

APORTES CRITICOS SOBRE LOS PROYECTOS PENALES JUVENILES PARA SANTA FE

Por Julián Axat¹

1) Aspectos generales:

En primer lugar quiero señalar que la experiencia indica que las reformas legales-judiciales no suelen modificar la realidad de un día para el otro. La cultura judicial de practicas e imaginarios en la que estan inmersas-entrenados operadores son las que se adaptan o no a los cambios legales. Pues ocurre que muchas veces las viejas practicas siguen larvadas en las nuevas formas jurídicas que les dan espacios para colarse.

En lo que hace a la materia judicial de infancia, el Patronato es mucho más que un régimen jurídico, es un verdadera “Epiteme” parafraseando a Foucault, que supone: saberes-poderes médicos, psicológicos, pedagógicos, biológicos, psiquiátricos, y por último jurídicos. Las formas del patronato son una ideología de poder en las rutinas y actos cotidianos del Estado, por eso su fin supone una desición política fuerte, que es también un viraje ideológico en los cambios legales.

Coincido con el profesor G. Mendez, que la permanencia del dec. de facto 22.278 a nivel fondal, da margen para la creación de regímenes procesales garantistas para la infancia a nivel federal, pero siempre es un techo o chaleco de fuerza en la forma final que pueden definirse las practicas ya sea como disposición tutelar de no punibles; la cesura del juicio, y la reducción de la

¹ Defensor Penal Juvenil de La Plata, Provincia de Buenos Aires. Ponencia leída en las Jornadas sobre Implementación del Sistema Penal Juvenil para la provincia de Santa Fe, ciudad de Santa Fe, 3 de Septiembre de 2013.

pena optativa. Pues aun cuando construyamos los mejores trajes procesales acusatorios y especializados, la vigencia de la 22.278 permite y avala la comisión de arbitrariedades por parte de los jueces.

Pero también debo mencionar la modificación de pautas accesorias que deberían ir de la mano de un cambio procesal general para una provincia como Santa Fe. Me refiero: a) cambio de practicas policiales; b) cambio de practicas carcelarias; c) cambio de practicas de promoción y protección de derechos. Son estos subsistemas los que, inmodificados, hacen fracasar en los hechos las trasformaciones penales juveniles.

La Provincia de Buenos Aires, con la modificación del régimen 10.067, similar al “Código procesal de Menores” de Santa Fe 11.425, a partir de la reforma leyes 13298 (régimen de promoción y protección de derechos) y 13634 (Ley de Responsabilidad Penal Juvenil), trajo de la mano cambios sustanciales para la cultura judicial-penal de la infancia. Los problemas de implementación de la reforma, desde 2008 hasta 2013, han sido o estan siendo estudiados en la actualidad. Tales problemas implican la idea de “núcleos problemáticos” los que podríamos dividir en:

- a) Crecimiento de la tasa de encierro en relación al elenco estable de tutelados antes de 2008;
- b) Adultización de los criterios penales jurisprudenciales (máyor impacto de aplicación de criterios de juris de adultos hacia el sistema de niñez que la creación de criterios propios)- problema de la especialización bastarda;
- c) Preponderancia y fortaleza de las ingenierías punitivas (ley penal juvenil) y debilidad y desinversión en ingenierías de promoción y protección de derechos y herramientas de salud mental;
- d) Hacinamientos carcelarios y transformación de los dispositivos de encierro como lugares de depósito-confinamiento; e) Problema de las policías y la

captación-selectividad y convalidación judicial de la criminalización de la pobreza juvenil.

f) La capacidad de la reforma de limitar y neutralizar lo máximo posible (aun cuando sea chaleco de fuerza, las irracionalidades que permite el dec. 22.278.

La pregunta es si un sistema procesal que fue pensado de “mínima intervención punitiva”, cuál es la razón o el fenómeno que generó mayores clientelas que el viejo elenco estable de tutelados anterioral 2008, o bien mayor presión punitiva sobre los jóvenes pertenecientes a los sectores vulnerables de la población. ¿Redefinió nuevas etiquetas de apariencia progresista, para en realidad, dar aval de legitimidad a un control social sutil y específico de los excedentes poblacionales?

