

Certificado Des Estudios Avanzados (CAS) en Justicia Juvenil 2017/2018

Trabajo de fin de estudios

El sistema de responsabilidad penal juvenil en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su repercusión en la región.

Alumna: Adriana Zaratiegui

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH- ya mediante sus fallos, ya a través de Opiniones Consultivas ha ido delineando un sistema de justicia juvenil con base en la Convención de los Derechos del Niño –en adelante CDN- y normas que le complementan, efectivizando el mandato del art. 19 de la Convención Americana que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, de modo que gocen de las mismas garantías que los adultos más aquellas que se derivan de su condición de sujetos en desarrollo.

A pesar de tales lineamientos las respuestas que las agencias penales brindan a los niños, niñas y adolescentes -en adelante NNYA- que transitan por el sistema penal, distan aún de los estándares fijados por dicho Tribunal.

Palabras clave:

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Opiniones consultivas; fallos; Convención de Derechos del Niño; justicia juvenil; garantías; situación actual.

The system of juvenile criminal responsibility in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Its repercussion in the region.

Summary

The Inter-American Court of Human Rights - hereinafter the IHR Court - already through its rulings, and through Advisory Opinions, has been drafting a juvenile justice system based on the Convention on the Rights of the Child - hereinafter CDN - and rules that complement, making effective the mandate of art. 19 of the American Convention that orders special protection measures in favor of children, so that they enjoy the same guarantees as adults, plus those that derive from their status as subjects under development. Despite these guidelines, the responses that the penal agencies provide to children and adolescents - hereinafter NNYA - that pass through the penal system, are still far from the standards set by the Court.

Key words: Inter-American Court of Human Rights; Advisory opinions; failures; Convention on the Rights of the Child; juvenile justice; guarantees; Current situation.

1. Introducción

El Máximo Tribunal Internacional en la región se ocupa del tema a partir del caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala¹.

En particular, respecto de Argentina -in re “Mendoza vs. Argentina”² –en cuanto aquí interesa-, en fecha 14 de mayo de 2013, la Corte IDH condenó al país por la imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años –contrariando así los principios de excepcionalidad de la pena de prisión, de privación de la libertad por el menor tiempo posible, de revisión periódica de la necesidad de privación de la libertad y la finalidad de reintegración social de lxs niñxs-.. Asimismo, por la falta de un recurso que permita la revisión amplia –abarcando las cuestiones de hecho y prueba- de las sentencias condenatorias por parte de una instancia superior. Entre las medidas de reparación que dispuso y que trascienden al caso particular, se destacan la obligación del Estado de no imponer penas perpetuas a quienes hayan cometido delitos siendo menores de edad o bien que las personas que se encuentren en esa situación actualmente obtengan una revisión y la obligación de reformar el sistema de impugnación de sentencias penales y el régimen penal juvenil.

No obstante lo resuelto por la CorteIDH, a lo que se suman recomendaciones de organismos internacionales³ y, en el ámbito local, duras críticas y varias propuestas de reforma, en la Argentina el sistema de responsabilidad penal juvenil estatuido bajo el nombre de “Régimen Penal de la Minoridad” por la ley 22278, sigue vigente.

Con el presente trabajo pretendo dar cuenta que los sistemas de justicia juvenil en la región, aún aquellos que se rigen por leyes nacidas al amparo de la CDN, y, con mayor razón en Argentina, continúan operando bajo la lógica tutelar y se alejan así de los estándares fijados por la Corte IDH.

¹ Corte IDH, sentencia Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, del 19 de diciembre de 1999. Serie C No. 63.

² Corte IDH, sentencia Mendoza y otros vs. Argentina, del 14 de Mayo de 2013. Serie C No. 260

³ Corte IDH, sentencia Mendoza y otros vs. Argentina, del 14 de Mayo de 2013. Serie C No. 260

2. De la doctrina de la situación irregular al sistema de protección integral de derechos.-

La denominada doctrina de la “situación irregular” consideraba a lxs N,NyA como objeto de tutela. En virtud de ello lxs juecxs, ya sea que se encontraran frente a la presunta comisión de un delito por parte de una persona menor de edad o que consideraran que se encontraba en situación de riesgo “moral o material”, disponían de la misma por un tiempo no determinado –esto es, sin plazo- con la finalidad de su “protección”.

La CDN- aprobada en el año 1989 por Asamblea General de las Naciones Unidas, implicó una ruptura con este sistema instaurando un nuevo paradigma, a saber, el que considera a los N,NyA como plenxs sujetxs de derecho.

En efecto, tanto la CDN como las otras normas internacionales –anteriores a ella- que se hacen cargo de la temática, a saber las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)⁴, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)⁵ y las Directrices de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)⁶ reconocen a lxs adolescentes como titulares de los mismos derechos y garantías ante la justicia penal que los que corresponden a las personas adultas, más aquellos que se deriven de su especial condición de personas en desarrollo.

Ello ha venido a impactar necesariamente en el derecho penal juvenil que –bajo el amparo de la doctrina de la protección integral de derechos- se caracteriza, según la opinión consultiva OC-17/02 de la Corte IDH sobre condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, por:

i. Reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar efectivamente sus derechos;

⁴ Ver las Observaciones finales sobre Argentina del Comité de los Derechos del Niño de fecha 21/06/2010, en especial el párr. 77 y ss. y la reciente ADVANCE UNEDITED VERSION del 01/06/2018 párr. 43 y 44, donde se recomienda derogar la ley 22278 y el informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 13/07/2011 que critica la ley citada en los párr. 42 y 366

⁵ Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985

⁶ Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990

ii. *Haber surgido con base en “los aspectos críticos” del modelo de la “situación irregular” que imperó en nuestra región por más de ochenta años;*

iii. *Dejar atrás la “judicialización” de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados;*

iv. *Evitar la utilización de “eufemismos justificados por el argumento de la protección”, lo cual impida emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso;*

v. *Brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados, y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo;*

vi. *Adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar;*

vii. *Desarrollar políticas públicas universales, así como “focalizadas y descentralizadas”, tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños; y*

viii. *Establecer un sistema de responsabilidad especial para adolescentes, respetuoso de todas las garantías materiales y procesales.⁷*

Ahora bien, no obstante el mandato que emerge de las normas y las recomendaciones que viene efectuando el Comité de los Derechos del Niño, la adecuación de las legislaciones locales a la CDN, ha sido dispar en Latinoamérica y el camino a recorrer para la efectiva implementación de estos sistemas de justicia juvenil -acordes al nuevo paradigma- no ha sido llano. Aún en países que han sancionado normas respetuosas de los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos, subyacen prácticas del viejo paradigma. En tren de dar una explicación a ello dice Mary Beloff (2015,106-107):

No se sabe bien todavía cómo proteger en una clave diferente. Esto es particularmente evidente en aquellos países donde a pesar de haberse reformado las leyes sobre la base

⁷ de Derechos Humanos, C. I. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Justicia de Menores. párr. 15.

de presupuestos en principio diferentes de los tutelares, los sistemas de protección de derechos continúan operando todavía opera en clave tutelar, en particular en aquellos que sólo adecuaron su derecho interno a los artículos 12, 37 y 40 de la Convención Internacional y que no realizaron una reforma institucional y de los servicios.

