

EL PROCESO PENAL PARA ADOLESCENTE NO PUNIBLES EN LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS: UN ANÁLISIS DESDE LA INTERDISCIPLINA.-

Por Pablo A. Barbirotto¹ y Luciana Sarmiento²

ADOLESCENTES NO PUNIBLES. INTERPRETACIÓN DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY Nº 10.450. -Pablo A. Barbirotto-

Diferenciación entre los conceptos de Punibilidad, Inimputabilidad y Procesabilidad

Es importante mencionar que el procedimiento penal con adolescentes no punibles que se lleva adelante en la provincia de Entre Ríos no contempla en lo absoluto **una disminución en la de edad de punibilidad**.

En este sentido se hace necesario recordar que la **punibilidad**, en stricto sensu, es la posibilidad de coerción penal, es decir, de imponer la pena merecida.

La ley 22.278 ha fijado la edad de punibilidad a partir de los dieciséis (16) años de edad, “garantizando que por debajo de ella no se habilitara castigo a los adolescentes que realizaran conductas prohibidas por la ley penal y, consecuentemente el ámbito de libertad que se encuentra exento de intervención punitiva.”³

En cambio, el concepto de **inimputabilidad** no es más que una reconstrucción

¹ *▣ Juez Penal de Niños y Adolescentes de Paraná –E.R. –, Abogado, Escribano, Esp. en Derecho Penal, Esp. en Derecho Procesal Penal, Doctorando en Cs. Jcas. y Sociales, Coordinador Gral. y coautor Anteproyecto de ley “Sobre el Procedimiento Penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad para la Prov. de Entre Ríos” -Ley Nº 10.450 -.*

² *▣ Lic. en Psicología (UBA). Co-autora del Anteproyecto de ley “Sobre el Procedimiento Penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad para la Prov. de Entre Ríos” -Ley Nº 10.450 -Integrante del Equipo Técnico Interdisciplinario Juzgado Penal de Niños y Adolescentes de Paraná E.R. Docente de la Carrera de Licenciatura en Psicología (UADER)*

³ *▣ ZURZOLO SUÁREZ, Santiago, “Niños, niñas y adolescentes: inimputables o no punibles? Consultado online en www.infojus.gov.ar en 18/09/2018. Id SAIJ: DACF120097*

dogmática de las disposiciones del inciso 1° del artículo 34° del Código Penal. Se basa en la consideración de que el sujeto es incapaz de comprender la norma y por lo tanto no puede dirigir sus acciones, o motivarse en ella y por esta razón no se le puede aplicar una pena.

Para decirlo más claramente “si se juzga un adolescente que adolece de insuficiencia profunda del psiquismo se lo debe declarar inimputable, -incapaz psíquico de culpabilidad-, sin necesidad de analizar lo relativo a la penalidad”⁴

En este sentido, podemos afirmar que la ley 22.278 al expresar que no son punibles los adolescentes por debajo de los dieciséis (16) años de edad, en modo alguno ha establecido un supuesto de inimputabilidad. Considerar lo contrario, sería asimilar la condición de persona menor de dieciséis años de edad al padecimiento de una enfermedad mental, conforme lo expuesto, por un déficit de la inteligencia derivada de la calidad de sujeto en formación. De este modo, la ficción jurídica de inimputabilidad establecida como presunción juris et de jure implica el desconocimiento de un mínimo de autodeterminación en los adolescentes por el sólo hecho de no haber alcanzado determinada edad.⁵ Lo expuesto significaría desconocer al adolescente su condición de sujeto de derechos, de conformidad a lo establecido en la Convención Sobre Los Derechos Del Niño.

Desde esta perspectiva, cuando el estado resigna su pretensión punitiva por razones etarias o en relación a determinados delitos de escasa trascendencia social, no es por una causal de incapacidad psíquica de culpabilidad, sino por una causal personal de no punibilidad que se funda en las razones político-criminales propias del Derecho Penal Juvenil.⁶

A diferencia de los conceptos anteriores, la **Procesabilidad** consistente en la viabilidad de que los adolescente de catorce (14) y/o quince (15) años de edad que cometan determinados delitos graves específicamente establecidos en la ley tengan el derecho a un proceso penal con todas las garantías penales y procesales reconocidas

⁴ ▢ Dictamen del Sr. Procurador Gral. de la Prov. Dr. García. de E.R en "ROMERO DANTE E." del 24/09/2013

⁵ ▢ Cfr. ZURZOLO SUÁREZ, Santiago. Ob.cit.

⁶ ▢ Cfr. ROMERO DANTE E." del 24/09/2013

en la Constitución Nacional, los Tratados y Convenciones Internacionales que rigen la materia. Es menester mencionar que el proceso penal se realiza a los fines de determinar la participación o no en el hecho endilgado y no para imponer una pena.

En este sentido se debe destacar que lo que no puede valorarse en un adolescente menor de dieciséis (16) años de edad es lo relativo a la penalidad de su conducta. Ello no implica que no deba probarse su autoría y participación.

La **Procesabilidad** de los adolescentes no punibles se ve aún más reforzada por la letra del artículo 1º de la Ley Nº 22.278 (Texto según Ley Nº 22.803) que expresamente establece: *“No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, **procederá a la comprobación del delito...**”*. Acorde lo prescripto por la ley sustantiva, en el caso de adolescentes no punibles se debe proceder a la comprobación del delito, lo que necesariamente conduce a determinar quiénes fueron sus autores. Por lo que la única manera de comprobar el hecho base de una imputación, en los términos de la citada ley, **es por medio de un proceso penal**, pues los adolescentes, aún los no punibles, son titulares de los derechos y garantías que toda persona posee ante una persecución penal.