Las reformas se apoyan sobre estructuras y culturas determinadas, y si no abordan reformas conjuntas y despliegue complejo desde el plano de corresponsabilidad entre la política criminal y la estrategia de la política social; son mero maquillaje o bien nuevas estructuras de poder sutil, que reformulan sistemas de control social sobre nuevos universos.

2) Núcleos problemáticos de las reformas:

Los llamo así, porque cada provincia le da un tratamiento distinto, y las reformas se apoyan sobre coyunturas-estructuras disímiles; y la ausencia de una ley penal Juvenil Nacional, es la que da cuenta que las legislaciones procesales de las provincias no son homogéneas y estos núcleos problemáticos muchas veces se abordan en forma distinta; y tienen impactos distintos en la población a la que están dirigidos:

Los núcleos a grandes rasgos son:

- a) Modelo de Especialidad: Modelos de especialidad sustancial o meramente formal, o los Modelos bastardos.
- b) Medidas de coerción: detención (control estricto e inmediato de aprehensiones)- el problema de las detenciones discrecionales que conviven con los sistemas penales juveniles (como forma de gestión policial y fuga y evasión), prisión preventiva (sin plazos o con plazos estrictos)
- c) Modelos de juzgamientos: acusatorios más tirando a puros, o mixtos o espurio tutelar (como el viejo esquema de santa fe de 1996 11.452); o como el de Capital Federal (asesorías tutelares y TOM con jueces de mayores), o como en catamarca en la actualidad, y en otras provincias.
- d) Tipos de neutralización de la 22.278: 1) tratamientos de no punibles laxo, tratamiento con medidas de seguridad, tratamiento remisivo al dec. 22.278, prohibición de tratamiento expreso de no punibles con privación de libertad. 2) El problema de la cesura y la pena: dos etapas separadas, con el año tutelar incluyendo privación de libertad; o bien la cesura que no impide derecho a fijación de tipo de pena, sin perjuicio del año de mejoramiento de reproche (no es tutelar) y audiencia para evaluar imposición de la pena fijada o absolución.
- e) La participación de las víctimas: abierta y sin control, restringida, parcialmente restringida prohibida. Limitaciones recursivas de la acusación o libre facultad recursiva.
- f) La reserva de los procesos: importancia de la protección de la discrecionalidad frente a la presión punitiva social y mediática. Los procesos penales juveniles son la mesura y la racionalidad ante la demagogia puntiva: por lo que se debe evitar la filtración de la información a los medios, y los actos del proceso ser estrictamente confidenciales.
- g) Salidas alternativas: en este orden: archivos o criterios de oportunidad laxos o reglados; remisión al sistema de protección; mediación; suspensión de juicio. Legislaciones que contemplan alguna de estas salidas, otras contemplan todas.
- h) Juicio abreviado: ¿Puede una persona que la 22.278 consideró que no puede aplicarsele pena, negociar un juicio abreviado que fije pena antes de los 18?

Legislación que prohíbe su utilización por considerarla un herramienta chantaje; o bien aquella que la considera una salida viable y amplia, que incluso pueden implicar la imposición de otras sanciones no privativas de libertad.

i) Imposición de pena: discrecionalidad y no prelación; o legislaciones que establecen y tasan de manera muy reglada el art 37b CDN: otras formas de sanción antes de optar por prisionalización: llamados de atención, prohibiciones de acercamientos, disculpas a la víctima, medidas socieducativas que no suplen derecho a la educación (ojo con esto); arrestos discontinuos, arrestos domiciliarios, y como última posibilidad privación de libertad en lugares cerrados.

j) Sistema Carcelario de Niñez: Sistemas que dejan abierta la puerta para que se siga con un modelo no especial carcelario, o bien con el esquema de encierro del Patronato- esquema asilar-panóptico- o con contacto con sistema de adultos tarde o temprano; con control policial o por efectores acostumbrado practicas disciplinarias del patronato: poca recreación, modelo sin control de cupos. Y sin monitoreos constantes de parte de organos judiciales especializados. O bien sistemas que adoptan dispositivos de cambio hacia dentro de los centros carcelarios juveniles, prohibiendo el cumplimiento de penas en lugares para adultos

3) La mirada de los “núcleos problemáticos” en los Proyectos de Reforma Penal Juvenil para la Provincia de Santa Fe.

