamiento tutelar, la necesidad o no de la pena, en forma anticipada al juicio. Ello redundará en un mayor beneficio para el joven quien podrá desvincularse de la imputación y evitar no sólo en la estigmatización de la pena sino la del mismo proceso penal (JPM, “Domínguez, Oscar Osvaldo”, causa N° 5057, Paraná, Entre Ríos, 07/05/2008).²⁴

En el ámbito local, la remisión se encuentra regulada en el artículo 75 de la Ley N° 2451.²⁵ Este instituto permite la remisión del joven menor de 18 años a programas comunitarios, apoyado por la familia y

24. Bartumeu Romero, M., “Suspensión del Proceso a Prueba”, en *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial 2*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, p. 555.

25. Ley N° 2451, art. 75: “Procedencia. [...] La persona menor de dieciocho (18) años de edad sometida a proceso podrá por sí, o a través del/la Defensor/a requerir que se examine la posibilidad de no continuar el proceso, tomando en cuenta la gravedad del delito, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. También procederá a pedido del/la Fiscal Penal Juvenil. El/la Juez/a Penal Juvenil puede actuar de oficio. Si el/la Juez/a considera admisible el pedido convocará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con el/la imputado/a y la víctima, podrá resolver remitir a la persona menor de dieciocho (18) años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, extinguiendo la acción. El auto que decide la remisión será apelable por aquellos que hubieren manifestado su oposición en la audiencia. No procederá la remisión cuando se trate de causas relacionadas con causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aun que estuvieren constituidos por uniones de hecho”.

bajo el control de la institución que lo realice, dando por extinguida la acción. Es apelable por la parte que no esté de acuerdo con su procedencia. Además el legislador local ha excluido de la posibilidad de remitir a los jóvenes imputados de ciertos delitos, a saber, de la comisión de delitos contra la vida, entre otros.

Los requisitos para proceder en la remisión son:

- Cada juez deberá evaluar la aceptación y comprensión de las condiciones del instituto por los jóvenes durante una audiencia oral prevista en el régimen local, así como observar la presencia o falta de vínculos familiares con posibilidades de acompañar a cada niño/a.
- Es la vía más compatible y conciliadora con los principios de la Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados.
- Se protege especialmente la integridad de los/as adolescentes imputados/as y la celeridad del procedimiento, mientras que no afecte su salud psicofísica y no implique una revictimización.
- Se impone necesariamente realizar la interpretación más restrictiva posible de las normas sancionatorias en juego.
- En caso de oposición por parte de la fiscalía, se deben esgrimir consideraciones particulares o razones fundadas que sustenten su oposición teniendo en cuenta que la remisión resulta el medio más adecuado para lograr que el/la joven comprenda e internalice la conducta imputada y no la reitere en el futuro.

Para la aplicación de la remisión se deberá tener en cuenta: el grado de responsabilidad, el daño causado, la reparación del daño, y se evitará el tratamiento o rehabilitación del/la niño/a porque de esa forma se reiteraría la lógica del tratamiento tutelar y se perdería la lógica de la reparación del daño.

Sin embargo, se ha entendido que no obsta a la concesión del beneficio la falta de acuerdo entre el imputado y la víctima, pues la disposición legal aplicable, si bien alude a un acuerdo entre los nombrados, no establece específicamente que para la procedencia de la remisión debe necesariamente contarse con la anuencia de la víctima, por tanto la interpretación legal efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara, no solo resulta contraria a los intereses del imputado por restringir la procedencia de un derecho, sino que además pretende estable-

cer una exigencia no impuesta por el legislador y en perjuicio del menor (CAPCF, Sala III, 29/09/2015, “ M., A.A. y otros”, causa N° 9453-02/13).²⁶

La remisión del joven se dispone a programas comunitarios, con el apoyo de los padres o representantes legales y bajo el control de la institución.

Mediación

En el régimen procesal penal juvenil local, la mediación²⁷ tiene como finalidad pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, evitar la revictimización y promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías, neutralizando así los perjuicios derivados del proceso penal.

La mediación penal es la práctica de Justicia Restaurativa más extendida en nuestro contexto. En el ámbito penal juvenil es, según la legislación vigente, una solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo. Las disposiciones vigentes facilitan estas prácticas incluyendo la conciliación y la reparación tanto de forma directa hacia la víctima como de forma indirecta o mediante una actividad educativa. El modelo más extendido es el de contacto por separado con las partes (menor autor y víctima) para llegar a un encuentro con conciliación y acuerdos de reparación. Todo ello, facilitado por un mediador imparcial que utiliza diferentes técnicas y/o habilidades que facilitan la comunicación entre las partes y flexibilizan el conflicto.²⁸

A su vez, se determinan los casos en que procede la aplicación del instituto, se lo restringe a determinados hechos²⁹ y se establece asimis-

26. Bartumeu Romero, M., *op. cit.*, p. 557.

27. Ley N° 2451, art. 54: “Régimen. Establécese el presente régimen de resolución alternativa de conflictos penales, para el caso que los supuestos autores de una infracción de tal índole resultaren ser personas menores de dieciocho (18) años punibles, que se instrumentarán en el procedimiento establecido en la presente ley”.

28. Álvarez Ramos, Fernando, Equipo Psicosocial Judicial, “Mediación Penal Juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, *International e-Journal of Criminal Sciences*, en Donostia-San Sebastián, 2008.

29. Ley N° 2451, art. 57: “Casos en los que procede. No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el Artículo 91 del Código Penal, cuando se efecturen dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho. Artículo 8 de la Ley Nacional N° 24417 de Protección contra la Violencia Familiar”.

mo que no procederá si se hubiera incumplido un acuerdo anterior, o si no hubieran pasado dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa en otro proceso.

Se determina que el procedimiento es llevado adelante de oficio o a petición del imputado o su defensor, o por el fiscal, y que requiere el acuerdo de la víctima y se realiza en un marco de confidencialidad. La Fiscalía procede al archivo de las actuaciones una vez que las partes ven satisfechas sus pretensiones.

La comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el uso de medios alternativos de justicia puede facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración del niño en la comunidad. Por otra parte, advirtió que los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal se refiere a la justicia reformativa como una respuesta evolutiva al delito y que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. La comisión definió el proceso de justicia reformativa como aquel en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. La comisión instó a los Estados a ampliar el uso de medios alternativos de soluciones de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes, en atención a que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los niños al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad. Al mismo tiempo, la Comisión subrayó la importancia de salvaguardar todos los derechos de los niños en la aplicación de estos medios alternativos, así como también la necesidad de limitar su aplicación a los casos necesarios para garantizar el interés superior del niño (CIDH, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser. L/V/II. Doc 78, 13/07/2011, párrs. 234, 236 y 239).³⁰

El Ministerio Público Fiscal utilizará como mecanismo, a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización y promover la autocomposición en un marco jurisdiccional

30. Bartumeu Romero, M., *op. cit.*, p. 542.

con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando los perjuicios derivados del proceso penal.

En cuanto al proceso, el fiscal debe remitir el caso a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, la cual está integrada por mediadores especializados,³¹ quienes son los encargados de citar a las partes a una audiencia.

La mediación es voluntaria y todas las partes tienen que estar de acuerdo para poder realizarla. Es confidencial, informal, gratuita y se desarrollará en el menor tiempo posible. Pueden ocurrir dos cosas: que las partes, es decir víctima e imputado, lleguen a un acuerdo o que no se arribe a un acuerdo. En el primer caso, se documenta por escrito lo acordado en un acta firmada por todas las partes, se comunica el acuerdo al fiscal, quien archiva la causa penal, y no se puede reabrir el caso por el mismo hecho. Si en cambio no hay acuerdo entre las partes, se labra un acta donde se deja constancia de la mediación y se remite la causa al fiscal para que continúe con la investigación del delito.

No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o cuando no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

El artículo 67 establece que siempre será requerida la intervención de los integrantes del equipo técnico interdisciplinario.

Se requiere el auxilio interdisciplinario, de carácter obligatorio para el apoyo en el proceso. La participación del equipo técnico coadyuva al análisis de las distintas circunstancias que deben relevarse en los casos sometidos a mediación, sobre todo en aquellos en que se abordan hechos y consecuencias más graves.³²

Finalmente, la suspensión de juicio a prueba está regulada en los artículos 76³³ y 77,³⁴ y establecida también como causal extintiva de la

31. En 2016, la Oficina de Apoyo y el Centro de Formación Judicial realizaron una capacitación llamada "Justicia Penal Juvenil Especializada". El objetivo fue capacitar a los integrantes del Centro de Mediación y Métodos de Alternativos de Abordaje y Solución de Conflicto del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en justicia penal juvenil.

32. Bartumeu Romero, M., *op. cit.* p. 551.

33. Ley N° 2451, art. 76, Régimen Procesal Penal Juvenil, Buenos Aires, 03/10/2007.

34. *Ibidem.*

acción penal, sujeta al cumplimiento de las reglas impuestas, entre las que se privilegiarán aquellas cuya finalidad comprenda la salud, educación, aptitud laboral, y el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios del joven.

La suspensión del juicio a prueba y las medidas de justicia restaurativas, como la mediación, deben ser diferenciadas. Es cierto que tienen en común el objetivo de evitar la imposición de condenas penales y de procurar la reinserción del sujeto sometido a proceso a la sociedad sin estigmatizaciones [...]. Cabe señalar que la participación de la víctima es acotada en el marco de la suspensión del proceso a prueba, dado que es el juez quien va a disponer lo que el imputado deberá realizar [...]. En cuanto al imputado, mientras que en la denominada *probation* deberá cumplir con las reglas que el juez le imponga al otorgarla, en los programas de justicia restaurativa su voluntad tiene en cambio una función de mucho mayor relevancia en orden de los compromisos. Otro aspecto que contribuye a diferenciar los instrumentos de justicia restaurativa de la suspensión del proceso a prueba está dado por el hecho de que en los primeros los compromisos son en lo sustancial entre el imputado y la víctima, más allá de la intervención complementaria del fiscal y el juez según la regulación legal.³⁵

El tribunal convocará a una audiencia oral con citación al peticionario al fiscal penal juvenil, al asesor/a tutelar, a la víctima y al querellante, si lo hubiere. Luego de escuchar a las partes, resolverá si concede la suspensión de la persecución penal o la deniega.

Cumplidas las condiciones impuestas, el juez, previa vista al fiscal, dictará el archivo definitivo de la causa y no se podrá promover nuevamente la acción por ese hecho. En caso de incumplimiento, dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión.

LA INTERDISCIPLINA COMO CAJA DE HERRAMIENTA JUDICIAL

Para aquellos que trabajamos con adolescentes, hacerlo desde la óptica de la inter o transdisciplina implica reconocer que nuestra realidad y nuestras prácticas no pueden explicarse, y mucho menos direccionarse, desde la mirada recortada de una disciplina en particular. La realidad es

35. Bartumeu Romero, M., *op. cit.*, p. 559.

compleja –siempre es un entramado de múltiples atravesamiento indisolubles–, por lo tanto cualquier abordaje simplista anuncia un fracaso.

La necesidad de interdisciplina nace, para ser exactos, de la incontrollable indisciplina de los problemas que se nos presentan actualmente, de la dificultad de encasillarlos. Los problemas no se presentan como objetos estancos, sino como demandas complejas y difusas, que dan lugar a prácticas sociales inervadas de contradicciones e imbricadas con cuerpos conceptuales diversos. Tal es el caso de salud, educación y justicia, abordadas además en este caleidoscópico territorio cultural de América Latina.

Los avances teóricos en la materia y el propio repensar de las prácticas dieron lugar al corrimiento de las miradas miopes de la realidad social –objeto acabado– para abrirse paso sobre campos problemáticos en clave de inter –entre varios– o trans –al otro lado de– disciplina. Así, pocos aceptan que se trata de formas parciales de prefiguración de un movimiento que va de la ciencia poseedora de un objeto y un método, a los campos conceptuales articulados en prácticas sociales alrededor de situaciones problemáticas. La interdisciplinariedad y las diversas vertientes a las que apuntan lo transdisciplinario son emergentes de un momento en el cual los paradigmas positivistas de las ciencias se fisuran, pero las alternativas aparecen en forma marginal, fragmentaria, utópica.

En este sentido, la transdisciplina supone una visión superadora ya que implica la creación y el abordaje de un objeto totalmente nuevo, que necesita y merece la creación de un nuevo marco que no se configure, como en el caso de la interdisciplina, con la puesta en común de saberes individuales.

En función de ello, quienes somos operadores del sistema de justicia consideramos que la interdisciplina no es una opción, una alternativa de trabajo entre tantas otras, sino que es aquella que le pone contenido a la especialidad. ¿Cómo trabajaría el saber jurídico dentro del sistema de responsabilidad penal juvenil sin las disciplinas que contextualizan al adolescente dentro del Poder Judicial?

La intervención se hace de manera efectiva mediante el abordaje interdisciplinario del adolescente por parte de los profesionales integrantes del cuerpo y la confección de los informes que sean necesarios para contribuir en la toma de decisiones del juez penal juvenil.

La experiencia nos demuestra que para abordar la complejidad de las problemáticas se requiere fundar la práctica en un genuino trabajo de equipo interdisciplinario, que enriquezca los posicionamientos individuales de cada profesión y sume nuevas miradas sobre una misma problemática. Resulta necesario incorporar una visión superadora de ciertos límites propios de los marcos teóricos de cada disciplina y promover la integración de las teorías, métodos e instrumentos con el propósito de alcanzar una comprensión más amplia de la problemática a abordar.

De este modo, si bien se pueden reconocer desde las diferentes disciplinas aspectos de incumbencia específica, la comprensión de las situaciones que se abordan requiere un análisis más abarcativo, que ponga en juego las especificidades de los saberes profesionales en clave de integralidad para luego identificar las intervenciones particulares desde una perspectiva de complementariedad.

En este aspecto, las disciplinas se encuentran frente al desafío de atravesar sus propias lógicas para que, mancomunadamente con otras, puedan desarrollar intervenciones más integrales, que potencien a cada sujeto desde sus propias capacidades y habilidades; es decir, orientarlos desde la lógica de la singularidad y la reparación.

Poder abordar y acompañar a los adolescentes en este proceso implica inicialmente conocer los contextos en los que estos se encuentran insertos y los procesos que transitaron y transitan en su trayectoria vital desde sus propias lógicas y subjetividades, es decir desde su percepción y apreciación del mundo social.

Enmarcamos nuestras funciones en los principios de la justicia restaurativa, lo cual implica un proceso de responsabilización que supone que el adolescente pueda asumir comportamientos para modificar aquellos que lo perjudiquen, reflexionar críticamente acerca de la infracción y sus implicancias y reparar el daño cometido.

EL ROL ACTIVO DE LA COMUNIDAD Y LA CREACIÓN EL REGISTRO DE ORGANIZACIONES

Trabajar sobre la base de los principios de la justicia restaurativa lleva aparejado contemplar el rol activo que la comunidad tiene en la resolución de conflictos que se suscitan en sus territorios.

Las instituciones locales cumplen un rol primordial, al generar la posibilidad de habitar espacios para promover procesos progresivos de autonomía, análisis de valores y pautas de relación necesarias en la convivencia comunitaria, a la vez que propician la creación de entornos seguros y afectivos para que las personas puedan incidir efectivamente en las cuestiones que los involucran.

El reconocimiento de las redes y recursos existentes, la identificación de las organizaciones que operan localmente y la posible articulación de sus referentes con los jóvenes pueden constituirse en estrategias de fortalecimiento, tanto para la viabilidad y cumplimiento de las medidas judiciales de resolución alternativa de conflictos en la CABA –mediación, remisión y suspensión de juicio a prueba– como para el establecimiento de vínculos que contribuyan a la reconstrucción de los sentidos de pertenencia y de anclaje material y simbólico; y también para disminuir la vulnerabilidad de los jóvenes respecto del sistema penal.

A los fines de dar cumplimiento a la Resolución N° 928/2014, en la cual se establece dentro de las funciones de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil “la creación de un registro de organizaciones a fin de solicitar cooperación en las diferentes medidas alternativas de resolución de conflictos”, se utilizó la división en comunas que tiene la Ciudad de Buenos Aires y posteriormente se tomó una división por barrios. Se relevaron organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

Tanto con las organizaciones comunitarias como con los organismos gubernamentales se mantienen entrevistas personales, en las cuales se explican los principios que rigen la justicia penal juvenil y la labor del equipo interdisciplinario, y se evalúa la posibilidad de realizar un trabajo conjunto.

Las instituciones relevadas son plasmadas individualmente en un informe que contiene datos formales, descripción de las actividades y observaciones generales. Luego, todas ellas integran el Registro de Organizaciones para la Cooperación con la Justicia Penal Juvenil.

Se establecen como posibles ejes organizadores de dicho registro la discriminación de las instituciones en virtud de sus finalidades, contemplando por un lado aquellas que son susceptibles de funcionar como espacios territoriales de pertenencia, dada su oferta de espacios de fomento y formación deportiva, recreativa, artística; las que pueden acompañar a los jóvenes para retomar trayectorias educativas o labora-

les, que son por ejemplo aquellas a las que los jóvenes pueden incorporarse en virtud de la realización de trabajos comunitarios; aquellas en donde se pueden realizar diversos tratamientos en salud (problemáticas de consumo, salud mental o atención en salud general) y aquellas que brindan talleres de reflexión y concientización (talleres sobre convivencia urbana, sobre diversidad, sobre género, sobre salud sexual).

UTILIZACIÓN DEL REGISTRO DE ORGANIZACIONES

En 2014 el Consejo de la Magistratura de Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableció que dos de los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA –el Juzgado N° 3, a cargo de la Dra. Carla Cavaliere y el Juzgado N° 11, a cargo del Dr. Marcelo Bartumeu Romero– ejercieran la competencia en materia penal juvenil en los términos del artículo 42 de la Ley N° 7.

Ello en virtud del principio de especialización contenido en el Régimen Procesal Penal Juvenil local, que establece la especialidad de los magistrados, y su cláusula transitoria, que postula que hasta tanto sean creados los juzgados, fiscalías y defensorías con competencia específica en materia penal juvenil, serán competentes los actuales integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previa capacitación de los magistrados y funcionarios que intervengan en causas con jóvenes en conflicto con la ley penal.

El objetivo primordial del equipo interdisciplinario es entrevistar al joven y así conocerlo, interiorizarse en sus características, necesidades e intereses y su trayectoria de vida (laboral, escolar, de salud) para presentar una sugerencia lo más respetuosa posible de su singularidad, conforme lo establecido en el protocolo de actuación aprobado por Resolución presidencial N° 1401/2016.

Para realizar las recomendaciones, el equipo interdisciplinario tiene en cuenta principalmente tres ejes:

1. La evaluación realizada que dé cuenta de las características del joven, sus intereses, necesidades y sus trayectorias de vida, para poder efectuar sugerencias acordes a los jueces del fuero que se soliciten la intervención.

2. Su centro de vida; es decir, el lugar de residencia, ya que el fin de la justicia juvenil es poder restaurar lazos, entre ellos los comunitarios. La posibilidad de vincular a los jóvenes con instituciones locales facilita el acercamiento a su barrio y la posibilidad de generar espacios de anclaje subjetivo.
3. El tipo de delito presuntamente cometido, ya que también se busca promover en los jóvenes la capacidad de reflexión sobre los hechos realizados y sus consecuencias.

Finalmente, es muy importante para poder realizar sugerencias abarcando los ejes que anteceden, tomar contacto directo con el joven mediante una entrevista personal. Teniendo en cuenta estos ejes, desde el Registro de organizaciones se localizan los espacios que se consideran más pertinentes, entre los cuales se destacan:

- Talleres de reflexión. Una instancia de vinculación directa con el hecho en cuestión, que facilita la posibilidad de repensar las prácticas.
- Espacios recreativos, educativos, deportivos o de formación, donde el joven pueda generar lugares de pertenencia y donde se promueve una vinculación positiva con el entorno.
- Espacios terapéuticos, si se requiere algún tratamiento en salud.

Finalmente, a modo de conclusión no quiero dejar de mencionar la importancia que adquiere para una justicia penal juvenil respetuosa de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y de todos los tratados internacionales en la materia, incrementar la especialización del fuero mediante la integración de diversos profesionales que desde las ciencias sociales y la psicología acompañen e ilustren a los operadores judiciales con sus saberes y oficien de nexo entre estos, la comunidad y los jóvenes para posibilitar un desarrollo de las vías alternativas de resolución de conflicto, y de la justicia juvenil en general, más fructífero.

RESPUESTAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL Y A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Por Déborah Dobniewski*

LA INTEGRACIÓN SOCIOEDUCATIVA COMO FIN DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

La justicia penal juvenil tiene como finalidad fomentar la responsabilización del adolescente que ha cometido una infracción penal, y a la vez promover su integración social mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de medidas socioeducativas.

Para conseguir estos fines, un juez especializado¹ tiene que tener en cuenta, a la hora de dar una respuesta al delito acreditado, no sólo la infracción cometida, sino toda una serie de factores psicológicos, familiares y sociales sobre la base de los cuales se determinarán las medidas que mejor incidan en su educación, formación y en el abordaje de su responsabilidad en el hecho acaecido.

Cabe mencionar que la psicología evolutiva entiende que el adolescente infractor es una persona en desarrollo, que no ha tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto no significa que sea incapaz de discernir y que, por tanto, resulte inimputable, sino que por las razones anteriormente expuestas, la reacción social frente a sus actos delictivos no debe ser de castigo sin más. Se debe procurar su integración social y evitar en todo momento

* Asesora en Justicia Penal Juvenil de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

1. Especializado en derechos de la infancia, lo que no implica otra cosa que nutrirse de un bagaje interdisciplinario.

que sea privado de su derecho fundamental a la educación y la participación en la vida social.²

La razón de ser de este deber está en el reconocimiento de la adolescencia como una etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual, emocional, educativa y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta, lo que implica la necesidad de buscar alternativas en clave de inserción social.

El sistema penal juvenil debe propiciar que el adolescente repare el daño causado, realice actividades comunitarias o se capacite profesionalmente y, sólo como último recurso, únicamente para delitos muy graves, por el tiempo más breve posible y siempre que se acredite primeramente que las respuestas socioeducativas o disciplinarias se vieron frustradas, se aplique la pena privativa de la libertad. Ello así puesto que el aislamiento de una persona que está en proceso de formación, lejos de promover cambios positivos de conducta, contribuye a su desarraigo, a su estigmatización y a su desocialización.³

PREVISIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMPARADA

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁴ y las Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores⁵ recomiendan la organización de una justicia especializada, que permita una intervención interdisciplinaria para poder determinar medidas o salidas alternativas a la sanción privativa de la libertad.

El *corpus juris* internacional propicia que las medidas en libertad en el entorno social y comunitario al que pertenece el adolescente infractor ocupen el grueso de los posibles listados: evitar que se inicie un

2. UNICEF Argentina, ¿Qué es el sistema Penal Juvenil? Herramientas para un periodismo con enfoque de derechos, octubre de 2012. Disponible en: <http://ces.unne.edu.ar/DDHHyPC/UNICEFQUEESELSISTEMAPENALADOLESCENTE.pdf>

3. *Ibidem*.

4. El Congreso de la Nación Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 27/09/1990 mediante la Ley N° 23849, y la Asamblea Constituyente la incorporó al artículo 75 de la Constitución de la Nación Argentina en agosto de 1994.

5. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General del 28/11/1985 en su Resolución N° 40/33.

proceso penal por hechos insignificantes, remisión,⁶ utilización de la mediación penal,⁷ *probation* o suspensión del juicio a prueba.⁸

Asimismo, en aras de reducir el efecto de estigmatización del proceso y la sanción penal, el juicio oral no es público y rige la confidencialidad respecto del nombre del adolescente en conflicto con la ley penal.

La amonestación, la multa, la reparación del daño causado, la prestación de servicios a la comunidad y la libertad asistida son otras de las medidas alternativas expresamente previstas por la comunidad internacional.

Se estima que las medidas alternativas facilitan la inserción social de los adolescentes en un número muy elevado de casos. El hecho de que se cuente con su consentimiento, su participación en la elaboración del plan educativo y con la participación de los padres o representantes y de la comunidad a lo largo del cumplimiento permiten que el adolescente infractor reflexione sobre las consecuencias de sus acciones, reciba y se sienta estimulado ante el reconocimiento que la comunidad le brinda, si cumple con el plan pactado.

La CDN establece en su artículo 40.3 las salidas alternas dentro del proceso penal para adoptar medidas que permitan el abordaje de los niños que han infringido las leyes penales “sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. En igual sentido, las Directrices de Riad⁹ establecen que

6. La remisión consiste en declarar extinguida la acción penal y disponer la incorporación del adolescente a programas comunitarios. Se entiende por programa comunitario a todo plan de promoción de los derechos de los adolescentes brindados en forma articulada por organismos gubernamentales descentralizados y organizaciones sociales, en los términos de la Ley N° 26061.

7. En cualquier etapa del proceso con anterioridad al dictado de la sentencia, el Ministerio Público Fiscal, la víctima o el adolescente imputado podrán solicitar que se inicie el proceso de mediación penal, que tendrá carácter confidencial, voluntario, imparcial e informal, y estará a cargo de un mediador, quien deberá ser una persona ajena al tribunal y con conocimientos en la materia.

8. La realización de tareas comunitarias, la reparación del daño y el deber de cumplir ciertas reglas de conducta a cambio de la extinción de la acción penal.

9. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General del 14/12/1990 en su Resolución N° 45/112.

Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir: [...] e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta [...] f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable [Directriz de Riad N° 5].

La Directriz N° 57 establece que

... debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes, que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisarían además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicarían periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño.

En esta línea, el Comité sobre los Derechos del Niño¹⁰ sostuvo en su Observación General N° 10 que

... queda a la discreción de los Estados Partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación. [...] deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos [...]. El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que

10. Órgano de expertos independientes, que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes.

tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías. De acuerdo con los principios enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, 45 es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico.

Las Reglas de Beijing incluyen la institución procesal denominada “remisión”, que es definida de la siguiente forma: “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente”.

Observando la justicia penal juvenil en la región, cabe destacar que la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica –Ley N° 7576– expresamente prevé el principio de oportunidad en sus artículos 56 y 57, al disponer que

Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la obligación de ejercer la acción penal pública en los casos en los que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de esta ley. No obstante, podrán solicitar al Juez que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal; la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, cuando: a) Se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público. b) El menor de edad colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la consumación o la perpetración de otros hechos, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o brinde información útil para probar la participación de otras personas. c) El menor de edad haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave. d) La sanción que se espera, por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la sanción ya impuesta o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones. Si el Juez, de oficio, considera conveniente la aplicación de los anteriores criterios, deberá solicitar la opinión del Fiscal quien deberá dictaminar dentro de los tres días siguientes. El Juez no podrá aplicar un criterio de oportunidad sin el acuerdo del Fiscal [art. 56].

En los casos señalados en el artículo anterior, si la acción ya ha sido ejercida, el juez penal juvenil, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar el desestimiento en cualquier etapa del proceso (art. 57).

Por su parte, el Código de Niñez y Adolescencia uruguayo N° 17823 también prevé el principio de oportunidad reglada, al prescribir que: “El adolescente tiene derecho a que se prescinda del procedimiento cuando, por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido, no se justifica la prosecución de la acción”.

Y la Ley N° 20084 chilena establece en su artículo 35 que

Para el ejercicio del principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado. Asimismo, para la aplicación de dicha norma se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley.

APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS EN LA ARGENTINA

Provincias tales como Buenos Aires y Córdoba, así como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien no hacen expresa referencia al principio de oportunidad, sí se refieren a la figura de la remisión¹¹ y a la posible remisión del caso a programas comunitarios (Ley N° 13634 de la Provincia de Buenos Aires, artículo 78; Ley N° 9944 de la Provincia de Córdoba, artículo 93, y Ley N° 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 75).

Por su parte, Entre Ríos expresamente lo prevé en el artículo 100 de su Ley N° 10450, al disponer que

El fiscal, fundadamente, en cualquier etapa del proceso, podrá aplicar criterios de oportunidad renunciando total o parcialmente al ejercicio de la acción penal, limitarla a uno o varios delitos o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, cuando: a. Por su insignificancia, circunstancias y consecuencias, lo exiguo de la participación del adolescente o su mínima culpabilidad; b. El adolescente, como consecuencia del hecho, haya sufrido un daño físico, psíquico o moral grave; c. La sanción correspondiente al delito de que se trate, carezca de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito; d. Se estime que el

11. Ver nota 6 de este trabajo.

procedimiento penal pueda causar al adolescente un daño mayor que el producido por el delito. En estos supuestos el fiscal podrá solicitar la Remisión de casos conforme lo establecido en el Capítulo X de la presente ley. Las circunstancias señaladas en este artículo serán siempre valoradas en la forma más favorable para el adolescente.

Aun así, lo cierto es que en la Argentina todavía hoy impera como ley de fondo el Decreto-Ley N° 22278, que no fue concebido para propiciar la inserción social de los jóvenes infractores. Dicha norma no garantiza la existencia de una justicia especializada ni de medidas alternativas con contenido socioeducativo en todo el país.

En línea con ello, si bien es cierto que muchas provincias se han *aggiornado* a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y al resto del *corpus iuris* internacional (dictando normativas de forma en las que, en algunos casos, se contempla expresamente la aplicación de medidas alternativas al proceso y a la privación de libertad), también lo es que pese a tales avances normativos, se observa en la práctica una resistencia a la aplicación de medidas que no sean la privación de libertad, falta de capacitación en “especialidad” por parte de operadores y dificultades presupuestarias.