La operatividad de estas garantías permitió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresarse respecto a las afectaciones del debido proceso que sufren los menores de edad no punibles. La Corte consideró que al adoptar medidas respecto de personas menores de 16 años de edad, los jueces deben respetar las demás garantías procesales, ordenando que **se investiguen los hechos delictivos cometidos por imputados menores no punibles** con respecto al derecho a ser oído y a la defensa técnica. (Art. 1 Ley 22278)⁷

Como puede apreciarse, al establecer el máximo tribunal que el adolescente menor de dieciséis (16) años de edad tiene derecho a ser oído, a contar con una

7

Fallos: 331:2691 - Fundación Sur -García Mendez. Consd. 10. Voto de Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Argibay.

defensa técnica y demás garantías procesales, está habilitando la realización de un proceso penal dotado de todos los derechos y garantías reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, que debe culminar con un pronunciamiento respecto a la participación o no del adolescente en el hecho.

Otro de los importantes fundamentos procesales por los cuales se hace necesario un proceso penal con adolescentes menores de dieciséis (16) años de edad, es porque no es lo mismo sobreseerlo **por no punibilidad, procediéndose al cierre automático de la causa en virtud de su edad** por aplicación directa del art. 1º de la ley 22.278, que sobreseerlo por su **inocencia**, ya que nada tuvo ver con el hecho investigado.

De conformidad al artículo 397º del Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, no es posible técnicamente dictar un sobreseimiento -en este caso por no punibilidad-, sin antes investigar la materialidad del hecho, la intervención del sujeto en él, la tipicidad de la conducta y su antijuridicidad. Recién una vez acreditados estos extremos podrá procederse a dictar el mismo. De lo contrario, si no se comprueban los requisitos mencionados corresponde sobreseer por la no participación en el hecho.

Si por la sola circunstancia de comprobarse la edad del adolescente no punible se procede al cierre mecánico de la causa, sin siquiera investigar su participación en el hecho, la mera sindicación del sujeto menor de dieciséis (16) años de edad como posible autor bastaría para endilgarle el delito, vulnerándose su derecho constitucional de inocencia y defensa en juicio. Ello con la carga de acusar a un inocente, estigmatizarlo como delincuente y en muchos casos privarlo de libertad por motivos o razones "tutelares" y dejar impune al verdadero culpable.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que **"la mera circunstancia de que se trate de un menor inimputable, aún cuando en última instancia derivaría en dictar a su respecto el sobreseimiento por la causal prevista en el inc. 5 del código adjetivo, no autoriza a ignorar el orden de prelación bajo el cual, obligatoriamente, debe analizarse la situación procesal del imputado (art. 337 CPPN), puesto que su inimputabilidad no permite descartar a priori que pueda arribarse a igual temperamento, más no ya con fundamento en su minoría de edad, sino por cualquiera de las otras causales previstas en el**

código ritual...Debe evaluarse previamente , si los elementos reunidos tienen entidad suficiente para considerar que el menor cometió el hecho endilgado y expedirse al respecto, solo al atacar el orden de prelación establecido con carácter obligatorio, y descartar las hipótesis previa , el dictado del sobreseimiento fundado en la causal del inc. 5 del art. 336, aparecería ajustado a derecho. **Por ello, al no haberse manifestado el juez de primera instancia respecto de la posible autoría del menor, se ha vulnerado el principio de inocencia** y, por lo tanto corresponde revocar el sobreseimiento dictado.”⁸

Esta forma de intervenir con adolescentes no punibles, prevista en la legislación Entrerriana, no es improvisada. La propia **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, en su informe sobre Justicia Juvenil en las Américas ha expresado que **“es tiempo de ir más allá del debate relativo al establecimiento arbitrario de una edad mínima de responsabilidad por infringir las leyes penales y comenzar a considerar, en su lugar, separar los conceptos de "responsabilidad" y "criminalización", dejando de criminalizar a los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, la Comisión observa la necesidad de iniciar un nuevo debate, a la vez de reconocer que, excluirles totalmente del ámbito de la justicia juvenil, es un asunto complejo que amerita un análisis que pudiera ir más allá de lo tratado en el presente informe. El sacarlos del sistema de justicia juvenil no debe implicar el desconocimiento de la responsabilidad de sus acciones y tampoco implica negarles el debido proceso para determinar si lo alegado contra ellos es verdadero o falso.”**⁹

Adolescentes no punibles en la legislación Entrerriana.

La intervención con adolescentes no punibles en la derogada ley N° 9.324.-

Hasta la sanción de la ley N° 10.450, el procedimiento aplicable a adolescentes

⁸ [?] C. Nac. Crim y Correc Fed., Sala 4 causa 20623” G.J.P y otros del 20/03/2003

⁹ [?] Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las América. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de julio de 2011. Párr 59

trasgresores a la ley penal, se regía en nuestra provincia por el Capítulo III de la ley N° 9.324, conocida como el “Estatuto Jurídico de los Menores.” –B.O 23/05/2001-

Es significativo mencionar que ley provincial N° 9.324 fue inspirada en doctrina de situación irregular, cuya respuesta inmediata era la imposición de medidas de internación por tiempo indeterminado o hasta la mayoría de edad y el desconocimiento de todos los principios derechos y garantías procesales reconocidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños.

A pesar de que la ley N° 9.324 fuera sancionada en el año 2001, es decir, con posterioridad a la aprobación de la C.D.N (1989), a su ratificación por nuestro país (1990) y a su incorporación a nuestra carta magna (1994) no receptó ninguno de sus principios, por ende, era inconstitucional desde el momento mismo de su sanción.

Es menester enfatizar que la ley N° 9.324 regulaba un procedimiento para adolescentes menores de dieciséis (16) años de edad, por lo que el proceso penal con adolescentes no punibles reglado en la ley N° 10.450 no debería haber causado tanta discusión o sorpresa por parte de algunos operadores.