Los dividiré como Proyecto 1 (Proyecto Lewis-Ministro) y Proyecto 2 (Proyecto Tognolli -Diputado).

Caracterización general: Ambos proyectos contienen aspectos de la legislación penal juvenil de avanzada. Con pequeñas diferencias, adoptan el sistema acusatorios como el que rige para las personas adultas, que es la

legislación procesal supletoria. En el Proyecto 1, la reglamentación es más escueta y con mayor remisión al sistema procesal general. El proyecto 2 es más casuístico, y establece aspectos bien específicos de no remisión al sistema general. En este primer aspecto creo que el proyecto 2, al establecer situaciones posibles, contempla y atempera criterios propios del sistema procesal de los adultos, o bien aspectos de la 22.278.

a) Modelo de especialidad: La especialidad es un principio que deriva del art 40.3. de la CDN, y establece “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, e instituciones específicas para los niños que se alegue han infringido leyes penales”. El Comité de los Derechos del Niño, tiene dicho que por especialidad se trata de: . “... 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 adecuad. .. El Comité recomienda que los Estados Partes establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes. Cuando no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos, los Estados Partes velarán por que se nombre a jueces o magistrados especializados de menores...” (observación 10. punto 92 y 93)

El estándar de especialidad es para mi sustancial, desde que se establece para todas las instancias, y a la vez implica la idoneidad en el cargo (no es una mera sapiencia). Entonces la especialidad no basta en la creación de cargos separados a los de los adultos con tratamiento específico en niños infractores; en necesario pensar la forma de acceso a esos cargos revalidadas por medio de la especial función a la que se va a acceder. Y ello implica en la tríada: Jurisdicción, Ministerio Público fiscal y de la defensa. La especificidad no es

una virtud, es un elemento de cargo al que se accede, y que no lo hace fungible o rotatable. Así, en la Provincia de BA, por ejemplo se garantiza la especialidad en el acceso, y en la triada de permanencia, como también en la función instrucción y plenaria. No en la fase de ejecución ni en la fase recursiva. Esto ha traído problemas de todo tipo, como la bastardización jurisprudencial de los criterios propios en materia penales juvenil, importando los criterios elaborados por las Cámaras para los adultos.

Proyecto 1 (Lewis): Lo que advierto de entrada en el proyecto 1, es un estándar bajo de especialidad, desde que si bien se garantiza en todas las formas de juzgamiento (instructoria, plenaria y de ejecución-jueces que integran la sección juvenil), nada dice respecto del tipo de defensa y fiscalía, que deben ser igualmente “especializados” (y no meramente pertenecer al servicio de la defensa o al ministerio público fiscal). A la vez que el proyecto no establece las formas de acceso a los cargos (ley procesal en blanco): concursos donde prime la especialidad. El proyecto lewis establece un principio de especialidad por conocimiento en el art 8 “Conocimientos específicos”; pero no basta la curiosidad del jurista, es necesario que esos conocimientos sean el motivo del acceso al cargo por concurso, no adquiridos en la fricción cotidiana o en la erudición.

El otro problema es el del concepto de “Tribunal” que de acuerdo al art 15 es unipersonal. Los tribunales son triadicos, y nunca unipersonales. Más en casos de imputaciones graves, donde debe necesariamente haber una composición plural a fin de garantizar la imparcialidad.

