



Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

ÍNDICE

SECCIÓN I. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

- 9 Problemas actuales de la justicia penal adolescente y abordajes posibles de la defensa pública especializada
Damián R. Muñoz
- 29 La autonomía progresiva y su incidencia en los procesos civiles. Acciones para garantizar los derechos y el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes
María Carolina I. Paladini, Victoria Gourdy Allende y Ángela G. Fernández

SECCIÓN II. EXPERIENCIAS NACIONALES

- 43 La necesidad de una respuesta punitiva en el ámbito de la justicia penal juvenil acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño
Virginia Sansone y Santiago Ferrando Kozicki
- 53 El trabajo de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación en el monitoreo de la privación de la libertad de niñas, niños y adolescentes
María L. García Morabito
- 65 El aporte de la interdisciplina en la defensa pública de niños, niñas y adolescentes
Viviana A. Schweizer
- 75 Adolescentes ni-ni (ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos). Infancia, adolescencia y cuestión penal
Germán Darío Martín
- 103 Abordaje multidimensional de violencias estatales punitivas y no punitivas sobre la población adolescente-juvenil: aportes para dirimir la trascendente disyuntiva entre bajar o no la edad de punibilidad
Silvia Guemureman
- 119 Detención de jóvenes: de viejas prácticas y de nuevos planteos
Patricia Alejandra Arias
- 129 Las salidas alternativas y la justicia restaurativa en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los institutos de mediación y remisión
Gonzalo Andrés López

- 145 **Reflexiones sobre el Sistema de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Viejos y nuevos desafíos**
Marisa Graham
- 159 **El ejercicio efectivo de los derechos de los NNA en contextos de internaciones por salud mental. La experiencia de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 Ley 26.657)**
Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación
- 177 **Infancia y salud mental: su entrecruzamiento en el régimen jurídico argentino**
María Cecilia Caputto y Juan Pablo Olmo
- 189 **Tomándose la despatologización del género en serio: el derecho a la identidad de género de niñas y adolescentes**
Laura Saldivia Menajovsky
- 199 **Niñez y derecho a la vivienda**
Gustavo Caramelo

SECCIÓN III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

- 215 **Estándares interamericanos y la especialidad del sistema de justicia penal para niños, niñas y adolescentes**
Esmeralda E. Arosemena de Troitiño
- 225 **Sistema penal juvenil y políticas de prevención**
Jaime Couso
- 237 **Hacia un sistema de indicadores sobre justicia penal juvenil. El caso uruguayo**
Lucía Vernazza
- 247 **Derecho a la educación y privación de libertad: estándares y desafíos para los sistemas de justicia penal juvenil en América Latina**
Javier Palumbo
- 259 **El derecho a una educación escolar en la niñez indígena: una breve retrospectiva histórica**
Adriana Francisca de Medeiros, Andreza de Fátima Medeiros e Gois y Neiva Cristina de Araújo
- 267 **El principio de especialidad en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y su adecuación a la realidad chilena**
Pablo Aranda Aliaga

□ **ÍNDICE** □

SECCIÓN IV. ENTREVISTAS

279 La experiencia de Miguel Cillero Bruñol

Por Damián R. Muñoz

El número 13 de la Revista del Ministerio Público de la Defensa reúne trabajos de especialistas en niñez y adolescencia. En esta oportunidad, el tema central es "La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes", y se desarrolla, como ya es costumbre para esta publicación, en cuatro secciones: la primera, recoge la línea de trabajo de la institución; la segunda, recopila experiencias de operadores jurídicos de todo el país; la siguiente, se aboca al trabajo realizado por expertos en otras latitudes; y, finalmente, la cuarta y última sección incluye una entrevista a un especialista de renombre internacional.

De esta manera, cada apartado nos acerca a los saberes y experiencias de distinguidas figuras del ámbito académico e institucional, de reconocida trayectoria en Argentina y Latinoamérica, y sistematiza de un modo accesible algunas lecciones del litigio y del trabajo de incidencia para la promoción y protección de los derechos de la niñez.

En nuestro contexto nacional, el Ministerio Público de la Defensa, por intermedio de las defensorías públicas de tutores, las defensorías ante los juzgados nacionales de menores y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, las defensorías ante los tribunales orales de menores y las defensorías públicas de menores e incapaces ante los juzgados nacionales de primera instancia y segunda instancia en lo civil, comercial y del trabajo y ante los tribunales orales, tiene la capacidad de intervenir en una gran variedad de cuestiones administrativas y judiciales en el fuero civil y penal vinculadas con una multiplicidad de derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, gracias a la creación de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, el Ministerio Público de la Defensa ha podido llamar la atención sobre problemas estructurales y ha incentivado el diálogo entre actores locales y espacios gubernamentales encargados de la implementación de políticas públicas en materia de niñez. A su vez, la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad artículo 22 Ley 26.657 ha abierto una línea de litigio especializado en temáticas de salud mental respecto de niñas, niños y adolescentes. Finalmente, con las facultades que otorga la Ley Orgánica de la institución, el Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos también ha denunciado, en la arena internacional, la inadecuación del régimen penal juvenil a los derechos de la niñez protegidos en los tratados de derechos humanos.

De este modo, la amplitud y versatilidad de las temáticas abordadas en esta publicación son un reflejo del enorme trabajo que realizan los integrantes del Ministerio Público de la Defensa. Sin lugar a dudas, nuestras posibilidades de acción dependen, en gran parte, de la normativa internacional y local dedicada a la protección de la infancia. Sin embargo, frente a las leyes que aún no han sido adecuadas a los estándares de protección de los derechos humanos, ante los vacíos normativos que derivan en violaciones a los derechos de uno de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, o frente a la indiferencia de ciertos funcionarios que toleran situaciones críticas de vulneración de derechos, el Ministerio Público de la Defensa tiene el deber de hacer todos los esfuerzos posibles para impedir

o revertir dichas afectaciones. Aquí se ofrecen una variedad de argumentos y prácticas que persiguen esa finalidad.

Espero que, una vez más, esta Revista sea, además de un espacio de reflexión interna, una fuente de inspiración para afrontar los desafíos venideros y una vía para dar a conocer el trabajo de una institución dedicada, entre otras cuestiones, al cuidado de las generaciones futuras.

Stella Maris Martínez

SECCIÓN I

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Problemas actuales de la justicia penal adolescente y abordajes posibles de la defensa pública especializada

Damián R. Muñoz

Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales de Menores N° 2, co-titular de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación.

I. Introducción

En mayo de 2018 se cumplieron cinco años del dictado de la sentencia en el caso *Mendoza y otros v. Argentina*¹, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la responsabilidad internacional del Estado al determinar que la ley n° 22.278 (que regula el *régimen penal de la minoridad*) contiene disposiciones contrarias a los principios y estándares internacionales en materia penal juvenil. Y, en consecuencia, impuso, por un lado, la obligación de adecuar la normativa local a dichos estándares y principios. Y, por el otro, conminó a nuestro país a diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, con los correspondientes y adecuados recursos presupuestarios, para la prevención de la *delincuencia juvenil*.

Sin duda, esta sentencia implicó un fuerte punto de inflexión para el sistema penal adolescente argentino, por su innegable trascendencia y porque, necesariamente, interpeló a todos los operadores en relación con las insoslayables e impostergables transformacio-

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

nes que debían producirse para alcanzar un régimen de enjuiciamiento respetuoso de los derechos y garantías de los/las adolescentes.

Sin embargo, lo que fue una bocanada de aire fresco que urgía a transformar la realidad, por múltiples razones y lógicas institucionales, burocráticas e, incluso, comunicacionales, fue diluyendo su capacidad de interpelación hasta dejarnos, nuevamente, en la actual situación de incertidumbre y perplejidad.

Todo parece indicar que este estado de *fangosidad* recurrente, caracterizado por la imposibilidad de cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana en relación con la sanción de una nueva normativa penal juvenil, obedece a la tensión que opera entre dos posturas ya clásicas en nuestro medio. Por un lado, la de aquellos que condicionan la aprobación de un nuevo régimen a la (débilmente fundamentada) baja de la edad de punibilidad. Y, por el otro, la postura que considera que el nuevo sistema no sólo no requiere dicha disminución etaria, sino que existen serios argumentos jurídicos, empíricos y de política criminal que obturan tal reducción, como lo ha manifestado de manera pública, expresa e institucional la Defensoría General de la Nación.

Sin embargo, y más allá de esta discusión –a mi criterio– central y grave que nos obliga como operadores a enfrentar las posturas *ba-jacionistas* de la edad de punibilidad, lo cierto es que quienes ejercemos la defensa pública especializada de adolescentes continuamos litigando con una norma –la ley n° 22.278– de flagrante contradicción con los principios, derechos, garantías y estándares internacionales más básicos en la materia. Esta situación nos obliga a un cotidiano trabajo de adecuación por vía de especiales interpretaciones, lo que constituye una difícil labor por la permanente necesidad de redefinir y reajustar los planteos para intentar reducir aquellas tensiones y delinear estrategias defensistas guiadas por las exigencias internacionales.