Las políticas de justicia penal juvenil requieren la creación de mecanismos que aseguren la coordinación permanente entre los ejecutores directos de los programas, el sistema judicial y los servicios sociales. Los sistemas de justicia penal juvenil deben contar con sistemas de información y estadística confiables establecidos por ley, que generen evidencia empírica para su diseño, implementación, gestión, monitoreo y evaluación. En cuanto a la comunicación de las penas no privativas de libertad, los sistemas penales juveniles deben darlas a conocer a la opinión pública como sanciones eficientes y eficaces para gestionar la conflictividad adolescente, con efectos menos nocivos que la privación de libertad.

RESPUESTAS RESTAURATIVAS

Este nuevo término, acuciante y de moda, hace referencia a una respuesta alternativa al proceso penal y a la privación de libertad, de la que se está comenzando a hablar en todo el mundo, pero que en rigor de verdad nada tiene de novedosa. Más bien nos acerca a respuestas

más alejadas de nuestras clásicas prácticas judiciales punitivas, para acercarnos a un diálogo y a una conexión más profunda con las partes involucradas en el conflicto que motiva un delito.

Las medidas restaurativas implican trabajar con el infractor la responsabilidad subjetiva sobre su accionar, lo que constituye un abordaje mucho más profundo y efectivo que la responsabilidad penal. Se logra así un ánimo reparador, se le da a la víctima el lugar que el proceso tradicional le quita y se incorpora a la comunidad afectada.

Lo que pretenden es disminuir la reiteración y reincidencia delictiva mediante un abordaje sistémico e integral, desde un enfoque socioeducativo con un proceso interdisciplinario, que procure una reparación integral.

En un nivel más específico, cabe hacer expresa mención a los acuerdos restaurativos, que implican que en cualquier etapa del proceso con anterioridad al dictado de la sentencia, la víctima, el adolescente imputado, la dependencia estatal o la comunidad afectada podrán proponer al juez y al fiscal instancias de diálogo grupales con el objetivo de solucionar la controversia motivo del delito denunciado, y lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas.

Al respecto, la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa de 2009, la Declaración de San Salvador y Tegucigalpa, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, la Resolución N° 2202/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, el Documento de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Promoción de Justicia Restaurativa para Niños de 2013, las Reglas de La Habana, las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (Directrices de Viena), las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, así como –y sobre todo– la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa (aprobada por el plenario de Ministros de Justicia de los países iberoamericanos, el OIJ y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, UIBA) reflejan el trabajo, la articulación y la toma de conciencia que, a lo largo de los últimos años, los países han realizado en aras de poder insertar en las jurisdicciones nacionales un cambio de paradigma al grueso de

las prácticas actuales, que acuden en injustificados casos a prácticas privativas de libertad y aún carecen de mecanismos interdisciplinarios y socioeducativos constantes y arraigados como regla.

Particularmente, la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa promueve y clarifica la responsabilidad pública y de inclusión de la comunidad en la solución de los conflictos de naturaleza penal en la que se involucran adolescentes o jóvenes; la desjudicialización de infracciones de menor potencial ofensivo; y la utilización generalizada de medidas no privativas de libertad correctamente aplicadas, cuando no pueda evitarse la apertura de un proceso penal. Considera además la utilización de la privación de libertad de forma muy excepcional, por el menor tiempo posible y con una clara orientación educativa; la evaluación interdisciplinar del adolescente y la toma en consideración de las circunstancias individuales de vulnerabilidad; la valoración de los impactos de las medidas privativas y no privativas de libertad mediante informes biopsicosociales y revisiones periódicas de las medidas socioeducativas aplicadas y de las condiciones en que se cumplen; el carácter educativo de las medidas a tomar respecto a los adolescentes que han infringido la ley penal; el tratamiento psicosocial de los adolescentes en un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectiva; y la reparación directa e indirecta del daño causado; la implementación de sistemas de control, seguimiento y monitoreo eficaces y respetuosos con los derechos humanos.

Asimismo, contempla la implementación de sistemas de información confiables, automatizados y disponibles en línea, integrados con todas las instituciones involucradas, con niveles de seguridad para el acceso, edición y confidencialidad, e indicadores cuantitativos y cualitativos con perspectiva diferencial, tanto para los adolescentes en conflicto con la ley como para las víctimas; la necesidad de especialización a través de una formación que coadyuve en la armonización conceptos, modelos pedagógicos y en la promoción de intercambios de experiencias entre los países iberoamericanos que fortalezcan este enfoque restaurativo.¹²

12. Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, “Nuevo tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal”, publicación Terre des Hommes.

REALIDAD COMPARADA

En relación con la aplicación de algunos de los componentes de la justicia restaurativa, Costa Rica ha avanzado en la incorporación de los métodos de resolución alterna de conflicto (RAC), al incluir los Círculos de Paz a nivel de prevención de la delincuencia y la violencia juvenil, y especialmente en materia penal de adolescentes.

En materia de seguridad ciudadana y prevención de la violencia, la articulación de las políticas institucionales se encuentra plasmada en la Política Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz Social en Costa Rica (POLSEPAZ), política de Estado elaborada en conjunto con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y vigente hasta 2021.

Respecto a las líneas de trabajo orientadas a la prevención de la violencia en las personas adolescentes mediante el uso de métodos de RAC, se destaca el Programa Nacional de Convivencia en Centros Educativos CONVIVIR, desarrollado por el Ministerio de Educación en conjunto con el programa Redes para la convivencia, comunidades sin miedo de las Naciones Unidas. Este programa se basa en el desarrollo de habilidades de resolución pacífica de conflictos y en la elaboración de planes de convivencia en los centros educativos. De acuerdo con el protocolo específico sobre violencia física, psicológica y sexual en los centros educativos de primaria, elaborado en el marco del programa CONVIVIR, la disuasión de la violencia se establece a partir de una actitud proactiva de la comunidad escolar en la eliminación de toda forma de violencia y la instauración de reglas y responsabilidades, así como de consecuencias y sanciones.

Las Casas de Justicia y Paz se rigen por la Ley N° 7727 sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, y tienen por finalidad atender y orientar legalmente al público en situaciones de conflictos de diversa naturaleza, mediando pacíficamente entre las partes para llegar a acuerdos que satisfagan a todos los involucrados. El programa Diálogos está dirigido a la formación de gestores especializados dentro de las mismas comunidades y centros educativos, con la capacidad de ayudar a los demás a resolver sus conflictos de manera pacífica.

De especial importancia es la creación y promulgación de la “Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica”, aprobada por la Corte Ple-

na en noviembre de 2010. Esta política surge al alero de las Reglas de Brasilia, las cuales fueron elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en marzo de 2008. En su elaboración participan la Policía Penal Juvenil, el Ministerio Público, la Defensa Pública, la Judicatura, las instancias encargadas de la ejecución de las sanciones, personas funcionarias del sistema de justicia, y personas ofendidas y victimarias, mediante la aplicación de un cuestionario.

A su vez, cabe considerar la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal Mexicana, en cuanto recepta e incorpora los acuerdos restaurativos.¹³

MEDIDAS EN SALUD

Un capítulo aparte merecen las vicisitudes que acontecen con motivo de casos de jóvenes que padecen incapacidades o adicciones y se encuentran en conflicto con la ley penal. Afortunadamente, la Ley de Salud mental vino a procurar poner un coto al histórico abuso de la manicomización e internamientos coercitivos.

Ahora bien, sería ajustado sostener que en forma paralela y arbitraria, a nivel federal, se observa una falta de seguimiento y contención interdisciplinaria que motive la realización de un tratamiento con aquellos adolescentes que lo necesitan, que casual o causalmente cometieron un delito y que han llegado al sistema penal sin haber recibido previamente la contención pertinente.

Entiendo que velar por el interés superior del niño, escuchar al joven y priorizar su voluntad no justifica abandonarlo a su suerte, que el Estado se limite a preguntarle si tiene voluntad de realizar un tratamiento y que, ante su manifestación negativa, carezca de respuesta alguna. Ello es un acto de irresponsabilidad estatal.

En línea con cuanto expongo, los 47 Estados Partes del Consejo de Europa adoptaron las Directrices para una justicia adaptada a los niños como una promesa de justicia y amistad para todos los niños. Un sistema judicial adaptado a los niños no debe “caminar” delante de ellos, pero tampoco detrás.

13. Nueva Ley DOF 29-12-2014.

Europa ha asistido a trágicas injusticias en las que las opiniones de los niños se han tenido en cuenta de una manera desproporcionada, en perjuicio de los derechos de otras partes o del propio interés superior de los niños. En estos casos, lo mejor se convertía en enemigo de lo bueno. Según afirman los propios niños y jóvenes, la justicia adaptada a los niños no consiste en una justicia demasiado favorable ni demasiado sobreprotectora. Tampoco consiste en dejar a los niños solos con la responsabilidad de tomar decisiones que corresponden a los adultos. Un sistema adaptado a los niños protege a los jóvenes contra el sufrimiento, garantiza que tengan voz y voto, y considera e interpreta detenidamente sus palabras sin poner en peligro la fiabilidad de la justicia ni el interés superior del menor. Es sensible a la edad, se adapta a las necesidades de los niños y garantiza un enfoque individualizado sin estigmatizar ni etiquetarlos. La justicia adaptada a los niños consiste en fomentar un sistema responsable, firmemente anclado en una profesionalidad que salvaguarda la correcta administración de la justicia y así inspira confianza a todas las partes y actores implicados en el procedimiento.¹⁴

Sobre la base de lo expuesto, entiendo que en los supuestos en que se advirtiese que el adolescente presenta un uso problemático de drogas legales o ilegales, se debería exhortar a equipos interdisciplinarios a que mantuvieran varias entrevistas coordinadas por un mismo equipo profesional especializado en infancia, adicciones y psicología, tanto para lograr que el adolescente realice el tratamiento que sea adecuado como para que no lo abandone.

RESPUESTAS RESTAURATIVAS PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR INIMPUTABLES O NO PUNIBLES

La inimputabilidad por edad excede los criterios conocidos previstos en el artículo 34 CP.

La necesidad de fijación de una edad mínima de responsabilidad penal (EMRP) se basa en una presunción de política criminal motivada en la Doctrina de la Protección Integral (ver apartado b del párrafo 3 del artículo 40 de la CDN, y la Opinión Consultiva N° 10 del Comité sobre los

14. Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños.

Derechos del Niño, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN por sus Estados Partes) establecida por los estándares internacionales, que propende a que cuando los adolescentes tienen conflictos con la justicia, como primera respuesta y en la medida de lo posible, no se recurra a procedimientos judiciales. Esto está motivado también en la cuota de responsabilidad por sus actos que recae en la familia, la sociedad y el Estado, que hace que quede reservado el Derecho Penal y la privación de libertad para los delitos cometidos a partir de cierta edad.

Las legislaciones han optado por un criterio biológico, puramente cronológico, que ni siquiera es el mismo en todos los países, y que facilita el automatismo en la aplicación de la ley penal, pues únicamente hay que controlar la fecha y hora de nacimiento del infractor, según tramos de edad, al margen de que se compruebe la inimputabilidad de determinados menores o no.

Por lo tanto la instauración del límite de edad por fuera del cual queda excluida toda responsabilidad penal, no obedece tanto al hecho de considerar completamente irrelevantes las conductas delictivas cometidas por los menores de una determinada edad, ni tampoco a la constatación de que por fuera de tales casos no concurre en ningún caso capacidad de culpabilidad, sino más bien por entender que no es conveniente ampliar desmedidamente el contacto de tales niños con las instancias de control judicial tradicionales y punitivistas, y por considerarse que las instancias familiares y de protección deben responder de forma más adecuada en estos casos.

Si bien es cierto que el criterio cronológico implica un alto grado de artificialidad ya que el desarrollo humano no se produce por etapas, sino que se trata de un proceso de evolución continuo y progresivo, resulta conveniente, en atención al principio de legalidad y del mantenimiento de la seguridad jurídica, fijar un límite por fuera del cual no se responde penalmente.¹⁵ Ello no impide comprobar la imputabilidad o capacidad de culpabilidad para los casos concretos.

En lo que respecta a la situación argentina, el Decreto-Ley N° 22278 actualmente vigente establece que no es punible ningún adolescente menor de 16 años. Sin embargo en toda la Argentina, tanto las fuerzas

15. Harbottle Quirós, Frank, "La edad mínima de responsabilidad penal. Análisis de la legislación y jurisprudencia de Costa Rica a partir del *corpus iuris* internacional de protección de derechos humanos de la niñez", *Revista IIDH*, vol. N° 60, 2014.

de seguridad como el Poder Judicial y los Ministerios Públicos proceden de todas formas en diversas situaciones a privar de su libertad a jóvenes de entre 14 y 15 años con argumentos inquisitivos y tutelares.

Si un niño o una niña por debajo de la EMRP para infringir las leyes penales desarrolla una conducta prevista en la legislación penal, la respuesta no debería ser punible o criminalizadora, sino que, en todo caso, su tratamiento debería ser socioeducativo, elaborado tomando en cuenta el interés superior del niño y el *corpus iuris* en materia de derechos de los niños y atendiendo las garantías de debido proceso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado con especial preocupación que en algunos Estados de la región, la presunta comisión o la comisión de delitos graves se consideren una excepción a las normas que establecen una EMRP. A juicio de la Comisión, si el Estado determina que los niños y niñas por debajo de cierta edad no tienen capacidad de infringir leyes penales, no resulta admisible que sean sujetos de responsabilidad penal cuando hayan infringido una ley que tipifica un delito especialmente grave.

La CIDH mira con preocupación el hecho de que varios Estados Miembros, a pesar de haber establecido una EMRP ante el sistema de justicia juvenil, mantienen vigentes normas, políticas y prácticas que les permiten privar de su libertad a niños cuya edad es inferior a la edad mínima establecida para infringir leyes penales.¹⁶

Por lo tanto, la pregunta que requiere una respuesta urgente es qué sí puede y debe hacer el Estado en relación con las diversas conflictividades sociales suscitadas por parte de niños no punibles o inimputables.

Entiendo que la niña, el niño o adolescente inimputable por su edad (o con motivo de que en el caso concreto se haya determinado que no pudo actuar de otra manera o comprender lo que hacía, de conformidad con el artículo 34 de nuestro actual Código Penal) no puede ser sometido a ninguna instancia de un proceso penal que implique cualquier medida de coerción procesal.

Ahora bien, independientemente de ello, no podemos hacer oídos sordos a dos situaciones centrales: 1) la actual falta de respuesta estatal con motivo de los hechos delictivos en los que intervienen menores

16. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, Informe de la CIDH OEA: Ser. L/V/II. Doc. 78. 13/07/2011.

de edad no imputables, en cuanto en la mayoría de los supuestos no se articula con los organismos de protección de niñez a los fines de proteger sus derechos; 2) tampoco se da una respuesta que procure restablecer la paz social afectada por el hecho delictivo, que integra a la víctima y a la comunidad.

En primer lugar, entiendo imprescindible avanzar normativamente a nivel nacional exhortando al juez a que en forma obligatoria dé intervención a los organismos de protección de niñez de las distintas provincias o a los equipos de salud previstos en la Ley de Salud Mental, siempre que se acrediten derechos vulnerados de personas no imputables.

En segundo lugar, si se hubiere *prima facie* determinado la presunta intervención de la niña, niño o adolescente no imputable en un hecho ilícito, entiendo que, una vez declarada la inimputabilidad, el juez debería consultar a un equipo interdisciplinario conformado por especialistas en infancia, pedagogía y psicología infantil, formadores en prácticas componedoras y, sobre la base de la evaluación del caso y necesidades de las partes, dar intervención a los organismos de protección de derechos de la niña, niño o adolescente jurisdiccionales, para que se implementen instancias restaurativas.

¿Qué significa ello? Significa prever normativamente la obligación de los organismos de niñez de agotar las vías pertinentes para realizar acuerdos restaurativos, que no es otra cosa que brindar instancias de diálogo grupal con la intervención de la víctima y la comunidad afectada, desde un abordaje psicológico de responsabilidad subjetiva y mediante vínculos de confianza generados por especialistas, que permitan reparar los daños generados

CONCLUSIONES

Las respuestas restaurativas pueden implicar menos recursos y mayor creatividad, pero para ser aplicadas a lo largo y ancho de todo el país requieren del compromiso de las provincias para salir íntegramente del sistema tutelar.

A su vez, es cierto que las respuestas restaurativas no podrán tener un contenido pleno y real si no se instauran mediante un sistema que integre las corresponsabilidades de los diversos ministerios en pro-

gramas con base territorial, con respuestas en educación, salud, deporte, desarrollo y justicia, tanto extra como intramuros.

Limitarnos a continuar discutiendo circular y espasmódicamente sobre la edad de imputabilidad nos ha llevado a hacer la vista gorda y a no ahondar ni focalizar en posibles respuestas restaurativas, en su concepto e implicancias, así como en conocer y articular las buenas prácticas ya existentes en distintos lugares del país y del exterior.

CAPÍTULO 5
SANCIONES PENALES
ACORDES A LA CONVENCIÓN SOBRE
LOS DERECHOS DEL NIÑO

CONSENSOS Y DESACUERDOS EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL*

Por Diego Freedman** y Martiniano Terragni***

INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas desarrollaremos un análisis preliminar de ciertos consensos y desacuerdos respecto de los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos referentes a la determinación de la sanción penal juvenil, sobre la base de la interpretación formulada por el Comité de Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

LOS CONSENSOS

Los estándares delineados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,¹ sumado a la interpretación formulada por la Corte

* Este trabajo condensa en gran medida una serie de producciones académicas elaboradas en forma colectiva con la profesora Beloff y los demás integrantes de su cátedra, Martiniano Terragni, Mariano Kierszenbaum y María Virginia Deymonnaz. El resultado de este trabajo colectivo me hace acordar a un breve relato de Alejandro Dolina que sólo transcribiré parcialmente: “Uno juega mejor con sus amigos. Ellos serán generosos, lo ayudarán, lo comprenderán, lo alentarán y lo perdonarán. Un equipo de hombres que se respetan y se quieren es invencible” (“Instrucciones para elegir en un picado”, en *Crónicas del Ángel Gris*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 1996).

** Docente e integrante de la cátedra de la Dra. Mary Beloff, Facultad de Derecho (UBA).

*** Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA. Docente de posgrado en distintas universidades nacionales.

1. Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), art. 37: “Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua

IDH,² la Corte Suprema de Justicia de la Nación³ y el Comité de Derechos del Niño,⁴ permiten advertir que existen ciertas coincidencias claras con relación a los criterios para la determinación de la sanción penal juvenil.

En primer lugar, hay absoluto consenso en que la sanción juvenil debe cumplir con el objetivo de prevención especial positiva.⁵ Desde

sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...”.

Art. 40, inc. 1: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10, inc. 3: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”. Reglas de Beijing, Reglas N° 5, 17, 18, 19, 21, 22 y 26 (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores), A.G. Res. N° 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (N° 53), p. 207, ONU Doc. A/40/53, 1985. Reglas de La Habana, Reglas N° 1, 2 y 38 (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución N° 45/113,14/12/1990).

2. Caso “Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones”, sentencia del 14 de mayo de 2013, serie C N° 260.

3. Fallos: 328:4343, “M., D. E. y otros s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa N° 1174–”, sentencia del 07/12/2005; “Recurso de hecho deducido por la defensa de A. A. M. en la causa M., A. A. s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas”, causa N° 2570C, Fallos: 332:512, sentencia del 17/03/2009; “A., D., A.; C., E. G. s/ homicidio calificado” resuelta el 24 de agosto de 2010; “B. R.”, R. 374. L. RHE, sentencia del XX/XX/2016; “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, resuelta el 31/10/2017.

4. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la Justicia de Menores, 25/04/2007 (en adelante, OG 10).

5. CDN, art. 40, inc. 1; Reglas de Beijing, Regla 26.1. En el precedente “Mendoza”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuestionó la aplicación de las sanciones privativas de la libertad perpetuas por contrariar la finalidad de prevención especial positiva: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5,6 de la Convención Americana, ‘[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a ‘ser tratado de manera

ya, en la práctica resulta necesario especificar con claridad cuándo se cumple con este objetivo. ¿Es exigible que el joven no reitere conductas delictivas o es necesario que haya tomado conciencia del daño provocado a la víctima y de la falta de respeto a la ley? Por supuesto que el alcance de este objetivo terminará definiendo también el tipo y la extensión de las sanciones aplicables o la revocación de las salidas alternativas (por ejemplo, la suspensión del proceso a prueba o *probation*).

Al mismo tiempo, la definición de la finalidad obliga a desarrollar indicadores que permitan verificar si se cumplen mediante la realización de relevamientos y evaluaciones periódicas. Por ejemplo, si el alcance de la finalidad de prevención especial positiva es evitar la reiterancia delictiva, deberíamos medir la cantidad de jóvenes que vuelven a cometer conductas delictivas después de ser sancionados. Estas mediciones son necesarias para verificar el cumplimiento de los objetivos y, en su caso, pensar e implementar reformas al sistema de justicia penal juvenil.

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 este asuma una función constructiva en la sociedad'. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma [...] la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños [...] operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor [...] dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños", párrs. 165 y 166. El Comité de Derechos del Niño en la OG 10 consideró que: "... La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delinquentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública", OG 10. La Corte Suprema interpretó que: "23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento", Fallos: 328:4343.

Debe reseñarse que la finalidad preventivo-especial positiva debe tenerse en cuenta en todo el diseño de la justicia penal juvenil. En primer lugar, al momento de definir legislativamente los tipos de sanciones y las escalas penales.⁶ Asimismo, debe comprender toda la regulación referente a la concesión de la condena condicional y las reglas de conductas.⁷ También debe tenerse en cuenta al momento de diseñar el proceso penal juvenil para que no sólo se aseguren las garantías procesales específicas, sino que además se cumplan con los fines educativos de la justicia juvenil.⁸

Más allá de la relevancia del fin preventivo especial al momento de determinar la sanción penal juvenil, también debe ser tenido en cuenta durante la etapa de ejecución. En el marco de la sanción privativa de la libertad resulta exigible la progresividad y el acceso a las salidas transitorias, a la libertad condicional y a la libertad asistida, entre otros derechos aplicables al joven privado de la libertad.⁹

Otro de los consensos es la aplicación de una sanción penal disminuida a los adolescentes condenados,¹⁰ sobre la base de una escala penal

6. La norma aplicable en nuestro país es el régimen penal de la minoridad (Ley N° 22278), que no establece sanciones alternativas a la privación de la libertad en forma expresa.

7. Hoy resultan aplicables las reglas generales del Código Penal previstas en el art. 26 y ss. del Código Penal, y no rige, en este punto, el principio de especialidad.

8. Ya ha explicado con suficiencia Mary Beloff que “Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone la nueva justicia juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido”, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”. Disponible en: www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf. En este sentido, hemos manifestado la tensión existente en la aplicación del instituto del juicio abreviado a adolescentes, ver Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, *La Justicia Juvenil y el Juicio Abreviado*, Bahía Blanca, Ed. Induvio, 2016.

9. Reglas 79, Reglas de La Habana. En relación con la ultractividad de los estándares de protección de la infancia al joven condenado después de alcanzar los 18 años de edad, ver Beloff, Mary y Terragni, Martiniano, “La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2017, p. 281 y ss.

10. El Comité de Derechos del Niño explicitó que: “[L]os niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen

atenuada de la aplicable a las personas adultas –como ocurre con el régimen penal de la minoridad vigente– o de sanciones específicas, lo que exigiría un cambio de la ley penal de fondo. Esta sanción penal disminuida resulta justificada por el menor reproche de culpabilidad,¹¹ dada

conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños [...]; además, precisó que “[l]a respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad [...]”, párrafos 10 y 71 respectivamente, destacado agregado, OG 10. La Corte IDH expresó en el caso “Mendoza”: “Asimismo, de la redacción del párrafo 3 del artículo 4 de la Ley N° 22278 se desprende que los jueces pueden imponer a los niños las mismas penas previstas para los adultos, incluyendo la privación de la libertad, contempladas en el Código Penal de la Nación, como sucedió en el presente caso. De lo anterior, la Corte estima que la consideración de otros elementos más allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños, en los términos ya establecidos en esta Sentencia” (párr. 295). Al respecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que: “[N]o escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que estos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental [...] Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional [...] en el marco de un Derecho Penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto...”, Fallos: 328:4343.

11. “Tampoco existen dudas en cuanto a que la persona menor de dieciocho años de edad, por su particular condición, presenta una culpabilidad disminuida no contrastable empíricamente sino supuesta normativamente en forma genérica: el niño tiene una culpabilidad disminuida. De ello se sigue, inexorablemente, que si la medida de la pena no puede superar a la medida de la culpabilidad y dado que el niño tiene una culpabilidad disminuida, la pena aplicable debe ser menor, en iguales condiciones, que la aplicable a un adulto”, Beloff, M.; Kierszenbaum, M. y Terragni, M., “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas...*, op. cit., p. 110.

la inmadurez emocional de los adolescentes,¹² el principio de proporcionalidad y en el deber de protección especial exigible al Estado en todo su accionar hacia la infancia. Asimismo, toma en cuenta que la percepción del tiempo de un adolescente es diferente a la de una persona adulta.

Finalmente, la última coincidencia en los instrumentos internacionales y su interpretación jurisprudencial es que la sanción privativa de la libertad debe ser aplicada de manera excepcional,¹³ descartando otras modalidades de pena, por el tiempo más breve posible, y debe estar sujeta a una revisión periódica¹⁴ para analizar la procedencia de la

12. Debe recordarse que en el Derecho Penal liberal regía la atenuación de las penas respecto de los jóvenes en general. Explica Anthony Platt: “La responsabilidad criminal de los niños en los Estados Unidos durante el siglo XIX fue determinada de acuerdo con los principios tradicionales del derecho inglés y por la elaboración de reglas de procedimiento y prueba, que se inclinaban a proteger y beneficiar al acusado. No parece justificada la proposición de que los niños eran ejecutados regularmente, al contrario, los tribunales vacilaban en sentenciar a muerte a un niño menor de 14 años, y cuando se presentaba el caso, apelaban al consultor de defensa o bien el juez certificaba a la suprema corte del estado” (*Los “Salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, México, Ed. Siglo XXI, 2001, p. 216).

13. CDN, art. 37, inc. b); Reglas de La Habana, Regla 2; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal (Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social), Directriz 18; Regla 19 de las Reglas de Beijing. El Comité de Derechos del Niño en la OG 10 expresó con claridad: “Los principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevar a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...” (párr. 79). La Corte IDH en el caso “Mendoza” expresó que: “Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1) de *ultima ratio* y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que “[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (párr. 162). En el precedente “Maldonado”, se expresó: “por otra parte, cabe recordar que los principios que sin lugar a dudas diferencian el sistema penal de adultos del de responsabilidad penal juvenil en el contexto del modelo de la protección integral de los derechos del niño, pauta determinante de los alcances de la nueva imagen o perspectiva que debe informar todo el régimen especial aparejan para este último la necesidad de una amplia variedad de medidas y la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad. Su carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiológicas” (considerando 21, voto del Juez Fayt).

14. Con relación a este estándar, la Corte IDH en el caso “Mendoza” expresó que: “3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Es-

libertad anticipada (por medio de la libertad condicional¹⁵ o la libertad asistida).¹⁶ Asimismo, siempre debe preferirse la modalidad de aplicación de la privación de la libertad menos restrictiva, por ejemplo, debe utilizarse un centro de régimen semiabierto antes que un centro de régimen cerrado.¹⁷ Esta postura se justifica en que se ha consensuado en los efectos negativos de la pena privativa de la libertad.¹⁸ Esta

tados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada...” (párr. 162). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que: “el agravio del recurrente relacionado al principio según el cual la pena privativa de la libertad debe utilizarse durante el período más breve que proceda, contenido en el artículo 37, inc. b, de la Convención sobre los Derechos del Niño, está íntimamente vinculado con el deber de revisar periódicamente las medidas de privación de libertad de los menores infractores, que surge del artículo 25 de la misma Convención. Esto por cuanto el segundo precepto constituye el mecanismo para asegurar efectivamente, ya durante la ejecución de esta pena, el principio rector que emana del primero por el que las restricciones a la libertad personal del menor se reducirán a lo estrictamente necesario para promover su reintegración social y que este asuma una función constructiva en la sociedad” (considerando 5, “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, 31/10/2017).

15. Art. 13 del Código Penal.

16. Art. 54 de la Ley N° 24660.

17. Reglas de La Habana, Regla 30; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directriz 18, Reglas de Beijing, Comentario a la Regla 19.

18. La Corte Suprema, en el caso “Maldonado”, concluyó que “el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento” (considerando 23). El Comité de Derechos del Niño, en un sentido coincidente, prefiere la adopción de medidas alternativas al proceso penal: “El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías. De acuerdo con los principios

coincidencia provocó que se haya reconocido la incompatibilidad de la pena de prisión perpetua.¹⁹

LOS DESACUERDOS

Al mismo tiempo, la interpretación del Derecho Internacional de Derechos Humanos ha generado ciertos desacuerdos si uno atiende a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos del Niño y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A continuación, realizaremos un *racconto* de estos desacuerdos.

En concreto, el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 10 consideró que la sanción penal juvenil debe, también, tener en cuenta las necesidades de la sociedad a largo plazo. Entendemos que esa mención, que se agrega a los fines de prevención especial positiva reconocidos por ese órgano internacional, sólo pueden interpretarse como la realización de objetivos vinculados a la prevención general positiva.²⁰ Esto confronta con la postura de la Corte Interamericana de De-

enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico” (OG 10, párr. 25). Agrega que: “El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad” (OG 10, párr. 11).