Prueba de ello son las recomendaciones que sistemáticamente viene efectuando el Comité de los Derechos del Niño a los países de América Latina y que se pueden agrupar conforme sus notas comunes. Entre otras: 1) Que las normas que se elaboren, garanticen la plena aplicación de las normas de justicia de menores de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, entre otros); 2) Que se vele por que la privación de libertad sea una medida impuesta como último recurso. En tal caso que los locales y condiciones de detención deberán ajustarse a las normas internacionales (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Haití, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, entre otros); 3) Que se procure garantizar que los menores de 18 años detenidos, inclusive en detención preventiva, siempre estén separados de los adultos en prisión (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Haití, Jamaica, Nicaragua, Paraguay, Venezuela, entre otros); 4) Que se desarrollen penas alternativas a la privación de libertad tanto en el sistema jurídico positivo como en el sistema indígena tradicional, como la libertad condicional, la mediación, los servicios a la comunidad, o la condena condicional, siempre que sea posible (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, entre otros); 5) Que se imparta a los jueces, fiscales y otros grupos profesionales especializados educación y formación adecuada sobre lo dispuesto en la Convención, incluida la perspectiva de género, y que se realicen actividades de creación de conciencia sobre los principios del Sistema para que la población entienda y apoye su aplicación (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Haití, Jamaica, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay, entre otros); 6) Que se protejan los derechos de los menores de 18 años privados de libertad y mejore sus condiciones de detención y prisión, sobre todo estableciendo instituciones especiales para ellos en condiciones apropiadas a su edad y sus necesidades y asegurando el acceso a servicios sociales como la salud y la educación en todos los centros de detención del Estado Parte (Brasil, Chile, Colombia, Haití, Jamaica, Panamá, Perú, Uruguay, Venezuela, entre otros);

7) Que se haga todo lo posible para instituir un programa de recuperación y rehabilitación social de los menores después de las actuaciones judiciales (Brasil, Jamaica, Perú, Uruguay, Venezuela, entre otros).⁸

⁸ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos. Recopilación de recomendaciones del comité de los derechos del niño a informes nacionales de estados de la región., págs. 16/17 y 117/154 -<http://nuestravozacolors.org/wp-content/uploads/2017/07/IIN-Recomendaciones-2016.pdf>- consultado el 09/08/2018

3. Las características del sistema de responsabilidad penal juvenil conforme los pronunciamientos de la CortelDH.

Del Derecho Penal Juvenil se ha dicho, que no por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase de autor, se trata de un campo del Derecho propio. Esto es, un derecho que si bien comparte normas y principios del derecho penal de adultos, se ve atravesado por la especial condición de la persona imputada en tanto se trata de una persona en pleno estado de formación y desarrollo.

Así lo ha entendido la Corte IDH la cual ha señalado que en el Sistema Interamericano, y tal como fue señalado en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”, porque los niños, “(...) en razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos”.⁹

Por ende, las garantías consagradas en el artículo 8¹⁰ de la Convención Interamericana de Derechos humanos, “deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o

⁹ de Derechos Humanos, C. I. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Justicia de Menores, párr. 54 y 93. Corte IDH. Sentencia Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, del 24 de febrero de 2011, párr. 121. Corte IDH. sentencia Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 31 de agosto de 2012, párr. 125.

¹⁰ Convención Interamericana de Derecho Humanos (1969). Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”.¹¹ Además, la Corte ha añadido que el artículo 8 de la CADH “debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”¹². De modo tal que, los derechos a las garantías judiciales deben “interpretarse a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños”¹³.

Ese *corpus juris* incluye a la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, y –con base en ellos- la Corte interpreta los derechos aplicables a los niños sometidos a procesos judiciales y otros procesos que siga el Estado.¹⁴

Asimismo la Corte IDH da cuenta 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. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos” y que, “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”¹⁵.

En específica referencia al sistema de justicia penal juvenil, en primer lugar se destaca que ha de tratarse de una justicia especializada. Al respecto la CIDH se ha expedido en la OC 17/02 –párr. 109- y en los casos: “Bulacio contra Argentina” -párr. 136-, “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”-párr. 210 y 213-¹⁶, “Mendoza y otros. Vs. Argentina” –párr. 146 y 147- y “Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela” –párr. 163-.

¹¹ de Derechos Humanos, C. I. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Justicia de Menores. párr. 95. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr.209.

¹² Corte IDH. Sentencia Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de febrero de 2012, párr.196, Corte IDH. Sentencia Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 31 de agosto de 2012, párr. 228

¹³ Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 44.

¹⁴ de Derechos Humanos, C. I. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Justicia de Menores.

¹⁵ de Derechos Humanos, C. I. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Justicia de Menores.

¹⁶ Corte IDH. Sentencia Bulacio Vs. Argentina del 18 de septiembre de 2003, párr. 210. “Este Tribunal ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las

Antes que en la sanción el énfasis ha de ponerse en la prevención. De ello se da cuenta en el caso de los “Niños de la Calle”¹⁷ -párr. 197-, en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” -párr. 149- “Mendoza y otros. Vs. Argentina”-párr. 150- y en el caso “Servellón García y Otros” -párr. 114/116-.

Ello resulta conteste con el principio de intervención mínima y última ratio de la Sanción Penal Juvenil, recogido en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (1985) (en adelante “Reglas de Beijing”) -regla 19-¹⁸, en la CDN, y en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990), en su acápite I sobre “Perspectivas Generales” incisos 1 y 2.¹⁹

De allí la excepcionalidad de la prisión preventiva y de la privación de la libertad lo que ha sido destacado en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, “Mendoza y otros. Vs. Argentina” -párr. 162²⁰-

cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”; “213. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley hasta el 2001, ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, violó los artículos 2 y 8.1 de la Convención, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, respecto de los niños que estuvieron internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.”