En esta particular coyuntura es posible señalar, entonces, que la actualidad del sistema penal adolescente se encuentra atravesado por problemáticas históricas (incomprensiblemente no resueltas aún) pero, también, por la aparición de nuevas dificultades (por ejemplo, reformas legales que no contemplan las especificidades penales juveniles²) que convierten al sistema en un *collage* normativo e invariablemente deficitario en su previsibilidad.

En efecto, mientras se espera que el Estado argentino cumpla con su obligación de adecuar la normativa interna, nos encontramos, una vez más, en la necesidad de delinear los nuevos contornos problemáticos de nuestra labor cotidiana que puedan traducirse en una agenda de temas críticos.

En consecuencia, lo que pretendo plantear, a cinco años de la sentencia *Mendoza y otros v. Argentina* es lo siguiente: ¿Cuál es el rol y el rumbo estratégico que la defensa pública debería asumir y seguir? Aún más, en este contexto complejo ¿cuáles serían los abordajes no sólo posibles sino imprescindibles de nuestro litigio cotidiano?

No obstante resulta imposible, en este texto, realizar un listado completo y detallado de todos estos núcleos problemáticos. Por ello, tan sólo señalaré algunos a modo de aproximación.

II. La caracterización de la justicia penal adolescente y su impacto en la defensa pública especializada

Una primera cuestión a señalar radica en

2 Un ejemplo paradigmático, en este sentido, ha sido la aplicación del sistema de flagrancia, aprobado por la ley n° 27.272, al proceso penal juvenil. Se trata de una reforma procesal que no prevé, siquiera mínimamente, ninguna especificidad en punto a los derechos y garantías de los/las adolescentes, ni aún en lo que respecta a los actores especializados que deben intervenir de manera obligatoria. Sin embargo, se han ensayado los más variados argumentos para justificar el injustificable *vacío* u *olvido* legal.

la dificultad (o, directamente, imposibilidad) de caracterizar el funcionamiento del sistema penal adolescente en nuestro país. Más allá de las diversas regulaciones procesales de cada jurisdicción, lo cierto es que los distintos sistemas judiciales realizan múltiples interpretaciones y, en definitiva, disímiles aplicaciones de la ley n° 22.278.

La vigencia formal de esta norma no impide una aplicación parcial, difusa y mediada por distintas hermenéuticas, que conlleva a una operatividad no previsible de sus disposiciones. Dicho en otros términos, este empleo parcializado y sujeto –en los mejores y cada vez más extendidos casos- a interpretaciones tendientes a reducir sus tensiones con los principios y estándares internacionales, presenta una serie de inconvenientes –en clave de las exigencias del principio de legalidad- que complejiza la toma de decisiones a la hora de definir una estrategia defensiva en un caso concreto.

Es claro que esta característica no es exclusiva del sistema penal adolescente ya que, en definitiva, siempre la estrategia de la defensa estará condicionada muy especialmente –entre otras tantas variables- a la praxis concreta que realice el órgano jurisdiccional de la norma involucrada. Sin embargo, en materia penal juvenil esta característica reviste especificidades muy notorias y sensibles, ya que si hay algo que incide de manera profunda en la definición de una defensa concreta es la previsibilidad o no de los eventuales resultados de un enjuiciamiento penal³.

Desde una perspectiva sociológica, resulta interesante el análisis de Silvia Guemureman al utilizar el concepto de *contingencia* para pensar este funcionamiento del sistema. Al respecto, expresa que es un

[...] concepto útil ya que permite inscribir en el campo de las prácticas de la justicia de menores ocurrencias que no podrían ser explicadas apelando a una lógica estricta, aquella que prescribe un ordenamiento previsible entre conductas legales y sus consecuencias jurídicas. [...] absoluciones imposibles o sentencias condenatorias que requieren de una imaginación jurídica, colonizada exitosamente por la ficción del relato judicial. Así, el concepto de contingencia es superior de los conceptos de discrecionalidad y de arbitrariedad, calificativos tantas veces atribuidos a la justicia de menores. El concepto de contingencia no desmiente a los otros, sino que los complementa al incorporar la dimensión del azar en el dictado de justicia. No restringe las decisiones judiciales al ámbito de la voluntad y la intencionalidad de los jueces y otros actores del campo jurídico, sino que suma la no-lógica, la paradoja y la contradicción, muchas veces en función de urgencias o imperativos de la cotidianidad o sensibilidades sociales exacerbadas, todos ellos jueces ad hoc que hace que las decisiones sean menos previsibles aún (Guemureman 2011, 352).

3 A modo ilustrativo me refiero, por ejemplo, a las diversas interpretaciones que pueden realizarse sobre los contenidos, alcances y exigencias de las diversas pautas que prevé el art. 4, ley n° 22.278, al momento de la discusión acerca de la necesidad o no de castigo penal del delito adolescente. Cuestiones tales como el análisis jerarquizado o integral de dichos parámetros; el contenido concreto que debe predicarse del concepto “modalidad del hecho”; el alcance preciso de los “antecedentes” del/la adolescente; la perspectiva ideal/genérica o real/

singular que debe efectuarse sobre el denominado “resultado del tratamiento tutelar”; las consecuencias jurídicas concretas que supone la “impresión directa” del/la adolescente; el estatus de derecho o “beneficio” de la absolución por innecesariedad de pena; la obligatoriedad o mera facultad de aplicar la escala reducida, en caso de necesidad de castigo, entre otros tantos nudos críticos, cristalizan la complejidad que se le presenta a la defensa pública especializada a la hora de definir una estrategia en un caso puntual.

Esta *contingencia* del sistema impacta fuertemente en la gestión cotidiana de la defensa pública especializada. De manera muy simplificada, podría resumirse esa *contingencia* (diluyendo todos los matices que la situación presenta) en oscilaciones o devenires de la práctica judicial en los que, por momentos, imprime la lógica del denominado *tutelarismo clásico*⁴ y en otros, asume una función jurisdiccional desde un enfoque de derechos de los/las adolescentes.

A mi criterio, ese resultado *contingente* obedece a la forma en que se resuelve –en cada caso concreto– la tensión entre esas dos lógicas antinómicas, las que, por lo general, no se manifiestan en estado puro, sino matizadas. Y es precisamente en ese punto, en esa puja judicial, normativa y política, en la que se cristaliza y se pone en juego la efectividad de los derechos y garantías de los/las adolescentes donde la defensa pública especializada está obligada a intervenir y resguardar.

Esa es la geografía, el campo de disputa, en la que la estrategia de la defensa debe desplegarse, siempre evaluando y protegiendo

del mejor modo los intereses del/la asistido/a y enfrentando al poder punitivo adolescente con las mejores y más efectivas herramientas normativas que nos brinda el derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia.

Esa tensión que se evidencia en el litigio concreto no es más que el reflejo –en el espacio acotado del juzgamiento individual– de la responsabilidad internacional del Estado argentino en la materia. Esa disputa, inevitablemente, provoca una fisura que la defensa pública especializada debe abordar y profundizar pero, al mismo tiempo, rellenar con nuevas interpretaciones –desde un enfoque en clave de garantías– del derecho penal adolescente.

De manera evidente, existe una íntima vinculación entre la responsabilidad internacional del Estado argentino por su incumplimiento en adecuar la normativa interna (responsabilidad macro) y la responsabilidad del sistema punitivo al juzgar y castigar el delito adolescente (responsabilidad micro, en el caso concreto). Es decir, me refiero a la filiación intrínseca que existe entre la ley n° 22.278, en tanto norma contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ y todo el bloque jurídico en materia de infancia y adolescencia, y la puesta en acto concreta del poder punitivo contra los/las adolescentes.

Y precisamente esa filiación, esa línea contaminante que se inicia en la responsabilidad macro e impacta de lleno en la micro es la que permite enunciar la paradoja del sistema penal juvenil de nuestro país: juzgar y castigar adolescentes imputados/as de infringir la ley penal mediante una normativa violatoria de la Constitución Nacional (en tanto, como se sabe, todos los principios y estándares del derecho penal adolescente involucrados tienen,

4 Una crítica sintética y precisa al dispositivo tutelar clásico explica que “la intervención tutelar no consideraba necesario detenerse en ‘formalidades legales’ en razón de que el paternalismo que justificaba esa intervención prevalecía sobre argumentos procesales formales (en rigor, hasta bien avanzada su crisis, ni siquiera se formulaban los planteos). De ahí la idea de que el complejo tutelar operaba ‘al margen de la ley’ constitucional” (Beloff 2008, 362). Y esa misma crítica vinculada al funcionamiento de la justicia juvenil argentina, sostiene que “se trataba de un diseño que desconocía algunas reglas constitucionales, tales como las referidas a la separación de potestades legislativas entre las provincias y el Congreso Nacional, además de las referidas a las garantías derivadas del debido proceso legal [...]. Dentro de esas reglas procesales específicas, la más emblemática de la legislación tutelar clásica argentina era la llamada ‘disposición’ provisional o definitiva. Ella podía obedecer, en los hechos, a razones cautelares, de seguridad o tuitivas; sin embargo históricamente la justificación tuitiva prevaleció sobre las dos anteriores” (Beloff 2016, 36).