En este sentido, la ley N° 9.324 disponía que ante la simple acreditación de estar en presencia de un adolescente no punible al que se le imputara la comisión de **cualquier** delito, el Juez de “Menores” en audiencia oral, en presencia de sus representantes legales, fiscal y defensor le informaba el hecho endilgado y dictaba un sobreseimiento por no punibilidad (Art. 21º y 41º) procediéndose al archivo de la causa en forma automática e inmediata. Con esta forma de intervención establecida en la derogada ley, la mera imputación de un adolescente no punible bastaba para dar por sentado que había sido el autor del hecho que se le endilgaba y sin posibilidad alguna de defensa. Independientemente de ello, el juez estaba facultado para disponer medidas tutelares, tales como cambiar de domicilio, asistir a terapia psicológica, presentarse ante la autoridad que lo requiera, estudiar, realizar talleres e internaciones en centros o residencias socioeducativas, es decir privarlos de libertad.¹⁰

Claramente puede apreciarse que la intervención con personas menores de

¹⁰ De conformidad con las **Reglas de las NN UU para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad –11 inc. b)-** por privación de la libertad debe entenderse toda forma de detención o encarcelamiento, así como internamiento o alojamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de dieciocho años de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

dieciséis (16) años de edad regulada por la derogada ley N°9.324 se desarrollaba en el marco de un proceso penal, con citación del adolescente, con el desarrollo de una audiencia de imputación y una resolución judicial que ponía fin al mismo. Un proceso penal claro está, sin derechos y garantías, con los riesgos concretos que ello implica.

Proceso penal con adolescentes no punibles en la ley 10.450. El proceso como excepción.

El procedimiento penal previsto en la ley N° 10.450 para adolescentes no punibles de catorce (14) y quince (15) años de edad es una **excepción**. Se establece como regla general que ante la presunta participación de estos en un delito, que no sea de los enumerados específicamente en la ley¹¹, el juez de garantías comprobará la existencia del hecho y procederá al archivo de las actuaciones en virtud de acreditarse una causal de no punibilidad en razón de la edad del sujeto. En aquellos supuestos que el adolescente no punible se encuentre en especial estado de vulnerabilidad, y se estime necesario adoptar medidas de protección de derechos, el juez en la misma resolución que dispone el archivo de la causa deberá dar intervención al órgano administrativo de protección integral de la niñez y adolescencia –Copnaf– a efectos que el mismo adopte o solicite las medidas de protección respectivas. Debe remarcarse que en estos casos esta resolución no importará declaración alguna sobre la participación del adolescente en el hecho que se le endilga.

La regla general que excluye a los adolescentes no punibles del proceso penal, prevista en el artículo 108 de la ley, pretende impedir las posibles secuelas negativas y/o estigmatizante que supone el hecho de ser sometido a un proceso penal por la comisión de delitos que **no revisten gravedad**. En estos casos se considera que la investigación criminal podría ocasionarle a la persona menor de dieciséis años de edad un daño mayor que el que causó con la infracción y por lo tanto confirmar el delito a personas que recién está formando su carácter.

¹¹ Delitos dolosos que se perpetraren contra la vida, contra la integridad sexual, lesiones graves y gravísimas, y/o cometidos con armas de fuego.

Proceso Penal con No Punibles. ¿Cuándo procede?

La Ley N° 10.450 garantiza el proceso penal a los adolescentes de 14 y 15 años de edad para determinados delitos graves específicamente establecidos en la ley a los fines de no dar lugar a la discrecionalidad de los operadores. De conformidad al artículo 109°, únicamente podrán ser sujetos a proceso cuando se les endilgare la comisión de delitos dolosos que se perpetraren contra la vida, contra la integridad sexual, que ocasionen en la víctima lesiones graves y gravísimas, y/o fueran cometidos con armas de fuego.

Como puede apreciarse se optó por un catálogo limitado y taxativo de delitos que provocan graves perturbaciones en el marco de la convivencia social, destruyen el tejido social, la confianza en la norma y el núcleo de valores éticos-sociales de la comunidad. Si bien todo hecho catalogado como delito por el Código Penal produce tales efectos, no todos lo hacen en la misma medida e intensidad.

El alcance de estos tipos penales deberá restringirse al máximo posible. En nuestra opinión, en los casos de delitos cometidos con armas de fuego, deberá interpretarse que el arma utilizada fuera apta para efectuar disparos y no sea de utilería.

Respecto a los delitos contra la integridad sexual, la exégesis puede resultar más compleja. En principio podríamos limitarla a abusos sexuales gravemente ultrajantes, o **agravados por el acceso carnal. En el caso del abuso sexual simple deberá analizarse cada caso concreto. Así, correspondería llevar a cabo el proceso penal, cuando entre el adolescente no punible y la supuesta víctima existiere un vínculo, situación de convivencia o cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 119° del Código Penal.**

Es preciso destacar que la decisión de instar el procedimiento penal previsto en el artículo 109° de la ley es una potestad del Ministerio Público Fiscal. Esta facultad se desprende de la propia redacción del artículo analizado, que expresamente utiliza la expresión “**podrán**” para referirse a quienes únicamente pueden ser sujetos a proceso penal por debajo de los (16) años de edad.

Es importante mencionar que el proceso penal se formaliza solo para determinar la autoría y/o participación del adolescente no punible en el hecho, no

para imponerle una pena, atento a que la finalidad que se persigue es lograr la responsabilidad e implicancia subjetiva en el infractor, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad. (Art. 40.1 CDN)

Medidas de coerción.

Es significativo mencionar que la ley N° 10.450, prohíbe expresamente la adopción de medidas de coerción procesal -privativas o no privativas de libertad- a adolescente no punibles que cometan alguno de los delitos enumerados en el artículo 109°.