¹⁷ Corte IDH, sentencia Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, del 19 de diciembre de 1999. Serie C No. 63. párr. 197 “(...) Al respecto, la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los “niños de la calle” están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia...”

¹⁸ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 (1985). Regla 19: “Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios. 19.1 El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

¹⁹ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 (1990). Acápite I sobre “Perspectivas Generales” incisos 1 y 2: “[...] 1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso. 2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). 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 [...]”

²⁰ Corte IDH, sentencia Mendoza y otros vs. Argentina, del 14 de Mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 162. “Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: (...) 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

Siendo ello así, la prioridad la debe tener la desjudicialización, lo cual fue desarrollado por la Corte en la OC 17/02, en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”²¹, en el caso “Mendoza y otros. Vs. Argentina”²².

Ahora bien, en caso de aplicarse sanción la misma debe darse cuenta de su necesidad y proporcionalidad y sin perjuicio de su naturaleza penal el acento debe estar puesto en su finalidad educativa por lo que se le considera de naturaleza *sui generis*. Así se señaló en el caso de los “Niños de la calle”²³ y en “Mendoza”.

En tanto que en la ejecución de la sanción cobra importancia el principio de flexibilidad en la aplicación de las medidas. La CID aludió al mismo en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” y en el caso “Mendoza y otros. Vs. Argentina”²⁴.

Estados 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”.

²¹ Corte IDH. Sentencia Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, del 27 de abril de 2012, párr. 44.

²² Corte IDH. Sentencia Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, del 27 de abril de 2012, párr. 44.

²³ Corte IDH, sentencia Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, del 19 de diciembre de 1999. Serie C No. 63. párr. 197: “(...) Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”.

²⁴ Corte IDH. Sentencia Mendoza y otros vs. Argentina, del 14 de mayo de 2013. Serie C N° 260. Párr. 162.

4. La situación en Argentina.

Particularmente, en Argentina, la citada ley 22278 denominada “Régimen Penal de la Minoridad”²⁵ resulta un claro exponente del paradigma de la situación irregular en abierta contravención con la CDN y normas internacionales citadas. Bien se dice de ella que se enrola en el derecho penal de autor toda vez que más allá del resultado final del proceso, si el juez o la jueza consideran que N,NyA se hallan en situación de riesgo o presentan problemas de conducta²⁶, pueden disponer del menor y aplicarle las medidas que considere pertinentes por tiempo indeterminado.

Una de las razones que explica con mayor fuerza su mantenimiento en el tiempo es la falta de consenso en relación a la edad de imputabilidad en tanto la pretensión de bajarla – de 16 a 14 años de edad- ha conspirado contra la sanción de una ley acorde a la doctrina de la protección integral de derechos. Incluso en el 2009 un proyecto iniciado en el Senado obtuvo la media sanción pero, justamente, la falta de acuerdo sobre el punto en Diputados, impidió su concreción en ley.

En el año 2017, dentro del programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se convocó a legisladores nacionales, representantes del Poder Judicial Nacional y Provincial, de los ministerios públicos, docentes universitarios, organizaciones relacionadas con la temática y/o a especialistas y/o representantes de distintas áreas con incidencia en educación, salud, medidas restaurativas, protección de derechos de niños, niñas y adolescentes y se delinearon las bases de un anteproyecto de ley penal juvenil, que se encuentra publicado en <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-penal/reforma-penal-juvenil>.

En el marco de dicha convocatoria en la Mesa VIII sobre Definición de imputabilidad de los jóvenes menores de edad, coordinada por el Dr. Martín Casares, Subsecretario de Política Criminal y el Dr. Miguel Cillero Bruñol, especialista internacional en Derecho Penal Juvenil y en Derechos Humanos, perito de la Comisión Interamericana ante la Corte Interamericana en caso Mendoza y otros contra Argentina, y ex consultor de Unicef, con amplia mayoría, los participantes se pronunciaron por mantener la edad de imputabilidad en dieciséis años, por entender que una baja afecta el principio de mínima intervención y de última ratio, viola el principio de progresividad y no regresividad en materia de Derechos

²⁵ Promulgada el 25/08/80 Publicada en el B. O.: 28/08/80 Modificada por la ley 22803, promulgada el 5/5/83 y publicada en el B. O. del 9/5/83.

²⁶ Ley 22278 - Régimen Penal de la Minoridad. Publicada en el B. O.: 28/08/80 “Art. 2: (...) Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera 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”.

Humanos, destacándose que la baja de la edad de imputabilidad no debe implicar una sustitución de políticas públicas por políticas punitivas ni una afectación al Interés Superior del Niño y que los jóvenes necesitan menos respuestas penales y más respuestas restaurativas e inclusivas.

En tanto que la minoría expuso que la mera existencia de delitos graves perpetrados por menores de dieciséis años amerita generar un sistema de responsabilidad penal que no sólo restablezca derechos vulnerados sino que también genere instancias de responsabilidad y reparación de los daños generados.

Por otra parte, se resaltó que el Estado debe propiciar un sistema de prevención con intervención temprana, y que se encuentra obligado a restablecer la paz social, y un camino viable como lo son las medidas restaurativas por fuera del poder judicial.

Finalmente, el proyecto establece la responsabilidad penal de los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años al momento de la comisión del hecho, conforme una fórmula que combina la edad con el monto de pena previsto para el delito que se le atribuya. Así se aplica al adolescente: a) de CATORCE (14) años que cometiere algún delito reprimido con pena máxima de VEINTICINCO (25) años de prisión o más en el Código Penal o en las leyes especiales; b) de QUINCE (15) años que cometiere algún delito reprimido con pena máxima de QUINCE (15) años de prisión o más en el Código Penal o en las leyes especiales; c) mayor de DIECISEIS (16) y menor de DIECIOCHO (18) años que cometiere un hecho previsto como delito de acción pública en el Código Penal y las leyes especiales, con excepción de aquellos reprimidos con pena máxima de prisión igual o menor a TRES (3) años, o sancionados con pena de multa o inhabilitación como pena principal.

Frente al escenario más arriba descrito, ya sea en el caso de ausencia de normas que recojan las disposiciones de la CDN, ya por prácticas que contrarían o desvirtúan la nueva normativa, el papel de la Corte IDH es fundamental ya que los países firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos deben llevar a cabo el control de convencionalidad y su jurisprudencia es de acatamiento obligatorio según lo estableció la propia Corte en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*²⁷. Además, los criterios que los tribunales internacionales van fijando son generadores de nuevas y mejores prácticas por parte de los operadores.