19. La Corte IDH en el caso “Mendoza” concluyó que: “La prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños” (párr. 163). El Comité de Derechos del Niño recomienda la eliminación de la pena privativa de la libertad perpetua a adolescentes: “Teniendo en cuenta la probabilidad de que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, el Comité recomienda firmemente a los Estados Partes la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años” (OG 10, párr. 77).

20. Con relación al cumplimiento de esta finalidad se ha señalado la falta de impacto del sistema penal juvenil en el aprendizaje social: “el hecho de que estos orientan sus argumentaciones sólo a partir de una determinada edad y un determinado nivel de directrices y convicciones internas, de tal modo que la mayoría de menores y jóvenes no deducirán positivamente la vigencia de la norma a partir de su aplicación sobre el menor infractor”, y el desarrollo moral del joven se construye por sí mismo “lo que ocurre en interacción con su entorno social, y no por medio de la imposición unilateral

rechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han puesto el foco en el fin preventivo especial de la sanción penal juvenil. Por nuestra parte, hemos sostenido que el fin de la sanción penal juvenil debe ser preponderantemente educativo (prevención especial positiva) sin descartar que cumpla otras finalidades (retributivas o de prevención general), cuando resulten compatibles en el caso concreto.²¹

Además, se advierte una fuerte tensión entre lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a los criterios para determinar la necesidad y la magnitud de la sanción penal juvenil.

Con respecto a la determinación de la sanción penal juvenil, la Corte IDH adhirió al estándar de la proporcionalidad.²² Al definir el alcance de este estándar, señaló:

La Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.²³

De modo que deberían valorarse: (i) las circunstancias del imputado como persona menor de edad; (ii) las circunstancias del delito; y (iii) la reintegración a la familia y a la sociedad como objetivo privilegiado.

Con estos criterios, la Corte IDH analizó el artículo 4 de la Ley N° 22278 y consideró que contradecía el principio de proporcionalidad por: (a) permitir la valoración de elementos diferentes al delito como

de normas y reglas de conducta”, Cruz Márquez, Beatriz, *Educación y prevención general en el Derecho Penal de menores*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2006, pp. 49 y 50.

21. Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas...*, op. cit., p. 113 y ss.

22. Párrs. 147 y 151.

23. Corte IDH, caso “Mendoza”, párr. 151.

“los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez”; y (b) posibilitar la aplicación de las mismas penas que a las personas adultas.²⁴

De modo que el estándar desarrollado por la Corte IDH se traduciría en que al momento de determinar la pena se deben valorar exclusivamente las circunstancias del delito (por ejemplo, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado),²⁵ y el menor reproche penal respecto de la persona imputada por ser adolescente al momento del hecho. Al mismo tiempo, se encontraría vedado valorar elementos personales distintos al delito.

Sobre este punto vale preguntarse, como ya lo hicimos en una anterior oportunidad,²⁶ ¿no sería admisible la valoración de circunstancias personales, incluso algunas previstas en el artículo 41 del Código Penal

24. “Ya se mencionó que la Ley N° 22278 aplicada en el presente caso, la cual data de la época de la dictadura argentina, regula algunos aspectos relativos a la imputación de responsabilidad penal a los niños y a las medidas que el juez puede adoptar antes y después de dicha imputación, incluyendo la posibilidad de la imposición de una sanción penal. Sin embargo, la determinación de las penas, su graduación y la tipificación de los delitos se encuentran reguladas en el Código Penal de la Nación, el cual es igualmente aplicable a los adultos infractores. El sistema previsto por el artículo 4 de la Ley N° 22278 deja un amplio margen de arbitrio al juez para determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas menores de 18 años, tomando como base no sólo el delito, sino también otros aspectos como ‘los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez’. Asimismo, de la redacción del párrafo 3 del artículo 4 de la Ley N° 22278 se desprende que los jueces pueden imponer a los niños las mismas penas previstas para los adultos, incluyendo la privación de la libertad, contempladas en el Código Penal de la Nación, como sucedió en el presente caso. De lo anterior, la Corte estima que la consideración de otros elementos más allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños, en los términos ya establecidos en esta Sentencia...” (Corte IDH, caso “Mendoza”, párr. 295).

25. Código Penal, art. 40: “En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”. Código Penal, art. 41: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados...”.

26. Freedman, Diego y Terragni, Martiniano, “El fallo ‘M’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una decisión con más interrogantes que soluciones”, en *Revisita de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 10, octubre de 2013, p. 2009 y ss.

–edad, educación, costumbres, conducta precedente, motivación para delinquir, etc.–, para justificar una sanción no privativa de la libertad para un adolescente, una sanción privativa de la libertad de ejecución condicional o inferior al mínimo?

Precisamente, la sanción puede adecuarse o moderarse teniendo en cuenta una problemática de adicciones a los estupefacientes que tuvo el joven antes de incurrir en ilicitudes.

Asimismo, también puede atenuarse la pena o disponerse su condicionalidad porque el joven, durante el tratamiento tutelar, ha mostrado un gran esfuerzo para reparar los daños ocasionados por su conducta delictiva.

Cumplir con el ideal de la prevención especial positiva requeriría valorar elementos personales del joven a su favor al momento de determinar y graduar la sanción penal juvenil.

De otro modo, no habría diferencias en las sanciones penales aplicables a jóvenes que se encuentren frente a distintas circunstancias personales –máxime aun cuando la Corte IDH realizó una minuciosa descripción de las historias de vida de los jóvenes intervinientes en ese litigio–.²⁷

A modo de ejemplo, ¿no sería distinta la sanción penal a un adolescente que durante el desarrollo del proceso penal se ha esforzado, terminó el ciclo educativo obligatorio, se capacitó en el ámbito laboral e intentó reparar el daño respecto de otro adolescente que por el mismo tipo de hecho no cumplió con ninguno de estos objetivos que coadyuvan a su inserción social, teniendo plena posibilidad y oportunidad de hacerlo?

27. De los informes sociales que se encuentran en el expediente se desprende que César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández crecieron en barrios marginales, en una situación de exclusión y gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias materiales que condicionaron su desarrollo integral. La mayor parte de ellos tuvieron estructuras familiares desintegradas, lo que generó modelos frágiles de referencia e identidad. Otro patrón común entre todos ellos es que abandonaron sus estudios primarios y secundarios antes de concluirlos y tuvieron los primeros contactos con la justicia penal a muy temprana edad, lo cual trajo como consecuencia que pasaran gran parte de su infancia en institutos de menores hasta cumplir los 18 años (Corte IDH, caso “Mendoza”, párr. 68).

Puede también entenderse que la falta de ponderación de las circunstancias personales distintas al delito podría llevar a dar un mayor sentido retributivo a la justicia juvenil.

Por nuestra parte, entendemos que el principio de proporcionalidad debe ser sólo un techo, un límite máximo, en la aplicación de la sanción penal juvenil, de modo de que sólo se aplique una sanción penal juvenil para los delitos graves²⁸ y la sanción privativa de la libertad quede limitada a los casos de mayor entidad.²⁹

Por otro lado, este estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prohíbe que se justifique la aplicación de una sanción penal juvenil sólo sobre la base de razones ajenas al hecho, sin valorar la gravedad de ese hecho y la culpabilidad del joven.

Este principio, por el contrario, no veda la consideración de cuestiones ajenas al hecho para atenuar la sanción penal juvenil, aplicar una pena alternativa a la prisión o absolver al adolescente en los términos del artículo 4 de la Ley N° 22278.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente “Maldonado”,³⁰ ha señalado con claridad que el criterio preponderante para determinar la necesidad de la sanción penal juvenil es el cumplimiento de los objetivos de prevención especial positiva.³¹

28. Debe tenerse en cuenta que la Ley N° 22278 ya determina que no sean punibles los adolescentes que cometen delitos de acción privada o de acción pública con penas de multa, inhabilitación o de prisión que no exceda los dos años (art. 1).

29. Reglas de Beijing, Regla. 17.1, inc. c).

30. Hemos analizado este precedente de la Corte Suprema y los siguientes en Beloff, Mary; Freedman, Diego y Terragni, Martiniano, “Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia penal juvenil”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas...*, op. cit., p. 39 y ss.

31. “La ‘necesidad de la pena’ a que hace referencia el régimen de la Ley N° 22278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ como parece entenderlo el *a quo*. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad’ (art. 40, inc. 1)” (considerando 22).

Consideró al respecto que no debe justificarse la aplicación de la sanción penal juvenil sobre la base de la gravedad del hecho delictivo, ni por la presunta peligrosidad.³² Este razonamiento tiene como consecuencia

32. La Corte Suprema de Justicia de la Nación incluso consideró inconstitucional la valoración de la peligrosidad. En “Algunos interrogantes sobre el proceso penal juvenil. ‘Comentario al fallo ‘A. A. M.’ de la Corte Suprema con Martiniano Terragni”, publicado en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Pitlevnik, Leonardo (dir.), Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011, p. 224 y ss., analizamos esta cuestión. En “Maldonado”, la Corte Suprema refirió: “En principio, no corresponde a la competencia de esta Corte interpretar el alcance específico de la expresión ‘peligrosidad’ contenida en el artículo 41 del Código Penal. Sin embargo, lo que no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al Derecho Penal de hecho, o bien, llegado el caso, al *non bis in idem*. La valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la ‘peligrosidad’, pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal [...] La ‘necesidad de la pena’ a que hace referencia el régimen de la Ley N° 22278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’”. Posteriormente, en el caso “Gramajo” (Fallos: 329:3680) explicitó que: “Resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el artículo 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo [...] la pretensión de que la pena del artículo 52 no es tal, sino una medida de seguridad fundada en la peligrosidad del agente, no es admisible constitucionalmente: (a) en principio, no lo es porque la peligrosidad, considerada seriamente y con base científica, nunca puede ser base racional para la privación de la libertad por tiempo indeterminado; (b) tampoco lo es, porque la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el Derecho Penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario; (c) por último, no lo es, porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes [...] la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de esta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, debería basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. En dicho caso, la previsión, llevada a cabo con método científico, y con ligeros errores, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circunstancias, un porcentaje –que designaremos arbitrariamente como la mitad para el ejemplo–, se comportaría de determinada manera, extremo que se habría verificado empíricamente. Pero este cálculo, que como se dijera sería válido desde el punto de vista científico, no permitiría establecer de manera específica cuáles, del grupo total, serían las quinientas personas que se comportarían de tal forma y cuáles las restantes quinientas que lo harían de otra. Las medidas penales, se las llame penas o como quiera

que la evaluación de la necesidad de la sanción penal juvenil debe justificarse atendiendo a las circunstancias personales y sociales del joven.

De modo que la aplicación de una sanción penal juvenil, que en nuestro régimen penal de la minoridad sólo puede ser la prisión, debe justificarse valorando su necesidad en el caso concreto para cumplir con los fines de prevención especial positiva (evitar la reiterancia delictiva o insertar socialmente al adolescente). Esto requiere un estudio necesario de las circunstancias personales y sociales del joven, vinculado tanto con los antecedentes como con el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa al magistrado.

denominarlas el legislador, la doctrina o la jurisprudencia, siempre se imponen a una persona y, por ende, frente a un caso individual. Nunca podría saberse por anticipado si con la reclusión habrá de evitarse o no un futuro delito, que a ese momento no sólo todavía no se habría ni siquiera tentado, sino que, tal vez nunca se llegaría a cometer. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo reciente, afirmó que ‘La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive– no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado’ (CIDH, Serie C N° 126 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20/06/2005). En consecuencia, no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona –con independencia del *nomen juris* que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello–, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual”. Sin perjuicio de estas consideraciones, no debemos soslayar lo que ha apuntado Patricia Ziffer respecto a que la peligrosidad se asocia a los fines de prevención especial positiva: “Mal que le pese a muchos, no hay prevención especial posible sin consideraciones de peligrosidad. Ciertamente, es posible evitar la palabra y utilizar expresiones que suenen más ‘democráticas’, como ‘pronóstico de reinserción social’ (cf. art. 13, CP arg.) o ‘reglas adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos’ (art. 27 bis, CP arg.). Pero lo que no conviene hacer es eludir la realidad o esconder el complejo problema teórico implicado: el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos es un factor ineludible a ser tomado en consideración, y esto no es otra cosa que ‘peligrosidad’”, “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, en *Revista La Ley*, 2007-A, 630. A nuestro juicio, la única forma de superar esta tensión es no reducir el fin de prevención especial a la disminución de la reiterancia delictiva, sino asociarlo a la integración comunitaria.

Sin perjuicio de este razonamiento, se abre un interrogante porque la sanción privativa de la libertad, aun si sus condiciones de ejecución son adecuadas a los estándares internacionales de derechos humanos, se ha demostrado que no es eficiente en el logro de los objetivos de prevención especial positiva. Por el contrario, las sanciones o medidas alternativas se han mostrado mucho más eficientes en la realización de estos objetivos.³³ A esto debe sumarse la situación que, en general, los delitos más graves son cometidos por jóvenes cuyas circunstancias personales y sociales hacen más dificultosa la concreción de los objetivos de prevención especial positiva. De modo que llevar al extremo esta exigencia, en la práctica, vedaría la aplicación de una sanción privativa de la libertad.

Por nuestra parte consideramos que la sanción penal juvenil debe cumplir un fin preponderantemente educativo con el objeto de integrar al joven a la sociedad, lo que no impide que cumpla con fines re-

33. "Además, también hay algunas investigaciones en las que se han formado grupos integrados por menores con similares características que han cometido los mismos hechos. En estos trabajos se ha podido comprobar asimismo que los condenados a las medidas más pedagógicas han tenido menor tasa de reincidencia que los castigados con medidas más represivas. Así, Wellhöfer se ocupa de una investigación en la que se analizan 50 casos de menores condenados a cursos de capacitación social (*soziale Trainingskurse*) y 50 casos de menores que fueron condenados a una medida privativa de libertad de arresto entre 1989 y 1991. Todos ellos habían cometido delitos bastante similares e incluso los sancionados con los cursos tenían más antecedentes penales que los castigados con el arresto. En efecto, mientras los primeros presentaban una media de 2,3 antecedentes, los segundos tenían sólo una media de 1,7. veintiún meses después, mientras entre los que asistieron a cursos el nivel de delincuencia había bajado al 1,3, entre los que sufrieron el arresto el nivel se incrementó hasta el 2,1. En definitiva, los condenados a cursos de capacitación, pese a tener más antecedentes, tuvieron un menor índice de reincidencia tras el cumplimiento de la medida que los que sufrieron arresto. (citas: Ostendorf, Heribert, "Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts oder seiner Essentialia", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, N° 6, 2006, p. 320-326, p. 323. Wellhöfer, Peter R., "Soziale Trainingskurse und Jugendarrest. Versuch einer vergleichenden Erfolgskontrolle", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1995, p. 42 y ss). Ver también Kraus, Ludwig; Rolinski, Klaus., "Rückfall nach Sozialem Training auf der Grundlage offiziell registrierter Delinquenz", en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1992, p. 32 y ss., quienes analizaron el nivel de reincidencia durante al menos dos años de 54 menores que asistieron a cursos de capacitación, comprobando que tras dos años el 44,4% no había vuelto a delinquir. No obstante, en esta investigación no se incluyó ningún grupo de control", Octavio García Pérez, *La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: La introducción del modelo de seguridad ciudadana*, en Barreiro, Agustín Jorge y Feijoo Sánchez, Bernardo (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona, Ed. Atelier, 2007, pp. 32 y 33.

tributivos y de prevención general cuando resulten compatibles.³⁴ Por ende, no se debe prescindir de la valoración de la gravedad del hecho –respetando también el principio de proporcionalidad–, pero debe darse preponderancia a las circunstancias personales y sociales para atenuar o adecuar la sanción penal juvenil (incluso con penas alternativas a la privación de la libertad o la aplicación de la condena condicional con determinadas reglas de conducta).³⁵

EXCURSUS: EL TOPE DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

Como dijimos, hay un fuerte consenso acerca de que la pena aplicable a un adolescente debe ser inferior a la de una persona adulta por el mismo hecho. Esto determinó que se interprete que el artículo 4 de la Ley N° 22278 dispone la aplicación de la escala penal reducida de la misma forma que para el delito tentado,³⁶ o sea, la mitad del mínimo y un tercio del máximo,³⁷ cuando se considera necesaria la sanción penal juvenil.

Ahora, la aplicación de esta regla provoca que en supuestos concretos pueda verse vulnerado el principio de proporcionalidad, al no haberse regulado normativamente un tope de la sanción penal juvenil. En particular si se confronta la escala penal a aplicar para la determinación de la sanción penal juvenil respecto de los delitos cuya pena es la privación de la libertad perpetua (por ejemplo, el homicidio agravado), el homicidio simple y el concurso real de delitos a partir de la Ley N° 25928.³⁸

Al respecto, cabe señalar que si un adolescente comete un homicidio agravado, le corresponderá una escala penal de 10 a 15 años de prisión.³⁹

34. Criterio que hemos explicitado en Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas...*, op. cit., p. 113 y ss.

35. Artículo 26 del Código Penal y ss.

36. Beloff, M.; Kierszenbaum, M. y Terragni, M., “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas...*, op. cit., p. 89 y ss.

37. Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo N° 3/95 en Plenario N° 2, causa de la Sala III “Villarino, Martín P. y otro s/ recurso de casación s/ tentativa”.

38. Sancionada el 18/08/2004, promulgada de hecho: 09/09/2004, publicada en el BO N° 50482 el 10/09/2004.

39. No consideramos aplicable la pena de reclusión de 15 a 20 años para la tentativa de un delito con pena de reclusión perpetua, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que estaba derogada tácitamente (Fallos: 328:137). En este sentido, explica Zaffaroni que “desde que la pena de reclusión no puede considerarse vigente porque no es legalmente aplicable (es absurdo aplicar una pena que la ley prohíbe eje-

Sin embargo, si comete un homicidio simple, la escala penal es más grave, ya que oscila entre 4 a 16 años y 8 meses de prisión. La situación empeora por las reglas de concurso real, ya que si el adolescente comete varios hechos delictivos que sumados dan un máximo de 50 años de prisión (por ejemplo, cinco hechos de robo en poblado –3 a 10 años de prisión– y en banda o cuatro hechos de robo con arma –5 a 15 años de prisión–) y se aplica la atenuación, la escala resultante tendría un máximo de 33 años y 4 meses. Desde ya, resulta desproporcionado que se apliquen penas mayores a un delito cuya sanción es la más grave prevista en el CP.⁴⁰

La única interpretación posible es considerar que existe un tope sobre la base del principio de proporcionalidad: 15 años para el delito más grave. Esto implica que el homicidio simple debe tener un máximo inferior a la pena prevista para el homicidio agravado. Una solución es considerar que la pena debería ser de 12 años y 6 meses manteniendo la relación de proporcionalidad entre el máximo y mínimo de la figura consumada (3,12,5).

Este monto es compatible con el estándar fijado por la CorteIDH en el caso “Mendoza”, cuando consideró que la pena privativa de la libertad no debería superar la edad del adolescente sometido a proceso penal juvenil⁴¹

cutar), deviene lógico que los efectos negativos vinculados a los beneficios que no se le reconocían al condenado a esa variante de pena no puedan trasladarse a la prisión, porque se *estaría inventando una pena por vía pretoriana, sería una prisión agravada como reclusión [...]* de la misma manera cesa la discriminación para el cómputo de la tentativa en los casos de encontrarse la pena conminada con reclusión perpetua, unificándose ambas hipótesis en la previsión dispuesta para la pena de prisión perpetua, es decir de diez a quince años” (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000, p. 899).

40. “El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en estos su fundamento lógico y axiológico”, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), Valladolid, Ed. Trotta, 1995, p. 397.

41. Como sostuvimos oportunamente al analizar el fallo “Mendoza”: “Sin perjuicio de considerar la prisión perpetua a personas por delitos cometidos siendo menores de edad contradictoria con las disposiciones de la CADH y a la CDN, la Corte IDH analizó si era admisible la revisión de la situación del joven y la posibilidad de obtener la libertad condicional por este tipo de penas recién a los 20 años de cumplimiento de la sanción de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 del Código Penal. Consideró al respecto que el plazo fijado por la ley “[i]mpide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y

(de acuerdo a las edades mínimas de responsabilidad penal juvenil fijadas en Latinoamérica, 12-16 años).⁴²

La CIDH a su vez fijó un estándar más estricto considerando elevadas las penas privativas de la libertad que superen los 7 años de prisión.⁴³

su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento'. La Corte IDH concluyó entonces que ese plazo de 20 años para la obtención de la libertad condicional no cumplía con el estándar de la revisión periódica de las sanciones, ya que '[e]s un plazo abiertamente desproporcionado para que los niños puedan solicitar, por primera vez, la libertad, y puedan reintegrarse a la sociedad, pues los niños son obligados a permanecer más tiempo privados de la libertad, es decir 20 años, con el fin de poder solicitar su eventual libertad, que el tiempo vivido antes de la comisión de los delitos y de la imposición de la pena'. En concreto señaló: '[H]ay que tomar en cuenta que las revisiones de las condenas de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal tuvieron lugar luego de aproximadamente 12 años. En consecuencia, para todos estos niños, las expectativas de libertad eran mínimas pues el artículo 13 del Código Penal de la Nación exigía que cumplieran, por lo menos, con 20 años de condena para solicitar la libertad condicional'. Podría deducirse un principio: más allá de los delitos cometidos, una persona menor de edad en ningún caso puede pasar privado de su libertad más tiempo que el de su propia vida sin tener la chance de obtener la excarcelación. En consecuencia, un elemento a tener en cuenta al momento de ejecutar la pena sería el tiempo vivido por el niño, que sería un tope máximo para darle la posibilidad de excarcelación. Parece que no es un estándar muy estricto, porque si se lo toma al pie de la letra sería admisible una revisión a los 12 años cuando el joven condenado tiene 17 años de edad al momento del hecho", Freedman, D. y Terragni, M., *El fallo "M" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, op. cit., p. 2025 y ss.

42. Ver Deymonnaz, M. V. y Freedman, D., "La edad en el derecho penal juvenil", en Beloff, M. (dir.), *Nuevos problemas...*, op. cit., p. 341 y ss.

43. "La Comisión también nota que si bien varios Estados de las Américas prohíben la prisión de por vida, varios prevén penas máximas muy largas. Por ejemplo, según se informó a la CIDH, la pena máxima era de 15 años en Costa Rica, 10 años en Chile, 8 años en Honduras, Paraguay y Colombia, y 7 años en El Salvador [...] Las penas excesivamente largas en el caso de personas menores de edad atentan contra el principio de brevedad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y contra las protecciones especiales a las cuales los Estados se encuentran comprometidos de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana [...] La Comisión alienta a los Estados a establecer en sus legislaciones una duración máxima de las penas que pueden imponerse a los niños responsables de infringir las leyes penales, y a garantizar que esa duración sea acorde con la particularidad de los niños en tanto sujetos de desarrollo y reconozca que los efectos negativos de la privación de libertad son aún más evidentes en los niños. Asimismo, la Comisión recomienda a los Estados abolir la pena de muerte y la pena de prisión perpetua para personas menores de edad", Informe sobre "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", OEA/SER.L/V/II, Doc. 78. 13/07/2011, párrs. 369/371. Ver Beloff, M., Freedman, D. y Terragni, M., "Reseña del informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", en *Revista Derechos Humanos*, año II, N° 2, Infojus, p. 205 y ss.

MEDIDA DE SEGURIDAD Y GARANTÍA SUSTANCIAL DE NO PUNIBILIDAD DE LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL*

Por Pablo A. De Rosa**

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto realizar una contribución al interrogante respecto de la posibilidad de respuesta penal en relación con los niños no punibles en infracción a la ley penal, mediante la aplicación de la medida de seguridad prevista en el artículo 64 de la Ley N° 13634¹ de la provincia de Buenos Aires. El problema central que presenta la norma referenciada, en cuanto permite el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria a niños no punibles, radica en que la redacción de dicho artículo no posee una adecuada técnica legislativa, carece de precisión en sus expresiones y amplía el poder discrecional al momento de realizar su interpretación, otorgándole los más variados alcances.

Con la entrada en vigencia de la ley y la puesta en marcha del fuero penal juvenil en la provincia, se ha evidenciado un esfuerzo doctrinario y jurisprudencial a los fines de legitimar o deslegitimar la intervención penal respecto de los niños no punibles, y una de las in-

* El presente artículo resulta una adecuación y extracto del libro publicado con el título *Medida de seguridad restrictiva de la libertad ambulatoria en niños y adolescentes inimputables*, Bahía Blanca, Induvio Editora, 2ª edición, 2015.

** Abogado (UCASAL), especialista en Derecho Penal (UNS), docente de Derecho Penal I (UNISAL), de Expresión Jurídica y Argumentación (UNISAL), miembro de Equipo Investigador (UNISAL), Secretario de Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial Bahía Blanca.

1. Ley N° 13634 Normas para las causas seguidas respecto a niños, en el proceso de familia y en el proceso del fuero de la responsabilidad juvenil, sancionada el 28/12/2006, promulgada 18/01/2007 con observaciones.

interpretaciones más recientes es la de otorgarle naturaleza jurídica de medida de coacción directa.²

En este sentido, nos detendremos en esta novedosa interpretación de la medida en estudio destacando la importancia de entender la edad mínima de responsabilidad penal juvenil (en adelante, EMRP), como una verdadera garantía sustancial de no punibilidad en los niños infractores a la ley penal.

El enfoque que se pretende está orientado desde la especialidad de la justicia juvenil en clave proteccionista, y aborda la cuestión a través de medidas que eviten criminalizar a los niños cuando estos se encuentren exentos de responsabilidad penal.

MEDIDA DE SEGURIDAD COMO MEDIDA DE COACCIÓN DIRECTA

Sobre la base de una propuesta que radica en la prohibición de toda reacción coactiva frente al niño no punible y la derivación al ámbito de la protección de derechos, propia de la administración con la eventual jurisdicción del fuero de familia, se viene evidenciando una tendencia de legitimación de la medida de seguridad prevista en el artículo 64 de la Ley N° 13634 como medida de coacción directa.

Esta idea se apoya en que existe un limitado marco en que la privación de libertad resulta, pese a todo, admisible en sede penal, porque como es sabido, el Estado es garante de la protección de las personas y los bienes jurídicos y, por ello, tiene como facultad inherente el ejercicio de la coacción directa en determinados supuestos.³

Se afirma que tanto por razones de prevención como por el tiempo que razonablemente podría insumir la formulación y tramitación de una solución ante los organismos y/o el fuero pertinente, resulta comprensible y razonable que se conceda a la magistratura penal interviniente, frente a la gravedad del conflicto y la situación de peligro concreto que pueda derivar de este, la posibilidad de actuar poderes

2. Dictamen de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "A., D. O. s/incidente de apelación", P. 108.402, 25/02/2011; y fallo del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, "Niños y adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/Hábeas Corpus Colectivo", causa N° 52327, 03/11/2014.

3. *Ibidem*, párr. 18.

coercitivos destinados a evitar posibles cursos lesivos inmediatos para los sujetos y bienes involucrados.⁴

Así, la medida de seguridad sólo tendría legitimación constitucional como medida de coacción directa instantánea o de ejecución diferida, siempre que exista una situación de peligro concreto derivado del conflicto penal en que el joven no punible se encuentra inmerso,⁵ que debe ser inmediatamente puesta en conocimiento del juez de familia, resultado de una articulación con el sistema de promoción y protección de derechos de la Ley N° 13298,⁶ de la cual es complementaria la Ley N° 13634 (art. 98, Ley N° 13634).⁷

La coacción directa es de muy compleja delimitación respecto de la pena, toda vez que esta importa una intervención en la persona que puede tener efectos irreversibles. Se la emplea frente a un peligro por inminencia de un daño o lesión, o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso. Su presupuesto es la mera existencia del peligro, dado que las teorías que los administrativistas postulan a su respecto no difieren en sustancia de las que emplea el Derecho Penal para la defensa y la necesidad.⁸

Como injerencia en la persona o bienes de un habitante, para neutralizar un peligro inminente o interrumpir una actividad lesiva en curso, la coacción directa es un ejercicio de poder que tiene una explicación racional y que, por lo tanto, está legitimado dentro de esos límites. Frecuentemente se la confunde con el ejercicio del poder punitivo, hasta el punto de que cuando se discute su legitimidad, suele defendérselo apelando a ejemplos de coacción directa, y esta confusión resulta explotada como argumento legitimante del poder punitivo.⁹

4. *Ibíd.*, párr. 20.

5. *Ibíd.*, párr. 21.

6. Ley N° 13298 de la Provincia de Buenos Aires sobre promoción y protección integral de los derechos de los niños, promulgada el 14/01/2005 y publicada el 27/01/2005.

7. “Niños y adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/ Hábeas Corpus Colectivo”, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, causa N° 52327, 03/11/2014, voto Dr. Sal Llargués, párr. 13.

8. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2ª edición, 2005, p. 48.

9. *Ibíd.*, p. 49.