Cuando el texto legal hace referencia a medidas de coerción se refiere a las establecidas en el artículo 101° inc. b), c), d) y e) de la ley: **b)** Comparecer periódicamente al juzgado, fiscalía, unidad judicial o autoridad que se disponga; **c)** Privación de libertad provisional domiciliaria; **d)** Privación de libertad provisional durante el fin de semana en centro especializado que determine el organismo administrativo de niñez y adolescencia; **e)** Privación de libertad provisional en centro especializado que determine el organismo administrativo de niñez y adolescencia.

En relación a la medida dispuesta en el inciso **a)**, consistente en abstenerse de concurrir a determinados lugares o tomar contacto con determinadas personas, se entiende que el Juez interviniente podría aplicarla sin incurrir en un incumplimiento de la norma, atento a que esta debe interpretarse como una medida de protección para seguridad de las víctimas, *la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, de conformidad a lo establecido en la ley N° 27.372 de “Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”* (art. 5.d)

Esta interpretación respecto a la prohibición de aplicación de medidas de coerción tiene su fundamento en el **principio de proporcionalidad**, en virtud del cual sólo podría ordenarse judicialmente la prisión preventiva cuando el hecho imputado pudiere ser sancionado con pena privativa de la libertad, de lo contrario la misma perdería todo sentido, pues si no existe expectativa punitiva por ser el adolescente no punible, sería ilógica su instrumentación para asegurar fines del proceso.

Citación Judicial.

Ante la imposibilidad prevista en el artículo 111º de aplicar medidas de coerción al adolescente no punible, se ha planteado el interrogante sobre qué sucedería si al ser citado, este no compareciere. Cabe mencionar que la comparecencia forzosa del adolescente no punible para celebración de los actos procesales que requieren su presencia, no es una medida de coerción de las establecidas en el artículo 101º.

En este sentido, y de conformidad al artículo 78º de la ley, corresponde aplicar supletoriamente el Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, el cual en su artículo 339º establece que cuando el delito que se investigue no tenga previsto pena privativa de libertad, *(como ocurriría en el caso de adolescentes no punibles que cometieran un hecho grave de los expresamente establecidos en la ley –Art. 109º y 111º-)* el Fiscal, ordenará la comparecencia del Imputado por simple citación, haciéndole saber los apercibimientos de la comparecencia forzosa. Asimismo se dispone que en caso que el citado no se presentare en el término que se le fije, ni justificare un impedimento legítimo, ordenará su comparecencia forzosa con noticia al Juez de Garantías y al sólo efecto de la realización de los actos procesales que justificaron la citación.

Como puede claramente observarse, el artículo 339º del Código Procesal Penal contempla una situación análoga al procedimiento realizado con adolescentes no punibles, que debe interpretarse conforme el principio favor minoris¹² y por lo tanto la comparecencia forzada fijada en segunda parte del artículo, no operaría sin antes coordinar la presencia del adolescente por medio del organismo de protección de derechos –Copnaf-, el ministerio pupilar o defensor del adolescente. Agotadas estas instancias, el fiscal podría ordenar la comparecencia forzosa con

¹² El principio "**Favor Minoris**", es una derivación del principio "**Pro homine**" (Art. 29.b CADH) fija un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos de los adolescentes sometidos a un proceso penal. Por lo tanto, en caso de existir conflicto entre cualquier norma aplicable a adolescentes de quienes se acuse o declare culpables de haber infringido las leyes penales, deberá aplicarse la que más favorezca los derechos de estos. Este principio, sin lugar a dudas, constituye una pauta interpretativa de trascendental importancia a la hora de cubrir las lagunas que pueden suscitarse en caso de colisión de normas e intereses.

noticia al Juez de Garantías y al sólo efecto de la realización de los actos procesales que requieran ineludiblemente la presencia del adolescente – Vgr. Audiencia de imputación y debate-

La aplicación supletoria del artículo 339° del CPP tiene su fundamento en uno de los objetivos primordiales de la realización del proceso penal con adolescentes no punibles, consistente en facilitar procesos de responsabilización subjetiva a partir de la declaración de autoría o participación en el hecho endilgado, mediante un procedimiento dotado de todos los derechos y garantías reconocidos en corpus jure sobre los Derechos del Niño.

Difícilmente pueda lograrse este objetivo sin la presencia del adolescente en los actos fundamentales del proceso. Aquí cobra importancia el rito del proceso penal, la sala de audiencias, las formalidades del debate, la posibilidad de contar con un defensor que lo patrocine, un fiscal que lo acuse en base a las pruebas obrantes en la causa, que pueda escuchar a testigos, a la propia víctima o a sus familiares y que un juez determine objetivamente su participación o no en el hecho. Todas estas son situaciones sumamente movilizantes para el adolescente y fundamentales para que asuma responsabilidad subjetiva. “La idea de responsabilidad en los adolescentes es central desde la perspectiva de su integración social, porque difícilmente alguien puede constituirse como ciudadano pleno si no logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que los delitos que comete tienen para la comunidad en la que vive.”¹³

Importancia del proceso con adolescentes no punibles a partir de la sanción de la ley de “Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”.

En los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el "redescubrimiento" de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco del proceso penal, luego de siglos de exclusión -casi olvido- y de pensarse que otorgarles un papel protagónico en la

¹³ BELOFF, Mary "Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave", en Bien Común, año XI, núm. 124, abril de 2005, pp.35-37).-

investigación penal podía traducirse en una erosión de las garantías procesales del acusado, la víctima reaparece en la actualidad como una preocupación central de la legislación y la política criminal. Prueba de este interés resulta, sin lugar a dudas, la ley de **“Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”** que promueve su mayor participación y protección en el proceso penal.

La Ley N° 27.372, inaugura su articulado estableciendo que las disposiciones introducidas en ellas son de “orden público” - Art. 1º-, por lo tanto la violación de la norma acarrea la nulidad absoluta, manifiesta y por ende inconfirmable de todo precepto que lo vulnere.