²⁷ Corte IDH, sentencia *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Ahora bien –como dijera- en Argentina pese a que la CIDH instó el cambio del Régimen de la Minoridad el mismo sigue vigente, razón por la cual podría sostenerse que la repercusión de los fallos del Máximo órgano de la Convención Americana de Derechos Humanos es baja. Sin embargo han sucedido cambios en el ámbito normativo, jurisprudencial y prácticas institucionales que repercutieron favorablemente en el sistema. En tal sentido, cabe citar el dictado de la ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes –sancionada en el año 2005-, que si bien no es de naturaleza penal tuvo una gravitación directa respecto de los N,NyA que cometen delitos, principalmente respecto de aquellxs considerados no punibles en razón de su edad y/o el tipo de delito, ya que al haber derogado la ley de Patronato N° 10903 lxs jueces penales no cuentan con la facultad de disponer tutelarmente de lxs mismxs.

Luego, tal modificación fue receptada en las distintas jurisdicciones provinciales mediante el dictado de leyes espejo de la nacional y , además, las provincias –en virtud de facultades no delegadas constitucionalmente a la Nación- han venido dictando sus propios ordenamientos procesales, fruto de lo cual han surgido los llamados fueros de responsabilidad penal juvenil en los que –acorde con el modelo de protección integral de derechos- se deslindan con total claridad la intervención penal de la intervención asistencial o proteccional. En este marco, los operadores del sistema vienen alentando medidas alternativas al proceso penal o al juicio, procurando la solución del conflicto que subyace al delito y el apartamiento de N,Ny A del sistema de justicia penal.

Sin embargo esta situación no es uniforme en las provincias y subsisten una serie de obstáculos a enfrentar cuales la ausencia de formación “especializada” de actores del Poder Judicial y operadores, en contravención al mandato de la CDN y demás estándares internacionales, esto es, ausencia de jueces y fiscales que tengan la especialidad penal juvenil y también ausencia de estadísticas unificadas y completas a la par que mecanismos de seguimiento y monitoreo.

En cuanto a la jurisprudencia, vale citar –por emanar del más Alto Tribunal de la República- el fallo “Maldonado”²⁸ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que revocó una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal que condenaba al joven Daniel Maldonado a la pena de prisión perpetua por delitos cometidos siendo menor de 18 años. Se sostuvo allí –con apoyo en la OC 17/02 y jurisprudencia de la CorteIDH- que la justicia de menores debe cumplir con los principios básicos en los que se erige todo debido proceso: legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad de la pena y

²⁸ CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro. S/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 328:4343. (2005).

defensa en juicio; y además reconoció la necesidad de garantías y derechos que deben ser superiores a los establecidos para los adultos. Asimismo, que cuando se trata de hechos delictivos cometidos por personas menores de edad, el juez no puede desentenderse de las consecuencias directas del castigo sobre el sujeto.

También corresponde resaltar lo resuelto in re “Arce”²⁹ -en coincidencia con lo decidido por la Corte IDH en “Mendoza”- donde la Corte dispuso que el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza examinara periódicamente la conducta de un menor condenado inicialmente a la pena de prisión perpetua, para verificar su evolución en el proceso de reintegración social, receptando así claramente el principio de flexibilidad en la ejecución de la sanción penal juvenil.

Lamentablemente, la nueva integración del Tribunal (desde el 15 de junio de 2016), con el fallo “Fontevicchia”³⁰ -que nada tiene que ver con la responsabilidad penal juvenil- adscribe al dualismo³¹ en materia de derecho internacional y abre un interrogante también respecto de esta temática. Es que, in re “A., C.J.”³², si bien se pondera lo resuelto por la Corte IDH en la causa “Mendoza” –ya citada- en relación a la orden de ajustar el marco legal interno a los estándares internacionales se expresa que:

"la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278 (...) Tal como reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que (...) las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda (...) que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte" (considerando 6°).

Como para salvar la ropa añade la Corte que no se puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a la adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y en especial a la CDN, razón por la cual requiere

²⁹ CSJN. “Arce, Diego Daniel s/ Homicidio Agravado”, 5 de agosto de 2014.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el Caso Fontevicchia y D Amito vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

³¹ El dualismo considera que existen dos ordenamientos jurídicos distintos e independientes -el interno y el internacional- y por lo tanto, considera que se requiere un acto interno que recepte y transforme la norma de derecho internacional en derecho interno.

³² CSJN “A.,C.J. s/homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/casación”, (2017)

“al Poder Legislativo que en un plazo razonable adecue, en lo pertinente, la legislación penal juvenil a los estándares mismos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22, segundo párrafo) y a los términos ordenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el Caso “Mendoza”.

Resulta preocupante la postura actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues, justamente, nuestro más Alto Tribunal se caracterizaba, antes del 2017, por otorgar primacía al derecho internacional sobre el derecho interno y la aceptación de los pronunciamientos de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, respetando los tratados internacionales firmados y, más aún, por citar en sus sentencias jurisprudencia de la Corte IDH, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como también instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos.

Lamentablemente en el citado fallo “A.,C.J”, la Corte profundiza la tendencia dualista que torna en programáticos a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y debilita el control de convencionalidad.

A la hora de hallar una explicación a este viraje respecto de la consideración –por parte de la Corte local- de la jurisprudencia de la Corte internacional no puede sino partirse de la nueva composición del tribunal y aquello que podía intuirse a partir de las impugnaciones presentadas en el proceso de selección de los nuevos jueces –Dres. Rossatti y Rosenkratz- quienes justamente fueron criticados por el sostenimiento de posturas restrictivas respecto del alcance del derecho internacional de los Derechos Humanos y también respecto del uso del control de convencionalidad. Lo que sí resulta inexplicable es el cambio experimentado en lxs Ministrxs Lorenzetti y Highton. Se destaca sí el voto en soledad del Dr. Maqueda que continúa con la línea anterior de la Corte. Las consecuencias de esta nueva concepción, en las que el acatamiento del fallo internacional pareciera quedar a la discrecionalidad absoluta de la Corte Local –que a esos fines considerará si el tribunal internacional actuó o no dentro de sus competencias-, devienen en un retroceso en materia de derechos humanos que no puede desvincularse de posturas explícitas del gobierno argentino en la materia.³³

³³ véase respecto de esta vinculación artículo periodístico en <http://www.perfil.com/noticias/politica/las-medidas-pro-contra-el-curro-de-los-derechos-humanos.phtml>