El último problema que observo en torno a la especialidad, es otra norma procesal en blanco que establece “la reglamentación determinará la forma en que se conformarán los Tribunales...” Creo que esta cuestión debe estar fijada en la ley para evitar la manipulación de la jurisdicción, o la regla del juez

natural. Así en la Provincia de Buenos Aires, la SCBA suele componer los órganos de juicio de responsabilidad, porque siempre le falta un juez, colocando a dedo al que falta. La ley debe prever todos los criterios de fijación anterior, sin dejárselos al Poder Ejecutivo. Para evitar la discrecionalidad con el principio de jurisdicción especial y natural.

La solución para casos de imputados niños-adultos me parece coherente y práctica, en tanto unificación del juicio al adolescente y al adulto, siendo que para el primero solo fija auto de responsabilidad. El proyecto 2 no contempla esta regla. En la Provincia de BA, existe un desdoblamiento desde la instrucción (salvo que el joven quede detenido); pero en la etapa plenaria se separan. Esto genera todo tipo de contradicciones y no economiza el sistema penal.

Proyecto 2 (Tognioli): Establece la idea de Fuero Especial o Fuero de la Niñez. Así adopta un criterio de especialidad sustancial, y no meramente formal. La idea de Fuero comprende un sistema, incluye a la primera instancia y la segunda, y a los fiscales y defensores (aunque solo dice miembros del servicio, sin especificar). Creo que la inclusión de una instancia superior es muy importante desde que impide la importación-impacto de criterios del régimen procesal de adultos sobre el fuero especial (como viene ocurriendo en la pcia de BA). Sin embargo este proyecto, al igual que el anterior, tiene el problema de la designación (ley procesal en blanco): no contempla la especialidad como el proceso de designación en el cargo, sino como una mera capacidad del funcionario asignado a ese rol especial. El proyecto debería entonces especificar que la designación corresponde a un concurso específico para el acceso. El cargo no sería fungible o sustituible por un funcionario de la justicia de adultos. En su triada: juez, fiscal, defensor.

La idea de un juez comunal, tal como establece el art 20 es contradictoria con la especialidad.

Conclusión: Desde el punto de vista de la especialidad, ambos proyectos contemplan el principio, pero el segundo es más profundo y abastece con mejor estandar la especialidad sustancial, desde que la lleva a una instancia superior.

b) Modelo procesal de las medidas de coerción:

Proyecto 1:

Control de detenciones: solo declama en su art 5 el concepto de ultima ratio de la restricción de la libertad en el sentido del art 37b de la CDN y la regla 11b ONU; pero deja abierta la puerta para la discrecionalidad en los plazos de aprehensión en flagrancia, remitiéndose al sistema procesal de los adultos. Lo mismo hace respecto de la Prisión Preventiva, siendo que en el art 26 tampoco establece plazos específicos de duración, sino hasta que dure el peligro procesal.

Creo que el sistema de regulación de la privación de las libertades públicas de niño es excesivamente laxo y discrecional y va a llevar a permitir potestades policiales que van a evadir el sistema penal juvenil, y no va a existir previsibilidad en los plazos de las cautelares, siendo que, en los hechos, la pena va a terminar siendo (el abuso) de la prisión preventiva, y no la sanción que finalmente se imponga.

Así como está el proyecto, es un aval para el autoritarismo policial y judicial, bajo un nuevo disfraz garantista.

De última entre el 22.278 y un régimen tan laxo de control de libertades públicas de niños por parte del sistema judicial, no tiene una diferencia sustancial. Para eso seguir con el régimen existente, o bien directamente,

aplicarle el régimen cautelar de los adultos, sin hacer valer “plus” procesal de derechos y garantías alguno.

La limitación de los cupos en el art. 27 es la única herramienta interesante de este proyecto en lo que hace a este punto. Pero ya se deja advertir que en el diseño del esquema los cupos van a estar siempre llenos, y -en los hechos- va a haber problemas de negociación constante de esos cupos.