Esta ley fija una serie de objetivos y principios rectores tendientes a reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito. Entre ellos se le reconoce y garantiza el derecho a la **verdad** (art. 3.a.). Sabido es que el proceso penal no sólo busca aplicar penas, sino también establecer una verdad histórica -¿que fue lo que sucedió?-. Esta función puede aún ser cumplida aunque medien causas que impidan la punibilidad¹⁴. En este sentido, el proceso con adolescentes no punibles por los delitos muy graves previstos en el artículo 109º, aspira a dar una respuesta a la víctima del delito, haciendo hincapié en la averiguación de la verdad como acto fundamental de reparación simbólica a las víctimas, lo cual a la vez genera paz social. De allí que las sentencias de la Corte IDH en cuanto a violaciones a derecho fundamentales utilicen en su parte resolutive la fórmula: “Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.”¹⁵

Derecho a la Procesabilidad.

La ley N° 10.450 introduce el Derecho a la Procesabilidad de los adolescentes no punibles que no hubieran cometido alguno de los delitos enumerados en su artículo 109º, facultándolo a solicitar conjuntamente con su defensor el derecho a ser sujeto de un proceso penal, dotado de todas las garantías a los fines de ejercer su derecho constitucional de defensa y demostrar su inocencia.

¹⁴ KIERSZEMBAUM, Mariano. ¿Qué hacer con los no punibles”. Pags.3/4Consultado on line en : www.pensamientopenal.com.ar el 25/09/2018.

¹⁵ KIERSZEMBAUM, Mariano, Ibidem. Pag.4

Conforme lo hemos analizado, no es lo mismo sobreseer a un adolescente **porque no es punible**, que sobreseerlo porque no ha cometido el hecho que se le endilga, porque el mismo no encuadra en un tipo penal, ha actuado bajo una causal de justificación o resulte incapaz psíquico de culpabilidad.

Esta facultad concedida implica el reconocer al adolescente su condición de sujeto de derechos de acuerdo a lo determinado en la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, la cual le confiere papel principal en la construcción de su propio destino.

A modo de síntesis de todo expuesto, podemos afirmar que la ley N° 10.450 introduce el concepto de la procesabilidad de los adolescentes de catorce (14) y quince (15) años de edad imputados de la comisión de delitos muy graves, específicamente determinados y al solo efecto de demostrar o no su participación en el hecho y garantizar el derecho de las víctimas a saber que fue lo que sucedió – Derecho a la verdad-, con la finalidad de facilitar procesos de responsabilización subjetiva a partir de la declaración de autoría o participación en el hecho.

Este nuevo concepto introducido en la legislación entrerriana es más acorde a las exigencias de la Convención Sobre Derechos de Niños, destacando el valor del proceso penal como escenario privilegiado para el ejercicio de los derechos y garantías.

Se ha cuestionado el procedimiento con adolescentes no punibles, argumentado que resulta inconstitucional llevarlos a proceso penal sin haber alcanzado la edad de dieciséis (16) años, cuando en realidad lo que resultaba contrario a nuestra constitución nacional y a la Convención Sobre los Derechos del Niños es desconocerles todas las garantías del debido proceso (3, 37 y 40 C.D.N), cercenar el derecho a ser oídos (12 C.D.N) y vulnerar su derecho constitucional de inocencia y defensa en juicio.

2) FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS DE LA PROCESABILIDAD A ADOLESCENTES NO PUNIBLES -Luciana Sarmiento-

“LOS MANTEQUITAS DEL DERECHO PENAL JUVENIL”

Cuando era niña existía en los juegos de mi infancia, sobre todo los que requerían de destreza física y cierta astucia como la mancha o las escondidas, la figura del “mantequita”.

El mantequita era aquel que por su edad o por su escasez de recursos, en comparación con sus pares, se lo exceptuaba de ciertas reglas de juego pero aún así se le permitía jugar. El mantequita se encontraba en una especie de limbo, ya que estaba pero a la vez no estaba en el juego, en tanto no era como un jugador más. Cualquier acción que éste realizaba, por más que sea acertada, simplemente no valía: “Fulanito es mantequita, no vale”, decían los demás niños.

No todos los mantequitas eran iguales. Estaban los que sentían que la condición de mantequita atentaba directamente contra su dignidad pidiendo ser valorados y reconocidos como a un par. A la vez, existían los mantequitas que disfrutaban plenamente del placer que implica vivir libres de reglas. Estos últimos corrían para todos lados, descubrían antes de tiempo a los escondidos y no respetaban ninguna consigna porque en definitiva ellos estaban exceptuados de estas ¿entonces por qué las habrían de respetar?

La diferencia fundamental entre estos dos tipos radicaba en que los del primero sentían su condición como una injusta desigualdad y exigían que se les dé el mismo lugar de jugador que a los demás. En cambio los del segundo tipo se empeñaban en empantanar el juego, como quien dice en “patear el tablero”. Es que ante la condena de pertenecer a una liga inferior, se las ingeniaban para hacerse notar, porque en el fondo también exigían, a su manera, un lugar.

Ahora bien, ¿Qué paralelismos se pueden trazar entre el recuerdo de esta figura de la infancia con el abordaje que antes de la ley N°10.450 recibían los adolescentes no punibles? ¿Qué ocurría en los casos en donde eran acusados de haber cometido faltas graves como una violación o un homicidio? ¿Qué consecuencias tenía la no participación en el proceso penal, en la vida de aquellos que sentían la necesidad de defenderse ante una acusación semejante? ¿Quién escuchaba a los que en sus actos de transgresión denunciaban la disconformidad ante las desigualdades sociales o quizás la necesidad de un límite que contenga la

propia hostilidad? ¿Qué lugar había para la palabra de las víctimas de los delitos y su búsqueda de la verdad?