5. La situación en la Provincia de Río Negro.

En el ámbito normativo se tiene que Río Negro ha modificado recientemente su legislación procesal penal, abandonando el sistema inquisitivo mixto que le regía para pasar a un proceso acusatorio de carácter adversarial. Al momento de su sanción el legislador se comprometió a la elaboración de un Código Procesal Juvenil –art. 2 ley 5020³⁴, compromiso en vías de cumplirse atento lo anunciado por el Sr. Gobernador de la Provincia en el tradicional mensaje de apertura de Sesiones el 1º de marzo del corriente año 2018³⁵ y el proyecto de iniciativa parlamentaria enviado por el Superior Tribunal de Justicia a la Legislatura Provincial, conforme facultades otorgadas por la Constitución local en su art. 206 inciso 4).³⁶

Para su redacción, se han tenido en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la ley Nacional N° 26.061 y la ley Provincial N° 4109 ambas de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, se han considerado la Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 28 de Agosto de 2002, Opinión Consultiva N° 21 “Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el

³⁴ Ley Provincial N° 5020. Legislatura de Río Negro. B.O.P. N° 5319 (suplemento) - 12 de enero de 2015. Artículo 2º.-El presente código entrará en vigencia el 1º de marzo de 2017 en todo el territorio de la provincia, a excepción de lo relativo al Juicio por Jurados, que entrará en vigencia el 1º de enero de 2018. Dentro de los seis (6) meses de aprobado el código, la legislatura dictará las leyes orgánicas y de implementación necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema adversarial. Como así también el Código Procesal Penal Juvenil.

³⁵ “(...) También otro tema, que el Superior Tribunal de Justicia trabajó, como lo hace habitualmente con responsabilidad y seriedad, que es el complemento de la Reforma de Código Procesal Penal, la Ley Penal Juvenil, que es una ley que la Provincia también está necesitando, y que sé, y estoy absolutamente convencido, que con el compromiso que hay en esta Legislatura, con la responsabilidad que tienen ustedes como legisladores vamos a terminar también el año con una Ley de Responsabilidad Penal Juvenil; que no sólo garantice los derechos a aquellos que son menores de edad y cometen delito sino también les dé una aplicación (sic) a los familiares de las víctimas cuando las víctimas son producto de hechos cometidos por menores. También tenemos que tener una respuesta hacia la sociedad, en este aspecto la SENAF ha creado la Subsecretaría de Responsabilidad Penal Juvenil para ya ir adaptándose y generando una estructura que acompañe el debate de la ley y que acompañe lo que vamos a hacer hacia adelante.” – Versión Taquigráfica Legislatura de la Provincia de Río Negro- 47º Período legislativo 1º de marzo de 2018 Reunión I - 1º Sesión ordinaria- <http://www.legisrn.gov.ar/VERSION/VT1009.pdf> - consultado el 28/07/2018

³⁶ “Artículo 206.- El Superior Tribunal de Justicia tiene las siguientes facultades y deberes...4. Ejerce el derecho de iniciativa en materia judicial, pudiendo designar un miembro para que concurra al seno de las comisiones legislativas para fundamentar los proyectos y brindar informes.”

contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, del 19 de Agosto de 2014, sentencias de ese Tribunal en los casos Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, dictada el 14 de mayo de 2013, Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, del 18 de Septiembre de 2004, caso de los “Niños de la calle” (Villagran Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de fondo, dictada el 19 de noviembre de 1999.

También se consideró el Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, de fecha 13 de julio de 2011, de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y la Observación General N° 10 “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores”, de fecha 25 de abril de 2007, del Comité de los Derechos del Niño su así como también sus observaciones finales sobre Argentina, de fecha 21 de junio de 2010.

Urge la sanción del proyecto para poner fin a la enorme debilidad que significa la inexistencia de normas especiales para lxs adolescentes que se encuentran sometidos a un proceso penal excepto algunas disposiciones de la ley D 4109 que –como indica en su artículo 1º- “tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes de la Provincia de Río Negro”. Así, en el capítulo IV titulado “Derechos y garantías procesales” se procede a su enunciación en el art. 68³⁷. Luego –en el art. 70- se

³⁷ Ley Provincial 4109 “Ley de protección integral de los derecho de las niñas, niños y adolescentes.”. Legislatura de Río Negro. Boletín Oficial 17/08/2006. Artículo 68 - Derechos y garantías procesales- Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a ser tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a gozar de todos los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, Provincial y en las normas contenidas en la presente Ley. En especial y entre otros, en caso de imputación de delito, tendrá los siguientes derechos y garantías: a) A no ser juzgado sino por acciones u omisiones descriptas, como delito o contravención, en una ley anterior al hecho del proceso, que permita su conocimiento y comprensión como tales. b) A ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial con competencia específica, formación especializada en la materia, independiente e imparcial. c) A ser considerado inocente y tratado como tal hasta tanto se demuestre su culpabilidad y responsabilidad por sentencia firme. d) A ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como judicial. e) A solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento. f) A que toda actuación referida a la aprehensión de niños, niñas y adolescentes, así como los hechos que se le imputan sean estrictamente confidenciales. g) A comunicarse en caso de privación de libertad, inmediatamente, por vía telefónica o a través de cualquier otro medio, con su grupo familiar responsable o persona a la que adhiera afectivamente. h) A recurrir toda decisión que implique restricción de sus derechos. i) A no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. j) A no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni constreñido a participar activamente en actos de contenido probatorio. k) A ser informado por la autoridad judicial, desde el comienzo del proceso y sin demora, directamente o a través de sus padres o representantes legales, de los hechos que se le atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra así como de las garantías procesales con que cuenta, todo ello explicado en forma suficiente, oportuna y adecuada al nivel cultural de la niña, niño y adolescente. l) A nombrar abogado defensor, por él mismo o a través de sus representantes legales, desde la existencia de una imputación en su contra con independencia de que se haya o no dado formal iniciación al proceso. Si no hiciere uso de ese derecho, será defensor el defensor oficial con competencia penal en la materia, haya sido o no designado y con independencia de que se haya dado o no participación en el proceso. Sin perjuicio de ello, al defensor que corresponda debe acordársele formal intervención a partir de la imputación. El defensor deberá asistirlo durante todo el proceso y especialmente antes de la realización de cualquier acto en el que intervenga. La defensa del niño y adolescente es irrenunciable y

enuncian una serie de medidas socio educativas que lxs juecxs pueden aplicar³⁸, además de garantizarse el derecho al recurso³⁹ –arts. 71 y 75 – y la excepcionalidad de las penas privativas de libertad –art. 73⁴⁰- .