5 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

por vía de la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados y convenciones, jerarquía constitucional).

En esa paradoja se inscribe, despliega y tensiona nuestra labor cotidiana. En asumir la defensa de adolescentes imputados/as de afectar bienes jurídicos previstos en la ley penal y cuyo régimen especial de enjuiciamiento y castigo resulta contrario al texto constitucional. Evidentemente, nadie puede salir indemne de esta paradoja, ni nada puede satisfacer un sistema tan sensiblemente deficitario en su legitimación constitucional.

Ahora bien, sin perjuicio de la claridad y contundencia que se deriva de la sentencia de la Corte regional en el caso *Mendoza*, la irregular situación de nuestro país ante la mirada internacional tiene su trayectoria.

Sin pretender efectuar una reseña exhaustiva, tan sólo deseo destacar algunos hitos relevantes que precedieron al dictado de aquella sentencia interamericana. Así, en el año 1995, el Comité de los Derechos del Niño⁶, al analizar la situación de la Argentina, sugirió –entre otras cuestiones y de manera incipiente– que:

[...] en la enseñanza y capacitación de las fuerzas del orden, los magistrados y demás funcionarios de administración de justicia se insista más en la comprensión de las normas internacionales relativas a la justicia de menores. También recomienda que se creen tribunales de menores en todas las provincias⁷.

En el 2002 y efectuando un análisis más

6 Cabe recordar que el Comité de los Derechos del Niño es el órgano encargado de “examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes” de la CDN (conf. art. 43, CDN).

7 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales: Argentina*, 8º período de sesiones, UN CRC/C/15/Add.35, 15 de febrero de 1995, párrafo 18.

detallado, el mismo Comité recomendó a nuestro Estado que:

- a) Revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad);
- b) Acelere el proceso mencionado en a), entre otras cosas asignando suficientes recursos humanos y financieros;
- c) Se asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección;
- d) Recorra a la prisión, incluso la prisión preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breves posible y no superen la duración del período previsto por la ley, y garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos;
- e) Aplique medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad, cuando ello sea posible [...]⁸.

En el 2010, de manera enfática y categórica, sostuvo que:

El Comité insta al Estado parte a velar por que las normas de justicia juvenil se apliquen plenamente, en particular los artículos 37 b), 39 y 40 de la Convención, así

8 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales: Argentina*, 31º período de sesiones, UN CRC/C/121, 9 de octubre de 2002, párrafo 63.

como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). En particular, el Comité recomienda al Estado parte que, teniendo en cuenta la Observación General N° 10 (2007) del Comité, relativa a los derechos del niño en la justicia de menores:

a) *Derogue la Ley N° 22.278, relativa al régimen penal de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil;*

[...] d) Adopte todas las medidas necesarias, incluido el reforzamiento de la política de sanciones alternativas y medidas de reintegración para los menores infractores, a fin de garantizar que los niños sean privados de libertad únicamente como último recurso y durante el menor tiempo posible; [...] i) Adopte medidas para mejorar el sistema de justicia juvenil, en particular los juzgados de menores, y garantice que el sistema disponga de recursos humanos y financieros suficientes para cumplir adecuadamente sus funciones [...]⁹.

Y, recientemente, el mismo Comité expresó su profunda preocupación por cuanto:

[...] el sistema de justicia juvenil sigue administrado por la Ley n° 22.278, a pesar de su incompatibilidad con la Convención; [...] A pesar de que el Estado parte tiene

9 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales: Argentina*, 54° período de sesiones, UN CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010, párrafo 80. El resaltado me pertenece.

sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2013 de abstenerse de condenar a los niños a penas perpetuas o equivalentes, sentencias dictadas posteriormente en algunos Tribunales provinciales han impuesto penas de entre 20 y 27 años de prisión¹⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha cuestionado nuestra normativa interna al señalar que:

[...] aunque el Decreto 22.278 establezca que un niño, niña o adolescente menor de 16 años no pueda ser considerado responsable por infringir leyes penales, la Comisión observa que dicha norma permite un tratamiento igual al de los adultos a personas que cometieron algunos delitos entre los 16 y los 18 años. Si bien la autoridad judicial se encuentra facultada para no imponer una sanción penal, o para reducirla al grado de tentativa, la norma permite, a discreción del juez, la imposición de las sanciones previstas en la normativa penal ordinaria. Lo mismo sucede con el régimen de ejecución de sentencia. Este tratamiento no diferenciado puede resultar incompatible con el principio de proporcionalidad de la pena y con el juicio de reproche del menor que debe subyacer a toda conducta cometida por un o una adolescente conforme al interés superior del niño¹¹.

Necesariamente, todo este crítico derrote-

10 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Argentina, versión sin editar*, 78° período de sesiones, UN CRC/C/ARG/CO/5-6, 1 de junio de 2018, párrafo 43 a) y e). Traducción propia.

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 de julio de 2011, párrafo 42.

ro internacional no podía tener un buen final para nuestro sistema penal juvenil. Y así llegó, insisto, hace cinco años, la contundente respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la sentencia *Mendoza y otros v. Argentina*.

Al mismo tiempo, y fundado en todas estas críticas y tensiones, en el año 2005 se inició un proceso jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se abordaron muchas y trascendentales cuestiones de nuestro sistema penal adolescente¹².

Esta interesante producción jurisprudencial, no exenta de críticas tanto por su alcance limitado como por sus propias oscilaciones en las decisiones alcanzadas, si bien dejó a salvo la constitucionalidad de la ley n° 22.278, puso en evidencia sus deficitarias previsiones a la luz de las exigencias internacionales en materia de infancia y adolescencia. Y, de esta manera, cristalizó y fomentó un proceso de armonización y adecuación de la norma a tales exigencias.

12 Sin ánimo de mencionar todos los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que conformaron este insoslayable proceso, con sus avances y retrocesos, merecen ser destacados los siguientes: “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio”, rta. 07/12/2005, *Fallos* 328:4343; “Reinoso, Luis Alberto s/ causa N° 2043/2184”, rta. 07/03/2006, *Fallos* 329:518; “R. M., J. L. s/ causa N° 3202”, rta. 31/10/2006, *Fallos* 329:4770; “L., L. A. s/ causa N° 5400”, rta. 18/12/2007, *Fallos* 330:5294; “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristinas/ causa N° 7537”, rta. 02/12/2008, *Fallos* 331:2691; “Marteau, Alejandro Aramis s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas - causa n° 2570”, rta. 17/03/2009, *Fallos* 332:512; “G., J. L. s/ causa n° 2182/06”, rta. 15/06/2010, *Fallos* 333:1053; “A., D. D. s/ Homicidio agravado”, A. 1008. XLVII. REX, rta. 05/08/2014; “R., B. S. y otros s/ Incidente tutelar”, R. 551. XLVIII. RHE, rta. 22/12/2015; “Cejás Meliáre Ariel s/ Habeas Corpus”, rta. 05/04/2016, *Fallos* 339:381; “Ruiz, Brian s/ Homicidio en ocasión de robo -causa n° 42886/9”, rta. 23/08/2016, *Fallos* 339:1208; “Benítez, Joaquín s/causa n° 114.810”, CSJ 56/2014 (50-B)/CS1, rta. 29/08/2017; “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, rta. 31/10/2017, *Fallos* 340:1450.

Pero, además, este desarrollo jurisprudencial implicó un sensible salto cualitativo en el uso de la normativa especializada para abordar estas discusiones. En efecto, en líneas muy generales, era poco frecuente invocar -en el litigio doméstico- la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas y Directrices de Naciones Unidas y los principios y estándares internacionales sobre la materia. Sin embargo, si algo caracterizó a este proceso iniciado por la Corte Suprema fue la obligación de enmarcar toda discusión de nuestro sistema interno en el contorno normativo de máxima jerarquía. Y esto tuvo un fuerte impacto para todos los operadores del sistema penal adolescente porque esa argumentación de mayor calidad normativa se ha extendido de una manera innegable.

De todos modos, reitero, según la perspectiva con la que se lo analice, para algunos este proceso resulta absolutamente limitado y justificador de una anomalía jurídica como lo es la vigencia de la ley n° 22.278. En tanto, para otros, configura un desarrollo saludable y enriquecedor, aunque se lo reconozca como una suerte de solución de compromiso.

