

**Informe sobre el Anteproyecto de ley de fortalecimiento de la Ley
2302 y la extensión territorial de la especialidad penal adolescente en
la Provincia de Neuquén**

Enero 2018

Alejandro Morlachetti

I. Reflexiones generales sobre la importancia del principio de especialidad

Los estándares internacionales en materia de derechos de la niñez y la adolescencia comprometen a los estados a tomar todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños, niñas y adolescentes de quienes se alegue, acuse o declare culpables de haber infringido las leyes penales (Convención sobre los Derechos del Niño – Art. 40 inciso 3).

La Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño recomienda a los Estados Partes que instituyan tribunales de niños y adolescentes como entidades separadas y establece que el sistema amplio de justicia de niños y adolescentes requiere la implementación de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial, la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados. (Par. 92/93)

Las Reglas de Beijing señalan que cada jurisdicción procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia juvenil, conjunto que según las Reglas tendrá por objeto principal responder a las diversas necesidades de las personas menores de edad, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos (Reglas 2.3). Se debe destacar que esa especialización tendrá como especial objetivo que la justicia juvenil se focalice en la protección de los derechos y las necesidades de los niños, niñas y adolescentes. Es decir, no se trata de un sistema de justicia retributivo sino básicamente de protección de derechos para que ese niño, niña y adolescente no vuelva a entrar en conflicto con la ley penal.

Así queda también expresado en los principios generales que orientan la aplicación de la Reglas cuando se afirma que la justicia juvenil se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los niños, niñas y adolescentes de manera que contribuya a su protección. En el mismo sentido, en los comentarios a la Reglas se indica que finalmente se trata de orientaciones básicas de carácter general que se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del niño, niña y adolescente en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención

Entonces, de acuerdo con la normativa internacional el principio de especialidad exige contar con leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos, así como también implica que todos los funcionarios que trabajan en el sistema de justicia juvenil deben contar con capacitación especializada en derechos de la niñez y la adolescencia. Este último punto es de vital importancia, porque la especificidad implica conocimiento en materia específica de la niñez, de allí la necesidad de órganos especializados, que

tiendan a interpretar los derechos y garantías de éstos, garantizando el fiel cumplimiento de la CDN y de sus principios rectores. Es decir, resulta imperioso una formación diferente en aquellos que tienen por función juzgar, acusar y defender a niños, niñas y adolescentes. Ya no basta con el solo dictado de una sentencia que declare la existencia de un ilícito y determine la autoría responsabilidad penal, sino que aquello que se decida sea en pro del interés superior del niño y de su protección de derechos.

Por ello, el principio de especialidad es fundamental, porque implica atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, niñas y adolescentes, y esa diferenciación debe regir en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas. Es decir de la mano de la especialización aparece la especificidad de los estándares aplicables en materia penal juvenil, como por ejemplo el *principio de proporcionalidad específico en materia de infancia y adolescencia*, que condiciona la respuesta punitiva a la edad y al ilícito endilgado, privilegiando la reintegración familiar y/o social, *el principio de ultima ratio y de máxima brevedad* de la privación de libertad y *el principio de revisión periódica* de la privación de libertad.

En conclusión, el principio de especialidad tiene dos dimensiones. Una formal que las instituciones, funcionarios y personal interviniente debe estar dedicado en forma específica y exclusiva a esta materia. La otra es de contenido en tanto la especialidad penal juvenil debe ser entendida como la combinación de una alta capacidad técnica y compromiso con los principios y aspectos esenciales de esta jurisdicción: protección integral, interés superior, pleno respeto al debido proceso, uso extendido de medidas no privativas de libertad y privación de libertad como última ratio.

II. Comentarios específicos sobre el Anteproyecto de Ley

La creación de órganos en el ámbito penal juvenil dedicados en forma específica a la materia de niñez y adolescencia, excluyéndose así toda otra materia significa un claro avance en los esfuerzos de la Provincia por cumplir con el principio de especialidad y con el compromiso asumido en la Convención sobre los Derechos del Niño por la República Argentina.

Ya se ha explicado la fundamental importancia de la especialidad como uno de los principales principios a tener en cuenta en la arquitectura normativa e institucional de un sistema penal juvenil y por ello se debe destacar que esta iniciativa es muy positiva al avanzar en ese sentido y cumpliendo además con la demorada instalación de institucionalidad mandatada por la propia ley provincial.


Las observaciones que aquí se realizan al Anteproyecto son más bien de carácter aclaratorio y para una mejor redacción del mismo, pero debe señalarse que no se trata de una crítica al proyecto, atento que no se encuentran contradicciones con los estándares internacionales en materia de niñez.