Ahora bien, una ley por sí sola no significa nada. Dice Mary Beloff (2015, 102): “En la Argentina –como es sabido, un país con una legislación federal atrasada–, muchas provincias dictaron leyes de protección a la niñez, que es una competencia local, conforme los más modernos estándares internacionales de derechos humanos. No obstante, en muchas provincias, sobre todo en lo organizacional, se mantuvieron diseños e instituciones propias y características de la legislación anterior. Así, la “adecuada” ley de la provincia de Neuquén observa la figura del asesor tutelar de menores, conforme lo previsto por el

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

³⁸ Ley Provincial 4109 “Ley de protección integral de los derecho de las niñas, niños y adolescentes.”. Legislatura de Río Negro. Boletín Oficial 17/08/2006. Artículo 70 - Medidas socioeducativas. En los casos en que se determine la responsabilidad de un adolescente en la comisión de un hecho calificado por la Ley como delito, el juez interviniente conforme a las normas procesales vigentes, podrá: a) Mantener al adolescente en su núcleo de socialización primaria o familiar, bajo asesoramiento, orientación o periódica supervisión. b) Colocarlo bajo el cuidado de otra persona, familiar o no, sólo si la medida prevista en el inciso anterior fuese manifiestamente inconveniente y perjudicial al adolescente, debiendo efectuar las derivaciones correspondientes en caso de ser necesaria la remoción de aquellos obstáculos de orden socioeconómico que impiden el digno desarrollo de la vida familiar. c) Establecer un régimen de libertad asistida, confiando al adolescente al cuidado de sus padres, tutor, guardador o persona de confianza. d) Incluirlo en programas de enseñanza u orientación profesional. e) Incluirlo en cursos, conferencias o sesiones informativas. f) Incluirlo en programas que faciliten incorporación a determinado oficio. g) Ordenar el tratamiento médico necesario en caso de enfermedad a cargo de profesionales o en establecimientos oficiales o privados de atención de la problemática de la salud o de adicciones que pudiese presentar o bien someterse a tratamiento psicológico necesario. h) Incluirlo en un programa de reparación del daño. i) Incluirlo en un programa de trabajo comunitario. “

³⁹ Ley Provincial 4109 “Ley de protección integral de los derecho de las niñas, niños y adolescentes.”. Legislatura de Río Negro. Boletín Oficial 17/08/2006. Artículo 71 - Recurribilidad- En todo el proceso serán partes obligadas el Ministerio Público Fiscal y la defensa, los que serán oídos previamente a la resolución fundada del Tribunal. La decisión del Tribunal será apelable para la defensa de la niña, niño y adolescente

⁴⁰ Ley Provincial 4109 “Ley de protección integral de los derecho de las niñas, niños y adolescentes.”. Legislatura de Río Negro. Boletín Oficial 17/08/2006. Artículo 73 - Necesidad de fundamentar la imposición de penas privativas de la libertad impuestas como último recurso- La imposición de una pena privativa de libertad requerirá, bajo pena de nulidad, la necesaria fundamentación de la imposibilidad de recurrir a otras medidas no privativas de la libertad, entre las que se encuentran comprendidas el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad asistida, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, asegurándose que los niños o adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que la medida que se adopte a su respecto no guarde desproporción tanto con las circunstancias del hecho como con la gravedad del delito.

artículo 59 del Código Civil. Sin embargo, en lugar de continuar con el rol tradicional que los asesores de menores han tenido en los procesos de la justicia especializada –con notables excepciones, ciertamente –, las defensoras que ocupan los cargos desde la aprobación de la ley han desarrollado una práctica extraordinaria en términos de promoción y defensa de los derechos de niños y niñas neuquinos. Ello parece estar indicando que, aun con una legalidad defectuosa, compleja o que no facilita las cosas, es posible generar mejores prácticas”.

De modo que será necesario acompañar la ley con un proceso de institucionalidad adecuado. De lo contrario no será posible llevar a cabo las medidas de desjudicialización que propone pues su implementación depende del presupuesto, del diseño de programas específicos y de personal especializado. Igualmente de un trabajo articulado del Poder Judicial con las agencias del Poder Ejecutivo y también en la integración de otros actores de la sociedad civil para lo cual es necesario tener una estrategia de comunicación en pos de contrarrestar las habituales respuestas de mano dura que se reclaman, buscando alianzas con actores relevantes.

En ese orden y como expresión cabal del principio educativo ha de hacerse hincapié en la implementación de los postulados de la Justicia restaurativa, en tanto importa la reflexión y responsabilización de N,N y A frente a las consecuencias derivadas de su ilícito accionar promoviendo su reparación y la restauración de la paz social mediante la participación del o la adolescente, la víctima y la comunidad, contando para ello con una variedad de medidas alternativas a la privación de la libertad que es el último recurso.

En efecto, la Justicia restaurativa apunta a que el N,N o A se responsabilice por sus acciones y sea consciente del daño causado –físico y/o patrimonial pero sobre todo emocional-, realice voluntariamente acciones de reparación a la víctima y a la comunidad y siga un programa que le ayude a reintegrarse a la sociedad. Asimismo tiene en cuenta a la víctima y sus necesidades de asesoramiento y apoyo a la par que le otorga participación en el proceso, en cualquiera de sus etapas. Por último, fomenta la participación de la comunidad en pos de restablecer el tejido social que se viera afectado por el conflicto que subyace al típico penal. Permite así que todxs lxs involucradxs –con la ayuda de especialistas- expresen sus sentimientos y pareceres en relación a la conducta transgresora de la ley de NNyA, en un espacio diferente al que brinda el sistema penal clásico, evitando el inicio o la continuación de los procedimientos judiciales.

En cuanto a la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en materia de responsabilidad penal juvenil, ella se corresponde con su anterior función de tribunal de Casación Penal –conforme el viejo Código Procesal Penal- y la misma se refiere

fundamentalmente a la revisión de la fundamentación de las penas privativas de libertad impuestas a NNyA por parte de los tribunales de grado.

En relación a ello, a partir del año 2005, mediante Sentencia que lleva el N° 190 y haciendo referencia al precedente “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se dijo que el corpus juris a tener en cuenta en materia de responsabilidad penal juvenil, está compuesto por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD). destacando además que las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos asumidas por nuestro país son inmediatamente operativas, en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de edad (art. 3° Convención del Niño), según ha declarado la Corte Suprema en los precedentes del 14-06-95 (LL 1996-A, ///8.- 260); 02-12-95 (JA 1996-III-436); 15-10-98 (LL 1998-F, 236), entre otros, en el sentido de que, en tanto no medie una reglamentación adecuada, corresponderá a los órganos judiciales determinar el alcance de los derechos y garantías en juego en el caso concreto sometido a su consideración.