No obstante, más allá de las posturas doctrinarias y del balance netamente teórico que pueda hacerse al respecto, a mi criterio la mejor conclusión sobre el impacto que este proceso jurisprudencial tuvo, tiene y debe seguir teniendo sobre el litigio cotidiano, la ha expresado el juez Jantus al sostener que:

[...] hasta tanto no se dicte una ley penal juvenil que se corresponda con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, si uno toma en cuenta lo expuesto por la Corte en los fallos ‘Maldonado’ y ‘García Méndez’, ... en cuanto habla de reconocer la tensión que existe entre la ley 22.278 y la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que entiende es que la ley 22.278 sólo es constitucional si se la in-

terpreta desde la Convención, la Corte en 'Maldonado' específicamente establece que la respuesta jurídica que el estado debe dar a delitos cometidos por menores de dieciocho debe ser necesariamente diferente a la de los adultos, dada la menor capacidad de culpabilidad que tienen los adolescentes o los individuos de esa franja etaria.

[...] Como no se ha adecuado la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño, es necesario efectuar todo un trabajo hermenéutico para determinar cómo se compatibiliza la ley 22.278 con la Convención¹³.

Y fue ahí, entonces, donde la defensa pública especializada se plantó, de un tiempo a esta parte, para forzar y reforzar esta praxis hermenéutica de adecuación, intentando la mayor compatibilización posible, lo que supone erosionar la ley n° 22.278 y condicionar su aplicación a aquel marco normativo. Es en esta intersección donde, a mi criterio, la defensa pública está intentando delinear estrategias de defensa adolescente desde un enfoque de derechos y garantías fundado en el derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia.

Pero, además, este proceso de armonización que debe ser asumido por todos los actores del sistema especializado es una de las formas, seguramente la menos satisfactoria, de cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Mendoza*. Al respecto, dispuso que:

La Corte observa que la Ley 26.061, relativa a la protección integral de las niñas, niños y adolescentes, establece que la Convención sobre los Derechos del Niño es de

aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de aquéllos. No obstante, en esta Sentencia se determinó que la Ley 22.278, que actualmente regula el régimen penal de la minoridad en Argentina y que fue aplicada en el presente caso, contiene disposiciones contrarias a la Convención Americana y a los estándares internacionales aplicables a la justicia penal juvenil. Asimismo, la Corte estableció que, de conformidad con los artículos 19, 17, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado está obligado a garantizar, *a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias*, la protección del niño por parte de la familia, de la sociedad y del mismo Estado...¹⁴.

De allí surge una obligación primaria, central, que es la sanción de un régimen penal juvenil acorde a los estándares internacionales. Pero, también, dispone la obligación subsidiaria de adoptar medidas "de otro carácter" -mientras no se cumpla la adecuación legal- para garantizar dichos estándares. Y es innegable que, entre otras tantas, en esa diversificación de medidas no legislativas los operadores del sistema penal juvenil estamos obligados a litigar invocando y resolviendo cada caso puntual ajustando y fortaleciendo este proceso de adecuación y compatibilización.

III. Un posible listado mínimo de principios y estándares internacionales que debe guiar la actuación de la defensa pública especializada

En un intento básico, mínimo y provisorio es posible esbozar un listado de aquellos prin-

13 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, "Falconi Talavera, Ricardo Billy Jhou s/ abuso deshonesto", Reg. 765/2016, rta. 27/09/2016.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros v. Argentina...*, párrafo 325. El resalta- do me pertenece.

cipios y estándares internacionales que deben guiar la estrategia de la defensa.

Entiendo que, de un rápido relevamiento de las cuestiones abordadas por la Corte Interamericana en la sentencia de *Mendoza*, sumado al análisis de diversos insumos normativos e informes internacionales, es posible destacar algunas reglas básicas de cuyos postulados se puedan construir planteos defensas concretos que respondan a las exigencias internacionales.

A mi criterio, este listado mínimo incluye los siguientes principios y estándares¹⁵:

III.1. Principio de trato diferenciado

Esta es la regla básica a partir de la cual, probablemente, se deriven todas las demás. Este postulado, fundado en las diferencias evolutivas que se presentan entre los niños, niñas y adolescentes en relación con los adultos, establece una lógica de intervención judicial que impide que el trato dispensado a los imputados menores de edad pueda ser idéntico al brindado a los adultos.

Pero ello no permite que esa diferencia habilite un tratamiento más perjudicial hacia los adolescentes, sino que impone un abordaje con mayores garantías y, por ende, de menor intensidad en la restricción de sus derechos.

Desde este enfoque, a diferencia de lo que sucedía en la lógica del tutelarismo clásico, el trato diferenciado está guiado por el *principio de la equiparación más plus de derechos específicos*, estableciendo que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos y garantías que los adultos más un plus por su condición de personas en situación de vulnerabilidad por su edad.

Esta regla impone un test muy básico para

verificar este trato diferenciado (y menos restrictivo de derechos) hacia los/las adolescentes. En efecto, todo lo que supone una afectación o restricción de derechos para un/a imputado/a o condenado/a adulto, lo es también para un/a adolescente. A partir de esa equiparación, la respuesta estatal hacia el/la adolescente no puede acarrear una idéntica afectación sino que siempre deberá ser menos intensa, esto es, con mayores garantías que limiten esa restricción. Esto, por ejemplo, aplica a la hora de determinar en qué supuestos se habilita la privación de libertad durante el proceso; cómo debería analizarse la duración razonable de esa misma privación de libertad; de qué modo determinar el plazo razonable del proceso; la manera de construir la respuesta punitiva diferenciada; entre otros aspectos.

III.2. Principio de especialidad

Este principio es consecuencia del anterior. Es decir, la regla del trato diferenciado exige su formalización normativa en materias de fondo y forma; la intervención de actores judiciales e institucionales especializados; la existencia de dispositivos y programas especialmente diseñados para adolescentes; etcétera.

Todo ello debe cristalizarse en un sistema especializado que impacte en todas y cada una de las fases del proceso penal adolescente. Es decir, desde su inicio (con una específica regulación de la intervención policial que recepte el trato diferenciado, como así también el alojamiento transitorio de los adolescentes aprehendidos en dispositivos especializados), atravesando todo el discurrir del proceso penal y hasta el agotamiento de la sanción penal e, incluso, con repercusiones en el registro de los antecedentes condenatorios.

Toda esta intervención diferenciada y específica está basada en la edad del adolescente al momento del hecho, sin perjuicio de la

15 Un análisis más detallado y enmarcado en la redefinición de un debido proceso específico en materia adolescente puede consultarse en Muñoz (2017, 33-48).

edad alcanzada mientras se ejecuta la sanción e, incluso, se agota.

III.3. Garantía del debido proceso penal juvenil

En el caso *Mendoza*, la Corte Interamericana delineó el contenido normativo de un debido proceso específico en materia penal adolescente. De alguna manera, estableció que los adolescentes se encontraban amparados por la garantía genérica del debido proceso (esto es, la de los adultos) más una serie de reglas específicas. Así, construye un debido proceso reforzado partiendo de los arts. 8 y 25, más el art. 19, CADH, al que suma la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, pero muy especialmente los arts. 37 y 40 de la CDN¹⁶.

Asimismo, este reformulado *debido proceso adolescente* posee, tal como sucede en su formulación clásica, su aspecto sustancial y adjetivo.

En su perspectiva sustancial permite debatir y controlar la razonabilidad de la ley penal, por ejemplo, en la imposición de castigo en función de las finalidades específicas que imponen los estándares y principios internacionales. En efecto, habilita el análisis, en cada caso concreto, si el castigo penal adolescente se encuentra justificado o no.

Y en lo que respecta al debido proceso adjetivo específico, esta garantía estará conformada por las reglas procesales clásicas más todas aquellas propias del enjuiciamiento penal adolescente.

III.4. Principio de proporcionalidad específico en materia adolescente

Este principio postula la prohibición de

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros v. Argentina...*, párrafos 148 y 149.

trasladar al derecho penal y procesal penal adolescente las mismas reglas de proporcionalidad que rigen para los adultos.

Esta proporcionalidad específica opera tanto en lo que respecta al plazo razonable de duración del proceso (fundado en el especial impacto que implica el transcurso del tiempo durante la adolescencia), como en la duración de la privación de libertad durante el proceso y, por supuesto, la respuesta punitiva diferenciada (sustentada en la culpabilidad disminuida de las personas menores de edad y privilegiando siempre la reintegración familiar y/o social del/la adolescente).

III.5. Reglas ultra restrictivas para la imposición de la sanción penal

Se trata de una serie de reglas que limitan y restringen -muy especialmente- la justificación, imposición y graduación del castigo penal al delito adolescente, en particular, de la pena privativa de la libertad. Y, al mismo tiempo, configura -como su contracara- una causal específica de arbitrariedad de la sanción punitiva, cuando su imposición no contempla ni analiza los principios y estándares específicos. Entre otras, las pautas mínimas son:

- *Principio de ultima ratio y de máxima brevedad* de la privación de libertad;
- *Principio de delimitación temporal* desde el momento de su imposición;
- *Principio de revisión periódica* de la privación de libertad, fundado en la innecesariedad de la continuación de la sanción¹⁷;

¹⁷ La aplicación de este principio exige mayores análisis y una necesaria reformulación ante el evidente retroceso que, sobre este punto, implicó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación", rta. 31/10/2017, Fallos 340:1450.