Este discurso de otorgar naturaleza de medida de coacción directa a la medida de seguridad prevista en el artículo 64 de la Ley N° 13634, justifica la propuesta de un Derecho Penal de la emergencia, figura en la cual la sociedad, frente a la comisión de un delito de extrema gravedad o generador de alarma social, se encuentra en la encrucijada de exigir mayor eficacia de la respuesta del sistema penal, que no puede seguir dándose el lujo de un Derecho Penal entendido como protección de la libertad, toda vez que lo necesita como un instrumento eficaz.¹⁰

Nos encontramos ante una crisis de legalidad del Derecho Penal por la creciente divergencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo.¹¹

El Derecho Penal de la emergencia termina legitimando la intervención penal frente a lo que se considera una situación excepcional, con el consecuente recorte y supresión de derechos y garantías que, en estos casos, pretende encontrar su justificación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, adelantando la punibilidad que se dirige hacia la prevención de hechos futuros.¹²

Es así que ante la posibilidad del dictado de una medida de seguridad respecto de niños no punibles, entendida como medida de coacción directa, nos encontraríamos ante un derecho de emergencia, según el cual la sociedad, ante la situación excepcional de conflicto, renuncia a las garantías personales.

Frente a los postulados axiológicos del modelo del Derecho Penal mínimo que caracteriza al sistema penal juvenil, parecen imponerse las exigencias de intervención penal procedentes de una comunidad caracterizada modernamente como una sociedad de riesgos y peligros. Esta discordancia entre lo programático de un Derecho Penal sometido a límites y la emergencia del caso excepcional viene a justificar la intervención penal, situación intolerable en un momento en el que se reconoce la incapacidad del Derecho Penal para la solución de

10. La que debe ser resuelta de acuerdo al principio de limitación máxima de la respuesta contingente (conf. Zaffaroni, Eugenio R., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 137; y Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 4a reimpresión, 2005, p. 248.

11. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 6ª edición, 2004, p. 808.

12. Lana Vélez, Fausto, "La discusión en torno al fenómeno expansivo del Derecho Penal". Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina>, punto 4.1.

problemas. De esta manera, se genera un fenómeno de expansión del Derecho Penal que se caracteriza por su administrativización y la progresiva destrucción del paradigma liberal de la ciencia penal.¹³

Este fenómeno de banalización del Derecho Penal se concibe ante las acciones impotentes de producir cambios significativos para cumplir con las funciones específicamente ordenadas a los organismos administrativos. La legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un hecho extraordinario; b) la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; c) la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; y d) adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general.¹⁴

La emergencia no es otra que la idea de la primacía de la razón de Estado sobre la razón jurídica como criterio informador del Derecho y del Proceso Penal, y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva, no ya jurídico, sino político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías, sino supraordenado a ella.¹⁵

La excepción, por otra parte, suele formar la fuente más o menos latente de legitimación externa de toda práctica judicial conscientemente diferenciada de las reglas ordinarias. Las prácticas, de hecho, cada vez que son obstaculizadas por impedimentos legales y garantistas, son contempladas siempre con sentimiento de excepción, es decir, con la idea de que el caso concreto, tanto más si es socialmente grave y alarmante, es excepcional respecto de la regla. El Derecho Penal de excepción, en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y el cambio legal de las reglas de juego, como así también la jurisdicción de excepción, degradada por la misma legalidad alterada.¹⁶

13. Crespo, Eduardo Demetrio, "Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad", en *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 190-191.

14. Zaffaroni, Eugenio R., "La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia", en AA. VV., *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 616-617.

15. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 808.

16. *Ibidem*.

Esta razón del Estado es incompatible con la jurisdicción penal dentro del moderno Estado de derecho, toda vez que permite la ruptura de la legalidad y la alteración de las reglas del juego ordinarias cada vez que estas, por la emergencia o la excepcionalidad, valoradas siempre de manera discrecional, entran en conflicto y no son funcionales al fin perseguido. De esta manera, se invierte el criterio regulativo, donde el fin se subordina a los medios, de por sí indeterminados, flexibles y manipulables, desvinculados de la sujeción de todo el poder a reglas constitucionales rígidas y fundadas.¹⁷

La razón jurídica del Estado de derecho no admite excepción a las reglas; en la jurisdicción, el fin nunca justifica los medios, dado que los medios, es decir las reglas y las formas, son las garantías de verdad y libertad y, como tales, tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles.¹⁸

Por ello, el Derecho Penal no puede concebirse como una suerte de saber sustitutivo al que pueden ser desplazados o traídos para su resolución temas que son materia de otros ámbitos. Cuando el conflicto que motivó la intervención de las autoridades judiciales tiene como posible autor a un niño o adolescente no punible, cualquier respuesta e intervención penal es improcedente, con lo que la solución debe buscarse, por regla, mediante la intervención exclusiva de los organismos de protección de derechos y, en su caso, la justicia de familia.

GARANTÍA SUSTANCIAL DE NO PUNIBILIDAD EN LOS NIÑOS. EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL [EMRP]

En virtud de lo anterior, la no punibilidad del niño que no haya cumplido la edad que habilite su punibilidad configura una causa personal de exclusión de punibilidad, entendida tal circunstancia como la absoluta imposibilidad del Estado de aplicar una sanción penal.

Desde el marco político criminal, existen ciertos sectores en los que la no imposición de sanciones no altera el mantenimiento del orden social. La pena no sólo es innecesaria desde el plano de los objetivos

17. *Ibidem*, pp. 812-814.

18. *Ibidem*, p. 830.

políticos criminales, sino intolerable y abusiva; por lo tanto, para estos sujetos no cabe hablar de necesidad de pena.¹⁹

La garantía penal o sustancial de establecer una edad por debajo de la cual el Estado está obligado a renunciar a toda intervención estatal coactiva se encuentra receptada en el artículo 40.3.a de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).²⁰

Esta edad mínima de punibilidad garantiza que por debajo de ella no se habilite castigo a los niños y adolescentes que realizaran conductas prohibidas por la ley penal y, consecuentemente, el ámbito de libertad se encuentra exento de intervención punitiva.²¹

Dicha edad debe ser fijada teniendo en cuenta una política criminal de Estado, en razón de que los jóvenes infractores se encuentran en una etapa temprana de la vida, e implica un obstáculo a la intervención coactiva.

Esta renuncia puede tener que ver con cuestiones de justicia, porque resulta inhumano aplicar un castigo a un joven de muy corta edad o porque la comunidad no considera que deban reprocharse penalmente los hechos cometidos por estos jóvenes, asumiendo cierta responsabilidad social o la inconveniencia de disponer recursos económicos para incrementar el sistema penal en desmedro de políticas sociales que pueden ser útiles para superar estos conflictos.²²

Aplicar una sanción a un niño no punible implicaría una grave perturbación de su formación y desarrollo, con lo cual, desde la perspectiva de las consecuencias externas, no es aconsejable la utilización del Derecho Penal, por lo que sólo le cabe al Estado asumir su función de protección.²³

19. Cantarero, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho Penal y Procesal de menores*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1988, p. 113.

20. En igual sentido, art. 4.1, Reglas de Beijing, 1985; art. 11.a, Reglas de La Habana, 1990 y art. 14.c, Directrices de Viena, 1997.

21. Zurzolo Suárez, Santiago, "Niños, niñas y adolescentes: inimputables o no punibles?". Disponible en: <http://www.infojus.gov.ar>, 23/05/2012 (ID Infojus: DACF120097), punto IV.

22. Freedman, Diego y Terragni, Martiniano, "La respuesta de la Corte Suprema frente a los imputados menores de edad no punibles", en *Suplemento La Ley, Penal y Procesal Penal*, 23/12/2008, p. 29.

23. Bustos Ramírez, Juan, "Imputabilidad y edad penal", en *Cuadernos de posgrado*, México, Unam/Acatlán, Serie A, N° 2, 1988, p. 89.

A los niños no punibles se les garantiza, por medio de la CDN, que no pueden recibir respuestas provenientes del aparato punitivo estatal, a través de jueces penales que utilizan herramientas claramente coercitivas. Cualquier actividad desplegada desde la jurisdicción penal que posea injerencia sobre los derechos y garantías de los niños no punibles, carece de legitimación por no existir los presupuestos previos y necesarios para que el Estado pueda desplegar sus facultades dentro de un proceso penal, más allá de la comprobación del delito y la participación del niño en él, respetando principios constitucionales.

Demostrada la existencia del hecho delictivo y participación en él del niño no punible, y a su vez ciertos tipos de carencias identificadas a nivel de lo social, opera la garantía sustancial de no punibilidad, cambia el tipo de intervención, debido a que tal conducta no puede tener consecuencias penales en el sujeto. Se produce una derivación automática al sistema de protección.²⁴

No puede perderse de vista que el objeto y fin de la CDN es la protección integral del niño, donde el límite etario opera como una medida de protección de la condición de niño, que implica la exclusión de la punibilidad frente a la comisión de un hecho prohibido penalmente. Esta garantía sustancial de no punibilidad es una institución definitivamente protectora y de cuidado de la niñez, garantizadora de espacios de libertad, destinada a proteger una etapa de la vida en desarrollo.²⁵

Pero esta derivación al sistema de protección de derechos aludida no implica en modo alguno un mensaje de irresponsabilidad o impunidad. En el marco de la estrategia integral que se elabore, será esencial una intervención con la finalidad de incorporar en la esfera psíquica la comprensión del significado que su accionar tiene para la comunidad en la que vive.²⁶ Esta labor, orientada a fortalecer la estructuración subjetiva del niño, debe estar dirigida a la inscripción de las

24. Beloff, M., "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos", publicado en *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, N° 3, UNICEF, 2001, p. 24.

25. Zurzolo Suárez, S., *op. cit.*, punto IV.

26. Beloff, M., "Argumentos para una discusión pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la República Argentina", en AA. VV., *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Mary Beloff (dir.), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1ª edición, 2013, p. 46.

normas que regulan la convivencia social, otorgándole la oportunidad de reflexionar sobre las consecuencias de su conducta penal.²⁷

Dicho en otros términos, la respuesta del sujeto no será apreciada desde el Derecho Penal, sino que será considerada desde otras ramas del Derecho. En ningún caso se niega la capacidad de respuesta del sujeto, lo cual sería negarle su carácter de persona cuando se plantea un juicio de inimputabilidad, sino que su responsabilidad no puede moverse en el ámbito penal.²⁸

Por ello, esta desviación del niño no punible hacia un sistema de protección da prioridad a la utilización de otras herramientas jurídicas alternativas para el abordaje de los conflictos humanos, consolidando así el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal respetando la necesidad de establecer por ley una edad límite por debajo de la cual no se lo puede declarar responsable penalmente y no se permite privar de libertad a un niño.²⁹

Esta afirmación se encuentra contemplada por el Comité en la Observación General N° 10, al indicar que el artículo 40.3.a de la CDN crea la obligación para los Estados Parte de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP). Esa edad mínima significa lo siguiente:

... los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal; si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños.³⁰

Estas “medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños” no son otras que las contempladas en las Leyes N° 13298 y 26061,³¹ previstas para situaciones de vulneración de derechos.

27. Giacoia, Marcelo y Ciccoli, Sebastián, “Los imputados no punibles en la provincia de Buenos Aires y las medidas de seguridad”, en AA. VV., *Estudios sobre edad penal y derechos del niño*, Beloff, M. (dir.), *op. cit.*, p. 149.

28. Bustos Ramírez, J., *op. cit.*, p. 84.

29. Artículo 11.a, Reglas de La Habana (1990).

30. Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación General N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, Ginebra, 25/04/2007, párr. 31.

31. Ley Nacional N° 26061, Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada el 28/09/2005 promulgada del 21/10/2005 y publicada en el BO N° 30767 del 26/10/2005.

Tales razones determinan que respecto de aquellos niños que no hubieren cumplido la edad para ser declarados penalmente responsables, esto es, que el Estado renuncia a su potestad punitiva, deberá prohibirse la posibilidad de intervenir mediante medidas coactivas. Sólo si hay amenaza o violación de los derechos de los niños, la autoridad administrativa podrá aplicar medidas de protección y restitución de derechos, las cuales en ningún caso podrán ser privaciones de libertad.³²

CONCLUSIÓN

Asignarle a la medida de seguridad prevista en el artículo 64 Ley N° 13634 la naturaleza jurídico-administrativa de coacción directa no sólo habilita un Derecho Penal de la emergencia sino que, principalmente y desde una perspectiva especializada, amenaza con debilitar uno de los mayores méritos de la CDN, que es justamente asegurar la clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflicto con la justicia y los que necesitan atención y protección.³³

Es por ello que, para el niño no pasible de sanción, cobran toda su magnitud los artículos 40.3.b y 40.4 de la CDN relativos a las diversas medidas ajenas a los procedimientos judiciales y a otras posibles alternativas, a los fines de mitigar los efectos nocivos de la continuación de los procedimientos en la administración de justicia penal juvenil, operando la derivación automática a los sistemas de protección de derechos reseñada, debiendo atenderse la problemática con medidas de este carácter para contribuir a su genuino desarrollo, mejor que con remedios propios de un sistema penal.

La garantía penal o sustancial de no punibilidad en los niños, mediante el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal (EMRP), implica la absoluta imposibilidad del Estado de aplicar sanción e intervenir penalmente.

El artículo 40.3.a de la CDN debe ser concebido como un verdadero límite y prohibición a los poderes públicos de intervención coercitiva

32. UNICEF. Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, *Estándares mínimos de derechos humanos para una nueva ley de justicia penal juvenil*, Buenos Aires, 2005, p. 7.

33. Véase Comité de los Derechos del Niño de la ONU, *Observaciones finales sobre los informes presentados por Argentina*, CRC/C/15/Add.187, Ginebra, 09/10/2002, párrs. 40, 62 y 63 a) y c); ídem CRC/C/ARG/CO/3-4, 21/06/2010, párr. 8.

respecto de los niños no punibles, poniéndose en riesgo la responsabilidad internacional del Estado ante cualquier injerencia penal.

De lo contrario, la aplicación de una medida de seguridad en el ámbito penal a los niños y jóvenes no punibles pasaría a convertirse en una intervención contraria a los objetivos propios de la justicia penal juvenil, trasladándose a estas cuestiones relacionadas con necesidades y satisfacción de derechos propios de un sistema de protección.

La propuesta aquí planteada no resulta una verbalización de ideas teóricas irrealizables en la práctica y en la realidad cotidiana.

Por el contrario, resulta factible reglamentarla como una clara adecuación normativa de la CDN, tal como lo prevé la Ley N° 2451 del Régimen Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,³⁴ que en su artículo 4 dispone el inmediato archivo del proceso en caso de comprobarse la no punibilidad del niño.

Por su parte, también resultan innumerables los textos normativos de Derecho Comparado que receptan la opción propuesta. Para nombrar alguno de ellos: Brasil (art. 105),³⁵ Costa Rica (art. 6),³⁶ El Salvador (art. 2),³⁷ Honduras (art. 180),³⁸ Nicaragua (art. 95),³⁹ Panamá (art. 48),⁴⁰

34. Ley N° 2451 Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 03/10/2007, promulgada de hecho el 08/11/2007, publicada en el BOCBA N° 2809 del 13/11/2007.

35. Estatuto del Niño y del Adolescente, Ley N° 8069, 13/07/1990, República Federativa de Brasil (arts. 2, 101 y 105).

36. Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576, publicada el 30/04/1996, República de Costa Rica (arts. 1, 2, 6 y 47).

37. Ley Penal Juvenil, Decreto Legislativo N° 863, 27/04/1994, publicado el 08/06/1994, República de El Salvador (arts. 2 y 26).

38. Código de la Niñez y la Adolescencia, Decreto N° 73/1996, 05/09/1996, República de Honduras (arts. 1 y 180).

39. Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 287 del 24/03/1998, publicado el 27/05/1998, República de Nicaragua (arts. 2 y 95).

40. Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley N° 40, 26/08/1999, República de Panamá (arts. 7, 8, 48, 65.1, 163 y 165).

España (art. 3),⁴¹ Uruguay (arts. 74 y 117),⁴² Colombia (art. 143)⁴³ y especialmente Chile (art. 58),⁴⁴ con la siguiente formulación normativa:

... si se sorprendiere a un [no punible] en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad pública y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos. Una vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que este procure su adecuada protección.

La solución del conflicto por la cual se aparta a los jóvenes no punibles del sistema penal privilegia la idea de Derecho Penal mínimo, respetando sus derechos y garantías, y teniendo en cuenta que los estándares internacionales en la materia reconocen un derecho adicional y complementario que obliga a los Estados a adoptar medidas de protección especial respecto de aquellos. De esta manera, se asegura la formulación de respuestas que protejan su desarrollo integral, evitando que la política criminal reemplace a las políticas sociales.

41. Ley Orgánica N° 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 12/01/2000, Reino de España (arts. 1 y 3).

42. Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 17823, 07/09/2004, República Oriental del Uruguay (arts. 1 y 74.b).

43. Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley N° 1098, 08/11/2006, República de Colombia (arts. 3, 139, 142 y 143).

44. Ley N° 20084, Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, promulgación 28/11/2005, publicación 07/12/2005, República de Chile (arts. 3 y 58).

LAS TEORÍAS DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Por Santiago H. Moisés*

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es tratar de esquematizar cómo operan las teorías de la pena en el derecho de la responsabilidad penal juvenil. Es por ello que se referirá solamente al caso específico de niños, niñas y adolescentes punibles, según la ley de fondo.

En el Derecho Penal existen varias teorías que se aplican tanto dentro del proceso como en la imposición de una pena a través de una sentencia y en la ejecución de la pena que se impone en dicha sentencia.

Pero en el Derecho Penal juvenil no se pueden aplicar estas teorías con el mismo método o sistema que en el fuero penal de adultos, porque los tratados de derechos humanos vigentes en nuestro sistema jurídico imponen pautas específicas, que impiden que se apliquen en los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal dichas teorías y sistemas con la misma metodología que a los adultos.

¿Cuál es el fin de la pena? La concepción de un sistema para la determinación de una pena justa resulta de la creación de distintas teorías a través de la doctrina. Las hay absolutas y relativas, como así también teorías dentro de la teoría retributiva.

Las recordaremos sucintamente, y también cómo operan en el fuero penal de adultos, antes de adentrarnos en el fuero, o bien, en el derecho que nos ocupa.

Digo derecho, y no sólo fuero, porque tanto en la Convención de los Derechos del Niño, tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional vigente por imperio del artículo 75, inciso 22 de

* Defensor oficial para actuar ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro (Distrito Pilar).

la Constitución Nacional, como en las resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos en la materia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comité de los Derechos del Niño), y como en la jurisprudencia interna, se han determinado principios propios, que no sólo atañen al proceso penal juvenil, sino también a las consecuencias jurídicas del delito cometido por niños, niñas o adolescentes. Es decir, el Derecho Penal juvenil tiene sus propios principios, no sólo en cuanto al proceso, sino también a la aplicación del derecho de fondo.

LAS TEORÍAS DE LA PENA

Antes de adentrarnos en el funcionamiento de las teorías de la pena en el Derecho Penal juvenil, es menester realizar una breve descripción de ellas y de su aplicación en él.

Las teorías de la pena son desarrollos doctrinarios que se realizaron para la concreción de dos objetivos, básicamente:

- La imposición de una pena justa.
- La determinación de cuál es el objeto o, bien, cuál es la función de una pena en la sociedad y para con la persona sobre quien recae.

Teoría absoluta

Teoría de la retribución: si se toman en consideración los puntos de vista desarrollados por las teorías absolutas, según los cuales el fin de la pena es lograr la justa retribución del hecho punible, la medida de la pena debe depender de la gravedad del injusto y de la mayor o menor culpabilidad que el hecho cometido ha puesto de manifiesto.

Teorías relativas

Prevención especial: diverso al anterior, el criterio de la prevención especial supone dejar de lado lo que sucedió e individualizar la sanción en función del futuro, por lo que la medición de la pena debe hacerse teniendo en cuenta el tiempo que se aprecia necesario para poder incidir sobre el autor y evitar la reincidencia.

Entran aquí en consideración factores que contribuyen o dificultan la readaptación social del autor, como también la defensa de la sociedad frente al delincuente peligroso.

Prevención general negativa: si el fin de la pena es incidir sobre el concepto del tejido social para evitar que se cometan delitos, la individualización en cada caso en concreto deberá hacerse utilizando la dosis de sanción que se aprecie necesaria para reforzar esa función coercitiva.

Se propone entonces determinar la pena en la sentencia mediante una restricción de derechos al condenado que exprese el énfasis punitivo necesario como para que opere como disuasivo para el conjunto de la sociedad.

Prevención general positiva: puede admitirse que cuando se considera que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, y que su contenido es una réplica que tiene lugar a costa del condenado frente al cuestionamiento de la norma, se ofrece una teoría que permite explicar una finalidad social que justifica su imposición.

Pero como otorgar a la pena la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor, adjudicándole la función social de comunicar un determinado mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, no permite inferir pautas para su individualización, se sostiene que este punto de vista carece de criterios para limitar la duración de la reacción penal.¹

Teoría preventiva de la unión

Tomando un criterio unificador de teorías, se han ensayado múltiples intentos; si bien no es el ideal, a los fines de explicar someramente, y dentro de un contexto doctrinario hoy prevaleciente, es que nos referiremos a las teorías preventivas de la unión como las más cercanas –aunque no suficientemente cercanas– a una idea integral de todas las teorías relativas y la absoluta.

Las teorías preventivas de la unión separan y hacen actuar a una teoría sobre otra según la etapa en que actúa la norma penal en una sociedad y en un individuo determinado. No resulta ser perfecta, pero no

1. Righi, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, p. 522 y ss.

es motivo de este trabajo profundizar sobre las deficiencias que puedan encerrar una u otra, sino sólo describirlas, para luego entender cómo actúan en el Derecho Penal juvenil.

Mayoritariamente, el criterio unificador se concretó en la afirmación de que cada concepción debe tener influencia diversa según el momento en que se considere, lo que permitirá:

1. Admitir que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir, cuando se sanciona la norma que prevé una sanción para toda persona que realice determinado comportamiento.
2. Los puntos de vista retributivos pasarían a primer plano durante el proceso y, especialmente, para la individualización judicial de la pena, pues la sentencia debe medirla considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor.
3. Finalmente, se admite que durante la ejecución de la pena, la teoría de mayor incidencia debe ser la versión moderna (positiva) de la teoría preventiva especial, pues al menos en su formulación normativa la mayoría de los sistemas penitenciarios están orientados a lograr la readaptación social del condenado.²

Teorías retributivas de la unión

Estas teorías obedecen estrictamente a criterios retributivos, y su objeto es tratar de imponer el castigo a través de la determinación del grado de culpabilidad de una persona respecto a un hecho típico, antijurídico y culpable. La importancia de estas teorías, como se verá, es que una vez determinado el grado de culpabilidad del autor del hecho, en el Derecho Penal juvenil el resultado de esta determinación operará como límite máximo de punibilidad.

La teoría del ámbito de juego: sostiene que si no es posible determinar la entidad de la culpabilidad en un punto exacto de la escala de punibilidad, la pena debe ser individualizada dentro de ese marco global tomando en consideración los fines que provienen de las teorías relativas, especialmente de la prevención especial. Esta es la teoría más extendida en el ámbito penal.

La teoría de la pena puntual: censura que una individualización adecuada a la culpabilidad admita la consideración de valores fronte-

2. *Ibíd.*, p. 35 y ss.

rizos dentro del marco de punibilidad, y predica que lo adecuado según criterios retributivos es una medida fija y determinada.

La teoría del valor relativo: según esta teoría, se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la pena en función del momento que se considere, de modo que: 1) para el primer paso del proceso de determinación, es decir para la decisión relativa al monto de la pena, son determinantes los criterios retributivos, con lo que se arriba a un punto fijo dentro del marco legal, dejando de lado toda consideración preventiva, y 2) la prevención es relevante en una segunda etapa, en la que se toma la decisión relativa a la clase de pena y al modo de ejecución, para las cuales se prescinde de toda consideración retributiva.³

Ahora bien, una vez descriptas las teorías de la pena de un modo sucinto, corresponde dilucidar el interrogante que impone el objeto de este trabajo: ¿cuál es el rol de cada una de las teorías de la pena en el Derecho Penal juvenil? Para poder determinarlo, antes es necesario analizar cuáles son los principios específicos del fuero, ya que estos son los condicionantes para la aplicación o no de cada una de ellas.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

El punto de partida para analizar cuáles son los principios rectores del fuero son los instrumentos internacionales de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

En la propia Convención de los Derechos del Niño se encuentran todos, principalmente en los artículos 3, 12, 37 y 40, y en otros instrumentos internacionales vigentes en la materia.

El principio al que nos referiremos en este trabajo es el de la subsidiariedad. Este principio es el condicionante principal a la imposición de una pena.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños, particularmente en materia de administración de justicia, y reconoce como una prioridad que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin acudir a la vía penal; en caso de recurrir a esta, siempre

3. *Ibidem*, p. 526 y ss.

se les deben reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas específicas propias de su condición de niños.

Dicha Convención se remite, asimismo, a otros instrumentos internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad [...] El Estado, incluido el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales. En ese sentido, la Comisión reconoce que la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con otros instrumentos internacionales, constituyen un *corpus iuris* internacional para la protección de los niños, que puede servir como “guía interpretativa”, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana, para analizar el contenido de los artículos 8 y 25 y su relación con el artículo 19, de la misma Convención.

Asimismo, aquellos instrumentos –entre los que se encuentran las “Reglas de Beijing”, las “Reglas de Tokio” y las “Directrices de Riad”– desarrollan la protección integral de los niños y adolescentes. Esta implica considerar al niño como sujeto pleno de derechos y reconocen las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos. En el sistema interamericano, el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas “en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo”, artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Dichas garantías deben ser observadas, en especial, cuando el procedimiento significa la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad (llámese “medida de internación” o “medida de protección”). En la aplicación de medidas de privación de libertad de un niño, es preciso considerar dos principios: a) la privación de libertad constituye la *ultima ratio*, y por ello es necesario preferir medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado; y b) es preciso considerar siempre el interés superior del niño, lo cual implica reconocer que este es sujeto de derechos. Este reconocimiento supone en el caso de los niños se consideren medidas especiales que implican “mayores derechos que [los que se reconocen] a todas las otras personas...”⁴

Del extracto transcripto surge claramente que los niños, niñas y adolescentes, además de las garantías procesales propias de los adultos, tienen garantías específicas propias por su condición de tal. Este no es un dato menor porque las garantías específicas de los niños,

4. Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17, OC-17/2002, 28/08/2002.

niñas y adolescentes nos obligan a pensar el Derecho Penal juvenil de manera distinta que respecto al Derecho Penal ordinario.

De ahí se colige un concepto trascendental, que es el punto de partida para pensar de una manera distinta este especial derecho: cuando nos preguntemos cuál es el fin del proceso penal juvenil, la respuesta será el interés superior del niño y la restitución de sus especiales derechos por su condición de tal, si es que estos fueron vulnerados.

Teniendo en cuenta el objeto del proceso penal juvenil, la medida que se establezca sólo se hará como corolario de un proceso justo y, sobretodo, se evitará una imposición de pena. Si no existe otra alternativa a esta, y deba aplicarse, se hará por el período más breve que proceda, aun en detrimento del principio de culpabilidad, ya que este (como se verá) opera como límite máximo de punibilidad.

Luego de enumerar los instrumentos internacionales vigentes en la materia en el sistema panamericano de derechos humanos, la opinión consultiva hace hincapié en la garantía fundamental propia del Derecho Penal juvenil, que nos obliga a llegar a la conclusión arribada: la subsidiariedad.

La privación de la libertad, sea procesal o sea penal, es decir, que se imponga como medida cautelar o como una medida dispuesta en la sentencia posterior al proceso, debe imponerse solamente si no existe otro recurso u otra solución al conflicto.

Si se la impone debe hacerse por el período más breve que proceda y de un modo tal que restrinja, o bien afecte, lo menos posible los derechos de los niños, niñas o adolescentes a quienes se les imponen. Es por ello que estamos en condiciones de decir que en el Derecho Penal juvenil la pena no es el objeto del proceso, sino, por el contrario, debe dictarse la medida que sea acorde al interés superior del niño. La Corte llega más lejos, y hasta exige que, ante hechos que puedan ser considerados como delitos en los cuales resulten autores menores de 18 años de edad, se recurra a procedimientos administrativos, y que estos no impliquen restricción de derechos y libertades individuales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lisa y llanamente nos dice que el norte de todos los procedimientos penales con respecto a los niños, niñas y adolescentes no es el castigo, sino la medida correcta que propenda a eliminar las condiciones de vulnerabilidad de derechos que hubieran llevado a los niños a estar en conflicto con la ley

penal, y que en el dictado de estas medidas debe evitarse el encarcelamiento o institucionalización.

En síntesis, la subsidiariedad se refiere, primero, a que se evite la judicialización respecto a un niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal. Luego, exige que se evite dictar medidas que impliquen la restricción o afectación de derechos. Por último, reconoce la posibilidad de la restricción de la libertad sólo como último recurso y durante el período más breve que proceda.

También el Comité de los Derechos del Niño requiere que se aplique con especial énfasis el principio de subsidiariedad, tanto en el aspecto procesal como en la medida que se adopte como consecuencia de este, al establecer lo siguiente:

Intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales

28. Cuando la autoridad competente (por lo general la fiscalía) inicia un procedimiento judicial, deben aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo (véase sección D infra). Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda (art. 37 b). Esto significa que los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posible a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad.

29. El Comité recuerda a los Estados Partes que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad, por ejemplo la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa. Para que el trato de un niño que tenga conflictos con la justicia promueva su reintegración se requiere que todas las medidas propicien que el niño se convierta en un miembro de pleno derecho de la sociedad a la que pertenece y desempeñe una función constructiva en ella...⁵

5. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, CRC/C/GC/10, 25/04/2007.