Pues bien, con fundamento en tales normas es que se expresa que al momento de imponer una pena a N,N y A el mandato preponderante es el de la prevención especial “...y se traduce en un imperativo para la actividad decisoria, pues la pena impuesta debe encontrar fundamento en las posibilidades de resocialización que ésta supone” a la par que se impone valorar la culpabilidad de la menor en orden a su grado de inmadurez al momento de cometer el hecho.

Diez años más tarde –en el 2015- con una diferente integración, el Superior Tribunal de Justicia, trató otro aspecto del enjuiciamiento a N,NyA en la Sentencia N° 46/15⁴¹, relativo a la prohibición de que la víctima pueda constituirse en parte querellante cuando el imputado es menor de edad, aunque ella también lo sea.

⁴¹ STJRN. Sentencia “Fiscalía II Villa Regina”, 46/15 (2015).

Se dijo allí que no se advierte que la restricción decidida –por el viejo Código Procesal Penal- respecto de la constitución como parte querellante en los procesos penales incoados contra menores punibles implique privar a la víctima -también menor- de obtener un pronunciamiento útil en relación con sus derechos, dado que su interés se halla protegido por el Ministerio Público Fiscal, además de la representación de los intereses del menor víctima que también asume la Defensoría, de manera tal que la restricción aludida lejos está de erigirse en un impedimento de acceso a la justicia para el amparo contra actos de agentes del Estado o particulares que violen sus derechos reconocidos por esos instrumentos, por la Constitución o por la ley (arts. 8 DUDH, 25 CADH y 2 inc. 3 PIDCyP). Asimismo se señaló el proceso penal dirigido contra un adolescente, -de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de Niños, la Ley 26061 y la Ley D 4109- ya no posee carácter estrictamente punitivo, sino esencialmente tuitivo por lo que la vindicta privada que alienta la parte querellante no puede razonablemente tener lugar, siendo evidente que en los casos de menores en conflicto con la ley penal se reafirma la idea de garantizar -como base- el debido proceso legal que se prodiga al adulto, con más el plus protectivo de culpabilidad disminuida y encierro como última ratio de la función penal, todo ello como tarea eminentemente estatal, que no puede ser compartida (ni de modo adhesivo ni de modo conjunto) con la querrela privada. Así, el predominio de los conceptos de reeducación y resocialización vuelven razonable la decisión restrictiva del legislador local. La prohibición encuentra fundamento en motivos de política-criminal del legislador provincial, quien se basa en el principio del “interés superior del niño” sin conmovir los derechos de la víctima también menor de edad, en tanto tiene contra todo imputado los reconocidos -en especial- en los arts. 74 a 79 del Código Procesal Penal, la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26061 y la Ley D 4109.

El nuevo Código no reedita la prohibición a la que se alude en el párrafo anterior, más el Tribunal de Impugnación de la Provincia –siguiendo la doctrina del STJ- ha imposibilitado la constitución en querellante cuando la imputada sea una persona menor de edad.

En el año 2016, el STJ de Río Negro –por mayoría-hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la Provincia contra el fallo del Juez de habeas corpus que prohibió la demora de NNyA por personal policial en los supuestos en que estos no se encontraran cometiendo delito alguno. Para así decidir el fallo señala que la Policía rionegrina, cuenta con facultades para adoptar medidas proteccionales de su competencia, en los términos del art. 9 in fine de la ley S nº 1965 y del art. 5 inc. a) de la ley D Nº 4109.

Tal decisión fue un retroceso y vuelta a la doctrina de la situación irregular. Por tal razón y por integrar dicho Tribunal, mi voto fue en disidencia por entender que la normativa que permite al personal policial actuar en casos en que uno o una menor sea sorprendido perpetrando un ilícito no puede llevar a una interpretación que derive en su persecución y hasta en la privación de su libertad en todo otro supuesto y, mucho menos, so pretexto que ello sea en aras de su hipotética “protección”. Sostuve que cuando la ley D 4109 -en el art. 5 inc. a)- establece la prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, supone que la niña, niño o adolescente se encuentra desprotegido o corre algún peligro -situación ésta que debe acreditarse- y nunca puede dar lugar a la privación de libertad definida en el art. 11 de la misma ley como “...toda forma de detención, encarcelamiento o internación de una niña, niño o adolescente en una institución pública o privada por orden de cualquier autoridad de la que no se permita a la niña, niño o adolescente salir por su voluntad”. Asimismo, que cualquier forma que importe privación de libertad de niñas, niños y adolescentes debe ser una medida debidamente fundada, bajo pena de nulidad, de último recurso, por tiempo determinado y por el mínimo período necesario, garantizando a la niña, niño y adolescente los cuidados y atención inherentes a su peculiar condición de persona en desarrollo”. Concretamente en el caso la intervención policial partió de observar una persona que “vestía ropas oscuras, y caminaba en forma esquiva”, descripción por demás selectiva y arbitraria como fundante de una pretendida protección, que además se pretende brindar en una dependencia policial. Señalé además que la normativa de derechos humanos que rige el sistema integral de protección de la niñez implica un paradigma de derechos donde no existe posibilidad alguna de considerar que las fuerzas de seguridad utilicen la “protección” de la persona menor de edad para privarla arbitrariamente de su libertad, cuando la misma no se encuentra cometiendo actos tipificados en el Código Penal o cuando no existe orden judicial de detención. No se concibe que se detenga para proteger. Ello es así en virtud de lo previsto en la Convención de Derechos del Niño en sus arts. 2 apartado 1, 3, apartado 1, 4, 37 b), 39 y 40; los arts. 18, 19 y 75 inc. 22 CN; los arts. 14 y 15 Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, 7, 8, 9 y 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); 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 (Reglas de La Habana), la Opinión Consultiva Nº 17/02 (Corte Interamericana de Derechos Humanos); la Observación

General N° 10 (2007) del Comité del Niño, la ley nacional N° 26061 y la ley provincial N° 4109 de Protección integral de niños, niñas y adolescentes, entre otras.

Asimismo, que contravenir dichas normas conlleva el riesgo de que ello pueda significar el incumplimiento del Estado Argentino de satisfacer los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la obligación asumida en relación a garantizar el efectivo goce de las mismas a las niñas, niños y adolescentes. “Cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descritos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino [...]”. Sobre todo cuando ese tratado ha sido sometido a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su ámbito consultivo, la cual especialmente en el punto se ha ocupado de dejar expresamente sentado que si bien la actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales, resulta inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte.⁴²

⁴² de Derechos Humanos, C. I. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Justicia de Menores.