III.6. Síntesis

De alguna manera, el proceso de adecuación y armonización se construyó a partir del análisis y aplicación de estas reglas, principios y estándares. Y un exhaustivo estudio de ellos, no sólo puso en evidencia las deficiencias que supone la ley n° 22.278, sino que también permitió una hermenéutica de erosión de esta norma y una aplicación más garantista del régimen especial.

IV. Una posible agenda para la defensa pública especializada

En función de todo lo señalado, y teniendo en cuenta la particular coyuntura en la que se encuentra nuestro sistema penal adolescente, es posible esbozar un listado –también provisorio, mínimo y nada novedoso para los que ejercemos la defensa pública especializada– de algunas cuestiones centrales que la defensa pública debe abordar y profundizar. De modo tal que puedan consolidarse algunas prácticas, estándares e interpretaciones que, según los casos, pueden resultar incipientes, oscilantes o mayoritariamente establecidos pero siempre en riesgo de algún retroceso que los afecte.

IV.1. Una dogmática garantista del art. 4, ley n° 22.278

Una cuestión central y enmarcada en la garantía de un *debido proceso específico*, en su faz sustantiva, radica en continuar desarrollando y refinando una dogmática especializada, en clave de derechos, de las pautas previstas en el art. 4, ley n° 22.278, a fin de establecer la legitimidad constitucional de la justificación o no y, en su caso, la graduación del castigo al delito adolescente.

Peró, además, el intento de desarrollar una dogmática específica sobre tales previsiones permitirá construir un sistema que arroje ma-

yor previsibilidad en la respuesta estatal para reducir su frecuente *contingencia*.

En clave dogmática es posible ubicar las disposiciones previstas en el artículo 4° de la ley n° 22.278 en el estrato de la punibilidad. Es decir, como un modo de redefinir el concepto analítico de la teoría del delito, específicamente en materia de derecho penal adolescente.

Así, en el nivel de la culpabilidad se analizará la capacidad, inimputabilidad, la concurrencia de alguna otra causal de exclusión de culpabilidad y los supuestos de error correspondientes a este estrato, mientras que en la punibilidad se discutirá la necesidad de castigo (o no) y, en caso de corresponder, la graduación punitiva. Siempre condicionada a los principios y estándares internacionales que limitan la respuesta penal.

De esta manera, es posible explicar en términos dogmáticos cómo, sin perjuicio de que un adolescente haya sido declarado penalmente responsable por un determinado delito, sea de todas formas absuelto por no resultar punible, conforme las previsiones de este artículo. Y siempre enmarcado en la finalidad convencional que guía al sistema penal juvenil: la reintegración del adolescente y que asuma una función constructiva en la sociedad.

En este intento dogmático se presentan algunas particularidades. En primer lugar, distinguir en clave de derechos, los límites y el contenido de cada pauta que permite evaluar la necesidad (o no) de sanción. Y, en segundo lugar, establecer que esas mismas pautas, en caso que se afirme la justificación del castigo, no pueden ser utilizadas para la graduación punitiva, sin afectar el principio que prohíbe la doble desvaloración, en tanto derivación del *ne bis in idem*.

De este modo, por ejemplo, debe afinarse en detalle qué aspectos de la modalidad del hecho podrían ser analizados en clave de justificación de la pena y cuáles, en perspectiva de dosimetría punitiva.

La defensa pública especializada trabaja fuertemente en la interpretación restrictiva de todas las pautas contenidas en ese artículo y resulta imperioso insistir en ello, afinar los argumentos defensasistas y, en definitiva, consolidar una dogmática jurídico penal juvenil que brinde previsibilidad a los supuestos en los cuales un/a adolescente pueda ser absuelto/a o condenado/a, en los términos del art. 4 de la ley n° 22.278.

Esta labor, en particular restrictiva de los supuestos en los que puede justificarse el castigo, debe estar guiada por: i) iniciar el análisis, como criterio general, a partir de la situación actual del/la adolescente, por lo que si se encuentra integrado/a en su comunidad y desarrollando actividades socialmente útiles (siempre ponderado desde su situación singular y su contexto particular), resulta evidente el cumplimiento de la finalidad penal juvenil, lo que obtura cualquier necesidad de castigo; ii) establecer y distinguir claramente el contenido y límites de cada una de las pautas del art. 4 de la ley n° 22.278, impidiendo la doble desvaloración de una misma circunstancia para establecer, primero, la necesidad de pena y, luego, la graduación de su monto; iii) señalar que la absolución que prevé la norma es un derecho del/la adolescente fundado en el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad (sea de cumplimiento efectivo, sea de ejecución condicional) y del interés superior del niño, y sustentado en el análisis de las pautas allí previstas o cualquier otra circunstancia particular que impida justificar su castigo; iv) propiciar que la única forma de garantizar el trato diferenciado en la respuesta penal es afirmando, de manera tajante, que la escala reducida es obligatoria en caso que se sostenga la necesidad de sanción¹⁸; y v) para garantizar

18 A mi criterio y como exigencia del principio de trato diferenciado, considerar obligatoria la reducción que prevé el art. 4 de la ley n° 22.278 implica desterrar del

el principio de *máxima brevedad* de la privación de libertad, sin perjuicio de los eventuales planteos tendientes a la perforación del mínimo, el punto de ingreso siempre será el mínimo de la escala reducida; por lo que todo apartamiento de dicho mínimo deberá ser fundado, en particular, cuando se pretenda imponer una pena que se ubique en la franja en la que se superponen la escala reducida con la escala penal correspondiente a los adultos¹⁹.

IV.2. La ampliación de las medidas alternativas

Otro punto que debe guiar la actuación de la defensa pública en esta materia y que ha sido objeto de señalamientos internacionales se vincula con la ampliación y diversificación de medidas alternativas en el marco del proceso penal juvenil. En esta cuestión, la defensa pública especializada puede reforzar esta línea de acción desde dos perspectivas.

En primer lugar, desde la actuación en la causa penal, por vía del instituto de la suspensión del juicio a prueba, interpretado desde una mirada específica del derecho penal juvenil. En este sentido, y partiendo de que la reducción del art. 4 de la ley n° 22.278 resulta un imperativo de máxima jerarquía, la regla de procedencia prevista en el art. 76bis, cuarto

derecho penal juvenil las escalas penales aplicables a los adultos. De esta manera, y como se verá a continuación, ponderar en abstracto la escala reducida impactará obligatoriamente, también garantizando el trato diferenciado, en cuestiones tales como la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, el plazo de prescripción de la acción penal, entre otras.

19 En algunos casos, resulta central cuestionar y refutar el punto de ingreso en la escala reducida, ya que es posible relevar argumentaciones jurisdiccionales en las que se afirma utilizar dicha reducción pero, al mismo tiempo, la pena adquiere tal magnitud que de todos modos supera el mínimo de la escala penal aplicable a los adultos. En otras palabras, se trata de una pseudo aplicación de la reducción punitiva.

párrafo del Código Penal no estará dada por la escala abstracta del delito en cuestión aplicable a los adultos, sino en función de aquella reducción. Y, así, es posible ampliar el universo de los tipos penales en los que la suspensión del juicio a prueba resulta procedente.

En segundo lugar, también es posible aprovechar la flexibilidad que otorga el denominado expediente tutelar para intentar desplegar en su trámite diversas medidas del orden de la justicia restaurativa, en el marco de las pautas que el órgano jurisdiccional podría imponer, con el debido control de la defensa pública especializada.

En efecto, a diferencia de las restricciones y limitaciones que operan en la causa penal seguida al/la adolescente, la propia lógica del llamado legajo tutelar (que en la actualidad, en líneas generales, no presenta las deficiencias que caracterizaban las intervenciones del tutelarismo clásico) resulta permeable para introducir, al menos de manera incipiente, algunas medidas alternativas tendientes a la resolución del conflicto, cuyo cumplimiento permita ser valorado de manera positiva y justifique, en su momento, la absolución por innecesidad de castigo penal.

IV.3. La privación de libertad durante el proceso penal adolescente

Otro punto medular y crítico se vincula con los estándares que debe utilizar la defensa pública especializada para controlar y cuestionar la privación de libertad durante el proceso penal adolescente.

Para ello, esto es, para un escrutinio estricto de la legitimidad de la privación de libertad que sufren los/las imputados/as menores de edad durante el proceso, resulta imprescindible que –previamente– se determine la naturaleza, alcance y finalidad de tal restricción.

Esta caracterización es, quizás, una de las cuestiones más difíciles de determinar por las

variadas oscilaciones argumentales que suelen brindarse para justificarla.

Aquí, la cuestión se complejiza y tensiona porque entran en colisión diversas normas internacionales (al menos, analizando las escasas disposiciones específicas del Código Procesal Penal de la Nación) que deben ser compatibilizadas con los principios y estándares internacionales.

Por un lado, el art. 2 de la ley n° 22.278 establece la denominada disposición provisoria de los adolescentes, a fin de “posibilitar la aplicación de las facultades” del art. 4. En tanto que el art. 3 determina que esta disposición importa la “obligada custodia del menor” pudiendo ordenar las “medidas que crea convenientes”. Entre otras, esas medidas pueden implicar la privación de libertad (mal llamada, a mi criterio, *internación*) en un dispositivo especializado.