En el marco de la derogada ley provincial N°9324 las causas de los adolescentes no punibles se archivaban luego de haber mantenido una entrevista con el Equipo Técnico Interdisciplinario del Juzgado. Se les notificaba al adolescente y a su familia con una copia de **una resolución que no resolvía** las cuestiones atinentes al hecho, la autoría o la participación en el mismo. Dicho papel simplemente refería a una decisión de política criminal, que se traducía en el archivo de las actuaciones bajo un sobreseimiento por no punibilidad y de la derivación al Órgano Administrativo de Protección (CoPNAF) si se advertía situación de vulnerabilidad.

Este trámite burocrático tenía un efecto simbólico devastador en las víctimas ya que veían incumplidas las promesas de justicia y verdad que el sistema judicial como guardián del pacto social debería representar.

Entonces hasta el momento previo a la entrada en vigencia del nuevo procedimiento penal para personas menores de dieciocho años de edad en Entre Ríos, **no se le daba lugar a la posibilidad de defensa en juicio para los adolescentes ni tampoco para la averiguación de la verdad, necesaria en un camino de reparación simbólica a las víctimas.**

Si tenemos en cuenta que el psiquismo se constituye a partir del intercambio con el otro (personas de cuidado, maestros, grupos de pares, instituciones del Estado etc), en el caso de estos “mantequitas”, el estar en el juego pero ser un jugador de inferior categoría, en donde los propios actos no tienen valor para nadie, francamente los situaba (a ellos y a las supuestas víctimas) en un lugar de no reconocimiento subjetivo.

Para implementar políticas públicas o legislar sobre cualquier aspecto de la vida de un adolescente, es necesario conocer y comprender cuales son las características de este período de desarrollo en el que los duelos y las resignificaciones de aquello conocido cobran relevancia, sobre todo, en los procesos identificatorios que tienen como escenario el diálogo o la discusión (a falta de palabra puede ser en actos) entre el adolescente y el mundo de los adultos.

Arminda Aberastury¹⁶ destacada psicoanalista argentina de niños y adolescentes señala que los cambios psicológicos que se producen en este período y que son el correlato de cambios corporales, llevan a una nueva relación con los padres y el mundo debiendo elaborar un duelo por el cuerpo de niño, por la identidad infantil y por la relación con los padres de la infancia. Menciona que es un período de contradicciones, confuso, ambivalente y doleroso, caracterizado por fricciones con el medio familiar y social en donde se fluctúa entre una actitud de independencia y dependencia con el otro.

En este periodo la sexualidad irrumpe y se organiza en torno a la genitalidad y por primera vez se cuenta con la capacidad psíquica y física de concretizar, con fuerte impacto en la realidad, actos hostiles y sexuales por fuera de toda prohibición social. Es por ello que uno de los conflictos nodales con el que deben lidiar en esta etapa de su desarrollo vital podría enunciarse de la siguiente manera: **sucumbir ante las propias pulsiones sexuales y hostiles o ceder a las restricciones que le impone la cultura logrando satisfacciones parciales, "ajustadas" a lo que establece la comunidad.**

Este ceder o renunciar estará condicionado por el ingreso al pacto de convivencia social que implica necesariamente el interiorizar una prohibición. La ley se sitúa en el lugar de una renuncia al "todo lo quiero todo lo puedo", es decir se renuncia a una satisfacción (un goce) que busca concretizarse en la realidad sin rodeos ni límites.

Vale aclarar que renunciar a la satisfacción total de nuestros impulsos es siempre a cambio de algo. El vivir en comunidad traería aparejados sus beneficios: sentirse protegido, amado, incluido, identificado etc, beneficios a los que ciertamente no han podido acceder la mayoría de los adolescentes que transitan una causa penal. Situación que todo Juez debería contemplar a la hora de realizar un dictamen que implique una mirada integral del sujeto y su acto, inmerso en un contexto singular.

Ahora bien, como consecuencia del conflicto arriba descripto advertimos la naturaleza transgresora de este periodo (transgresión que no siempre implica delito y muchas veces aparece como energía transformadora de la realidad), en donde los

¹⁶ ABERASTURY A. Y KNOBEL M.: "La adolescencia normal. Un enfoque psicoanalítico". Paidós. México. 1ª edición 1971, 29ª reimp 2010, pág. 15.

jóvenes se pasan gran parte del tiempo confrontando con el mundo de los adultos, señalando sus contradicciones, denunciando sus incongruencias y tratando de imponer nuevas miradas.

Dicha confrontación es necesaria para el paso a la vida adulta y requiere, como condición de posibilidad, una figura de autoridad lo suficientemente flexible pero también consistente que pueda sostenerla. Si esto no ocurre, **¿Qué pasaría con el psiquismo de un adolescente?** ¿Podríamos hablar de un despliegue saludable de su subjetividad sin uno de los pilares estructurantes de la misma, como son los límites que impone la realidad? **¿Qué pasaría si ante hechos aberrantes que atentan gravemente contra las leyes que posibilitan el lazo social, la Justicia como representante privilegiado de la prohibición, no tenga nada para decir adolescendo en su función?**

Sigmund Freud¹⁷ sostendrá al respecto que: *“el primer requisito cultural es el de la Justicia (...) la seguridad de que el orden jurídico, una vez establecido, ya no será violado a favor de un individuo, sin que esto implique un pronunciamiento sobre el valor ético de semejante derecho. (...) un derecho al que todos -o por lo menos todos los individuos aptos para la vida en comunidad- hayan contribuido con el sacrificio de sus instintos y que no deje a ninguno (...) a merced de la fuerza bruta”*

Entonces volviendo a las preguntas iniciales: ¿Cómo afecta a los imputados, a las víctimas de los hechos y a sus familiares el silencio de la justicia ante un horror que no se puede tramitar por el orden simbólico que acompaña la vía de lo legal?