Proyecto 2: Este proyecto si reglamenta en forma detallada la limitación de libertades, y esto creo que el proyecto acierta y establece límites cuidadosos: a) en las detenciones los art 51 a 54 (sin orden judicial) establecen el estándar de la aprehensión en flagrancia solo para delitos cuya pena max es de 10 años, o cuando hay que cesar efectos del delito, o fuga o necesidad de comparendo; y siempre por el plazo de las 12 horas desde que el NnyA es puesto a disposición de los Fiscales. Pero también establece dos garantías fundamentales para evitar torturas: prohibición de incomunicación (art 56) y prohibición de registrar manifestaciones (art 38).

Control de las medidas cautelares: el art 87 a 89 establece que las medidas cautelares se podrán solicitar en un plazo perentorio de 5 días desde que se inició la Investigación (no es necesario que el NnyA estpa detenido antes), solo bajo peligro de fuga y o entorpecimiento, y son escaladas: obligación de concurrir al juzgado, abstención de frentar lugares, ingesta de alcoholm arresto domiciliariom, y privación de libertad. **2 pautas limitativas de la Prisión Preventiva, que me parecen acertados: 1) delito cuya pena máxima sean 10 años; y no podrá exceder de 3 meses, prorrogable por 3 más (previo dictpamentos de equipo tecnico, fiscal y defensa).**

Es importante también resaltar las reglas del art 102, en la que se hace una hermenéutica sobre lo que debe entenderse por “privación de la libertad” y qué

tipos de derechos tienen en esa situación NnyA: acceso a objetos necesarios de higiene y aseo, escolarización, medios de comunicación, actividades culturales, deportivas, etc. aire libre, luz solar máximo tiempo posible

Creo que este aspecto del proyecto es uno de los núcleos problemáticos mejor resueltos, al menos como estándar de garantías, mucho mejor que el actual de la Provincia de Buenos Aires, que establece 6 meses prorrogables por 6 más; y luego del juzgamiento otras prisiones si la pena no estuviera firme. El abuso de la prisión preventiva es la clave del hacinamiento carcelario.

Conclusión: Creo que un excelente proyecto sería que el Proyecto 1 le preste el control de Cupos al Proyecto 2, de ese modo el sistema de control de privación de libertades públicas (en su fase flagrancia y carcelar) sería efectivo, mejor que el de los adultos, y adecuado al estándar del art 37b de la CDN. El Proyecto 1 de quedar vigente dejaría zonas de penumbra para la gestión de libertades de NnyA por parte de la policía, y un bajo estándar de control judicial (el mismo que el de los adultos). Con todas las consecuencias que esto podría traer o viene trayendo aparejado este tipo de entregas al personal policial: reclutamientos, hostigamientos, abusos de todo tipo (como el armado de causas o la presencia de NnyA en comisarías), y especialmente los tratos crueles y degradantes (torturas).

c) Tipos de neutralización o adecuación de la 22.278: tratamientos de no punibles - problema de la cesura y la pena:

Proyecto 1 (Lewis): Si bien establece un concepto de interés superior del niño desde un aspecto positivo (art 3) “*maxima satisfacción integral y simultánea de derechos- en aplicación de este principio cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de una persona menor de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*”. Este artículo no

es un principio operativo que pueda disminuir o limitar la capacidad jurisdiccional de imponer actos tutelares y de disposición como los reglados por el dec. 22.278. El Proyecto se mantiene en silencio en este punto, por lo que al no prohibir o dirigir algún artículo a reglamentar el trato de los no punibles, concede un espacio para la discrecionalidad judicial de la 22.278. Creo que es un verdadero error técnico el de los fundamentos cuando se dice “en relación a los menores no punibles, lejos de ser una omisión constituye una toma de posición... esta categoría está entregada a la legislación sustenativa y la provincia no puede arrogarse atribuciones legisferantes...”. Creo que el error es creer que por reglamentar la prohibición procesal jurisdiccional, no se inmiscuye el legislador en la 22.278, pues en todo caso introduce aspectos sí delegados, como es la potestad de limitar la función jurisdiccional en materia penal, quitando o prohibiendo inmiscuirse a los jueces penales en aspectos asistenciales que limitan libertades de no punibles en función de la 22.278 avasalla de las provincias. Pues de lo contrario, el proyecto por no meterse en saco de once varas, llega al límite de silenciar aquellas competencias discrecionales y autoritarias de las que sus jueces (ahora especializados) penales seguirán haciendo uso.