También la propia culpabilidad o retribución actúa en forma subsidiaria y escalonada.

La subsidiariedad obliga a que, en primer lugar, se propenda a la exención de la pena; y que si no es posible, se aplique el principio de culpabilidad de un modo atenuado o relativo, y como *ultima ratio* la culpabilidad plena, pero siempre como límite máximo de punibilidad.

Este es el temperamento que ha tomado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Maldonado”:

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 suscriptos 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) [...]

35) Que de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto [...]

36) Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994.

Dicho principio recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en

cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., participa en común de esta esencia del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre esa misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853/1860.

De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que este haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor.

37) Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurrir en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óntico que estos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas [...] Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional [...]

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

nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que respondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto...⁶

Cabe aclarar que el principio de subsidiariedad también se aplica en el Derecho Penal ordinario (o de adultos), pero de un modo mucho más limitado y con menos incidencia o importancia que en el Derecho Penal juvenil. Determinada la importancia del principio de subsidiariedad en el Derecho Penal juvenil, corresponde describir cómo es que funciona este principio y cuál es su influencia respecto a las teorías de la pena.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta la importancia de la subsidiariedad, las teorías de la pena, tanto las absolutas como las relativas, actúan de un modo distinto que en el fuero penal de adultos.

Relacionando la subsidiariedad con las teorías relativas de la unión, a los fines esquemáticos y didácticos es que el esquema de las teorías de la pena en el Derecho Penal juvenil operan de la siguiente manera:

1. Teoría de la prevención general: tanto positiva como negativa, actúa del mismo modo que en el Derecho Penal ordinario; la ley penal conmina o prohíbe determinadas conductas a una sociedad determinada, bajo la amenaza de una sanción penal.
2. El principio de subsidiariedad: en las causas seguidas a niños, niñas y adolescentes, las medidas que se adopten no tendrán relación alguna con el aseguramiento de los fines del proceso o el cumplimiento de una sentencia que pueda aplicar un castigo. Las medidas que se adopten, tanto durante el proceso antes de la sentencia como posteriormente a ella, propenderán siempre al respeto del interés superior del niño. Sólo se adoptarán medidas restrictivas de derechos si no hay otra alternativa y como *ultima ratio*.
3. Teoría de la prevención especial: como consecuencia del principio de subsidiariedad, a diferencia del proceso penal de adultos (en el que esta teoría actúa sólo en la etapa de ejecución de la pena), en el proceso penal juvenil la prevención especial ac-

6. CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa N° 1174, del 07/12/2005.

túa desde el primer momento de la causa y hasta la conclusión de toda la intervención estatal respecto del niño. La prevención especial procura la reinserción en la familia y en la sociedad y anular la vulneración de derechos desde un primer momento. Esto conlleva a medidas totalmente distintas a las que un juez pueda adoptar en un proceso penal de adultos, que, en definitiva, implica la coerción (aunque sea atenuada o morigerada) para asegurar los fines del proceso y la pena.

4. La teoría retributiva: en concordancia con el principio de subsidiariedad, la culpabilidad por el hecho actúa como garantía de límite máximo de punibilidad y sólo si se verifica la imposibilidad de evitar el castigo. Ante esta imposibilidad de evitarlo, primeramente la culpabilidad actúa de manera relativa o atenuada. Recién en un último análisis, si no se pudieron adoptar ninguna de las posturas anteriores, y como *ultima ratio*, se verifica la necesidad de pena en orden al principio de culpabilidad que ya conocemos y que sería propio de adultos.

El Derecho Penal juvenil con relación a las teorías retributivas de la unión

Hemos descripto sucintamente las tres teorías retributivas de la unión. Ahora corresponde dilucidar cuál es la que en este ámbito jurídico se aplica.

El artículo 4 de la Ley N° 22278 establece cuáles son los requisitos para que un órgano jurisdiccional dicte una sentencia en la cual se imponga una sanción penal a una persona menor de 18 años de edad.

Art. 4. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2 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, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2.

En el aspecto procesal, para dictarse una sentencia de pena se requiere:

1. Que en una resolución previa se haya declarado la responsabilidad penal de un niño respecto de un hecho punible.
2. Que quien fuera declarado responsable hubiera cumplido los 18 años de edad.
3. Que se hubiera cumplido como mínimo un año de “tratamiento tutelar”.

En este sistema procesal no se dicta una única sentencia que congloba la comprobación del hecho, la tipicidad, la autoría o participación, la determinación de la responsabilidad penal y su consecuencia jurídica.

Deben existir dos resoluciones distintas: en la primera se verifican las cuatro primeras circunstancias de las descriptas, y la segunda resolución determina la consecuencia jurídica de ellas. Esto es concordante con la teoría del valor relativo. Si bien no encuadra en su totalidad y en forma literal con ella, esta teoría es la que más se acerca a los lineamientos del fuero penal juvenil para dictar la sentencia definitiva.

¿ENJUICIAR Y PACIFICAR O ABREVIAR Y CASTIGAR?

Por Marta Pascual* y Alejandro Curti**

PRESENTACIÓN

La potestad de abreviar se ha transformado en una práctica generalizada –casi absoluta–, de modo que podría decirse que es el modo de finalizar los procesos penales juveniles, pese a que no ha sido debatida teórica ni legislativamente, y ha sido incorporada de manera tangencial al sistema.

En la práctica del Departamento judicial de Lomas de Zamora, del que podemos dar mayor testimonio por ser nuestro lugar de trabajo, la celebración de juicios orales es sumamente excepcional y, por lo general, en esos casos la defensa es ejercida por defensores particulares y no por uno oficial.

A diferencia de otras legislaciones procesales locales, la de la provincia de Buenos Aires no exige la confesión como requisito para la aceptación de la alternativa del juicio abreviado, pues la conformidad que debe extender el imputado se limita a la calificación legal y al monto de pena, aunque en la práctica la aceptación de la propuesta efectuada por el fiscal se entiende como una confesión. Muy excepcionalmente las judicaturas se apartan de lo convenido por las partes, en casos donde la injusticia resulta muy evidente.

* Jueza para actuar ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. Presidenta de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y Familia (AMIJF).

** Abogado (UBA). Auxiliar letrado ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. Docente de la Universidad de Buenos Aires.

Por otro lado, el monto de pena por debajo del cual se puede abreviar es de 15 años, por lo que, dadas las escalas reducidas del fuero, en la mayoría de los causas se puede abreviar.

Este trabajo pretende indagar y explorar algunas reglas de actuación, creadas en el campo de la costumbre judicial, de estrecho vínculo con la facultad de abreviar y altamente acatadas por la totalidad de los actores del sistema de responsabilidad penal juvenil, y cómo ellas afectan la totalidad del funcionamiento del fuero.

Intentaremos realizar algunas reflexiones sobre el modo en que la mera posibilidad de abreviar ha minado el funcionamiento deseado del sistema de responsabilidad penal juvenil, y convirtió en letra muerta varios de sus principios, todo lo cual pasa desapercibido para quien limite su análisis a la letra de la ley sin verificar cómo se resuelven los procesos.

Mucho se ha debatido respecto de la constitucionalidad y de los aspectos procesales del juicio abreviado. Aquí intentaremos ampliar la perspectiva, de manera de que podamos advertir ciertos riesgos que representa el juicio abreviado, ya no para el caso individual, sino para el propio sistema, si se lo desea evaluar con la vara del cumplimiento de sus objetivos declarados.

Todo sistema que se mantiene en el tiempo es eficaz evidentemente, de lo contrario es derogado por vías de hecho o derecho. Resta ver si esa eficacia es respecto de la reinserción social de los jóvenes que son atrapados por el sistema de responsabilidad penal juvenil para solucionar los conflictos y asegurar el cumplimiento de los derechos cuya afectación se verifique—fin declarado—, o si el sistema sigue siendo eficaz para castigar y disciplinar a ciertos sectores desaventajados de la sociedad y vulnerables a la selectividad penal.

En este último caso, las metas fijadas discursivamente, producto de una discusión que por lo general se plantea por los carriles institucionales y que cuenta con todo el andamiaje y respaldo del conocimiento académico, pueden ser un instrumento más para encubrir y facilitar logros solapados, que justifican la permanencia de un determinado sistema en el tiempo.

Por otra parte, el diseño de las reglas de funcionamiento del proceso mediante el cual se elabora la respuesta al conflicto penal que tiene como victimario a un adolescente, entre otros muchos factores, puede determinar la calidad de su respuesta: pacificación o castigo.

Hay institutos procesales que obturan la posibilidad de resolver de manera real el conflicto, más allá de reducir el dispendio jurisdiccional. Otros diseños y otros institutos, por el contrario, tienen el efecto de contener la pulsión de castigar, resolver las problemáticas que emergen del proceso y que quien resultó responsable del daño de un bien jurídico se responsabilice por la falta y resigne su posición frente a la víctima y al resto de la sociedad.

Uno y otro modo de finalizar el proceso penal –abreviar y enjuiciar– atentan o apuntalan respectivamente al principio de especialidad, ya que pueden constituirse en mecanismos que acentúen la selectividad y la severidad de los castigos o, por el contrario, contrarrestarlos y reformular la respuesta del sistema.

Resulta aquí necesario fijar nuestra posición en lo que respecta a uno de los principios que cimienta el sistema de responsabilidad penal juvenil: el *principio de especialidad*. ¿En qué radica la especialidad de este fuero? En la vulnerabilidad de los adolescentes –especialmente si son varones, pobres y residentes en barrios carenciados– a la selectividad de los sistemas de castigos, bajo el disfraz de las mejores intenciones.

Desde su origen, y no sólo en nuestro país, los tribunales de menores se han caracterizado por ejecutar los castigos más severos y arbitrarios, utilizar criterios de selectividad que apuntan justamente contra los sectores que sufren la vulneración de sus derechos y que por ello deberían ser sujetos de protección. Han sido el brazo aporofóbico de las sociedades más desiguales y para ello han sabido valerse de la ‘beneficencia’. Todo esto ha sucedido pese a la creencia generalizada de que los menores delinquen mucho y no se los castiga con la dureza que merecen.

El nuevo paradigma de la protección integral del sistema penal juvenil, a pesar de la contundencia de la letra de los diferentes instrumentos legales, parece haber caído en problemas parecidos al anterior sistema tutelar, pero ahora con el ropaje penal.

Anthony Platt,¹ en la introducción a la segunda edición de *Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia*, realiza una crítica de su obra por pertenecer a la teoría del encasillamiento, que según Alvin

1. Platt, Anthony M., *Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI editores, 5ª edición en español, 2006, p. 15.

Gouldner se rebela contra la futilidad, la insensibilidad o la arbitrariedad de los celadores nombrados por la sociedad (sic) para vigilar el lío que han armado. Es esencialmente una crítica de las organizaciones de curaduría y en particular de los funcionarios de bajo nivel que las manejan. No es una crítica de las instituciones sociales que engendran sufrimiento o del elevado nivel de funcionarios que configuran el carácter de los establecimientos de curatela.

Y concluye que *Los 'salvadores del niño'*:

... es asimismo una crítica de los reformadores que ayudaron a construir el sistema de tribunales para menores. Por implicación cuando menos, sugiere que los salvadores del niño fueron los únicos responsables de las desastrosas consecuencias del sistema de tribunales para menores y que reformadores más ilustrados podrían hacer un sistema mejor. Naturalmente, tal no es el caso, porque el movimiento de salvación del niño nunca fue aislado ni autónomo. Su origen e índole se entrelazan con profundos hechos que estaban produciéndose en la economía política al finalizar el siglo XIX...

Cabe preguntarse aquí, a diez años de la reforma del sistema penal juvenil en la provincia de Buenos Aires, si esta no ha puesto ingenuamente el acento en los operadores y en la letra de la ley, cuando una transformación real de la manera en que las instituciones del Estado tratan a los adolescentes relegados, requería de transformaciones sociales de mayor envergadura y profundidad.

Obviamente, el tema excede de manera amplia los límites del presente trabajo, pero dicha inquietud se enmarca en la hipótesis de que el sistema legal ha cambiado pero que la realidad sigue siendo muy parecida. Entendemos que el tema que nos convoca es una de esas pequeñas fisuras de los nuevos instrumentos legales que ha impedido un real cambio del sistema.

Sin pretender sacar conclusiones definitivas al respecto, haremos una breve reseña de las críticas que se le formulan habitualmente al juicio abreviado y sus semejantes. Luego avanzaremos en algunos problemas específicos que representa en el caso del fuero especializado. Finalmente, y a modo de conclusión, trataremos de analizar la práctica de abreviar desde la óptica del poder e introducirnos en sus raíces para explorar algunas cuestiones que lo asemejan en su esencia a viejas prácticas judiciales.

BREVE RESEÑA DE CRÍTICAS AL JUICIO ABREVIADO

Los defensores del juicio abreviado, versión vernácula y desmejorada del *plea bargaining* estadounidense, sostienen que brinda beneficios tanto al acusado como al fiscal, pues la admisión de culpabilidad ahorra, al imputado, el esfuerzo y los gastos que el juicio requiere cuando no es probable que este obtenga un resultado favorable. También ofrece al imputado la ventaja de una menor exposición pública, al acelerar el proceso que conduce, casi directamente, a las etapas de imposición de la condena y de la pena. Para los fiscales, las ventajas consisten en reducción de gastos, eficiencia administrativa en la utilización de recursos escasos y la protección del público.²

Entre sus críticas se destacan el efecto coercitivo que se ejerce para acordar, ya que la esencia de abreviar no es otra que coaccionar al imputado para que confiese. Esa coacción “moderna” y “civilizada”, consiste en la amenaza de recibir una pena mayor si decide descartar la oferta de abreviado e ir a juicio.

Quien haya puesto un pie en cualquier dispositivo que aloje adolescentes en nuestro medio con la firme decisión de ver y mirar lo que allí sucede, tendrá en claro que está en una cárcel. Y como en toda cárcel, no sólo se priva al preso de su libertad, sino de muchos otros derechos a través de medios violentos y coactivos.

La cárcel provoca efectos para quien la padece que son totalmente contrarios a los buscados por el sistema de responsabilidad penal juvenil, y por eso se debería tratar de evitarla.

La amenaza real y concreta que implica, para quien se encuentra sometido a un proceso penal, el peligro de recibir más años de cárcel en caso de que su intento de demostrar su inocencia en un juicio oral se vea frustrado, no se aparta en esencia de los viejos instrumentos utilizados para obtener la confesión. No se trata del castigo inmediato, sino que se difiere y quedará luego³ disfrazado de sanción por el hecho y oculto en los muros inaccesibles de la prisión.

2. Bovino, Alberto, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, conferencia pronunciada en el Seminario sobre juicio por jurados, celebrado el 20/08/1998 en la Facultad de Derecho de la UBA.

3. *Ibidem*, p. 19.

La propuesta de juicio abreviado que tiene el juez sobre su escritorio no es un contrato en el que dos partes de común acuerdo y en igualdad de condiciones han arribado a una solución en común. Es el producto de la coacción estatal ejercida por el fiscal sobre un individuo, que por las características selectivas del sistema penal juvenil es frecuentemente un sujeto de escasos recursos, con alta vulnerabilidad social, que utiliza como método de persuasión la amenaza de encarcelarlo más tiempo, con todo lo que ello significa.

La diferencia significativa de penas entre aquella que se puede pactar con el fiscal y la que se impone en juicio oral es un presupuesto para que el sistema de juicio abreviado se generalice y funcione, ya que sin ella el imputado no tiene motivación para desistir del debate.

No cabe ninguna duda de que abreviar vulnera la elemental prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo. Los enormes recaudos que prevén la totalidad de los ordenamientos procesales para resguardar esta garantía en el momento de recibirse declaración al procesado queda sin ningún efecto y totalmente vacía mediante el acuerdo de juicio abreviado que el juez recibe para declarar admisible. La confesión, reiteramos, ha sido obtenida a través de la amenaza de recibir más pena, de no aceptar la propuesta.

Ejemplifica Bovino:

Si el juez le preguntara al imputado, cuidando todas las demás formalidades de la declaración, “¿Usted confesaría si yo le impongo la pena mínima?”, tal declaración sería nula por coacta. Sin embargo, con el acuerdo del “juicio abreviado” sucede exactamente lo contrario.

Asimismo, como todo sistema procesal que tiene como base la confesión, el juicio abreviado se aparta del límite de la verdad real, pues deja vacío totalmente el derecho de defensa. Si se tiene en cuenta que en la mayoría de los sistemas procesales de nuestro país la instrucción es escrita, que las facultades de la defensa para proponer medios de prueba y para controlar la que produce el fiscal son extremadamente limitadas, y luego de ellos se presenta el juicio abreviado cuya naturaleza es de por sí la renuncia a defenderse, podríamos decir que la condena que le sigue al abreviado carece de efectivo ejercicio de la defensa.

Abreviar el juicio implica necesariamente abreviar la investigación y las pruebas de cargo. Si la causa por la cual el imputado deja de resistir

la acusación es el temor a recibir una sanción mayor, lo relevante será aceptar esos mecanismos coactivos para obtener mayores condenas y no lograr mayor certeza respecto de los extremos de culpabilidad.

Alguien podría afirmar que el imputado es asesorado por su defensor de confianza, pero si bien existe esa garantía formal, no debemos olvidar que muchas veces la pertenencia de clase y los lazos de solidaridad acercan mucho más a estos colaboradores de la justicia al fiscal y al juez que a su asistido. Por otro lado, la amenaza de recibir una pena más alta también afecta el consejo del defensor, pues difícilmente este pueda asegurarle a su asistido una absolucón, y de no lograrlos se haría efectiva la amenaza del fiscal.

ABREVIAR EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL

La extendida costumbre de abreviar en el fuero implica dar a todos esos casos una respuesta esencialmente penal. La única diferencia con el sistema de adultos es cuantitativa, pero no cualitativa.

El juicio abreviado está diseñado y regulado por y para el derecho penal de adultos y, por lo tanto, prevé consecuencias de corte netamente punitivista. Ello tiene que ver con la dinámica del instituto que hemos reseñado en el punto anterior: los capitales que se intercambian, lo que negocia el imputado y el fiscal es una reducción del tiempo de cárcel con relación a lo que puede recibir luego de un juicio, y un menor cúmulo de trabajo para que el fiscal logre la condena. Las variantes para el adolescente sólo pueden ser mayor o menor tiempo de encierro –o su amenaza en caso de ser de ejecución condicional–, pero obtura el debate respecto de otras clases de soluciones reales al conflicto.

En el sistema penal juvenil la privación de libertad debe ser considerada de modo mucho más estricto que en el fuero de adultos y debe ser decidida luego de descartar otros tipos de consecuencias que no implican la detención, por lo que una práctica que sólo ofrece como alternativas mayor o menor tiempo de cárcel no resulta acorde con dicho principio rector.

En los casos en que el acuerdo abreviado no significa una privación efectiva e inmediata de la libertad porque la condena es de ejecución condicional, muchas veces se presta menos atención a los peligros que

ello representa. Sin embargo, abreviar tiene importantes efectos para la subjetividad del adolescente: principalmente la posibilidad de aceptación del rótulo de delincuente.

Por otro lado, el contacto frecuente con las agencias penales tiene muchas veces el efecto de ir preparando y moldeando a los futuros prisionizados, muestra de lo cual son el gran número de presos adultos que han pasado por dispositivos de menores.

Asimismo, el daño que ha generado el delito no tiene otro significado para el adolescente que el hecho de tener que “firmar”, pero luego, de cometer otro delito eventualmente, deberá cumplir con el monto de pena con que había sido amenazado y además en una cárcel de adultos. Se pasa de una respuesta simbólica al peor castigo.

Cuando el imputado resiste la oferta del abreviado, los operadores del sistema tienen como costumbre elevar los montos como lógica consecuencia de no haber aceptado la propuesta fiscal. Cada triunfo del representante del Ministerio Público Fiscal en juicio, aunque sea parcial –porque no se lo condena por la pena requerida, pero sí por una más elevada que la ofrecida en el abreviado no aceptado–, va generando un progresivo aumento de los montos por los cuales se acuerdan los abreviados, porque el Ministerio Público cuenta con más elementos para infundir temor a los restantes adolescentes que toman conocimiento, por los defensores, de las penas elevadas que se imponen después de los debates. A veces esto sucede de modo encubierto, a través de la asignación de un tipo penal más severo, y otras por pedidos de penas más elevadas.

Otro inconveniente que se verifica por la potestad de abreviar es que la Convención de los Derechos del Niño y todas las normas de menor jerarquía que en ella se basan, asignan al proceso penal juvenil un fin pedagógico. Abreviar conlleva el riesgo de que la pedagogía del sistema sea la pedagogía de la extorsión, en la cual la retribución se aparta de la infracción cometida y se confunde con el castigo por reclamar el derecho al juicio oral.

No debería permitirse que quien no abrevia sea objeto e instrumento de disciplinamiento, que reciba un plus de sanción para que el ejemplo no se difunda. Es condenable que el juicio que se le sigue ya no tenga la finalidad de resolver el conflicto que originó la detención, sino que tenga otra función latente: castigar la insolencia de ejercer

derechos. Sin embargo, el acuerdo del juicio abreviado, tal como se ha dicho, contiene en sus genes este elemento coactivo.

Deberíamos procurar evitar que el adolescente perciba al fiscal como un sujeto con doble personalidad: que en un primer momento se tope con un fiscal benévolo, que le ofrece una escala penal reducida a cambio de declinar su derecho a ser enjuiciado, pero que en el caso de no acceder a ello se encuentre con su doble: un fiscal enojado, que tratará de estirar al máximo los límites legales para justificar –en el mejor de los casos– un plus de castigo por la indisciplina de someterse al juicio.

Cierto es que en los juicios, el representante del Ministerio Público Fiscal actúa en presencia de la víctima o su familia, quienes naturalmente ejercen cierta presión sobre su pretensión de castigo, pero esa presencia no se puede convertir en una coartada para apartarse de su deber de objetividad y de justificar y fundamentar sus pedidos.

¿Qué puede llegar a aprender el adolescente sentado en el banquillo que rechazó un ofrecimiento de una condena determinada y escucha ahora a ese mismo fiscal requerir una sanción mucho mayor?

Corremos el riesgo de que ese sujeto piense que está recibiendo un plus de condena por haber reclamado su derecho a un juicio oral y contradictorio, con todo lo que ello significa.

El Ministerio Público Fiscal debe actuar de manera coherente no sólo con su pretensión punitiva expresada en etapas anteriores de la causa, sino también con los pedidos de pena formulados en otros legajos con características similares. Apartarse de otros precedentes debe significar la obligación de justificar su proceder distinto; de lo contrario, se abriría una puerta para la arbitrariedad.

Finalmente, observar sin mayores reparos que un menor –casi siempre perteneciente a los sectores sociales más vulnerables– se siente a negociar su pena con un adulto que cuenta con el importante apoyo del aparato estatal, y mucho más cuando no se cuestiona el mito de que ese acuerdo es en igualdad de condiciones y con un imputado que lo hace libre y voluntariamente, nos puede hacer perder de vista que estamos frente a un adolescente, a un sujeto en desarrollo, y no a un adulto. Todos los operadores del sistema, por la necesidad de legitimar la práctica de abreviar, dejan de percibir al adolescente, y por lo general incluyen los prejuicios de clase que tenemos quienes trabajamos en la justicia respecto de los clientes del sistema penal.

PALABRAS FINALES

Como podrá intuirse a esta altura, entendemos la práctica de abreviar como un peligro para los derechos de los adolescentes que sufren la persecución del sistema penal, para los que renuncian al juicio y para los que no lo hacen, y como una fisura del sistema que ha logrado que se resquebraje y que nos permita observar contundentes líneas de continuidad con los clásicos sistemas de tribunales de menores.

Observamos, aunque sería necesario un trabajo mucho más amplio para poder confirmarlo, que lentamente el discurso paternalista que permitía severos castigos y que por ello había sido sustituido por un sistema de garantías, se va reemplazando por un discurso de tinte penal, aunque no resulta infrecuente que cuando este no sirve para castigar al adolescente se eche mano al viejo sistema tutelar.

Lograr la confesión de quien padece el poder parece una de sus herramientas más eficaces, lograr que quien sufre el castigo no lo resista, que ni siquiera lo perciba, parece la mejor forma de disciplinamiento, pese al paso del tiempo y las diferencias de las antiguas formas de conseguirla y los actuales sistemas de responsabilidad penal juvenil.

El éxito del juicio abreviado no obedece tan sólo a cuestiones de reducir el cúmulo de tareas y lograr mayor eficiencia en el sistema, sino que tiene una íntima relación con la calidad de respuesta del sistema a los conflictos que se le presentan.

Es una característica de todo sistema de encierro y castigo intentar reducir al máximo la resistencia de quien lo sufre, lo que obviamente genera menos costos y una mayor legitimidad. Si quien va a estar preso ha prestado alguna clase de consentimiento con ese castigo, el camino está allanado, los defectos del sistema disimulados y la apariencia de eficacia asegurada.

Sin embargo, esta forma de resolución alternativa del proceso determina que el producto de este sea el castigo, se suspenda el conflicto sin resolverlo, con todos los efectos adversos, que impiden la pacificación y favorecen la adopción del rótulo de criminal que se le ha colgado al adolescente. Los altos niveles de reiterancia delictiva están así casi asegurados.

No tenemos dudas de que el juicio oral, cuando se convierte en la práctica general que no registra excepciones, se acerca mucho más a los principios de la justicia restaurativa.

Para la víctima, tener sentado cerca a su agresor, verlo cómo reacciona a medida que se va reconstruyendo el hecho, escuchar sus descargos, conocer las circunstancias que lo llevaron a estar allí y percibirlo humano tiene sin duda un efecto restaurador, más allá de que en el momento lo primero que emerja sea enojo y bronca, sentimientos naturales y quizás necesarios para resolver el conflicto.

Imaginemos ¿cuáles serían las consecuencias de un sistema procesal en el debate oral, si fuese una regla sin excepción?

En primer lugar, se dejaría sin ninguna clase de posibilidad de delegación de tareas, que asegure que las funciones jurisdiccionales sean efectivamente tomadas por quien las debe tomar.

En segundo lugar, los límites de la agenda aseguran que el sistema penal sea efectivamente una respuesta de *ultima ratio*, utilizado exclusivamente para los conflictos más graves que no tienen posibilidad real de resolución.

El adolescente que es sentado en el banquillo de los acusados, en caso de ser encontrado culpable, recibirá el *quantum* de castigo que corresponde exclusivamente a la falta cometida, reducida en su caso por la menor necesidad de reinserción social –categorías sumamente discutibles, pero que pueden ser válidamente receptadas para limitar la reacción penal–, sin el plus adicional del enojo que ocasiona su rebeldía por no aceptar esa regla no escrita del deber de abreviar.

Asegura que quienes deciden el futuro del adolescente lo han oído y han conocido su cara, y que este ha visto a quien pide su encierro, ha escuchado sus razones, y también a quien en definitiva tomará decisión.

Ningún sistema es perfecto, pero sin duda la mera posibilidad de abreviar convierte el sistema penal juvenil en un aparato de poder cuya natural respuesta es el castigo. Mientras que un sistema en el cual el juicio es una regla absoluta, limita los productos punitivos –en tanto sufrimiento irracional– y amplía las posibilidades de pacificar y restaurar.

LÍMITES AL PODER JURISDICCIONAL. PRINCIPIO ACUSATORIO. COMENTARIO AL FALLO “J. I. C. S/RECURSO DE CASACIÓN”*

Por Celeste S. Souto**

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil N° 1 del Departamento Judicial de San Martín se realizó juicio oral al joven J. I. C. por el delito de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas en grado de tentativa, lo cual derivó en sentencia condenatoria con fecha del 16 de junio de 2016. El análisis sobre la eventual aplicación de pena se difirió hasta que se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 4 del Decreto-Ley N° 22278, para respetar la cesura de juicio prevista como garantía para los niños, niñas y adolescentes.

La sentencia condenatoria fue apelada por la defensa oficial ante la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, que hizo lugar parcialmente al reclamo modificando la calificación legal a la de homicidio simple en grado de tentativa, el 9 de diciembre de 2015.

Luego de ello tuvo lugar la audiencia oral a tenor del artículo 4 del decreto-ley mencionado, en la cual el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil impuso por mayoría la pena de 4 años de prisión accesorias legales y costas, no obstante el pedido de absolución de pena realizado por el fiscal. Frente a ello, la defensa oficial del joven J. I. C. interpuso recurso de casación.

* Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, causa N° 81797, 24/05/2017.

** Abogada UBA, Defensora oficial ante del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires.

ARGUMENTOS SOSTENIDOS POR MAYORÍA DEL TRIBUNAL PENAL JUVENIL EN EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. FLAGRANTE AFECTACIÓN AL SISTEMA ACUSATORIO Y AL PRINCIPIO DE BILATERALIDAD

Una vez firme la condena, y habiéndose cumplido los requisitos del artículo 4 del Decreto-Ley N° 22278, se realizó audiencia para tratar la necesidad o no de imponerle pena al joven J. I. C. La defensora oficial y el fiscal, atento los excelentes informes emanados tanto del Cuerpo Técnico Auxiliar del Departamento Judicial tanto de San Martín como del Servicio Penitenciario Bonaerense, coincidieron en que la imposición de pena J. I. C. era innecesaria.