ENSAYANDO RESPUESTAS...

Los profesionales de la psicología sabemos de la importancia de la función estructurante de lo simbólico en el psiquismo humano. En tal sentido, viene al caso mencionar la historia de un adolescente acusado de homicidio que en el marco de la entrevista con el Equipo Técnico Interdisciplinario, expresa que las personas en su barrio lo felicitan porque el hombre al que mató era un delincuente y él había hecho justicia (sic). Preguntado por datos de su historia familiar, cuenta que a su padre lo asesinaron cuando él era pequeño y que el asesino se encontraba preso **pero no**

17

☐FREUD, Sigmund: “El malestar en la Cultura”. Siglo Veintiuno editores. 2013, pág.3036.

por haber matado a su padre, sino por otro homicidio. Al respecto señala: “a mi papá ese tipo no lo pagó, la justicia no hizo nada por eso”.

Desde el plano de lo material el asesino estaba privado de su libertad pero desde lo simbólico existe una ausencia de sanción. La justicia aún tenía una deuda pendiente con él y su familia ya que el veredicto (Del lat. *vere* 'con verdad' y *dictus* 'dicho') aún no se había pronunciado, es decir hay una verdad que todavía no fue dicha con respecto a la muerte de su padre.

¿Cuál ha sido el devenir subjetivo de este adolescente en relación a ese silencio? Podríamos aventurar como hipótesis que ante una justicia que se representa a sus ojos como ineficaz o fuera de función, él aparece en el lugar de justiciero sosteniendo su acto como legítimo: “la gente me agradece yo les hice un favor porque el muerto no los dejaba vivir...era un delincuente”.

Ahora bien, en lo referente a los imputados volvemos a preguntarnos por los efectos de la anomia judicial ante hechos aberrantes. Si el adolescente **es autor del delito** que se le endilga y advierte que en la realidad no aparecen consecuencias por parte de su acción, dependiendo de la historia de vida del mismo y de sus características singulares, el devenir será diferente.

En algunos casos se produce una posición cristalizada en un lugar de omnipotencia (fantasía propia de este período vital de desarrollo) en donde aparecen sensaciones de triunfo sobre el otro, creyendo que todo es posible de hacer, aún a costa del sufrimiento del semejante. Recuerdo un caso puntual de alguien acusado de abusar sexualmente de su sobrino de diez años provocándose al interior de la familia una gran división y sufrimiento (la madre de éste lo defendía y el resto de los hermanos lo atacaban), que luego del archivo de las actuaciones volvió a Tribunales varias veces (ya con edad de punibilidad), teniendo como corolario de su recorrido judicial una condena privativa de la libertad por el homicidio de quién antes había sido su amigo.

Un caso diferente fue el de aquel que, según sus dichos, en defensa de sus abuelos que lo habían criado desde pequeño, mató a un vecino que continuamente les robaba. Su abuelo relato que luego del hecho su nieto sentía que “había hecho justicia” pero pasados unos meses comenzó a encerrarse en la habitación con las

luces apagadas, sin deseos de realizar actividad alguna, abandonando la escolaridad y cayendo en un estado de ánimo melancólico. Un adolescente preso del propio horror de su acto que no recibió la ayuda adecuada para la elaboración de aquello que retornó como traumático.

Si nos encontramos con un **caso de inocencia** y no se le da lugar a la palabra en el escenario judicial, no solo se arrasa con la posibilidad de la defensa en juicio sino que se contribuye a **procesos de estigmatización social, ya que un sobreseimiento por no punibilidad nada dice acerca del estado de inocencia de un sujeto**. Además, es práctica común que cuando acontece un hecho grave se tomen medidas de protección excepcional con argumentos que disfrazan una respuesta, que en el fondo no es más, que de aquietamiento a la conmoción social.

Un ejemplo de ello es la situación de un joven acusado de una violación en el contexto de un pueblo muy pequeño, que ante la no respuesta de la justicia, el Estado mediante el Órgano Administrativo de Protección, decide trasladarlo a una residencia socioeducativa alejándolo del centro en el cual convive con una familia que lo contiene, con amigos que conoce desde la infancia y una escuela a la cual asiste también desde su infancia. Esta persona refiere en reiteradas oportunidades que no hizo nada y que quiere volver a su casa (sic). En el pueblo han tomado conocimiento que “lo encerraron en un hogar” y a partir de ese momento la sombra de la duda cae sobre él ante las miradas de sus vecinos.

Si tenemos en cuenta que la adolescencia es el periodo donde más se trabaja en la construcción de la identidad, ¿cómo afecta al sentimiento de sí el estigma ante la duda por la culpabilidad? ¿Qué consecuencia tendrá esta marca ante la mirada de la comunidad de la cual el adolescente forma parte?

Beatriz Janin¹⁸ afirma que en el pasaje de la niñez a la adolescencia una cuestión clave es el lugar de la sociedad. El niño puede sentirse siendo alguien si tiene el apoyo de los padres. A un adolescente esto no les es suficiente; necesita la mirada valorizante y el sostén del contexto social.

Por otra parte, en el ejemplo mencionado aparece una autoridad que lejos de

¹⁸ [JANIN, Beatriz: “Los adolescentes entre el heroísmo, la violencia y las leyes”. Disponible on line en <http://www.profesionaleshnr.org.ar/wp-content/uploads/2017/07/Los-adolescentes-entre-el-hero%C3%ADsmo-la-violencia-y-las-leyes.-B.-Janin.pdf>

establecer un orden y arrojar luz sobre los hechos, lo que hace es acrecentar la violencia enviando al encierro a alguien por una situación de imposibilidad (averiguación de la verdad mediante un proceso judicial) que el sistema mismo generó. ¿Cuál es la lectura que un joven puede tener de las instituciones del mundo adulto si, aún sosteniendo su inocencia, se lo aleja de su lugar de pertenencia y se acalla su voz?