Por otro lado, aunque el art. 315 del CPPN expresa que las disposiciones sobre la prisión preventiva no resultan aplicables a las personas menores de edad, al mismo tiempo, su art. 411 dispone que la detención de los adolescentes “sólo” procederá ante determinados supuestos allí previstos que, en rigor, no son otra cosa que causales del denominado *peligro procesal*.

Estas regulaciones habilitan la posibilidad de caracterizar esta privación de libertad como una medida de coerción sustancial, o una medida de seguridad, o bien una medida coercitiva procesal. Sin embargo, para poder compatibilizar del mejor modo todas estas previsiones, en esta cuestión debe aplicarse el principio de equiparación más el plus de derechos y garantías específicas.

La operatividad de este principio impone que los/las adolescentes no pueden encontrarse en peor situación que los adultos. Por lo que, si para los mayores, el encarcelamiento preventivo sólo encuentra su justificación constitucional en el carácter procesal de la medida (esto es, el denominado peligro pro-

cesal), igual fundamento debe operar para los imputados menores de edad. Pero además de ello, a esta equiparación debe agregársele el plus de derechos y garantías específicas. Este plus, justamente, se deriva del carácter ultra restrictivo de la privación de libertad de los/las adolescentes, por mandato convencional. Lo que opera a modo de garantía reforzada en punto a las razones que deben brindarse al momento de imponer tal medida.

Todo ello obliga a que, por un lado, la privación de libertad durante el proceso debe constituir efectivamente un supuesto de carácter procesal y *ultima ratio* (esto es, mucho más restrictivo que en el caso de los imputados adultos). Y, por el otro, los mecanismos para obtener la libertad de los/las adolescentes durante el proceso deberán poseer una mayor flexibilidad en comparación con las vías procesales previstas para los adultos.

Y, por supuesto, los pedidos de libertad de los/las adolescentes deben tramitar y resolverse con la misma o mayor celeridad que los incidentes excarcelatorios previstos para los adultos. De esta forma se garantiza, en una cuestión tan trascendental como lo es la impugnación de la privación de libertad, la regla de equiparación más plus de derechos específicos.

Por último, también es posible problematizar causales específicas del cese de la privación de libertad por haber agotado su plazo razonable. El art. 1 de la ley n° 24.390 establece el límite de la prisión preventiva en dos años, agregando que en supuestos particulares y restrictivos podría alcanzar los tres años.

A los efectos de garantizar el trato diferenciado y el mencionado plus de derechos es posible, entonces, aplicar la reducción del art. 4 de la ley n° 22.278 a esos topes temporales. De modo que si para los adultos, la prisión preventiva tiene –por regla– una duración de dos años y –excepcionalmente– puede prorrogarse hasta los tres años, en el caso de los/las adolescentes, la regla fija el tope en un año

y, sólo en casos extremadamente particulares, podría alcanzar los dos años.

Si bien es claro que no configura un tope particularmente estricto por su considerable magnitud, de todos modos, puede operar como un límite diferenciado y específico en materia adolescente, ante la ausencia de previsión normativa. Al menos, para ser propiciado ante los excepcionales casos que se presentan en el litigio cotidiano en los que se alcanza el año de privación de libertad.

IV.4. La duración razonable del proceso penal adolescente

Un tema particularmente abordado en informes y trabajos de organismos internacionales especializados ha sido el impacto que posee el transcurso del tiempo, en general, y la duración del proceso penal, en particular, en la vida de los/las adolescentes. Estos análisis indican que, en todos los casos, este impacto resulta mucho más profundo y con características específicas en comparación al que opera con los/las adultos.

Fundado en ello, se alcanzó un importante consenso internacional en punto a la máxima brevedad que debe operar entre el inicio de la causa y su resolución definitiva, a fin de intentar garantizar las finalidades propias del derecho penal juvenil y evitar el proceso de estigmatización del/la adolescente²⁰.

Estas consideraciones llevan, entonces, a la necesidad de redefinir, desde una mirada específica –en materia penal adolescente, la garantía del plazo razonable y sus mecanismos de satisfacción, tanto por vía de la prescripción como de la insubsistencia de la acción penal.

En cuanto al instituto de la prescripción

20 Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44º período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafo 51.

de la acción penal, con sus oscilaciones y aceptación parcial por parte de los órganos jurisdiccionales especializados, es una práctica extendida por la defensa pública plantear la reducción del art. 4 de la ley n° 22.278 para establecer el plazo prescriptivo.

Si bien, de todos modos, estos plazos reducidos resultan considerablemente prolongados, al menos, es un intento interpretativo que garantiza el trato diferenciado.

Pero, también, es posible reforzar el resguardo de la garantía del plazo razonable, refinando la vía de la insubsistencia de la acción penal con elementos mucho más restrictivos de los que aplican en el caso de los adultos.

De este modo, la insubsistencia de la acción penal, traducida como la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la pretensión punitiva, debe vincularse muy estrechamente con las particularidades del transcurso del tiempo en la etapa de la adolescencia y las dificultades que acarrea, a los efectos de intentar alcanzar algunos de los fines que orienta al derecho penal juvenil. Y, muy especialmente, las consecuencias estigmatizantes que trae el trámite prolongado e injustificado de una causa penal y las dificultades que ello provoca para una integración comunitaria, por ejemplo, en lo que respecta al acceso a un trabajo registrado.

IV.5. El principio de especialidad y los lugares de alojamiento para la privación de libertad a partir de los 18 años

Una cuestión central que importa sensibles y gravosas consecuencias en las condiciones de privación de libertad se vincula con la definición del lugar de alojamiento una vez alcanzada la mayoría de edad.

Es conocido el criterio de algunos órganos jurisdiccionales de disponer el traslado a unidades penitenciarias, en lugar de garantizar la continuidad de la privación de libertad en dispositivos especializados. Estos traslados,

invariablemente, agravan las condiciones de detención, por cuanto interrumpen las actividades educativas, terapéuticas, de formación profesional, entre otras, que vienen desarrollando los/las adolescentes.

En consecuencia, como criterio general, la defensa pública debe extremar los recaudos y ajustar los planteos necesarios para garantizar el alojamiento en dispositivos especializados una vez alcanzada la mayoría de edad y hasta que el/la joven recupere su libertad. Y de esta forma, impedir el indebido traslado a unidades penitenciarias con los agravamientos que ello acarrea.

Tal como lo detallé más arriba, la especialidad del derecho penal y procesal penal juvenil está dada por la edad del/la imputado/a al momento del hecho endilgado, independientemente de los años que posea al ser declarado/a penalmente responsable, condenado/a (cabe recordar que nuestra legislación requiere para ello que sea mayor de edad) o durante la ejecución de la pena.

En este sentido y de manera elocuente, se ha sostenido que:

Se podría argumentar que, dado que la pena sólo puede ser aplicada luego de que la persona declarada penalmente responsable alcanza sus 18 años de edad, nunca se verificaría un supuesto de ejecución especializada respecto de un menor de edad (ejecución especializada en sentido estricto). En otras palabras, toda persona condenada (por la regla del artículo 4 de la ley 22.278) siempre resultaría adulta al momento de efectivamente aplicársele la pena. Dicha conclusión, sin embargo, contradice un principio constitucional elemental: el principio de la determinación de la pena en función del momento de comisión del delito. En efecto, más allá de que someter a un condenado por un delito cuando era menor de edad penalmente responsable a las

mismas condiciones que a un condenado mayor de edad frustra dos principios centrales del corpus iuris de protección de los derechos de la infancia –la especialidad y la prevención especial positiva como sentido esencial y único del castigo penal impuesto a los jóvenes-, hacerlo colisiona también con el principio de legalidad de las penas en tanto no es posible agravar las condiciones de cumplimiento de la condena solo por el hecho del transcurso del tiempo que convierte a una persona de niño en adulto.

En tal sentido, difícilmente pueda argumentarse que la ejecución de una pena privativa de libertad en una institución penitenciaria diseñada para adultos (o aún para jóvenes adultos), en la República Argentina, signifique una sanción menos gravosa que la ejecución de la misma condena en una institución especializada para menores de edad (Beloff y Terragni 2017, 293-294).

Por otra parte, este principio elemental ha sido expresamente analizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al expresar que:

La Comisión nota que si bien el Decreto 22.278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la obligación de los Estados de disponer medidas especiales en materia de justicia juvenil no se basa en la edad en la cual la condena será cumplida, sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad por infringir las leyes penales. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de la respuesta frente a infracciones cometidas por adultos, conforme a los objetivos y principios de la justicia juvenil²¹.

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

Como puede apreciarse, existen argumentos de peso y de máxima jerarquía normativa para propiciar la debida vigencia del principio de especialidad hasta el agotamiento de la sanción penal adolescente. Esto supone agudizar los planteos para garantizar (en lo posible de forma preventiva a una eventual decisión judicial) este trato diferenciado durante toda la ejecución de la pena y evitar los conocidos, injustificados y graves perjuicios que padecen los jóvenes al ingresar a las unidades penitenciarias.