Proyecto II (tognolli): el artículo 12 es muy claro y sincero, pues es una limitación contra el chaleco de fuerza de la 22.278, sin avasallar materia federal. Dice “*Cuando a un NnyA, menor de 16 años, se le imputare un delito, aunque hubiere otros imputados; deberá darse intervención directa a la Subsecretaría de Niñez, sin dejar constancia judicial ni antecedentes.*” Es decir, no hay posibilidad de encierro bajo una la excusa de la 22.278, pues en todo aquello que sea vulneración de derechos la potestad punitiva debe ceder a la promoción y la protección de derechos en cabeza del poder Ejecutivo.

- *En relación a la cesura del juicio:* Creo que ambos proyectos tienen problemas, pues separan la fase plenaria (auto de responsabilidad) de la fase

de fijación de pena. Establecen las dos audiencias, y el año tutelar como fase intermedia. Por lo que NnyA quedan en situación de indeterminación intermedia.

Si bien la vigencia de la 22.278 permite esta desdoblamiento, creo que las legislaciones locales pueden modificar esto, atemperando su discrecionalidad e indeterminación punitiva (incertidumbre ante el sistema penal, genera efectos contraproducentes NnyA)

La experiencia en la provincia de BA muestra que los juicios terminan siendo farsas, porque los NnyA quedan en situación de indeterminación penal y no entienden la razón. Si se dicta auto de responsabilidad, entonces nada impide que se fije una pena en abstracto, independientemente que el año tutelar y el cumplimiento de los 18 años sea un requisito para la imposición posterior, o no de esa pena. Es decir, en ambos proyectos (el mismo problema advertido en otras provincias), los NnyA quedan en un limbo, mientras mejoran la capacidad de reproche, y luego se determina la pena o se absuelve. La mejor manera de bajar el grado de discrecionalidad que genera la 22.278 es fijar o anticipar la posible pena a aplicar, reducir o absolver.

d) La participación de las víctimas:

Me parece que la participación de la víctima y/o sus familiares en los procesos penales juveniles deben tener límites, y no ser igual al sistema de los adultos. Los estándares participativos de la víctima no parecen estar contemplados en la CDN, desde que allí frente a los art 37 y 40, el niño es el sujeto de derecho que posee garantías frente a la potestad punitiva estatal.

Entiendo entonces que cuanto mayor es el grado de limitación, más se limita la posibilidad de trasladar otros intereses a la justicia penal juvenil, donde los principios que la rigen son la “responsabilización” y la “rehabilitación”; es decir, un proceso pensado para el sujeto niño, y no otros actores accesorios que

solo buscan un sentido de “retribución” de la pena (para el que no fue pensado el régimen)

El Proyecto 1 (Lewis): la víctima puede asumir el rol de querellante, pero en forma adhesiva (art 11), es decir, el querellante adhesivo solo complementa las pretensiones fiscales, no tiene autonomía si el otro no acusa. El artículo 22 y 25 fijan el criterio de “Adhesión” del querellante. “Las peticiones del querellante habilitarán al Tribunal a iniciar o continuar proceso, a juzgar o a condenar si el fiscal interviniente dictaminare en igual sentido...” Por último, el art 38 establece la restricción de recurrir la sentencia final por al fiscal y el querellante.