Frente al pedido de *no* imposición de pena realizado por el Fiscal, la señora Magistrada Dra. Sonia Ordoñez de Cambón sostuvo:

... debo argumentar mi interpretación respecto de la solicitud fiscal de no imposición de sanción al encausado “C”, postura que a esta altura del juicio llevado a cabo contra el mismo, entiendo como no vinculante para el Tribunal. Esto lo sostengo porque entiendo que la naturaleza jurídica de dicha postura es diametralmente distinta a la del desistimiento fiscal de la acusación, contenido en último párrafo del artículo 368 del CPP, desistimiento que se da en el marco del debate oral, y cuando aun se encuentra en pleno ejercicio de la acción penal, que, como corolario del principio de oportunidad, puede emplear el Sr. Agente Fiscal hasta la culminación del pleito, y que, al contrario de la postura actual la fiscalía respecto de “C”, acarrea en esos términos, la absolución inexorable del debatido por parte del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, culminado como se encuentra en autos el debate, hallándose firme el auto de responsabilidad que, como consecuencia del mismo, fue dictado por este Tribunal ..., la imposición de sanción no queda a expensas del impulso de la Fiscalía, porque no es parte de la acción penal, sino a instancias del Tribunal, que, luego de tener por acreditada la responsabilidad penal del joven enjuiciado, con el norte fijado por los lineamientos del artículo 4 de la Ley N°22278, es quien evalúa la imposición o no de sanción al mismo, (lo subrayado es propio de la sentencia).

Por su parte, y en minoría, el señor Presidente del Tribunal Dr. Rómulo Gabriel Peñoñori, luego de realizar un extenso análisis con relación a la necesidad de imposición o no de pena, entendió que la aplicación no era necesaria, no sólo debido a la positiva evolución del

joven, sino porque al pedido de absolución realizado por la defensa se sumaba la del propio fiscal, que solicitó la no aplicación de sanción. En este sentido, sostuvo:

... en el marco de las facultades estipuladas por el sistema acusatorio de raigambre constitucional, el mismo sistema acusatorio prevé, conforme el artículo 40 de la Ley N° 13634, la posibilidad de desistir de la acción (remisión lisa y llana no reglada) por parte del representante de la vindicta pública cuando entiende que es la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño.

ANÁLISIS DEL FALLO DE LA SALA I DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

El Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil de San Martín, el 8 de noviembre de 2016, al celebrar la audiencia conforme el artículo 4 del Decreto-Ley N° 22278, resolvió por mayoría aplicar la pena de 4 años de prisión accesorias legales y costas al joven J. I.C. por el delito de homicidio simple en grado de tentativa, en los términos de los artículos 42, 45, y 79 del Código Penal, a pesar no sólo del pedido de absolución de la defensa oficial, sino también de la realizada por el representante de la fiscalía penal juvenil.

Tal decisión provocó que la defensa oficial del joven J. I. C. presentara recurso de casación en diciembre de 2016 y denunciara arbitrariedad en la resolución, en tanto no se había demostrado la necesidad de aplicar una pena en el caso concreto y se había afectado el principio acusatorio propio de la Ley especial N° 13634, al ignorar el pedido de absolución de pena realizado por el agente fiscal. La petición que realizó la defensa incluyó el pedido de inmediata libertad de J. I. C., quien se encontraba por entonces alojado en la Unidad Penal N° 47 de la localidad de San Martín.

Llegada la cuestionada resolución a la Sala I del Tribunal de Casación Penal, y luego de que la defensora adjunta de casación mantuviera en todos sus términos el recurso, se expidió el fiscal adjunto de casación, quien también acompañó fundadamente la solicitud de absolución de pena incoada por la defensa oficial del joven J. I. C.

El 24 de mayo de 2017, los señores jueces Ricardo Maidana y Daniel Carral resolvieron declarar admisible la impugnación deducida por la defensa oficial, hacer lugar al recurso de casación interpuesto

a favor del joven J. I. C. y absolverlo de pena. Asimismo, ordenó en el apartado III la inmediata libertad de I. J. C.

Para así resolver, el distinguido tribunal basó su decisión básicamente en criterios constitucionales del modelo acusatorio de enjuiciamiento, en el cual el acusado –sujeto de derecho– se encuentra en pie de igualdad con quien lo acusa.

Los fundamentos esgrimidos por la Cámara no fueron en torno a la acreditación de necesidad de aplicar pena o no a “C”, como tampoco se realizó un análisis sobre los informes criminológicos, psicológicos y sociales del joven, ni sobre la aplicación de normas e instrumentos internacionales, de los que surge que es desacertado e inapropiado para este fuero especial el elemento retributivo propio del sistema penal de adultos. Más bien atacó casi exclusivamente la decisión de la mayoría de imponer una pena aun cuando el órgano estatal diseñado y creado para llevar adelante la acusación solicitara la absolución de pena.

En su voto el Dr. Maidana dijo: “corresponde determinar si, luego del dictado del auto de responsabilidad penal, el órgano jurisdiccional especializado se encuentra facultado para imponer pena aun cuando el acusador haya solicitado expresamente lo contrario”. Sobre este eje viró el análisis realizado por los jueces de la Sala I. En este sentido sostuvo además que la organización política de una Nación está determinada por la Constitución, ya que define los órganos de poder y la relación del Estado con los ciudadanos y establece límites al poder punitivo a través de las garantías. Citando a Roxin,¹ afirmó que la imposición de una pena representa la intervención más grave por parte de un Estado de derecho y que siendo esto así, se han creado normas que organizan los órganos públicos que participan del procedimiento.

Luego de hacer mención de modelos de enjuiciamiento bien diferenciados, como lo son el acusatorio y el inquisitivo, y a que es el modelo acusatorio el que mejor representa el espíritu constitucional, se sostiene:

... en efecto, la Constitución Nacional optó por un proceso penal abiertamente acusatorio (CSJN, *in re* “Casal”, considerando 15) porque ella establece una tajante separación entre las funciones estatales de acusar y juzgar en los juicios de contenido político [...], y porque prevé el juicio por jurados para cau-

1. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal* (traducción de G. E. Córdoba y D. R. Pastor), Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2003, p. 10.

sas criminales [...], institución –dicho sea de paso– incompatible con un modelo inquisitorial ya que implica un juicio necesariamente oral y público...

Asimismo, el fallo establece claramente que la reforma constitucional de 1994, al otorgarle jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22 CN), incorporó algunos principios acusatorios, como oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio (art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El diseño constitucional de los juicios establece distintas funciones a los distintos órganos estatales: acusar y juzgar. También se da cuenta del principio de bilateralidad y se hace mención a la postura de la Corte Federal –intérprete final de la Constitución– en cuanto a que el artículo 18 exige la observancia de las formas del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia). El principio de bilateralidad separa las funciones de acusar y juzgar, y es el fiscal quien está designado para realizar la investigación penal preparatoria, promover y ejercer la acción penal (arts. 267, 56, 334 y último párrafo del 368 CPP). En definitiva, la jurisdicción del tribunal está supeditada a que exista acusación (arts. 334 y 334 bis, art. 359, último párrafo del art. 368, antepenúltimo párrafo *in fine* del art. 371 y párrafos 3 a 6 del art. 374, CPP; así como art. 40 de la Declaración de los Derechos del Niño; el primer párrafo del art. 36 y el primer párrafo del art. 40, Ley N° 13634).

El sistema constitucional de juicio de corte acusatorio –como lo es el de la Ley N° 13634, que rige en el fuero de responsabilidad penal juvenil– pretende que las partes puedan verter y justificar sus posiciones con total amplitud, y el juez debe tener una conducta equilibrada entre ambos intereses. Es por el principio de bilateralidad que se separan las funciones de quien investiga y acusa (fiscal), y por tanto la de quien promueve y ejerce la acción penal (artículos 267, 56, 334, y 368 último párrafo del CPP) de quien debe juzgar en cada una de las etapas del proceso (juez).

Es por ello que el juez no puede proceder de oficio, *ne procedat iudex ex officio*. En definitiva, con esta diferenciación de roles se busca impedir que un mismo órgano asuma ambas funciones (acusar, requerir y decidir). El órgano decisor sólo se encuentra habilitado ante el requerimiento fiscal, y por ello se concluye en el fallo que le esta vedado a los jueces

del fuero de responsabilidad penal juvenil la posibilidad de imponer pena, si no fue requerida por el fiscal. La imposición de pena forma parte de la pretensión acusadora, puede ser cuestionada y discutida por la defensa y resuelta por el tribunal imparcial, que no podrá excederse más allá de lo solicitado por el requirente. En definitiva, el tribunal entendió que no se puede aplicar pena si el fiscal no lo requiere.

En la sentencia se hace referencia también al considerando 12 del fallo “Amodio”² de la Corte Suprema de Justicia, del cual surge:

... la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal, máxime si se tiene en cuenta que en el logro del propósito de asegurar la administración de justicia los jueces no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz (confr. Doctrina de Fallos: 308:490 y 311:2478, entre otros).

Al establecerse este límite también se protege al justiciable y su garantía de defensa en juicio a no ser sorprendido con una sentencia *ultra* o *extra petita*.

Finalmente se expide, conforme lo hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Ruiz, Brian s/homicidio en ocasión de robo”, una sentencia en la cual se sostuvo:

... cualquiera que fuera el motivo por el cual no se requiriera la imposición de pena, lo cierto es que, por el principio acusatorio, los jueces no están habilitados a suplir la voluntad del Ministerio Público, a actuar más allá de su petición, sobre todo en algo tan trascendente como es el requerimiento de sanción penal (del dictamen de la procuradora fiscal cuyos fundamentos y conclusiones comparte el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda).

Para concluir, el Dr. Maidana sostuvo: “advierdo que en el caso se ha inobservado el límite explicitado configurándose un exceso jurisdiccional inadmisibles”.

2. CSJN, “Amodio, Héctor Luis s/recurso de hecho”, causa N° 5330, del voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Eugenio Raúl Zaffaroni, 12/06/2007.

CONCLUSIÓN

El fallo analizado toma la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Nacional, en la que determinó un claro límite al órgano jurisdiccional al establecer como regla constitucional el *principio de correlación entre la acusación y el fallo* (garantía de defensa y debido proceso). Respecto al principio de bilateralidad:

Cualquiera sea la posición a la que adscribamos, para considerar que el modelo de enjuiciamiento criminal instituido constitucionalmente, responde al “sistema acusatorio” como modelo omnicomprendivo de una serie de características que se manifiestan en todas las etapas del proceso y con relación a la conformación e integración de sus órganos como un *totum revolutum* de principios y reglas que tienen sustantividad propia, o simplemente entendamos que las normas referidas al juicio penal, constituyen una manifestación únicamente del principio acusatorio, que resuelve esencialmente tres cuestiones: no hay proceso sin acusación y esta debe ser formulada por persona ajena al tribunal sentenciador, que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada y que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.³

Nuestro modelo de enjuiciamiento penal se corresponde con el sistema acusatorio (artículo 18, 24, 75 incisos 12 y 22, y 118 de la CN; artículo 8.1 de la CADH; y artículo 14 del PIDCyP), por lo tanto las funciones de acusar y juzgar deben ser ejercidas por distintos sujetos. El sistema acusatorio:

... se distingue por la metadiferenciación de la función requirente respecto de la decisoria; igualmente, porque la interposición y contenido de la acción es la que determina el ámbito de la jurisdicción, la que carece de iniciativa y no puede actuar de oficio. Acusador y acusado se encuentran situados en un mismo pie de igualdad enfrentados a través de un contradictorio en cuyo transcurso aportarán sus postulaciones, frente a un tribunal que se sitúa como un tercero imparcial e imperativo y que expresará su decisión conforme al convencimiento alcanzado en las deliberaciones.⁴

3. Montero Aroca, Juan, “Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio”, en VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, 1992, citado por Ledesma, Ángela en *El debido proceso penal 1*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

4. Vázquez Rossi, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, T. I, p. 190.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Tarifeño, Francisco”⁵ sostiene que en diferentes fallos ya había establecido la necesidad de observar las formas sustanciales del juicio, acusación, defensa y prueba, atento la exigencia emanada de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional así como la necesidad de realizar dicho control. Es así que sostuvo:

... en el *sub lite* no han sido respetadas esas formas, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación. En efecto, dispuesta la elevación a juicio [...], durante el debate el fiscal solicitó la libre absolución del sujeto pasivo del proceso [...] y, pese a ello, el tribunal de juicio emitió la sentencia recurrida, por lo que corresponde decretar la nulidad y la de las actuaciones posteriores que son consecuencias de ese acto inválido.

En igual sentido resolvió la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo” el 17 de febrero de 2004.⁶ En el fallo analizado, la Cámara de Casación hizo referencia al considerando 12 del fallo “Amodio”, tal como lo hemos mencionado, pero más allá de dicho considerando es dable destacar, de los votos de los Dres. Eugenio Zaffaroni y Raúl Lorenzetti, los considerandos 17 a 19, en los que se sostienen los criterios imperantes en los referidos fallos Tarifeño y Mostaccio:

17) [...] los postulados aludidos llevan a afianzar los principios de cuño acusatorio que rigen el debate, y, por ende, la plena jurisdicción reconoce un límite máximo a su ejercicio, cual es, el delimitado por los términos de la acusación pública y también privada en caso de haberla. Tal inteligencia importa un avance en el camino iniciado por la doctrina que esta Corte desarrolló a partir del precedente “Tarifeño” [...], ratificado recientemente en el caso “Mostaccio” (Fallos: 327:120).

18) [...] si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el *sub examine* se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella ga-

5. Fallos CSJN: 325:2019, Recurso de hecho: “Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad”, causa N° 341/87, T. 209 XXII, 28/12/1989.

6. “Que los agravios traídos a conocimiento del Tribunal en la presente causa son sustancialmente análogos a los tratados y resueltos en Fallos: 320:1891, a cuyos fundamentos cabe remitirse por razones de brevedad. Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado”.

rantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta.

19) [...] además al colocarse al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador –lo cual implica un *plus* que viene a agregarse en una instancia procesal que es posterior a la oportunidad prevista para resistirlo– se vulnera también la prohibición de la *reformatio in pejus* cuyo contenido material intenta evitar precisamente que se agrave la situación jurídica del imputado sin que mediase requerimiento acusatorio en tal sentido.

Resulta de especial consideración y análisis el contenido del artículo 4 del Decreto-Ley N° 22278, que de algún modo motivó la decisión de los jueces por mayoría en primera instancia. El mencionado artículo dispone en lo que aquí interesa que

... 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, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inc. 2.

Esta norma indica que luego de que el joven sea declarado responsable del hecho que se le imputó, cumpla 18 años de edad y haya estado sometido a un año de tratamiento tutelar, el juez tiene la facultad discrecional de imponer al niño, niña o adolescente la pena que hubiese sido estimada oportunamente, o reducir esa pena en la forma prevista por el artículo 42⁷ del CP, o bien puede absolverlo. Esto implica que en el proceso penal juvenil, la declaración de autoría y responsabilidad no basta para imponer una pena, tal como sucede en el proceso de adultos.

La cesura de juicio (artículo 4 del Decreto-Ley N° 22278) está prevista como garantía del joven, a fin de que este pueda alcanzar los parámetros sociales que el fuero penal juvenil persigue.

Ello se debe a que las niñas, niños y adolescentes tienen derechos especiales, derivados de su condición (OC N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *in re*: “Maldonado, Daniel E.”, SCJN sentencia del 07/12/2005). En materia penal juvenil, sólo debe imponerse pena

7. El Código Penal de 1921 disponía un régimen que excluía de pena a los menores de 14 años de edad y preveía la posibilidad de sanción reducida para quienes tenían entre 16 a 18 años de edad.

cuando se haya acreditado la necesidad de su imposición, pero además, y conforme el principio de bilateralidad, otro de los requisitos es que el órgano acusador haya requerido la imposición de la pena; de no ser así, el o los jueces deberán absolver de pena al niño, niña o adolescente.

Debe advertirse que el Decreto-Ley N° 22278 fue creado en 1980, es decir 14 años antes de la modificación del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires de 1994 que instauró el modelo acusatorio, y 28 años antes de la puesta en vigencia de la Ley N° 13634 de Responsabilidad Penal Juvenil en la provincia de Buenos Aires. Lo antedicho resulta relevante ya que al momento de la sanción, no existía en el ámbito de la justicia penal de niños la figura del fiscal ni del defensor. Por entonces, el juez reunía todas las facultades, era órgano acusador, de juicio y de ejecución. Es por ello menester que los jueces de responsabilidad penal juvenil, al momento de analizar los postulados del artículo 4, tengan especialmente en cuenta el monto de pena estimado por el fiscal o su decisión de no solicitar imposición de pena. Esto último resulta un límite infranqueable al poder jurisdiccional, que surge claramente del diseño constitucional de juicio de corte acusatorio.

En función de lo explicado, debe concluirse que los jueces de responsabilidad penal juvenil se encuentran obligados a realizar un análisis de los principios constitucionales generales, es decir, las formas sustanciales del juicio, como ser que exista acusación y luego un análisis de los principios constitucionales especiales que derivan de la protección especial y del *plus* de derechos que existe en materia penal juvenil, emanados no sólo de las leyes nacionales, sino del amplio *corpus juris* internacional.

CAPÍTULO 6
NEUROCIENCIAS

DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE NEUROCIENCIAS Y DERECHO

Por Carlos Alberto Castagna*

Los hombres deberían saber que no es sino del cerebro de donde provienen las alegrías, los deleites, la risa y las diversiones, así como las penas, las aflicciones, el abatimiento y las lamentaciones.
(Hipócrates, IV a.C.)**

NEUROCIENCIAS Y DERECHO

Introducción

Examinar el cerebro, preguntarnos qué y cómo es, conocer cómo pensamos, cómo nos emocionamos, cómo decidimos, cómo recordamos, cómo aprendemos, cómo nos relacionamos con otras personas o cómo detectamos una mentira, entre otros misterios, es lo que ha mantenido en constante búsqueda al ser humano desde tiempos remotos, y ha sido explorado desde diferentes disciplinas. Así, cada paso dado particularmente en el campo de la ciencia ha vivenciado tanto momentos de euforia como de temor.

Conocer el pasado constituye un modo de entender el presente. Investigar y analizar el legado social, cultural, económico, religioso, político, filosófico, artístico de la humanidad, así como el científico, ayuda a comprender con mayor claridad al ser humano, la sociedad y el mundo en que vivimos. De esta forma podremos trabajar en cambiar lo que creemos necesario o continuar construyendo y desarrollando aquello que nos parece que está bien.

* Abogado, especialista en Derecho Penal, secretario de la Defensoría Oficial del Joven del Departamento Judicial de La Matanza, coordinador de la sección Derecho Procesal Penal Juvenil de la *Revista del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil*, Ed. Induvio.

** Del *Corpus Hipocraticum* de Hipócrates, considerado para muchos el padre de la medicina, citado por Zozaya, Antonio, *Aforismos y pronósticos de Hipócrates*, Valladolid, Ed. Maxtor, 2008.

Para poder conocer los caminos recorridos en dicha exploración sería adecuado emprender los primeros pasos realizando un detallado recorrido histórico¹ científico-metodológico de lo experimentado en relación con el conocimiento del cerebro, aunque no es objeto del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello, considero importante compartir, al menos brevemente, algunos de los principales hallazgos revelados por la ciencia, que nos permitirán introducirnos en el tema e ilustrar, en parte, cómo se concibe este increíble órgano hoy en día.

Muchos fueron los intentos y aportes consagrados desde distintas áreas científicas que tuvieron como finalidad ampliar el conocimiento relativo a la estructura y funciones del cerebro, así como explicar la conducta en términos de su actividad. En la antigua Grecia (siglo IV a.C.), parte de la discusión giraba en torno al lugar donde se almacenaban los sentimientos y aquel donde se recogían las sensaciones. Entre los principales aportes registrados, para Aristóteles “es el corazón donde se almacenan nuestros sentimientos”, y según la contribución de Hipócrates (considerado para muchos el padre de la Medicina):

... el lugar donde se recogen las sensaciones es el cerebro, es el que nos permite pensar, saber lo que es bueno, lo que es malo, lo que es justo e injusto, es a través del cual vemos y oímos y es mediante el mismo órgano que asaltan los miedos y temores y también enloquecemos.

Más adelante, en el Imperio Romano (siglo II a.C.), resultó relevante la participación de Galeno, quien al estudiar el cerebro de los gladiadores, concluyó que el cerebro era el encargado de las sensaciones.

Hacia 1649 fue René Descartes quien estableció el dualismo mente-cuerpo. A finales del siglo VIII (1791), se descubrió que el cerebro posee electricidad, cuando Luigi Galvani, tras colgar la pata de una rana en un gancho de cobre suspendido de un balcón de hierro, observó que la interacción entre los dos metales hacía que la pata se contrajera, lo cual reveló la actividad eléctrica de los nervios.

El comienzo del siglo XIX (1809) estuvo regido por el trabajo sobre frenología publicado por Franz Gall, quien expresó que todos los procesos mentales son biológicos y provienen del cerebro, y que además cada área del cerebro tiene una función específica (localizacionismo). Poste-

1. Blanco, Carlos, *Historia de la neurociencia*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2014.

riormente, otros científicos con intención de probar que Gall no tenía razón en sus postulados realizaron nuevos experimentos. Fue así cómo Pierre Flourens (1824), tras realizar ablaciones en el cerebro de animales para estudiar la correlación de la parte extirpada con su función, no encontró relación alguna y arribó a conclusiones antilocalizacionistas.

Hacia 1848 se produjo un experimento natural y paradigmático, producto del accidente sufrido por Phineas Gage (capataz de ferrocarril), quien tras un daño severo sufrido en el cerebro, sufrió un cambio de personalidad, lo cual se consideró prueba de que los lóbulos frontales están encargados de procesos relacionados con las emociones, la personalidad y con funciones ejecutivas en general.

Uno de los episodios centrales en la historia del desarrollo de estas nociones está marcado por la teoría del origen y evolución de las especies desarrollada por Charles Darwin (1855), la cual se basó en la observación de los actos y de la conducta. Algunos años más tarde, en la línea de investigación del correlato de las áreas del cerebro con su función, Paul Broca (1861), luego del fallecimiento de un paciente que no podía hablar por un trastorno del lenguaje, estudió su cerebro y descubrió una zona dañada –que posteriormente se dio a conocer como “el área de Broca”–, por lo que afirmó que hablamos con el hemisferio izquierdo.

Hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se introdujo el concepto de “neurona”. Fue Camilo Golgi (1873) quien, a través de un método de tinción con cromato de plata, pudo colorear una neurona entre muchas otras. Sostuvo que las neuronas eran un retículo (teoría reticular) y que no se podía distinguir una neurona de la siguiente ya que se encontraban unidas por neuritas.

Por el contrario, Santiago Ramón y Cajal (1906) sostuvo que las neuronas son células individuales y no un continuo, como expresaba Golgi (teoría neuronal). Él afirmó también que se comunican en sitios concretos y forman conexiones específicas. Lo interesante es que más allá de la diferencia de sus postulados, ambos recibieron el Premio Nobel.

Lo que hasta aquí se ha reseñado es parte de los estudios del cerebro y su concepción, que pasó de una concepción de órgano encargado de gobernar las sensaciones y almacenar sentimientos, a ser estudiado como función superior del psiquismo humano, planteado el dualismo cuerpo-mente, y a ser objeto de experimentos posteriormente, a partir de la inclusión del método científico a la exploración del sistema

nervioso, del descubrimiento de la actividad eléctrica del encéfalo, las áreas del cerebro y su correlación con la conducta, y de las neuronas (conexiones y comunicación).

Ahora bien, con respecto a las Neurociencias, muchos autores coinciden y aluden a su nacimiento como estudio multidisciplinar e interdisciplinar de la mente y del sistema nervioso hacia la década del 80. Refieren que fue en ese entonces que Benjamin Libet,² neurólogo y científico estadounidense, pionero en el campo de la conciencia y considerado para muchos el padre de la revolución neurocientífica, a través de un experimento despertó y puso nuevamente en vilo la discusión sobre el *libre albedrío*, concretamente: su existencia. Se ha consignado que parte de sus conclusiones indicaban que “no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos”. Considero como posible la idea del libre albedrío en su noción de veto, es decir, la capacidad de la actividad consciente para bloquear o abortar un acto ya iniciado. Es necesario resaltar que el método utilizado por Libet para llevar adelante su investigación fue cuestionado, y a la fecha continúa siéndolo, así como sus conclusiones.

Las investigaciones de Libet y otros avances revelados desde las Neurociencias implican de alguna manera la posibilidad de tener que reflotar desde el Derecho Penal el pensamiento, el estudio y el análisis que gira en torno a los pilares que lo sustentan, es decir, la responsabilidad penal y la imposición de penas. Sabemos que estos pilares encuentran fundamento en el principio de culpabilidad y que este, a su vez, tiene sostén en lo que conocemos como la libertad de voluntad o libre albedrío (autodeterminación), con lo cual podría ser que, sobre la base de nuevas evidencias científicas, una discusión que parecía ya zanjada se reabriese (lo cual en varios ámbitos ya está sucediendo).

Continuando con la apretada síntesis de episodios históricos, ya hacia finales del siglo XX (1990), Seigi Ogawa desarrolló la resonancia magnética funcional, por la cual posteriormente fue conocido como el padre de la imagen funcional del cerebro. El aporte de la tecnología de neuroimagen condujo a nuevos avances en el estudio y desarrollo del cerebro y del sistema nervioso. Y ya acercándonos a la actualidad, Eric Kandel (2000),

2. Libet, Benjamin, *The History of Neuroscience in Autobiography*, Washington, Ed. Society for Neuroscience, 1996, vol. I, pp. 414-453.

en línea con la teoría de Ramón y Cajal, realizó variadas contribuciones (estudios principalmente ligados a aprendizaje y memoria).

Resulta del breve recorrido histórico efectuado que se combinan diferentes aportes, la localización de funciones mentales y la observación de la conducta de manera cada vez más sofisticada. Los instrumentos como las técnicas de imagen por resonancia magnética funcional, entre otros, conducen a nuevos desafíos de investigación.

Concretamente, en la actualidad, el cerebro se estudia en diferentes niveles (molecular, de sistemas, cognitivo, celular y conductual). Se ha establecido que posee estructuras constituidas por hemisferios, diferentes lóbulos y órganos. También se ha precisado que se encuentra compuesto por gran cantidad de neuronas que generan potenciales eléctricos, que son los mecanismos básicos para la comunicación entre ellas. Se conocen y describen distintas funciones gobernadas por este órgano (como el olfato, la respiración, ritmo cardíaco, aprendizaje, función sexual y emociones, entre otras) y se habla de bases moleculares (neurotransmisores) que se hallan en él.

Numerosos campos profesionales comparten esta interesante, difícil y ardua tarea de estudiar el cerebro y el sistema nervioso, y su trabajo conjunto, *interdisciplinar*, es al que nos referimos con “Neurociencias”.

Llevar adelante una tarea multidisciplinar e interdisciplinar resultará fundamental para lograr un eficiente y eficaz abordaje de muchas disputas y acciones que tienden a mejorar nuestra calidad de vida. También conducirá a evaluar la forma de diseñar y optimizar políticas públicas, y brindará herramientas para profundizar debates parlamentarios donde se decide qué conductas regular.

Así como en otras áreas de saber, veremos que hoy en día un nuevo escenario de pensamiento, estudio, análisis y discusión está circunscrito a evaluar el impacto o las implicancias que algunos avances brindados desde las Neurociencias podrían tener en la esfera de injerencia del Derecho. El objeto del presente trabajo es acercar algunos conceptos y aspectos para intentar responder de qué hablábamos cuando hablamos de Neurociencias y Derecho.

Neurociencias

La difusión³ que desde hace un tiempo se está dando a los avances en Neurociencias crece a pasos agigantados, así como las publicaciones⁴ que existen al respecto. Esto lo podemos apreciar en el enorme caudal de títulos que encontramos en librerías, incluso en kioscos o puestos de revistas, medios de comunicación como la televisión, la radio y los diarios de circulación masiva, sin mencionar Internet, donde basta con escribir en un buscador el prefijo *neuro*⁵ para observar los miles de lugares a los cuales nos conduce la búsqueda en tan solo segundos. Hoy en día, dicho prefijo se antepone a diferentes profesiones o actividades y parecería que de esa forma se vuelven más interesantes, más serias, más científicas. Se habla de neuromarketing, neuroeconomía, neuronutrición, neuroeducación, neurojuegos, neuropsicología, neurosociología, neuropsiquiatría, neuropolítica, como así también de neurocriminología y *neuroderecho*, entre otras.

Ejemplo de esta comunicación a gran escala es *Intensamente*,⁶ una película de Disney que alcanza a un público de una amplia franja de edades.⁷ Para quienes no la han visto, trata sobre Riley, una nena de 11 años que se muda de ciudad, e ilustra cómo lo experimenta en su cabeza, donde cinco emociones representadas en distintos personajes –Alegría, Tristeza, Furia, Temor y Desagrado– luchan por imponerse y dominar sus acciones.

3. Tripathy, Shreejoy, “How many neuroscience papers are published a year?”, en *Quora*, 26/09/2012. Disponible en: <https://www.quora.com/How-many-neuroscience-papers-are-published-a-year>

4. Yeung, AW; Goto, TK y Leung, WK, “The Changing Landscape of Neuroscience Research, 2006-2015: A Bibliometric Study. *Frontiers in Neuroscience*”, 11 PMID: 28377687, 2017. Disponible en: <http://blogs.discovermagazine.com/neuroskeptic/2017/04/11/bibliometrics-of-neuroscience-2006-2015/#.WZLtfFXyhdh>; y en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28377687>

5. “Neuro: 1. pref. que significa ‘nervio’ o ‘sistema nervioso’”, *Diccionario de la lengua española*, Espasa-Calpe, 2005.