Principales observaciones al proyecto de ley sobre régimen penal juvenil

Artículos	Observaciones
Artículo *: Medidas de acción positiva. Remoción de obstáculos:	<p>Se recomienda el cambio del título de este artículo que no parece coincidir con el contenido del mismo y que desde el punto de vista de la técnica legislativa podría ser mejorado.</p> <p>Siendo el primer artículo del Anteproyecto pareciera recomendable titularlo Objeto o Objetivos de la ley y cambiar el orden de la redacción de la primer parte del artículo.</p> <p>A modo de ejemplo se podría redactar de la siguiente forma:</p> <p><i>La presente ley tiene como objetivo fundamental extender e instrumentar la especialidad de la Justicia Penal de la Niñez y Adolescencia prevista en la Ley N° 2302, a todo el territorio de la Provincia en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado provincial en el art. 47 de la Constitución de la Provincia del Neuquén y para ello procederá a reorganizar el Fuero Penal de Niños, Niñas y Adolescentes, a fin de que la administración de dicho servicio esencial se adecue plenamente a los estándares mínimos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño</i></p>
+ Terminología Anteproyecto	<p>No queda clara los argumentos que justifican la necesidad de incluir a los niños y niñas en este Anteproyecto.</p> <p>En referencia al comentario que se trabajo sobre ejes conceptualmente inclusivos y eso justificaría el incluir a los niños y niñas, se debe recordar que en materia penal juvenil el estándar es el contrario y es que se debe trabajar pensando en excluir en la medida de lo posible a las personas menores de 18 años del sistema penal juvenil.</p>

Todas las recomendaciones de los mecanismos universales (Comités y Relatores) y regionales (Comisión y Corte Interamericana) recomiendan que se trabaje en medidas y mecanismos que en lo posible eviten que los niños, niñas y adolescentes entren en contacto con los órganos y funcionarios que forman parte del sistema penal juvenil. Incluso en el caso de los punibles cuando las circunstancias y la gravedad del delito permita por vía de formas anticipadas de término o suspensión del proceso sustraer al adolescente punible del procedimiento penal.

En el caso de niños (no punibles) el **excluirlos** inmediatamente de la norma y del tratamiento en sede penal juvenil es un derecho y es lo que exigen los estándares internacionales.

 **Artículo *: Integración del Fuero Penal para Niños, Niñas y Adolescentes**

Como ya se mencionó la especialización es un avance muy positivo y se entiende que este Fuero Penal de NNA especializado y con esta integración reemplazaría a aquellos que hasta ahora han estado cumpliendo esas funciones sin tener la especialización lo cual claramente es un avance.

La preocupación que subsiste es si el número de jueces, fiscales y defensores que aquí se prevén son suficientes para cubrir todas las circunscripciones judiciales de la Provincia y si esta medida no implica que los jueces estén lejos de algunas circunscripciones judiciales de la Provincia perjudicando la inmediación con respecto al adolescente presunto infractor.

Se entiende la necesidad de crear una estructura austera y mínima y de los posibles desafíos en materia de recursos. Quizás se podría explorar alguna forma de redacción en la misma ley en términos de que la organización de esta estructura deberá ser suficientemente flexible, etc. ... a los efectos de garantizar la inmediación.... Esto puede ser importante en términos de no dejar solo librado a la reglamentación esos aspectos fundamentales. Luego por supuesto la forma de operativizarlo se redactará en detalle en la reglamentación de la ley, pero se recomienda evaluar agregar un artículo que establezca esas pautas fundamentales de funcionamiento de este Fuero Penal de NNA para evitar que en la práctica adopte posibles formas de operar que sean en desmedro

de los derechos de los adolescentes.

Artículo *: Juicio de responsabilidad penal y de necesidad de la pena

Se recomienda que en ambos casos se incluya expresamente que en base al derecho a ser oído y debidamente tenido en cuenta (Art 12 CDN) los y las adolescentes puedan manifestar su preferencia como parte (con o sin fundamentación de la Defensa) y por lo tanto requerir la posibilidad de requerir Tribunal Unipersonal o de un Tribunal Colegiado.

Artículo *: Procedimientos abreviados. Juicio directo. Tribunal Unipersonal. Derecho del adolescente al Tribunal Colegiado

Artículo *: Juicio sobre la pena:

Si bien se entiende que la utilización del término “tratamiento” no ha sido con la intención de referirse a su tradicional acepción en Argentina en términos tutelares, se recomienda evaluar cambiar el término usado y valorar la necesidad de aportar cierta precisión en que medidas se puede imponer al adolescente durante este periodo de tiempo de un año que aquí se determina para en la práctica esas medidas no devengan en tutelares más allá de la denominación utilizada.

Artículo *: El espacio físico como dispositivo de acceso irrestricto a la justicia y de atención.

Es cierto que si se lee el artículo en conjunto con los fundamentos en la página 3 se entiende el sentido y propósito que aquí se expresa, pero ese propósito no está totalmente logrado con la redacción del artículo que sin los fundamentos es difícil de entender y el artículo debería ser autónomo más allá de la explicación de la fundamentación para evitar confusiones y precisar mejor la intención del mismo.

Se recomienda evaluar agregar un listado no exhaustivo a los fines ilustrativos/comprensivos de los operadores del sistema.