El Proyecto 2 (Tognolli): Este proyecto directamente excluye la figura del querellante en el art 33. “En ningún caso se admitirá la acción como querellante, tampoco la acción civil por daños, pero podrá efectivizarse de acuerdo al Cod Civil”

Conclusión: la experiencia en la Pcia de BA con la participación de la querella en las audiencias (en la pcia los querellantes gozan de plena autonomía) desnaturaliza los procesos penale juveniles, pues la presión de esos actores lleva a que los principios de responsabilización y rehabilitación, sean sustituidos por los de “retribución” y “castigo”. Por lo que los procesos penales juevniles se trasforman en ambitos de traducir el castigo y los jueces se sienten muchas veces presionados por ese esquema a adoptar medidas demagógicas y punitivas, para quedaer bien con las víctimas; dejando de lado el interés superior del NnyA que est´pa en juego.

Creo que el Proyecto 2, es más sensato en este aspecto, pues al desplazar la figura del querellante no da pie para que los procesos penales juveniles se contaminen de valores retributivos.

e) La reserva de los procesos: Entiendo que la protección de la discrecionalidad frente a la presión punitiva social y mediática es esencial para que no fracasen las ingenierías procesales juveniles. Los procesos penales juveniles son la mesura y la racionalidad ante la demagogia punitiva y el deseo de linchamiento o la difamación: por lo que se debe evitar la filtración de la información a los medios para imedir estigmatizaciones, y los actos del proceso ser estrictamente confidenciales.

El Proyecto 1 (Lewis): en su artículo 7 y el 30 cometen un grave error, al establecer la regla de la “publicidad”, y la excepción en la restricción. Es decir, establece que las audiencias son “Publicas”, salvo que el tribunal por resolución fundada pretenda salvaguardar el interés superior del niño.

A contrario de la mayoría de las legislaciones en la materia que establecen la reserva y discrecionalidad del ambito de los procesos, creo que este proyecto comete un gravísimo error al establecer por regla lo contrario, violentando la Regla 8 de Beijing.²

2 La regla 8 de Beijing establece que “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. Comentario. La regla 8 destaca la importancia de la protección del derecho de los menores a la intimidad. Los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas sobre los efectos perjudiciales (de diversos tipos) que dimanen de la individualización permanente de los jóvenes como "delincuentes" o "criminales". La regla 8 también hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados). Corresponde proteger y defender, al menos en principio, el interés de la persona. (El contenido general de la regla 8 se sigue concretando en la regla 21.) 21. Registros 21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas. 21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

A menos que lo que el proyecto pretenda sea hacer un espectáculo con el sistema de juzgamiento penal juvenil, creo que el espíritu de este artículo es un gravísimo error de política criminal (una verdadera medida de populismo punitivo), que lo único que va a generar es lesión de derechos de NnyA, y negocios con el tema a través de ciertos medios de comunicación que, a cualquier costo, pretenden hacer del tema “menores” una instancia de confusión y peligrosidad..

El Proyecto 2 (Tognolli): El art 68 establece la audiencia oral se llevará a cabo a puertas cerradas, y de ella participará el NnyA imputado, su defensor, el fiscal y la víctima (sin condición de querrelante). Según el art 76 las aud. pueden ser grabadas por medio ideoneo pero permanecerán en secretaría. El art 7 dice que los NnyA tienen derecho a que no se registren antecedentes policiales que perjudiquen su dignidad.

Conclusión: Creo que el Proyecto 2 resguarda el ámbito de juzgamiento de NnyA, en función de la regla 8 de Beijing, preservando el espacio de actuación para la función de la pena y juzgamiento que no es otro que el de la rehabilitación y responsabilización. El proyecto 1 al dejar como regla la idea de apertura pública de las audiencias, genera medidas de populismo punitivo, permitiendo que los medios y la sociedad utilicen el espacio penal juvenil como lugar de retribución y linchamiento.

f) Salidas alternativas:

La salida alternativa del Proyecto 1: la Suspensión de Juicio a prueba

La salida alternativa del Proyecto 2: Un abanico de posibilidades: desestimación de la acción, remisión, mediación penal; y por último suspensión.