Culpables o inocentes en ambos casos se los condena al decir de Althusser¹⁹ a la “loza sepulcral del silencio”, se los condena a una muerte simbólica, subjetiva y ciudadana.

UN ABORDAJE POSIBLE...

Entonces ¿cuál sería la importancia subjetiva de atravesar un proceso penal con todos los derechos y garantías que se encuentran contemplados en la Convención de los Derechos del Niño?

UNICEF²⁰ en un documento redactado con el fin de dar a conocer los conceptos básicos que rigen las normativas internacionales en torno al proceso penal juvenil, sostiene que: *“La justicia penal adolescente tiene que convertirse en un escenario para que el joven pueda comprender las consecuencias que su conducta ha tenido sobre las víctimas, directas o indirectas, ya que sólo así podrá incidirse en la asunción de su responsabilidad y en la promoción de cambios de conducta.”*

Un adolescente es acusado de violar a su hermana, otro de matar a su novia de un disparo en la frente, otra de matar a una amiga a golpes. ¿Dónde queda alojado ese acto? ¿Desde qué marco las instituciones del estado pueden brindar un adecuado tratamiento del tema? ¿Debe recibir el mismo abordaje alguien en situación de vulnerabilidad que no cometió un delito, que otro que sí lo cometió?

Las leyes de protección de derechos de la infancia en buena hora abogan por deslindar las cuestiones de índole asistencial de las de tipo penal. En estos casos ¿Podemos decir que un trabajo pertinente con estos adolescentes sea desde un

¹⁹ ALTHUSSER, Louis: “El porvenir es largo y los hechos”. Ediciones Destino, Colección Ancora y Delfín. 1992. Pág. 31.

²⁰ Consultado on line en: <http://ces.unne.edu.ar/DDHHyPC/UNICEFQUEESEL SISTEMAPENALADOLESCENTE.pdf> octubre 2012.

enfoque netamente asistencial? Entonces:¿Con qué opciones contamos para abordar estas situaciones concretas?

Se adelanta posición al afirmar que el encierro claramente no es una opción. UNICEF en el documento mencionado, sostiene que la privación de la libertad en un centro de régimen cerrado es una medida excepcional porque, de conformidad con numerosas investigaciones empíricas llevadas a cabo en la última década, el aislamiento de una persona que está en proceso de formación, lejos de promover cambios positivos de conducta, contribuye a su desarraigo, a su estigmatización y a su desocialización.

No obstante ello, los hechos de transgresión que atentan contra las leyes simbólicas que dan fundamento a la civilización (prohibición del incesto y prohibición parricida) en tanto ambas regulan las pulsiones hostiles y sexuales de los hombres, marcan un antes y un después en la vida de estos adolescentes y la sociedad no debe ser indiferente a ellos.

La **propuesta de la procesabilidad** regulada en la ley entrerriana ante situaciones realmente graves **reafirma el rol de la Justicia**, ya que **mediante el señalamiento jurídico de autoría surge una respuesta posible a los fines de restituir simbólicamente la prohibición a partir de la cual se concretiza la convivencia en comunidad**. Por otra parte, se le otorga lugar a la palabra del adolescente en el marco de un proceso penal y se le asegura su derecho a la defensa, aunque **el fin que se persigue de ninguna manera sea la sanción penal en términos de encierro sino una sanción simbólica que señale que lo que él hace importa y le importa a sus semejantes**.

Dicho **señalamiento de autoría** implica un **movimiento hacia la salud psíquica** en tanto la resolución judicial otorga un **reconocimiento subjetivo a partir del cual se lo supone responsable de sus actos ante él mismo y los demás**, renunciando a la idea del menor incapaz o del ciudadano de inferior categoría.


Declarada la autoría, se podrán trabajar, desde el Órgano Administrativo de Protección de Derechos, procesos de responsabilización subjetiva en un marco de coherencia simbólica y no como ocurría en el pasado en donde se realizaban intervenciones invasivas de la intimidad de las personas a partir de un juicio de

sospecha acerca de la culpabilidad.

Aún en los casos en que se considere una vía pertinente la implementación de medidas en el marco de la justicia restaurativa se torna necesario averiguar la autoría y participación en el hecho. ¿Cómo trabajar sino un proceso de mediación, pedido de disculpas, conciliación o reparación de un daño con personas que no han tenido ninguna participación en el conflicto que se pretende abordar?

Si bien debemos distinguir entre los conceptos de no punibilidad e inimputabilidad, a los fines de pensar en procesos de responsabilización subjetiva, comparto las palabras de Imbriano²¹ ya que nos brindan elementos para trabajar con “los mantequitas” del derecho penal juvenil: *“(…)la misma cultura que les otorga un nombre y un lugar, es la que debe, en el caso de un hecho delictivo, no desdecirse de la función que la constituye, considerándolos “incapaces”, sino todo lo contrario: apostar a pleno a la palabra, a la denominación, a la demarcación de lo prohibido, a la funcionalización de las normas de la propia cultura. La falta de sanción, de sanción del Otro, deja a los niños por fuera de la posibilidad de acotamiento pulsional que la operación jurídica otorga al sujeto.”*

Si responsabilidad implica dar respuesta por lo que se dice y hace, es un concepto que alude no sólo a los adolescentes sino que nos engloba principalmente a los adultos. Si los adultos somos los responsables en tanto se nos supone capacidad de respuesta, debemos replantearnos en el caso de los adolescentes no punibles acusados de cometer delitos aberrantes, qué y cual va a ser el sentido de lo que vamos a responder.

²¹  IMBRIANO, Amelia: “¿Por qué matan los niños?”. Letra Viva. 2012. Pág. 169.