V. A modo de conclusión

Son muchos y variados los desafíos que enfrenta la defensa pública en el cotidiano trabajo de desplegar defensas especializadas y eficaces que contengan mejores estándares en materia de derecho penal y procesal penal adolescente.

En este texto utilicé el concepto de defensa pública especializada con una finalidad que –sin perder de vista las áreas específicas de incumbencia de las distintas dependencias dedicadas a la niñez y adolescencia que existen en el Ministerio Público de la Defensa de la Nación– permita pensar y pensarnos como un colectivo integrado y articulado que asume los desafíos que la coyuntura impone.

En efecto, en el ámbito de la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires, esta defensa pública especializada está conformada por un extendido diseño institucional que abarca a las (i) defensorías públicas oficiales ante los juzgados nacionales de menores y ante los tribunales orales de menores; (ii) las defensorías públicas de menores e incapaces ante los tribunales orales; (iii) la Unidad Funcional para la Asistencia de personas menores de 16 años; (iv) el Grupo

Relatoría sobre los derechos de la niñez, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 de julio de 2011, párrafo 366.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

de Actuación ante los Tribunales Orales de Menores; (v) el Equipo Interdisciplinario que colabora con todas las defensorías públicas que asumen la defensa de niños, niñas y adolescentes; y (vi) la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes.

Insisto, sin soslayar la especificidad y los matices de las intervenciones que le caben a cada dependencia o área en particular, resulta interesante caracterizar a todo este colectivo institucional bajo una perspectiva global que conforme la defensa pública especializada a la par de pensar a cada una de ellas, en su singularidad, como *puertas institucionales, inclusivas y amigables* de acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes sometidos a un proceso penal.

A nivel micro –esto es, del litigio cotidiano– es evidente el trabajo constante que la defensa pública realiza a fin de mejorar, fortalecer y consolidar el proceso de adecuación hermenéutica de la deficiente normativa local a los principios y estándares internacionales. Así como también resulta claro que, en este marco de soluciones de compromiso y provisorias, aún resta abordar e intentar compatibilizar una infinidad de cuestiones relevantes.

Por otro lado, y en el nivel macro, la defensa pública especializada debe continuar asumiendo una activa participación no sólo para que, finalmente, se sancione una nueva ley penal juvenil, sino para que, además, se produzcan profundas transformaciones en punto a las políticas públicas destinadas a la infancia y la adolescencia.

Como así también, denunciar y expresar enfáticamente que no es cierto que la nueva ley deba estar condicionada a las posturas *bajacionistas* de la edad de punibilidad. Por el contrario, existe un elevadísimo consenso en contra de tales pretensiones, justificado en un abanico muy amplio de argumentos. En este punto, considero pertinente recordar

una afirmación muy concreta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto recomendó a los Estados:

Observar el principio de no regresividad, absteniéndose de adoptar medidas legislativas o administrativas que impliquen una limitación o regresión en el goce de los derechos de los niños sometidos al sistema de justicia juvenil. Los Estados deberán impedir que entren en vigencia normas que tengan por objeto suspender ciertas garantías en los procedimientos contra niños acusados de infringir leyes penales, o que pretendan la disminución de la edad mínima para infringir las leyes penales o para ser sometido a la justicia ordinaria, entre otras medidas regresivas²².

Y en idéntico sentido se ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, al recomendar al Estado argentino que:

[...] apruebe una ley general de justicia juvenil congruente con la Convención y los estándares internacionales en la materia, en particular en relación a la garantía de que la detención se utilice como último recurso y por el tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que incrementen las penas o reduzcan la edad de responsabilidad penal²³.

Bibliografía

Beloff, Mary. 2008. “Fortalezas y debilidad-

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos...*, párrafo 614.B.13.g. El destacado me pertenece.

23 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto...*, párrafo 44.a). El destacado me pertenece.

DAMIÁN R. MUÑOZ

des del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina”. En: Ministerio Público de la Defensa. *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

----- . 2016. *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

Beloff, Mary y Martiniano Terragni. 2017. “La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad”. En: *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Mary Beloff (directora), 293-294. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

Guemureman, Silvia. 2011. *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales de menores: los Tribunales Orales de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Muñoz, Damián R. 2017. “Algunos trazos para diseñar un debido proceso específico para el enjuiciamiento penal adolescente”. En: *El debido proceso penal*, volumen 5, 33-48. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

Documentos de organismos internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 de julio de 2011.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Comité de los Derechos del Niño, *Observa-*

ciones finales: Argentina, 8° período de sesiones, UN CRC/C/15/Add.35, 15 de febrero de 1995.

Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales: Argentina*, 31° período de sesiones, UN CRC/C/121, 9 de octubre de 2002.

Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales: Argentina*, 54° período de sesiones, UN CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010.

Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Argentina, versión sin editar*, 78° período de sesiones, UN CRC/C/ARG/CO/5-6, 1 de junio de 2018.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Jurisprudencia nacional

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, “Falconi Talavera, Ricardo Billy Jhou s/ abuso deshonesto”. Reg. 765/2016, rta. 27/09/2016.

CSJN, “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, rta. 31/10/2017, *Fallos* 340:1450.

CSJN, “A., D. D. s/ Homicidio agravado”, A. 1008. XLVII. REX, rta. 05/08/2014.

CSJN, “Benítez, Joaquín s/causa n° 114.810”, CSJ 56/2014 (50-B)/CS1, rta. 29/08/2017.

CSJN, “Cejas Meliare Ariel s/ Habeas Corpus”, rta. 05/04/2016, *Fallos* 339:381.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

CSJN, “G., J. L. s/ causa n° 2182/06”, rta. 15/06/2010, *Fallos* 333:1053.

CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”, rta. 02/12/2008, *Fallos* 331:2691.

CSJN, “L., L. A. s/ causa N° 5400”, rta. 18/12/2007, *Fallos* 330:5294.

CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio”, rta. 07/12/2005, *Fallos* 328:4343.

CSJN, “Marteau, Alejandro Aramis s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas - causa n° 2570”, rta. 17/03/2009, *Fallos* 332:512.

CSJN, “R. M., J. L. s/ causa N° 3202”, rta. 31/10/2006, *Fallos* 329:4770.

CSJN, “R., B. S. y otros s/ Incidente tutelar”, R. 551. XLVIII. RHE, rta. 22/12/2015.

CSJN, “Reinoso, Luis Alberto s/ causa N° 2043/2184”, rta. 07/03/2006, *Fallos* 329:518.

CSJN, “Ruiz, Brian s/ Homicidio en ocasión de robo -causa n° 42886/9”, rta. 23/08/2016, *Fallos* 339:1208.

La autonomía progresiva y su incidencia en los procesos civiles. Acciones para garantizar los derechos y el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes

María Carolina I. Paladini

Titular de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 7

Victoria Gourdy Allende

Oficial de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 7

Ángela G. Fernández

Escribiente Auxiliar de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 7

I. Tras veintidós años, el Código se adecúa a la Constitución

La reforma constitucional de 1994 trajo consigo una serie de cambios fundamentales en el ordenamiento jurídico vigente, en particular con la incorporación del art. 75 inc. 22. Desde ese momento se creó un nuevo orden simbólico en pos de la protección de los derechos humanos fundamentales, en el caso particular que nos ocupa, en relación a aquellos que conciernen a niños, niñas y adolescentes. Ello así, a partir de la nueva concepción inspiradora de la doctrina que los reconoce como plenos sujetos de derechos en oposición a la idea del niño, niña y adolescente como “objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado” (Cillero Bruñol 1999).

El resto del ordenamiento jurídico interno no resultó ajeno a este fenómeno de cambio introducido por la reforma constitucional de 1994. La ley 26.061 y, en el ámbito local, la ley 114 de CABA fueron marcando el rumbo que culminó con la sanción de la ley 26.994¹.

El Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia en agosto de 2016, acogió en su articulado el cambio de paradigma,

¹ Promulgada según decreto 1795/2014

flexibilizando conceptos como el de capacidad progresiva. Así, se otorga a los niños, niñas y adolescentes mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos personalísimos –en particular en lo que hace al cuidado de su propio cuerpo–, ampliando su participación en el ejercicio de la responsabilidad parental –cuando se trata de progenitores adolescentes–, y, sobre todo, dejando expresa constancia de que “la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona” (CCyCN, art. 26).

Podemos decir que, con ello, se receptó normativamente en nuestro Código Nacional de fondo, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño² para hacer efectivo uno de sus cuatro principios generales: el derecho a ser oído³, imprescindible en el ejercicio de la autonomía progresiva que nos convoca.

En consecuencia, toda resolución judicial o dictamen del Ministerio Público que invoque el “interés superior” no podría prescindir de un elemento esencial de esa noción,

que es la opinión del niño, niña o adolescente involucrado en la cuestión. Opinión que debe integrar el debate judicial y la decisión que de él se derive.