La diferencia de un proyecto y otro está en la reincidencia y el impacto de selectividad que tienen lo que ya ya accedieron a una probation. Pues tienen menos posibilidades, en el recorrido hasta llegar a la pena: quien logró una remisión y una mediación, todavía cuenta con una probation. Quien solo tuvo como salida la probation, solo le queda el juicio y la pena de efectivo cumplimiento.

En este sentido, el proyecto 1, no expone salidas alternativas a la suspensión del juicio a prueba, siendo que en el sistema penal juvenil, la legislación comparada provincial e internacional muestra muchas variantes antes de esa fase más dolorosa.

g) Juicio abreviado: Los Proyectos no hacen referencia específica, por lo que se infiere remisión a la legislación procesal general. Es decir, está admitido la utilización del instituto en forma amplia. La pregunta es cómo funcionaría el acuerdo abreviado en los procesos penales juveniles, en el marco de la 22.278. En la provincia de Buenos Aires la discusión se ha venido dando incluso en Plenarios.³ Se suele admitir su uso por debajo de los 18 años, siempre y cuando la pena pactada quede sin aplicarse hasta que el joven cumple los 18 y satisface los requisitos de la 22.278: el juez primero homologa el acuerdo; y más tarde -cumplidos los requisitos de la cesura- llama a una audiencia de imposición de la pena pactada; en la que puede aplicarla, reducirla o absolverla.⁴

A MODO DE CONCLUSIÓN

3 Véase Fallo Plenario en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/proceso-penal-juvenil-juicio-abreviado-admmisibilidad-fallo-plenario>

4 Ha habido casos donde los jueces declararn la inconstitucionalidad del dec. 22.278 y directamente aplican pena por debajo de los 18 años sin hacer cesura del juicio, y aplicando la tesis de la reducción conforme la doctrina de la CSJN “Makldonado” in re.

No ingoro que la Provincia de Santa Fe posee una tasa de encierro penal juvenil moderada, ello en relación a otras provincias que tienen más o menos la misma densidad demográfica, y la tasa es alta. Al menos es lo que tengo entendido, y si la comparamos por ejemplo con ciudades como Montevideo; o con la ciudad de Buenos Aires, la tendencia o pulso al encierro parece otro.

La cuestión es cómo modificar un régimen, adaptarlo a la legislación internacional, tratando de reducir la cifra de encierro local, aun cuando sea baja. O dicho a la inversa, construir un régimen procesal de mínima intervención que no de lugar a que la cifra de encierro se dipare.

En ese tipo de interrogantes, la pregunta es si Santa Fe busca una reforma para adecuar su legislación a los instrumentos de DDHH, y si esa adecuación tiene en cuenta los impactos de las reformas, que muchas veces las leyes de avanzada también reconfiguran clientelas y modalidades de selectividad convalidación judicial de esa selectividad. Por eso el régimen penal juvenil que se adopte tiene que ser el que tenga los mejores resortes institucionales para mantener el elenco de prisionalizados actuales o bien los reduzga significativamente. Si el legislador legisla por fuera de la realidad, y por fuera de los análisis de impacto, va cometer un grave error.

En efecto, si por modernizar la legalidad penal juvenil, en realidad no va a tener en cuenta aspectos y variables más complejos, que tenga en cuenta los impactos operativos, funcionales, de efectores, de una política criminal estratégica y una política social y preventiva más sólida (que aquella penal); entonces la reforma va a fracasar disparando la cifra de encierro. Porque el sistema penal va a ser utilizado como mecanismo (más amplio y de facil entrada) de política social reforzada; pues como ahora se cuenta con jueces especializados, el Estado va a recostar su política positiva para la niñez en el sistema penal juvenil. Entonces el sistema de promoción y protección va a ser

un satélite desmoronable hacia la excepcionalidad penal (como la regla); y en los territorios las policías van a captar clientelas para consumo de los jueces especializados y para las campañas demagógicas punitivas. En esta distopía se va a duplicar el encierro por medio de legislaciones pseudo-garantistas. Y Santa Fe se va a comprar un verdadero problema. Esperemos que ello no ocurra.