6. Golombek, Diego, “Intensamente cerebral: A partir del film de Pixar, podemos ver cómo todo está guardado en nuestro cerebro”, en *La Nación*, 26 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1813369-intensamente-cerebral>

7. “Los secretos del cerebro son un éxito y las emociones, las estrellas”, en *Clarín*, 14 de julio de 2015. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/intensamente-cerebro-emociones-tristeza-enojo-alegria-moda_o_BybgJNUYPQe.html

El guion⁸ de la película está basado en el trabajo de Paul Ekman, un psicólogo norteamericano que describe emociones básicas y, entre otros temas, se centra en cuestiones de psicología cognitiva y en la consolidación de la memoria durante el sueño.

Así como *Intensamente*, existen gran cantidad de películas⁹ que ostentan tramas vinculadas al cerebro, como también sobre habilidades mentales, influencia de nuevas tecnologías, sistema nervioso, la posibilidad de predecir conductas futuras, enfermedades y patologías, donde se entrecruzan múltiples disciplinas.

La verdad oculta es otro claro e ilustrativo ejemplo. Esta película de 2015, de género dramático, se basa en tres pilares: *el deporte, la ciencia y la ley*. Resume el aporte del patólogo forense nigeriano Dr. Bennet Omalu, a partir de su investigación sobre una lesión crónica de nombre encefalopatía traumática crónica (ETC) que sufren los jugadores profesionales de la liga de fútbol norteamericana por los reiterados golpes que sufren en la cabeza, y que ya había sido descrita anteriormente en estudios cerebrales en otras disciplinas, como el boxeo. La consecuencia de ello, concretamente, son cambios en la conducta de quienes la padecen.

Parte de la relación con el Derecho se pone de manifiesto en noviembre de 2016, cuando The Petrie-Flom Center del Harvard Law School publica un *paper* sobre esta cuestión, donde da un conjunto de recomendaciones para hacer frente a diversos factores estructurales que afectan la salud de los jugadores de la NFL, titulado “Análisis Legal-Ético y Recomendaciones”.¹⁰

Lo que intento poner en evidencia es la importancia de trabajar interdisciplinariamente y capacitarse en los avances neurocientíficos que se vayan difundiendo sobre el conocimiento del cerebro y del sistema nervioso, en tanto un deterioro de su estructura, o la falla

8. Keltner, Dacher y Ekman, Paul, “The Science of ‘Inside Out’”, en *New York Times*, 03/07/2015. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2015/07/05/opinion/sunday/the-science-of-inside-out.html>

9. Cognitive Science Movie Index, creado en el año 2005 por el Departamento de Ciencia Cognitiva de la Universidad de California, EEUU. Disponible en: <https://www.indiana.edu/~cogfilms/>

10. Deubert, Chris; Cohen, I. Glenn y Fernandez Lynch, Holly, “Protecting and Promoting the Health of NFL Players: Legal and Ethical Analysis and Recommendations”, *The Petrie-Flom Center at Harvard Law School*, 17/11/2016. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2872163>, <http://petrieflom.law.harvard.edu/research/fphs>

de alguna de sus funciones (como el aumento o disminución de neurotransmisores, entre otros factores), según se ha precisado, puede influir en cambios conductuales que desencadenen acciones desafortunadas y transgresiones a la ley; en cuyo caso, esto luego será estudiado, analizado e incluso juzgado por el Derecho.

Sucede que en muchas ocasiones nos asombra observar la manera en que una persona ha cambiado su forma de desenvolverse, su conducta y nos preguntamos qué le pasará. Phineas Gage,¹¹ mencionado en la introducción, representa un caso real, un experimento natural y paradigmático que puede ilustrarlo.

Su caso se estudió hacia 1848, en Nueva Inglaterra, lugar donde vivía Phineas Gage. Trabajaba en el ferrocarril y se caracterizaba por ser un individuo responsable, tímido, respetuoso de la convivencia social y confiable. Específicamente, su tarea laboral consistía en extender las vías férreas, por lo que debía dinamitar terrenos para su posterior construcción. Un día, como consecuencia de una pelea entre otros trabajadores, explota una dinamita y un fierro entra por el ojo de Gage y sale por la parte superior de su cráneo atravesando la parte frontal. Phineas Gage no pierde la vida, recibe ayuda médica e, increíblemente, al tiempo recibe el alta.

En el registro histórico se consigna y explica que no presentaba ningún problema motor: hablaba, comprendía, su memoria estaba intacta, los cálculos matemáticos los hacía correctamente, el cerebro racional estaba conservado, su atención, el lenguaje y su percepción también. Lo curioso era que carecía de una parte de su cerebro, producto de ese accidente y parecía no haberse modificado ninguna de sus funciones.

Hasta que pasó el tiempo. Fue entonces cuando las personas cercanas a él empezaron a notar que parte de su personalidad había cambiado. Contrariamente a como era antes de sufrir ese lamentable accidente, se había vuelto una persona vulgar, desinhibida y no podía controlar sus

11. Triglia, Adrián, "El curioso caso de Phineas Gage y la barra de metal en la cabeza", en *Psicología y Mente*. Disponible en: <https://psicologiaymente.net/neurociencias/caso-phineas-gage-barra-metal-cabeza>; Brown, Ned, "Lessons of the brain: The Phineas Gage story", en *Harvard Gazette*, 29/10/2015; disponible en: <http://news.harvard.edu/gazette/story/2015/10/lessons-of-the-brain-the-phineas-gage-story/>; Damasio, Antonio R., *Descartes' error: emotion, reason and the human brain*, Nueva York, Ed. Avon Books, Parte I, Capítulo I, 1995, pp. 3-19.

impulsos. La frase que resume y grafica ese cambio, según se ha hecho constar, es la siguiente: “Phineas Gage ya no es Phineas Gage”.

Los neurocientíficos han explicado que esa parte que ya no tenía era el lóbulo frontal, y tras observar el cambio de su conducta se pudo determinar que lo que ese fierro había lesionado eran los centros emocionales, cuya función consiste en facilitar la toma de decisiones.

El neurólogo Antonio Damasio se ha encargado de estudiar en profundidad el caso de Phineas Gage y ha considerado que fue el comienzo del estudio de la base biológica del comportamiento. Damasio describe y propicia una relación entre los lóbulos frontales, la emoción y la toma de decisiones (en la teoría del marcador somático). Él describe el caso de Gage como pilar básico en el concepto de funciones ejecutivas –aquellas que nos permiten dirigir nuestra conducta hacia un fin e incluyen la capacidad para planificar, llevar a cabo y corregir nuestra conducta–. También destaca el caso como aquel que dio lugar a los primeros indicios sobre la representación neural de la moral, y sobre lo fundamental de la tarea de poder conocer el rol de las regiones del cerebro en los juicios morales y saber si son intuitivos o si hay un razonamiento explícito.

Desde hace un tiempo se habla entonces de Neurociencia o Neurociencias, es decir, de cómo está organizado estructural y funcionalmente el cerebro. La misión de esta disciplina, en palabras de Kandel,¹² consiste en explicar la conducta en relación con las actividades del cerebro.

Importantes pasos se han dado en los últimos años gracias al aporte de nuevos métodos de experimentación y tecnologías, como las técnicas de neuroimagen (tomografía por emisión de positrones, PET), la imagen por resonancia magnética funcional o la resonancia nuclear (MRI o fMRI), entre otros.

Cuántas veces sucede que no comprendemos lo que hacemos, ni cómo somos, cómo tomamos nuestras decisiones, las emociones que afloran, pensamientos, recuerdos, percepciones. Las Neurociencias se encargan, entre otras cosas, de averiguar esto, y su estudio está ceñido también de la influencia social, cultural y del medioambiente. Los nuevos aportes ya no se basan exclusivamente en la genética, sino que confluye una interacción entre el sustrato biológico y la influencia del ambiente.

12. Kandel, E.; Schwartz, J. y Jessell, T., *Principios de Neurociencias*, Madrid, Ed. McGraw-Hill Interamericana de España, 4ª ed., 2001.

Y así como hay quienes trabajan en el campo de las Neurociencias y difunden avances, hay quienes formulan críticas¹³ al respecto desde diferentes disciplinas.

De qué hablamos cuando hablamos de Neurociencias y Derecho

Punto de partida

Las Neurociencias y el Derecho comprenden dos áreas de conocimiento con objetos de estudio disímiles, difieren desde los respectivos ámbitos de trabajo de cada una de ellas hasta el lenguaje empleado por una y otra ciencia.

Su estudio

Las Neurociencias se encargan de estudiar *el cerebro y el sistema nervioso*, así como intentan explicar la conducta en relación con la actividad de dicho órgano.¹⁴ Eso conlleva la imperiosa necesidad de integrar los conocimientos actuales sobre la estructura y funcionamiento del cerebro y los estados mentales que provienen de disciplinas como la anatomía, electrofisiología, química, matemática, física, neurología, psicología, psiquiatría, filosofía y ética (sea a nivel molecular, genético e inclusive socio ambiental).

13. Nieva Fenoll, Jordi, "Neurociencias y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?" (investigación realizada en gran medida con los materiales y en las instalaciones disponibles en el Instituto Max Planck de Luxemburgo), en *Civil Procedure Review*, vol. 7, N° 3, 2016, pp. 119-144 (véase punto 3). Disponible en: <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Nieva-2016.pdf>; Merlin, Nora, "Las neurociencias van en contra del pensamiento crítico", en *Diario La Capital*, Buenos Aires, 29/04/2017; disponible en <http://www.lacapital.com.ar/educacion/las-neurociencias-van-contra-del-pensamiento-critico-n1386456.html>; Kiel, Laura, "La felicidad al alcance de cualquier cerebro", *Página 12*, Buenos Aires, 18/05/2017; disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/38401-la-felicidad-al-alcance-de-cualquier-cerebro>; Jalof, Laura. "La 'desaparición del psicoanálisis', un deseo de muerte", en *Página 12*, Buenos Aires, 22/06/2017; disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/45598-la-desaparicion-del-psicoanalisis-un-deseo-de-muerte>; Brailovsky, Daniel, "Las neurociencias no revolucionan la educación", en *Diario La izquierda*, Buenos Aires, 18/10/2016; disponible en: <https://www.laizquierdadiario.com/Las-neurociencias-no-revolucionan-la-educacion>; Kaplan, Carina, "La desigualdad social y educativa no se aloja en el cerebro", en *El Litoral*, Santa Fe, 06/08/2016; disponible en: http://www.ellitoral.com/index.php/id_um/134195-kaplan-la-desigualdad-social-y-educativa-no-se-aloja-en-el-cerebro-una-mirada-critica-de-las-neurociencias-en-la-ensenanza

14. Nordqvist, Christian, "What is neuroscience?", en *Medical News Today*, 23/05/2017. Disponible en: <http://www.medicalnewstoday.com/articles/248680.php>

El Derecho (del latín *directum*, lo que está de acuerdo a la regla) se encarga del orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad, es decir, de regular las relaciones sociales. A lo largo del tiempo se lo ha definido y conceptualizado de diferentes maneras: “arte de lo bueno y equitativo” (Ulpiano), “orden coactivo y soberano de la conducta” (Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*).

Surgimiento

Inicialmente el ámbito de encuentro entre las prácticas científicas y las jurídicas era aquel en que se relacionaba, entre otras disciplinas, la medicina, la psicología y el derecho.¹⁵ El objetivo era brindar soporte, por ejemplo, a quienes habían sufrido un daño neurológico y debían atravesar un proceso judicial. Lo que se hacía era suministrar información sobre el daño padecido por la persona y si se advertía algún tipo de transformación en su conducta. Esto es lo que se dio a conocer como *medicina jurídica*.¹⁶

En resumidas cuentas, cuando se vinculaba el campo científico con el jurídico, se trataba de crear un vocabulario común entre juristas y médicos con el propósito de poder comprender, por ejemplo, cuestiones del cerebro, lesiones, patologías, etc.

Por el contrario, la vinculación que existe desde hace unos años entre las Neurociencias y el Derecho, que se ha dado a conocer como *Neuroderecho*, encierra otro interés. Su misión se basa en examinar si los descubrimientos y avances dados desde la Neurociencia podrían tener algún tipo de impacto o implicancia en cuestiones jurídicas, que abarcan desde áreas doctrinales concretas hasta cuestiones de prueba. Los trabajos y publicaciones al respecto son numerosos.¹⁷

Así también, por ejemplo, podrá comprender la evaluación de la posible afectación de las bases teóricas del Derecho Penal o de la filosofía del sistema vigente (ideas como *justicia* o *moralidad*); analizar si

15. Sherrod, Taylor; Anderson, Harp y Tyron, Elliott, “Neuropsychologists and neurolawyers”, en Brown, Gregory G. (ed.), *Neuropsychology*, Washington, octubre de 1991, vol. 5.

16. Holtz, Jan Leslie, *Applied Clinical Neuropsychology. An Introduction*, Nueva York, Ed. Springer, 2011.

17. Fozdar, Manish, “The Relevance of Modern Neuroscience to Forensic Psychiatry Practice”, en *Journal of the American of Psychiatry and the Law Online*, junio de 2016. Disponible en: <http://jaapl.org/content/44/2/145>

la intencionalidad, el conocimiento, la acción voluntaria y la toma de decisiones morales se atribuyen al cerebro o al ser humano. Existe una amplia gama de cuestiones jurídicas que están siendo estudiadas a nivel académico¹⁸ desde el Derecho, como consecuencia del desarrollo provisto por las Neurociencias.

En cuanto al surgimiento propiamente dicho de esta disciplina, resulta interesante consultar el trabajo titulado *Neuroscience and the Law*, editado por Brent Garland.¹⁹ También se recomienda para su lectura la publicación efectuada por Stancey Tovino²⁰ en la que describe el Neuroderecho directamente como:

... la reflexión sobre la forma y el alcance en que múltiples facetas de la comprensión, producción y aplicación del derecho se verán afectadas por el estudio empírico del cerebro en la medida en que éste se considera parte central de la explicación de la conducta.

Entonces si estudiamos las Neurociencias desde un aspecto particular, seguramente podremos convenir que aportan conocimientos que nos permitirán mejorar nuestra calidad de vida como seres humanos. Ahora, si lo pensamos desde un campo más amplio, podremos analizar y evaluar de qué manera mejorar ya no sólo un aspecto individual, sino también nuestra práctica social, que comprende la jurídica.

Compatibilizando

Las Neurociencias estudian la organización tanto estructural como funcional del cerebro, y puede que ello, en algunos casos, nos permita comprender y explicar más acabadamente la forma en que actúan las personas. Consecuentemente, entender cómo el cerebro influye en la

18. MacArthur Foundation, “Law & Neuroscience Project”. Disponible en: <http://www.lawneuro.org/>

19. Garland, Brent, *Neuroscience and the law: Brain, Mind, and the Scales of Justice: a Report on an Invitational Meeting Convened by the American Association for the Advancement of Science and the Dana Foundation*, Washington, Dana Press, 2004. Poco después, y con características similares, apareció el libro editado por Semir Zeki y Oliver Goodenough, *Law and the Brain*, Oxford, Oxford University Press, 2006. La relación de la Neurociencia y la aplicación judicial del Derecho se trató en Uttal, William R., “Neuroscience in the Courtroom: What Every Lawyer Should Know About the Mind and the Brain”, en *Tucson: Lawyers & Judges Publishing*, 2008; y Farahany, Nita A. (ed.), *The Impact of Behavioral Sciences on Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

20. Tovino, Stancey, “The Impact of Neuroscience on Health Law”, en *Revista Neuroethics*, 2008, vol. 73.

conducta del ser humano resultará decisivo para proveer un mejor desarrollo de la ciencia que se encarga de ordenarla normativa e institucionalmente (sistema jurídico). Este puede constituir el primer puente y punto de encuentro entre ambas disciplinas.

Otros terrenos comunes son los temas estudiados por las Neurociencias que pueden resultar de interés para el Derecho, como la conciencia,²¹ el lenguaje,²² el libre albedrío,²³ la culpabilidad penal,²⁴ el

21. Damasio, Antonio, *Y el cerebro creó al hombre*, Barcelona, Ed. Destino, 2010; Grieco, Gaspar, "Giulio Tononi y la búsqueda de la conciencia en el cerebro", en *Noticias UNSAM*. Disponible en: <http://noticias.unsam.edu.ar/2017/04/04/giulio-tononi-y-la-busqueda-de-la-conciencia-en-el-cerebro/>; Metzinger, T. (ed.), "Neural Correlates of Consciousness: Empirical and Conceptual Questions", en *MIT Press*, Cambridge, 2000; Seth, Anil K.; He, Biyu J. y Hohwy, Jakob, "Editorial", en *Neuroscience of Consciousness*, Issue 1, 01/01/2015; disponible en: <https://academic.oup.com/nc/article-lookup/doi/10.1093/nc/nivo001>; Lamme, Victor, "Can neuroscience reveal the true nature of consciousness?", Universidad de Amsterdam; disponible en: <http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/courses/consciousness05/LammeNeuroscience.pdf>

22. Manes, Facundo, "El cerebro, un motorcito para cada palabra", en *Clarín*, 23/06/2013. Disponible en: <https://facundomanes.com/2013/06/23/el-cerebro-un-motorcito-para-cada-palabra/>; Cuetos Vega, Fernando, *Neurociencia del lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Panamericana, 2012; Small, Steven, "The neuroscience of lenguaje, manuscript available", en *PMC*, 01/07/2009; disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2464569/>; Max Planck Institute, "Watching the brain during language learning", en *Neuroscience news*, 29/06/2016; disponible en: <http://neurosciencenews.com/neuroimaging-language-learning-4603/>; investigación original: Weber, Kirsten, Christiansen, Morten H.; Petersson, Karl Magnus; Indefrey, Peter y Hagoort, Peter, "fMRI Syntactic and Lexical Repetition Effects Reveal the Initial Stages of Learning a New Language", en *Journal of Neuroscience*, 29/06/2016; disponible en: <http://www.jneurosci.org/content/36/26/6872>; Grant, Angela, "Brain Connectivity and language learning: New finding, new questions", en *Cognitive Neuroscience Society*, 29/08/2016; disponible en: <https://www.cognitivesociety.org/brain-connectivity-and-language-learning-new-findings-new-questions/>

23. Manes, Facundo, "¿Quién decide cuando decidimos?", en *La Nación*, 13/04/2016. Disponible en: <https://facundomanes.com/2016/04/13/quien-decide-cuando-decidimos/>; Gazzaniga, Michael, *¿Quién manda aquí? El libre albedrío y la ciencia del cerebro*, Paidós, 2012; Bear, Adam, "What neuroscience says about free will?", en *Scientific American*, 28/04/2016. Disponible en: <https://blogs.scientificamerican.com/mind-guest-blog/what-neuroscience-says-about-free-will/>; Lavazza, Andrea, "Free will and Neuroscience: From explaining freedom away to new ways of operationalizing and measuring it", *Frontiers in Human Neuroscience*, 01/06/2016; disponible en: <http://journal.frontiersin.org/article/10.3389/fnhum.2016.00262/full>; Smith, Kerri, "Neuroscience vs. Philosophy: Taking aim at free will", en *Nature*, 31/08/2011; disponible en: <http://www.nature.com/news/2011/110831/pdf/477023a.pdf>

24. Delgado García, J. M., Crespo, Eduardo Demetrio y otros (Marato, Calayatud, M., coord.), *Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad*

rol de la empatía,²⁵ la prueba (testimonio, detección de mentiras, reconocimiento en rueda),²⁶ la toma de decisión moral,²⁷ responsabilidad,²⁸

y *tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, Edisofer, 2013 (obra realizada en ejecución del Proyecto de investigación DER2009-09868, financiado por el Ministerio de Innovación y Ciencia de España); Feijoo Sanchez, Bernardo (ed.), *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Pamplona, Ed. Civitas, 2012; Hassemmer, Winfried, *Neurociencias y culpabilidad en el Derecho Penal*, Barcelona, Ed. InDret, 2011; disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241335/323926>; Díaz Arana, Andrés F., “Neurociencias y Derecho Penal desde una perspectiva funcional de la mente”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, vol. 11, No. 84, enero-junio 2015, pp. 47-89; Bennett, Elizabeth, “Neuroscience and criminal law: Have we been getting it wrong for centuries and where do we go from here?”, en *Fordham Law Review, Neuroscience and Criminal Law*, 2016, vol. 85, pp. 437-451; disponible en: https://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/Bennett_November-1.pdf

25. Boto, Ángela, “Las neuronas espejo te ponen en el lugar del otro”, entrevista a Giacomo Rizzolatti, en *El País*, Madrid, 19 de octubre de 2005. Disponible en: https://elpais.com/diario/2005/10/19/futuro/1129672806_850215.html; Zaki, Jamil y Ochsner, Kevin, “The neuroscience of empathy: progress, pitfalls and promise”, en *Nature Neuroscience*, vol. 15, 12/04/2012, pp. 675-680; disponible en: <http://www.nature.com/neuro/journal/v15/n5/abs/nn.3085.html>; Johnson, Sheri Lynn *et al.*, “When Empathy Bites Back: Cautionary Tales from Neuroscience for Capital Sentencing”, en *Fordham Law Review*, 2016, vol. 85, pp. 573-598; disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2598&context=facpub>

26. Diges, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos”, *Aequitas*, 2014, pp. 13-55. Disponible en: <http://www.pensamiento-penal.com.ar/system/files/2015/02/doctrina40595.pdf>; Loftus, E. y Ketcham, K, *Juicio a la Memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*, Barcelona, Alba Editorial, 2010; Ibáñez, A., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 118-120; Wagner, A., “Can neuroscience identify lies?”, en *A Judge's Guide to Neuroscience: A Concise Introduction*, Santa Barbara, Universidad de California, 2010; disponible en: <http://web.stanford.edu/group/memorylab/Publications/papers/LawNeuroGuide.pdf#page=20>

27. Pascual, Leo; Rodrigues, Paulo y Gallardo-Pujol, David, “How does morality work in the brain? A functional and structural perspective of moral behavior”, en *Frontiers in Integrative Neuroscience*, 12/09/2013. Disponible en: <http://journal.frontiersin.org/article/10.3389/fnint.2013.00065/full>; Crockett, Molly, “The Neuroscience of moral decision making”, en *Edge*, 18/11/2014; disponible en: https://www.edge.org/conversation/molly_crockett-molly-crockett-the-neuroscience-of-moral-decision-making; Roskies, Adina, “Neuroethics: The origins of morality” en *Nature*, vol. 472, 13/04/2011; disponible en: <http://www.nature.com/nature/journal/v472/n7342/full/472166a.html>; Slachevsky, Andrea, Silva, Jaime, Prenafeta, María Luisa y Novoa, Fernando, “La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral”, en *Revista Médica de Chile*, vol. 137, N° 3, 2009; disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872009000300015

28. Morse, Stephen J. y Newsome, William T., *Criminal Responsibility, Criminal Competence, and Prediction of Criminal Behavior.*, In *A Primer on Criminal Law and Neuroscience: A*

análisis ético (neuroética),²⁹ el desarrollo del cerebro adolescente³⁰ y su plasticidad,³¹ entre otros.

Así, puede que los conocimientos que brinden las Neurociencias sobre estos y otros temas tengan alcance para pensar, diseñar y regular criterios-prácticas legales, teorías jurídicas y programas de políticas públicas, por lo que el Derecho no debe estar al margen de los aportes que se difundan y tiene que tomarlos en consideración para revisar sus prácticas.

Principales áreas de investigación en Neurociencias. Relación desde el Derecho

Toma de decisiones

Una de las principales áreas de investigación se centra en la toma de decisiones. En todo momento y en diferentes ámbitos debemos hacer

contribution of the Law and Neuroscience Project, supported by the MacArthur Foundation, by Morse, Stephen J., and Adina L. Roskies eds., editado por Stephen J. Morse y Adina L. Roskies, Oxford University Press, 2013.

29. Berlanga, Alfonso, “Origen y desarrollo de la neuroética: 2002-2012”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 28, 2013, pp. 48-60. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo4.pdf>; Ibañez Agustín y Salles, Arleen, “¿Las neurociencias amenazan a la filosofía?”, en *La Nación*, 03/01/2016; disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1858381-las-neurociencias-amenazan-a-la-filosofia-agustin-ibanez-y-arleen-salles>

30. Manes, Facundo, “El misterio del cerebro adolescente”, en *La Nación*, 19/07/2013. Disponible en: <https://facundomanes.com/2013/07/19/el-misterio-del-cerebro-adolescente/>; Tennison, Michel y Pustilnik, Amanda, “And if you friends jumped of a bridge, would you do it too?: How Developmental Neuroscience can inform legal regimes governing adolescents”, en *Indiana Law health Review*, 2015; disponible en: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2557&context=fac_pubs; “En construcción. El cerebro adolescente bajo la lupa”, Universidad de la República de Uruguay, 10/03/2014; disponible en: <http://www.universidad.edu.uy/prensa/renderItem/itemId/34978>; Johnson, Sara B.; Blum, Robert y Giedd, Jay N., “Adolescent Maturity and the Brain: The promise and pitfalls of Neuroscience Research in Adolescent Health Policy”, en *Journal of Adolescent Health*, 2009; disponible en: [http://www.jahonline.org/article/S1054-139X\(09\)00251-1/fulltext](http://www.jahonline.org/article/S1054-139X(09)00251-1/fulltext); “Vinculan lesiones cerebrales con delincuencia”, en *BBC Ciencia Mundo*, 10/11/2010; disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/11/101110_lesion_cerebral_delincuencia_men

31. Giedd, Jay N., “La plasticidad del cerebro adolescente”, en *Investigación y Ciencia*, 2015, N° 467. Disponible en: <http://www.investigacionyciencia.es/revistas/investigacion-y-ciencia/las-singularidades-del-cerebro-adolescente-642/la-plasticidad-del-cerebro-adolescente-13397>

elecciones³² (en lo personal, en el trabajo, en la familia, etc.), y suele suceder que en muchas ocasiones ello se convierte en una tarea difícil. Algunas veces enfrentamos decisiones simples y otras más complejas. En oportunidades adoptamos una medida y luego la cuestionamos, llegamos a preguntarnos cómo es que escogimos eso. Tener la posibilidad de ampliar el campo de conocimiento sobre la manera en que decidimos, saber si responde a una cuestión de carácter racional o emocional,³³ si nuestras decisiones son libres o determinadas,³⁴ así como si somos conscientes al momento de elegir, puede ayudar a comprendernos mejor, a disminuir tensiones y a mejorar nuestras decisiones.

Si establecemos una relación con las ciencias jurídicas sobre la base de estudios relacionados con el proceso decisorio,³⁵ podría suceder que el Derecho en algún momento necesite repensar, por ejemplo, la teoría de la decisión judicial.³⁶ Justamente, si nos remitimos al escenario judicial,³⁷ los operadores toman un sinnúmero de decisiones a diario que provocan modificaciones en la vida de las personas que atraviesan los estrados, y algunas de ellas muchas veces resultan imposibles de ser reparadas en forma ulterior (como decidir sobre la libertad de una persona, dar en adopción a un niño, etc.).

32. Manes, Facundo, “¿Cómo se comporta el cerebro ante la toma de decisiones?”, en *Infobae*, 22/09/2015. Disponible en: <https://facundomanes.com/2015/09/22/como-se-comporta-el-cerebro-ante-la-toma-de-decisiones/>

33. Bachrach, Stanislaw, “El 95% de las decisiones son emocionales”, en *La Nación*, 28/04/2013. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1577010-estanislaw-bachrach-el-95-de-las-decisiones-son-emocionales>

34. Manes, Facundo, “¿Quién decide cuando decidimos?”, en *La Nación*, 13/04/2016. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1888834-quien-decide-cuando-decidimos>

35. Kahneman, Daniel (Premio Nobel de Economía 2002), “Trabajo: La toma de decisiones en contextos de incertidumbre y el desarrollo de la teoría de las perspectivas”. Disponible en: <https://www.mejoracompetitiva.es/2014/12/daniel-kahneman-y-la-toma-de-decisiones-con-incertumbre/>

36. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

37. Valerio, María, “¿Qué ha desayunado señor Juez?”, en *El Mundo*, 19/04/2011. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2011/04/12/neurociencia/1302588313.html>

Prueba

En contexto judicial, las decisiones que se toman se basan en pruebas. Si nos circunscribimos al proceso penal, cuántas veces se incurre en fallas al momento de recibir una declaración testimonial, realizar un reconocimiento en rueda de personas o un reconocimiento fotográfico.

Ello se relaciona con el testimonio o reconocimiento que la víctima o el testigo pueda dar, y resulta difícil valorar la deposición: analizar la exactitud de la memoria y la credibilidad del testigo,³⁸ discriminar un recuerdo verdadero de uno falso.³⁹ Para ello resulta fundamental, entre otras cosas, conocer técnicas para la correcta formulación de preguntas. Aportes relacionados a estas y otras cuestiones están siendo estudiados desde la disciplina conocida como *psicología del testimonio*.