Adicionalmente se recomienda en el párrafo donde se menciona género y discapacidad de ampliar el lenguaje acorde a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (incluir multiculturalidad, indígenas, etc.). Es decir, reconocer las múltiples vulnerabilidades y discriminaciones que enfrenta un adolescente que es además indígena y/o migrante y/o mujer y/o LGBTI, etc.

Artículo *: Medidas alternativas a la ejecución de la privación de libertad

No se entiende la razón por la cuál las medidas alternativas tienen que ser pedidas si o si por las partes.

Dentro de la especialidad del sistema penal juvenil el evitar la privación de libertad es uno de los mandatos principales. Esa especialidad lo hace diferente del sistema penal de adultos, no porque el sistema acusatorio no deba ser aplicado en el ámbito penal juvenil, pero si en el sentido que aquello que beneficie al interés superior si debe ser el objetivo de todo el sistema.

No hay discusión alguna sobre que nunca la privación de libertad representa el interés superior del niño. Si bien se acepta internacionalmente la privación de libertad en casos excepcionales, esa aceptación va acompañada del concepto de brevedad, es decir cesar el encierro en la primer oportunidad posible, bajo el entendimiento que el encierro siempre es perjudicial.

El propio sistema penal juvenil debe construirse en base a esos criterios y de evitar la privación de libertad y un juez/tribunal penal juvenil cuya intervención no este basada en ese principio no es tal porque a pesar que sería especializado en términos formales no lo sería en contenido porque no estaría aplicando uno de los principios esenciales y estructurales en materia penal juvenil.

Que el juez busque y oriente de oficio su intervención para cumplir ese objetivo de que la regla es que se deben aplicar medidas no privativas de libertad y solo excepcionalmente el encierro no significa en absoluto expropiar el conflicto ni debilitar la condición de imparcial y mucho menos un pater familia tutelar (no estamos hablando de medidas tutelares ni de medidas contra no punibles), sino por el contrario es garantizar el funcionamiento del sistema penal juvenil acorde a los estándares internacionales y constitucionales en materia penal juvenil.

Artículo *: Medidas alternativas a la ejecución de la privación de libertad –

Las medidas no privativas de libertad siguen siendo sanciones aunque se denominen medidas socioeducativas. Se entiende que las mismas al ser

Duración de las medidas

impuestas por un juez en el marco de un procedimiento penal a un adolescente punible se trata de medidas que no son optativas y que el adolescente está obligado a cumplir y que si no las cumple corre riesgo de ser privado de libertad, como lo indica el artículo posterior a este en el Anteproyecto.

Si incumplirlas pone al adolescente en riesgo de ser privado de libertad por lo tanto son coercitivas y son sanciones. Esto no implica en absoluto que este mal imponer estas medidas pero no debemos perder de vista que si son sanciones, aunque esas medidas tengan una orientación socioeducativa porque no es una opción para el adolescente cumplirlas o no.

Por ello, se manifiesta que no parece recomendable que la legislación imponga mínimos en las sanciones atento que la intervención coactiva del Estado respecto de los NNA debe ser reducida en la mayor medida posible. El imponer mínimos limita la discrecionalidad del poder judicial de imponer sanciones menores en aquellos casos que lo ameriten y que limiten el mantener al adolescente sujeto a un procedimiento judicial y al sistema penal juvenil por un largo período

El Juez debe contar con cierto nivel de discrecionalidad para aplicar las medidas, bajo criterios de proporcionalidad y declarar en cualquier momento que la medida es innecesaria y ponerle término anticipado o sustituirla. Como dice el mismo artículo que las medidas serán objeto de periódico control judicial por parte del juez de ejecución.

En cuanto al argumento que el sentido de establecer un mínimo opera como garantía, en tanto impide que se le anticipe la privación de libertad efectiva ya dispuesta en la sentencia de pena a alguien que ya ha atravesado un “tratamiento”, si es loable la intención, pero eso se puede expresamente prever en la redacción del Anteproyecto para que eso no ocurra y que no afecte la posibilidad de cesar la medida no privativa de libertad con anticipación sin que implique privar de libertad.

Aquí el problema que se plantea es que hay muchos casos que no amerita tener a un adolescente por un año de medidas no privativas de libertad y que si el Anteproyecto así lo prevé se sienta un estándar donde se normaliza que como mínimo las medidas serán por el

período de un año, lo cual atenta contra la recomendación de sustraer lo antes posible al adolescente del sistema penal juvenil cuando ello sea posible.

Si bien la recomendación es eliminar ese mínimo de un año, otra solución podría ser agregar explícitamente en el artículo un párrafo que haga una salvaguarda expresa en cuanto que los jueces siempre tienen la facultad de suspender definitivamente el proceso penal en cualquier instancia de su desarrollo conforme la Regla 17.4 de Beijing y por lo tanto cesar las medidas más allá del mínimo establecido en el artículo.