6. Conclusión

A pesar de lo dispuesto por la Corte IDH en “Mendoza”, las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, las críticas y los proyectos de reforma, el Régimen Penal de la Minoridad instituido por el Decreto-Ley 22.278 en el año 1980 –bajo el gobierno de la dictadura militar- sigue siendo la norma de fondo vigente en la Argentina para juzgar los hechos delictivos cometidos por adolescentes. En tren de pensar en las razones se ha señalado que la discusión acerca de la edad de imputabilidad -su mantenimiento o baja- opera como un obstáculo a la hora de alcanzar los consensos necesarios para la sanción de un nuevo sistema.

Justamente, frente a casos puntuales de hechos delictivos cometidos por N,NyA, el tema se pone en el tapete y controvertido es el papel que juegan los medios de comunicación, la mayoría de los cuales brega por su baja y crea un estado de alarma y sensación de impunidad que desata en la sociedad un pedido de endurecimiento –“mano dura”- en la respuesta penal que el Estado da al delito juvenil. Pero los medios son expresión de quienes actúan a través de ellos, así los distintos factores de poder, y además de estar pendientes, “minuto a minuto” de la respuesta del público respecto de determinados temas. En base a ello las agencias periodísticas deciden qué temas se tratan y qué temas no y el mayor o menor énfasis que ponen en su tratamiento.

Los legisladores, por su parte, no son indiferentes a tal situación y ello se advierte en la agenda del Congreso que se mueve en consonancia con la hiperdivulgación que los medios dan a los hechos delictivos graves cometidos por adolescentes.

Esta percepción de la delincuencia juvenil como un estamento particularmente grave no se corresponde con la realidad. En la provincia de Río Negro solo hay cuatro adolescentes bajo el régimen de internación y noventa en programas de libertad asistida.

Siendo ello así, se concluye en que desde los medios se alienta una percepción social equivocada que repercute en quienes deben tomar las decisiones políticas y se mueven en función del rédito que –en dicho campo- el tema les pueda merituar. Por un lado la sociedad y por el otro un grupo especialmente vulnerable, el de los NNyA, que carece de representación e influencia a nivel político e institucional.

No importa que el delito juvenil sea episódico –ligado a esa etapa de la vida- y en general de poca relevancia. Los medios siempre dan cuenta de los casos graves en abono del sensacionalismo y distorsionan la realidad. La sociedad sale a reclamar mayor proporcionalidad entre el hecho delictivo y su sanción, olvidándose que el autor es una persona en pleno estado de formación y esa demanda social es asumida por el legislador

como una demanda legítima. Se desnaturaliza así el carácter del Derecho Penal de Menores y se pone el acento en lo retributivo por sobre lo preventivo y educativo.

En suma, el discurso por la protección integral de derechos “no paga” en popularidad ni en sufragios y ello es otro gran obstáculo.

Pero el Sistema de Justicia Penal juvenil no es responsabilidad de un solo poder del Estado y el Poder Judicial es un actor sustancial. Se advierte así la carencia de una magistratura cualificada en todas las instancias –no solo en la primera- en muchas de las jurisdicciones provinciales que –aún en ausencia de una ley que cumpla con el corpus juris internacional- aplique los textos constitucionales e internacionales y los derechos por éstos reconocidos como así también la jurisprudencia de la CortelDH. Jueces y juezas proactivxs que frente a las omisiones del Poder Ejecutivo y su alegación de escasez de recursos entiendan que los derechos vulnerados de N,NyA son exigibles y ejerzan en su caso el debido control de razonabilidad sobre los presupuestos asignados en la materia verificando si la distribución de los recursos ha sido conforme la manda constitucional.

Asimismo es necesario reforzar las relaciones con otras agencias del Estado que se encargan de N,NyA. Entender que una resolución judicial que no puede ejecutarse, en realidad nada resuelve. Por lo que ha de insistirse en el trabajo articulado e interdisciplinario hacia adentro y hacia afuera del Poder Judicial, integrando a la comunidad lo que implica un importante desafío en materia de comunicación judicial para lxs juecxs que hasta hace muy poco consideraban que ellxs sólo “hablaban por sus sentencias”. Es necesario en tal sentido informar, en lenguaje accesible a la ciudadanía toda, acerca de los principios de la justicia restaurativa y de las medidas alternativas y sus ventajas comprobadas, difundiendo las buenas prácticas e informar también acerca de lxs jóvenes y sus tiempos, y los resultados obtenidos, para lo cual será necesario reunir datos y procesarlos estadísticamente, falencia ésta señalada a menudo.

En Argentina se impone, no obstante, la adecuación de la normativa a los postulados de la CDN, una ley respetuosa de los derechos y garantías de N,NyA y que, a partir de reconocer su calidad de sujetxs de derecho, estructure un sistema de responsabilidad que les fortalezca en el respeto por los derechos humanos y las libertades de tercerxs, contribuyendo así a disminuir los niveles de violencia en la sociedad trabajando por la paz y en ese cometido la Justicia Restaurativa es no solo una aliada indispensable sino una protagonista indiscutible.

Bibliografía

Beloff, Mary Ana (2005): "Los adolescentes y el Sistema Penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 6(1), 97-121, disponible en formato electrónico en https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a5n1.html, última consulta 16 de septiembre de 2018.

Méndez, E. G. (1998). Adolescentes Infractores de la ley penal: seguridad ciudadana derechos fundamentales. *MÉNDEZ, Emilio García. Infancia. De los derechos y de la justicia. Buenos Aires: Editores del Puerto.*

Méndez García, Emilio (2001). *Adolescentes y responsabilidad penal.* Ad-Hoc.

Guemureman, Silvia. (2015). *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes: componentes punitivos, entramados protectorios e historias de vida: pasado, presente y futuro.* Rubinzal-Culzoni Editores.

Kemelmajer De Carlucci, Aída (2004): *Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad,* Rubinzal-Culzoni.

Llobet Rodríguez, Javier (2005): "Justicia restaurativa y la protección de la víctima", Exposición realizada en el Tercer congreso de victimología, organizado por el Ministerio Público costarricense, disponible en formato electrónico en <http://www.pensamientopenal.com.ar>, última consulta el 16 de septiembre de 2018.

Llobet Rodríguez, Javier (2016): "La justicia penal juvenil en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos (con especial referencia a Centroamérica)", en Revista de Ciencias Jurídicas, 142.

Roxin, Claus (2008): *Derecho Penal. T I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito,* Thomson Civitas.