Memoria

En los medios de prueba anteriormente nombrados, la *memoria*⁴⁰ desempeña un papel primordial. A través de diferentes estudios, los neurocientíficos han precisado que la memoria no es algo estático, al contrario, es inestable; se pueden agregar o quitar datos cada vez que evocamos un recuerdo.⁴¹ Advierten también sobre posibles distorsiones de la memoria,⁴² así como sobre la dificultad que presenta dilucidar si una persona está diciendo la verdad: *la validez y credibilidad de su testimonio*.⁴³ Conocer si lo que una persona dice es cierto o no es un tema que ha

38. Diges, Margarita, *Testigos, sospechosos y recuerdo falsos*, Madrid, Trotta, 2016; Loftus, Elizabeth y Ketcham, Katherine, *Juicio a la memoria: Testigos presenciales y falsos culpables*, Barcelona, Alba, 2010; Deanesi, Laura, “Introducción a la psicología del testimonio. Nuevas perspectivas”, trabajo presentado en la jornada Nuevas perspectivas en Derecho Penal, realizada en el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

39. Abe, N., Okuka, J., Suzuki, M., Sasaki, H., Matsuda, T., Mori, E., Tsukada, M. y Fujii, T., “Neural correlates of true memory, false memory, and deception”, en *Cerebral Cortex*, 2008. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2583150/>

40. Platón afirmaba que era una huella. Aristóteles decía que era la conservación del movimiento.

41. Manes, Facundo, “Así funciona tu memoria”, en *El País*, 10/03/2016. Disponible en: <https://facundomanes.com/2016/03/10/asi-funciona-tu-memoria/>

42. Bliss, Tim; Collingridge, Graham y Morris, Richard, ganadores del Brain Prize por sus estudios sobre el recuerdo y la memoria en el 2016.

43. Querejeta, Luis Miguel, “Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental”, en *Eguzkilore*, N° 13, 1999, pp. 157-168. Disponible en: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/3343253/Eguzkilore+13-12.+Querejeta.pdf>

despertado enorme interés desde tiempos remotos y, cada sociedad ha intentado hallar métodos que permitiesen efectuar dicha disquisición.

Los métodos empleados para ello fueron muchos. Desde antaño⁴⁴ se ha intentado someter al sospechoso a pruebas para evaluar si decía la verdad. Han existido algunas formas primitivas de llevar esta tarea a la práctica, tales como la tortura, el combate o las ordalías (también conocidas como el juicio de Dios), cuya finalidad consistía en detectar la mentira y la culpabilidad, y también se utilizaban para obtener una confesión.

Algunos métodos tenían un basamento religioso y otros, respuestas fisiológicas ante el miedo. Por ejemplo, el procedimiento utilizado por los israelitas consistía en hacer que la persona respecto de quien se dudaba tocara con la lengua un hierro al rojo vivo; si se quemaba, se entendía que mentía. Los chinos hacían que masticase granos de arroz y una vez que se hacía polvo, la persona debía escupirlo; si el polvo de arroz estaba seco, significaba que mentía. Los bretones hacían que el sospechoso deglutiese una rebanada de pan seco con queso; si le costaba tragarlo, indicaba que no estaba diciendo la verdad.

Los métodos hoy en día más conocidos son el polígrafo⁴⁵ (mide el pulso cardíaco, la transpiración y la respiración) y el escáner cerebral⁴⁶ a través de la imagen por resonancia magnética funcional (mide el incremento de flujo en las distintas áreas del cerebro). Ambas técnicas son diferentes,⁴⁷ aunque coinciden en asumir que la mentira implica

44. Domínguez Trejo, Benjamín, *El estudio de las mentiras verdaderas*, Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2004.

45. Anta, Juan Ángel, "Detección del engaño: polígrafo vs. análisis verbo-corporal", en *Dialnet*, La Rioja, 2012. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4111972>; Maschke, George, Scalabrini, Gino, "The Lie behind the Lie Detector", en *Anti Polygraph.org*, 2005; disponible en: <https://antipolygraph.org/lie-behind-the-lie-detector.pdf>

46. McCabe, D. P., Castel, A. D. y Rhodes, M. G., "The influence of fMRI lie detection evidence on juror decision-making", en *Behavioral Sciences and the Law*, 2011. Disponible en: <http://castel.bol.ucla.edu/publications/McCabe%20Castel%20Rhodes%20BSL%20in%20press.pdf>; Langleben, Daniel D. et al., "Polygraphy and Functional Magnetic Resonance Imaging in Lie Detection: A Controlled Blind Comparison Using the Concealed Information Test", en *The Journal of Clinical Psychiatry*, 2016; disponible en: <http://www.psychiatrist.com/JCP/article/Pages/2016/v77n10/v77n1027.aspx>

47. Phillips, Adam, "Illuminating Lies with Brain Scan Outshines Polygraph Test", en *Neuroscience News*, 2016. Disponible en: <http://neurosciencenews.com/fmri-lie-detection-5432/>

correlatos neurológicos estables y detectables. También se ha experimentado con las llamadas “drogas de la verdad”. Actualmente, en otros países existen empresas privadas que comercializan servicios de detección de mentiras en procedimientos judiciales.⁴⁸

Otros estudios

Por otro lado, es necesario precisar que desde un punto de vista doctrinal de carácter fundamental, se estudian y analizan aspectos relacionados con la acción o conducta voluntaria, estados mentales, inimputabilidad, teorías de la pena, capacidad disminuida y responsabilidad.

Examinar y establecer el impacto que cada uno de los temas antes mencionados podría tener en el campo del Derecho, a las luz de los avances neurocientíficos, requiere un trabajo aparte.

CEREBRO ADOLESCENTE

Neurociencias y justicia penal juvenil

Quisiera que no mediara tiempo alguno entre la edad de 10 y 23, o pasar la juventud durmiendo porque no hay nada durante ese intervalo, solo hay muchachas embarazadas, se ofende a los mayores, se roba y se pelea.

William Shakespeare.⁴⁹

El pasaje de Shakespeare citado, de hace poco más de 400 años, resume en cierta forma cómo aún hoy en día los adultos consideran al adolescente: algunos con preocupación, otros como un problema y hay quienes los miran con rechazo.

Sabemos que la adolescencia no es un fenómeno nuevo, aunque puede serlo terminológicamente. Mucho se ha estudiado desde diferentes disciplinas sobre los cambios que experimenta el ser humano en su paso de la infancia a la edad adulta, y a lo largo de la historia fueron varios quienes describieron, explicaron e ilustraron esta etapa (científicos, filósofos, artistas).

48. Cephos –para proceso civil y penal–. Disponible en: <http://www.cephoscorp.com>, No Lie MRI; disponible en: <http://www.noliemri.com> –usado inclusive para testigos– y Brain Fingerprinting Laboratories; disponible en: <http://www.brainwavescience.com>

49. Shakespeare, William, *The Winter's Tale*, Acto III, Escena iiiii, 1.611.

Se ha precisado que la juventud o adolescencia representa un momento crítico en la vida de las personas, y que en esta etapa se produce un considerable crecimiento físico y psíquico, caracterizado también por cambios biológicos y hormonales, lo que también resulta perfectamente observable.

En esa transición⁵⁰ de la infancia a la vida adulta se experimentan un sinnúmero de planteos y sensaciones encontradas, como encerrarse, aislarse, o por el contrario intentar gustar. Se experimenta nada más ni nada menos que la maduración de la personalidad.

Hace aproximadamente veinte años, se consideraba que el mayor desarrollo cerebral se daba en los primeros años de vida, pero en ese entonces no se contaba con medios tecnológicos que permitiesen observar el interior del cerebro humano vivo ni monitorear su desarrollo a lo largo del tiempo. Recién hacia la última década se comenzaron a hacer estudios de imagen cerebral, como las imágenes por resonancia magnética funcional, que permitieron a los neurocientíficos ver el interior del cerebro humano de diferentes edades en funcionamiento, así como realizar un seguimiento para observar los cambios que va sufriendo con el paso del tiempo en su estructura y en sus funciones cerebrales.

Los nuevos medios tecnológicos posibilitaron realizar capturas de imagen del interior del cerebro de muy alta resolución, como una fotografía (imagen por resonancia magnética), así como también observarlo en movimiento (imagen por resonancia magnética funcional). Esto ha originado un enorme cambio en la manera de concebir el desarrollo del cerebro.

El comportamiento de los adolescentes no suele pasar desapercibido. Se expresa distinto al adulto y en la actualidad se sabe que eso se debe fundamentalmente a las diferencias en el desarrollo anatómico (peso y tamaño, cantidad de conexiones) y funcional de su cerebro (organización). El cerebro de los jóvenes no es igual que el de los adultos.⁵¹

50. Cohen, Alexandra; Bonnie, Richard y Taylor-Thompson, Kim y Casey, BJ, "When does a juvenile become an adult? Implications for law and policy", en *Temple law review*, 2016. Disponible en: http://www.lawneuro.org/_resources/pdf/CaseyCohenEtAl_Temple.pdf

51. The MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience, "How should justice policy treat young offenders?", febrero de 2017. Disponible en: http://www.lawneuro.org/adol_dev_brief.pdf

En este sentido, desde las Neurociencias se ha explicado que, si bien el cerebro adquiere su máximo tamaño al finalizar la infancia, en los años posteriores cambia su estructura. Esto quiere decir que algunas áreas crecen, otras se reducen y están aquellas que solamente se reorganizan; en pocas palabras, el cerebro se reordena.

Esos cambios llevan al adolescente a desenvolverse de manera extraña o inentendible para los adultos, muchas veces incomprensible incluso para ellos mismos, sea en su interacción en el ámbito familiar, escolar, deportivo o social. Basta con hacer pausa un momento en esta lectura e intentar recordar episodios de nuestra adolescencia.

Sobre la base de diferentes técnicas de investigación (como las neuroimágenes anteriormente descritas), desde hace algunos años los neurocientíficos se han encargado de observar las características y diferencias, tanto estructurales como funcionales, del cerebro adolescente y adulto, y existen estudios que revelan que el cerebro podría terminar su proceso de maduración hacia la tercera década de vida.⁵²

Desde las Neurociencias se ha explicado que los adolescentes más jóvenes están impulsados por el sistema límbico (más primitivo), la parte involucrada en el procesamiento de las emociones y de recompensas (tanto al hacer cosas divertidas como al correr riesgos), mientras que la corteza prefrontal, encargada de regular la toma de decisión, la planificación, el control de impulsos e inhibición, el juicio, la autoconciencia e impedir que corramos riesgos excesivos, está en desarrollo en la adolescencia y no es tan fuerte sino hasta los 25 años. Por lo tanto hay una década en la que predomina el desequilibrio entre la emoción y la razón.

Sin embargo, este es un período de la vida en la cual el cerebro es particularmente adaptable y plástico,⁵³ lo cual implica una oportunidad para desarrollar el aprendizaje y la creatividad, que será fundamental para la educación y el desenvolvimiento social. Este es un punto que cobra par-

52. Roca, María, "El cerebro termina de madurar alrededor de los 30 años", en *La Nación*, 19/04/2017. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/2013400-maria-roca-el-cerebro-termina-de-madurar-alrededor-de-los-30-anos>

53. Giedd, Jay, "La plasticidad del cerebro adolescente", *Revista Investigación y Ciencia*, N° 467, agosto de 2015. Disponible en: <http://www.investigacionyciencia.es/revistas/investigacion-y-ciencia/las-singularidades-del-cerebro-adolescente-642/la-plasticidad-del-cerebro-adolescente-13397>

particular importancia en el trabajo a desarrollar con jóvenes que atraviesan la instancia de un proceso penal juvenil, estén o no privados de libertad.

A su vez, los estudios revelan que la velocidad de este proceso de desarrollo es diferente en las mujeres y en los hombres:⁵⁴ es más rápido en ellas. La inestabilidad se produce por igual en ambos sexos, a raíz de los ligeros cambios que sufre ese último período de maduración.

Se ha difundido también que las decisiones que toman los adolescentes, la forma en que expresan sus emociones (la capacidad menor para controlarlas), su impulsividad, cómo valoran el riesgo,⁵⁵ la capacidad para realizar un juicio o planeamiento, la obtención de recompensas rápidas, su foco en vivir el presente y la predilección por la interacción con pares (se modifica la forma en que se relacionan socialmente, se distancian de los adultos, experimentan la independencia) es sustancialmente distinta a la del adulto ya que su cerebro aún se encuentra inmaduro.⁵⁶

Los adultos solemos olvidar nuestro paso por la adolescencia y no comprendemos por qué los jóvenes hacen lo que hacen. Vemos que son proclives a tomar riesgos,⁵⁷ se tatúan,⁵⁸ experimentan el consumo de cigarrillos (tabaco), drogas y alcohol.⁵⁹ También se comprueba en la forma en que conducen a alta velocidad, muchas veces en estado de ebriedad⁶⁰

54. González, Francisco, “La adolescencia afecta igual a chicos y chicas?”, en *El País*, 11/11/2011. Disponible en: <http://web3.eldia.es/criterios/2011-11-11/23--adolescencia-afecta-igual-chicos-chicas.htm>

55. Steinberg, Laurence, “Risk taking in adolescents”, en *Current Directions Psychological Science*, abril de 2007. Disponible en: http://www.wou.edu/~tblستا/web/texbook/o8_Risk_Taking.pdf

56. Gruber, Staci y Yurgelun-Todd, Deborah, “Neurobiology and the Law: A Role in Juvenile Justice?”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 3:321, 2006. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/de3c/5b9b9b5d8de9c36df5fa1d20698be3581935.pdf>

57. Spear, L. P., “The adolescent brain and age-related behavioral manifestations”, en *Neuroscience Biobehavioral Reviews*, 2000. Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.461.3295&rep=rep1&type=pdf>

58. Tennison, Michely Pustilnik, Amanda, “And if you friends jumped of a bridge, would you do it too?: How Developmental Neuroscience can inform legal regimes governing adolescents”, en *Indiana Law health Review*, 2015, pp. 567-571. Disponible en: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2557&context=fac_pubs

59. Swahn, M. H., Bossarte, R. M. y Sullivent, E. E., “Age of alcohol use initiation, suicidal behavior, and peer and dating violence victimization and perpetration among high-risk, seventh-grade adolescents”, en *Rev. Pediatrics*, 2008.

60. Centers for Disease Control and Prevention (CDC), “Youth risk behavior surveillance”, 2007.

escuchando música extremadamente fuerte. Sabemos también que se inclinan por mantener relaciones sexuales sin cuidados. Se vinculan con situaciones delictivas, en las que predominan los hechos perpetrados con la intervención de varias personas. También mantienen peleas con otros grupos de pares, compiten y buscan predominio de poder.

Así, la falta de madurez en el desarrollo del cerebro adolescente muchas veces se traduce en el problema que tienen los jóvenes para tomar decisiones que resulten beneficiosas para ellos, en las dificultades para controlar sus impulsos y en la exposición a situaciones riesgosas. Principalmente se observa que son los varones quienes intentan poner a prueba el límite hasta el cual pueden llegar, lo cual se observa inclusive en la trasgresión a la ley.

Los neurocientíficos explican que buscan lo que se conoce como “recompensa inmediata”, viven experiencias intensas, no valoran el riesgo y sólo miran lo que van a obtener como gratificación, sin medir las consecuencias.

En la adolescencia parecería que se produjeran cortocircuitos a nivel cerebral. No podemos comprender qué es lo que el adolescente hace, y parte de dicha explicación responde a que el cerebro se está reorganizando. En diferentes áreas se concreta lo que es conocido como “poda sináptica o neuronal”⁶¹ (las conexiones entre neuronas más utilizadas se fortalecen y subsisten, mientras que las menos utilizadas se eliminan). Los neurocientíficos han precisado que parte de la inestabilidad del adolescente responde al desfase temporal (desajuste en la maduración)⁶² con que se desarrollan dos importantes procesos: uno dado por la lenta maduración de la corteza prefrontal y el otro, por los cambios del sistema límbico (se intensifica).

En síntesis, desde las Neurociencias se explica que en el cerebro adolescente predomina el uso del sistema límbico (donde priman las emociones) mientras que se desarrolla poco a poco la corteza prefrontal (funciones ejecutivas), y esto es parte de lo que genera episodios de desequilibrio.

61. De Caro, Duilio M., “El estudio del cerebro adolescente; contribuciones para la psicología del desarrollo”, V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional de Psicología, Buenos Aires, Facultad de Psicología - UBA, 2013. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-054/332>

62. Manes, Facundo, “El impulso adolescente”, en *La Nación*, 06/07/2016. Disponible en: <https://facundomanes.com/2016/07/06/el-impulso-adolescente/>

A su vez, empiezan a experimentar la independencia de los padres y maestros y priorizan las relaciones con pares, por lo tanto cambia el sistema de aprendizaje. Cuando el adolescente atraviesa un proceso penal juvenil, parte de la preocupación de los padres reside en que sus hijos no les hacen caso, inclusive a pesar de todo lo que les dan.

Ese paso hacia la edad adulta se caracteriza por cambios a nivel físico, social, psicológico, emocional y mental, incluido también el despertar sexual. Todo ello está acompañado de las experiencias con otras personas y situaciones.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, será necesario prestar especial atención a las decisiones que se tomen, por ejemplo, en el contexto de un proceso penal juvenil, toda vez que ello repercutirá en el desarrollo del cerebro adolescente. Resulta interesante observar también los estudios realizados sobre jóvenes adultos,⁶³ que si bien resultan ser mayores para la ley, tienen un cerebro que aún continúa desarrollándose.

Discutir la edad a partir de la cual resulta conveniente fijar la edad de imputabilidad,⁶⁴ analizar qué sistema de justicia penal juvenil puede resultar más adecuado para el abordaje de jóvenes en conflicto con la ley, pensar cómo podrían trabajar los adolescentes en la construcción de un camino de responsabilidad, cuáles son sus limitaciones y qué estimular, son algunos de los temas de estudio que, si bien no es tarea de los neurocientíficos determinar, pueden acercar conocimientos que permitan realizar una valoración estrictamente especial desde el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial.

Los profesionales que integran el campo de las Neurociencias podrán contribuir a echar luz sobre cuestiones atinentes al funcionamiento del cerebro y del sistema nervioso adolescente y su relación con la conducta, que permitan discutir con mayor conocimiento y profundidad el diseño y la implementación de políticas públicas en torno al sistema juvenil,

63. Scott, Elizabeth; Bonnie, Richard y Steinberg, Laurence, "Young adulthood as a transitional legal category: science, social change, and justice policy", en *Fordham Law Review*, 2016. Disponible en: http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/ScottBonnieSteinberg_November.pdf

64. Mercurio, Ezequiel y López, Florencia, "Cerebro y Adolescencia: Implicancias jurídico penales", conferencia pronunciada por el Dr. Ezequiel N. Mercurio en la sesión pública extraordinaria de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires el 13 de octubre de 2009, acto organizado por el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/doctrina44831.pdf>

impulsar la modificación o sanción de leyes especializadas adecuadas a ello y mejorar las prácticas en materia de justicia penal juvenil.

Esto conlleva a la necesidad de diagramar una agenda de estudio y trabajo propia (desde el campo de conocimiento del Derecho), que atienda a la problemática de los jóvenes que infringen la ley de acuerdo a la realidad local de nuestro país. Es así que desde hace algún tiempo, en ámbitos académicos de otros países, e inclusive más recientemente en Argentina, existen laboratorios y centros de estudio que relacionan Neurociencias y Derecho, así como también encuentros de capacitación destinados al ámbito judicial.⁶⁵

Entre estos espacios de estudio se puede mencionar el Centro Petrie-Flom para la Política de Derecho de Salud, Biotecnología y Bioética,⁶⁶ la iniciativa de Neurociencia y Derecho desarrollada en la Universidad de Medicina de Baylor, la Asociación Europea de Neurociencia y Derecho,⁶⁷ el Proyecto de Derecho y Neurociencia de la fun-

65. “Neurociencias y Derecho”, Ciclo de conferencias de Derecho Penal: Neurociencia, Universidad Católica de Cuyo, 2014; Jornada sobre Neurociencias y Derecho, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2015; Simposio de Derecho y Neurociencias para Magistrados, Universidad Torcuato Di Tella, 2015; Seminario Anual de Neurociencias y Derecho, Colegio de Abogados de San Isidro, 2015; Jornada “Avances en Neurociencias y Derecho Penal Juvenil”, Colegio de Abogados de San Isidro, 2015; Neurociencias y Derecho: nuevos caminos en justicia restaurativa, Universidad de San Isidro, 2016; Jornada “Neurociencias y su impacto en el Derecho”, Colegio de Magistrados y Funcionarios de Zárate, Campana, 2016; Jornada “Neurociencias y Derecho”, Asociación de Magistrados y Funcionarios de La Matanza, 2017. En otros países: “Las Neurociencias y el Derecho”, Palacio de Justicia de Milán, Universidad de Pavia, 2008; Neuroscience European and North American Case Law, Universidad de Pavia, 2010; Seminario Internacional: “Neurociencia y Derecho Penal”, Universidad de Toledo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2011; Exposición bibliográfica “Neurociencias y responsabilidad penal”, Universidad Autónoma de Madrid, 2012; Colloquium on Law, Neuroscience and Criminal Justice, Stanford Law School Palo Alto, California, 2013; Colloquium for Federal Judges on Law, Neuroscience and Criminal Justice, Universidad de Vanderbilt, 2014; Seminario permanente en Neurociencia Jurídica y Psicopatología Forense, Universidad Autónoma de México; Curso Internacional de actualización en Derecho Penal: Neurociencia y sistema penal, Asociación de Jueces de Paraguay, 2015; Debate la Neurociencia y su relación con el Derecho Procesal, Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho, 2016.

66. “The Petrie-Flom Center at Harvard Law School”, Proyecto de Derecho y Neurociencia aplicada. Disponible en: <http://petrieflom.law.harvard.edu/>

67. European Association for Neuroscience and Law, Centro Europeo de Derecho, Ciencia y Nuevas Tecnologías de la Universidad de Pavia, y el Laboratorio de Neurociencias y Sociedades, Cerebro y Ciencias del Comportamiento de la Universidad de Pavia. Disponible en: <http://www.neurolaw-eanl.org/wordpress/about-us-2/>

dación MacArthur en la Universidad de Vanderbilt⁶⁸ y el Instituto de Neurociencia y Derecho,⁶⁹ entre otros.

Diferentes áreas son las que se están explorando, entre las cuales se mencionan las técnicas de imágenes cerebrales para detectar la memoria y la mentira, la impulsividad en los jóvenes, el procesamiento de información en personas con adicción a estupefacientes, los efectos que produce en la toma de decisión del jurado cuando se le exhiben pruebas de neuroimagen, responsabilidad, la toma de decisión judicial, el razonamiento legal moral, el desarrollo del cerebro adolescente y la justicia juvenil, la detección de dolor, la posibilidad de predecir conductas futuras, así como, desde otras áreas, estudiar las posibles implicancias éticas y legales en el estudio del cerebro (neuroética).

Entre otros proyectos de investigación sobre el cerebro, es de destacar el proyecto de EE. UU. denominado BRAIN,⁷⁰ destinado a componer un mapa de toda la actividad del cerebro humano, y el proyecto de la Unión Europea llamado The Human Brain Project,⁷¹ tendiente a que los investigadores simulen el cerebro humano y mapeen las enfermedades cerebrales.

Los aportes brindados desde las Neurociencias no sólo están siendo debatidos para estudiar su relación y las posibles implicancias en otros campos de saber, como el Derecho, sino que la evidencia aportada sobre el conocimiento del cerebro y el sistema nervioso ya ha sido empleada y admitida en procedimientos judiciales, como ser las imágenes por resonancia magnética funcional como prueba en la detección de mentiras o en casos de decisión judicial dentro de causas que han involucrado a menores de edad. Llevándolo a la práctica, en lo que concierne al procedimiento penal que involucra a jóvenes infractores, algunos tribunales se han valido de evidencia neurocientífica para resolver los casos que se le presentaban.

68. Vanderbilt University, The MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience. Disponible en: <http://www.lawneuro.org/>

69. Instituto de Neurociencia y Derecho, Fundación INECO. Disponible en: <http://www.fundacionineco.org/inede>

70. Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies. Disponible en: <https://www.braininitiative.nih.gov/>

71. The Human Brain Project. Disponible en: <https://www.humanbrainproject.eu/en/>

Así, si nos abocamos a la recepción jurisprudencial, existen procesos relevantes sustanciados por la Corte Suprema de Estados Unidos,⁷² en los cuales se ha utilizado prueba neurocientífica para fundar la decisión sobre los hechos llevados a su conocimiento. Dos de esos importantes y trascendentales precedentes son “Roper vs. Simmons”⁷³ (2005) y “Graham vs. Florida”⁷⁴ (2010). En el primero se ha establecido la inconstitucionalidad de imponer pena capital para jóvenes menores de 18 años. En el segundo se determinó que los jóvenes menores de 18 años no pueden ser condenados a cadena perpetua sin la posibilidad de acceder a libertad condicional en delitos no relacionados con homicidio. Años más tarde, a través del fallo “Miller vs. Alabama”⁷⁵ (2012), se amplió el criterio de “Graham vs. Florida”, al hacerse extensiva la posibilidad de acceder a un beneficio a la privación de libertad inclusive en casos de homicidio.

En Argentina, el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Roper vs. Simmons” ha sido receptado y citado en los considerandos de “Maldonado”,⁷⁶ emitidos el 7 de diciembre de 2005 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En un fallo más reciente, dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro⁷⁷ (2015), se recepta lo oportunamente postulado por la Defensoría General, al sostener el recurso impetrado por la defensa de instancia, cuando cita

72. Scott, Elizabeth, Grisso, Thomas, Levick, Marsha y Steinberg, Laurence, “Juvenile sentencing reform in a constitutional framework”, en *Temple Law Review*, 2016. Disponible en: http://www.lawneuro.org/_resources/pdf/ScottEtAl_Temple.pdf

73. Fallo SCUS: 543, “Roper vs. Simmons”, sentencia del 1 de marzo de 2005, U.S. 551. Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/04pdf/03-633.pdf>

74. Fallo SCUS: 560, “Graham vs. Florida”, sentencia del 17 de mayo de 2010, U.S. 48. Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412.pdf>

75. Fallo SCUS: 567, “Miller vs. Alabama”, sentencia del 24 de junio de 2012, U.S. 460. Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-9646g2i8.pdf>

76. Fallos CSJN: 328:4343, “M., D. E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, sentencia del 07/12/2005.

77. STJ de Río Negro, “B., H.A. s/robo en lugar poblado y en banda s/casación”, sentencia del 11 de noviembre de 2015, Fallos: 184, Expte. 27969/15 STJ. Disponible en: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver_protocolo.php?id=68501&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=2015&cbo_hasta_dia=30&cbo_hasta_mes=12&cbo_hasta_anio=2015&txt_nro_sentencia=184&cbo_tipo_senten

literatura especializada en neurociencias sobre los adolescentes y sus conductas riesgosas.

Esto conduce nuevamente a preguntarnos si puede establecerse un diálogo entre las Neurociencias y el Derecho.

CONSIDERACIONES

Conocer más sobre los avances de las Neurociencias en relación con el estudio del cerebro y del sistema nervioso, comprender de qué manera impacta en la conducta y evaluar las posibles implicancias y usos que puede tener en el campo del Derecho conlleva la necesidad de prestar particular atención a los desarrollos que se vayan divulgando y generar actividades de estudio, análisis, intercambio y capacitación para lograr mejores resultados en lo personal, social e institucional.

En lo que respecta al trabajo con adolescentes, dicho abordaje interdisciplinar podrá contribuir a mejorar prácticas y decisiones judiciales (tanto en el fuero penal juvenil como en otros), a optimizar la diagramación de políticas públicas relacionadas con el área de niñez, a trabajar con mayores recursos cognitivos en la educación, la construcción de responsabilidad, la reintegración en la familia y en la sociedad respecto de jóvenes que atraviesan un proceso penal juvenil, sea en libertad o en contextos de privación de la libertad, y a profundizar también la discusión legislativa sobre temas que atañen a la modificación o sanción de normas vinculadas con niños, niñas y adolescentes que se adecúen a necesidades reales.

En este sentido, será menester que se brinden capacitaciones a los operadores judiciales sobre este saber para que puedan emitir decisiones que sean realmente operativas y se ajusten a los tiempos y necesidades de los adolescentes. Insisto en la importancia de trabajar interdisciplinariamente para generar verdaderamente un camino de responsabilidad, educación y resocialización. Tengamos presente que “es más fácil criar un joven fuerte, antes que reparar a un adulto quebrado”.⁷⁸

Para finalizar, quisiera llamar a reflexionar sobre el pasaje de Aristóteles en *Ética a Nicómaco* donde se afirma que el comportamiento del individuo durante los años previos a la adultez presenta impor-

78. Washington Bailey, Frederick Augustus (más conocido como Frederick Douglass).

tantes diferencias respecto del comportamiento del sujeto que ha logrado su pleno desarrollo, al decir: “Los jóvenes pueden ser geómetras y matemáticos y sabios en esos dominios, y en cambio, no parece que puedan ser prudentes”.

No debemos olvidar que independientemente de la función o profesión que desarrollemos (padres, maestros, abogados, jueces, fiscales, defensores, psicólogos, psiquiatras, trabajador social, sociólogo, referente religioso, etc.), somos ante todo personas (muñidas de experiencias, recuerdos, emociones, aprendizajes, etc.) que a diario, en la interacción en el medioambiente y en la sociedad, toman decisiones que repercuten en nuestras propias vidas y en la de otros.

Hoy en día, continúan siendo muchas más las preguntas en torno al funcionamiento del cerebro y su relación con la conducta que las respuestas. Sin embargo, es necesario prestar atención al desarrollo que se vaya produciendo en este saber con miras a revisar prácticas y generar mejoras en la administración de justicia. Recordemos que, como dijo Einstein, “si todo nos da igual, estamos haciendo mal las cuentas”.