II. “Escuchar” no es sólo oír

La práctica llevada adelante en la Defensoría ha demostrado, a través de los años, la importancia de la escucha como derecho fundamental y la incidencia que puede tener en la vida de los niños y sus vínculos familiares.

Esto nos obligó a reevaluar conceptos y acciones para facilitar el ejercicio efectivo de ese derecho así como, también, para crear un espacio en el que el niño pueda ejercerlo plenamente con libertad de transmitir lo que quiere, desea y piensa; y que su relato sea natural, que no quede encasillado en lo que quieren sus padres, corriéndolo del lugar en el que, muchas veces, se lo ubica a favor de uno o del otro⁴.

El objetivo es que el derecho a ser oído cobre vida en la escucha junto al principio del “interés superior”.

No debemos olvidar que el código señala que “la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de estas personas” (CCyCN, art. 706 inc. c), esto es “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” (ley 26.061, art. 3) en la ley.

Esta directiva, “al ser plasmada en un ordenamiento jurídico, viene a conformar lo que se denomina normas abiertas, como tantas otras del derecho de familia” (Mizrahi 2016) y, como tal, se vuelve permeable a la nueva escucha que se expresa no solo como un dere-

2 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989. Art 12: “1.- Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento nacional”.

3 El derecho a ser oído junto con el derecho de no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo como el derecho a la consideración del interés superior del niño no solo se establece “como un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”. Ver Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

4 Sería deseable contar con un espacio físico diferenciado para los más pequeños por ejemplo, pero la referencia “espacio” se refiere también a una actitud de quien entrevista al niño o joven.

cho en sí mismo, sino también como aquello que “debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos” (Gozaíni 2017, PÁGINA), “apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección”⁵.

No podemos pasar por alto que muchas veces, los niños, niñas y adolescentes manifiestan con una simplicidad propia de la edad, su deseo de no formar parte del conflicto jurídico, en el que sus propios padres los sitúan como centro, al intentar sostener su postura adulta con la voz del niño al cual piden se lo cite y se lo escuche. Se olvidan que son ellos quienes tienen a su cargo brindar las condiciones necesarias para que su hijo se desarrolle integralmente, proporcionándoles no solo los medios materiales, sino también los afectivos y psicológicos.

Se adquiere así un nuevo significado de la normativa antes referida. Se establecen en nuestro Código de fondo normas procedimentales que se convierten en verdaderos mecanismos de garantía, “técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normativa y efectividad, posibilitando la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli 1999), esto es, escuchar al niño en todas las cuestiones que lo involucren directamente.

La importancia de la escucha y su valoración en el contexto del conflicto familiar que pretenden resolver los adultos en las diferentes instancias judiciales, cobran una especial relevancia por cuanto, muchas veces, son los propios adultos –mamá o papá– los que co-

locan al niño como un botín de compensación frente al conflicto que ellos no pueden resolver por sus propios medios, ya sea por la falta de tratamiento psicoterapéutico adecuado o por una situación de separación no asimilada. Esa utilización del propio hijo puede convertirlo tanto en un rehén (ante quien el otro progenitor debería ceder para no dañarlo) como en una fuente de poder (obtención de beneficios económicos).

Esta es una de las situaciones más comunes que los implican. Sin embargo, son múltiples los supuestos, en el marco de los procesos de familia, en que los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes se encuentran involucrados (v.gr. trámites de cuidado personal, de régimen de comunicación, autorizaciones para salir del país, denuncias por violencia familiar).

Lo importante es tener en claro que cualquiera sea la circunstancia que acerque al niño al Tribunal, debe ser reconocido y tratado como un sujeto de derechos que está en situación de vulnerabilidad, donde es necesario visualizar su particularidad y su entorno⁶.

Esto nos exige “reflexionar sobre la flexibilidad que demanda el reconocimiento de la capacidad progresiva y la necesidad de contemplar variantes o alternativas en los distintos supuestos” (Famá 2015), ello precisamente porque “escuchar” no es solo oír.

Así, la escucha debe concretarse como garantía de la tutela judicial efectiva contenida en el art. 706 del CCCN que “constituye una directiva clave y general” que “apunta a que la protección que se persigue a favor de los niños y adolescentes sea real, concreta, posible y eficaz” (Mizrahi 2015, 167).

“Es que la tutela judicial efectiva, con su

5 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa C. 100.587, “G. , M.C. Víctima de lesiones”, rta. 04/02/2009; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa C. 119.647, “M. , S.A. Guarda”, rta. 16/03/2016.

6 Conf. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

variante esencial de la tutela procesal diferenciada (así, en el caso de los niños) es, como vimos, un derecho humano fundamental de naturaleza constitucional y supranacional” (Mizrahi 2015, 167).

Ello en concordancia con lo dispuesto por las 100 Reglas de Brasilia que establecen que los Estados deben “facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin” (100 Reglas de Brasilia, regla 33).

Para esto es fundamental la articulación de todos los principios procesales reconocidos expresamente en la norma citada *ut supra*, conjuntamente con el de oficiosidad previsto en el art. 709 del CCCN.

“El juez [...] tiene el deber ineludible de propender a que el proceso sea diligenciado con la mayor celeridad evitando un costo económico innecesario en tiempo y dinero” (Nieto 2016), en particular cuando se trata de cuestiones que involucran a niños, niñas y adolescentes para quienes el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo su interés superior.

Ello ya ha sido sostenido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 al afirmar “los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños”⁷.

III. De la norma a la realidad

“Las normas del bloque internacional de los derechos humanos acogidas en la legislación re-

formada provocan la inclusión expresa de ciertos principios jurídicos que el Derecho familiar reclamaba hace tiempo” (Fernández 2016), uno de ellos, el principio de la autonomía progresiva en la determinación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ello por cuanto “la infancia y la adolescencia son formas de ser personas y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida” (Cillero Bruñol 1999).

Corresponde a los padres o demás responsables impartir “orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (CDN, art. 5).

En esta línea, se expresa lo expuesto en el enunciado del art. 639 del CCCN que establece como principios de la responsabilidad parental:

- a. El interés superior del niño;
- b. La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Ello se complementa con el art. 707 del CCCN que refiere a la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en todos los procesos que lo afectan directamente.

Por lo cual, no podría prescindirse en esta “democratización” de las relaciones de familia, de la opinión del niño, entendiéndose ésta como aquello que manifieste mediante sus palabras o mediante sus silencios –pues hay silencios más expresivos que las palabras–.

En tal sentido, el niño, niña o adolescente debe ser entrevistado en un entorno adecuado, con los resguardos y salvaguardas del caso, con asistencia letrada siempre que se pueda⁸,

⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), UN CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

⁸ Conf. Resolución DGN N° 1234/2006.

sin encorsetarlo en preguntas diseñadas de antemano para que responda “sí” o “no”.

Mayor incidencia habrá de tener la opinión del niño, niña o adolescente cuando mayor sea esa autonomía o competencia progresiva, entendiendo esta última como “la aptitud de un individuo de entender lo suficiente para tomar una decisión autónoma” (Fernández 2015). En este sentido, resulta necesario no solo que entienda lo que se le propone, sino también las consecuencias y los riesgos de la decisión que se está tomando.

Esto es un punto clave. Debe tenerse siempre presente que el niño o joven va a la entrevista desde un contexto familiar o institucional, al cual volverá luego de ser oído. Podrá sonar a verdad de Perogrullo, pero no puede tomarse a la ligera la incidencia que esa circunstancia tiene en el entrevistado.

Sólo la mayor ingenuidad llevaría a pensar que un niño llevado a una audiencia por un progenitor en un expediente dirigido contra el otro, no recibirá en forma más o menos directa sugerencias, indicaciones o ideas que deba retransmitir ante el Tribunal. Es así que los hijos son coprotagonistas del conflicto de la “ex pareja”, y los padres “los colocan en la ‘trinchera’ cual soldado preparado para el combate” (Walldheim de Arizu 2016). El mayor o menor apego del niño a ese mandato tendrá luego consecuencias, ya sea en el campo psíquico –v.gr. culpa por hablar en contra del otro progenitor, culpa por no haber dicho todo lo que se le mandó decir– o en el campo de los hechos, si el vínculo está tan desnaturalizado como para reportarle represalias de uno u otro lado.

Algo similar ocurre con los niños y adolescentes institucionalizados. Para el niño que vive por meses o años en un hogar, que fue acompañado a la entrevista por profesionales u operadores, a donde regresará ineludiblemente tras el acto procesal donde se lo escuche, será sumamente difícil hablar con la franqueza y libertad que merece sobre aquello

que no le gusta, le molesta o lo perjudica del trato, condiciones de alojamiento, posibilidades de vincularse con su familia, entre otras cuestiones. Ni qué decir de aquellos jóvenes que, por conflictos con la ley penal, están alojados en centros de régimen cerrado.

Otro factor que influye en la disposición de niños, niñas y adolescentes para decir lo que sienten, lo que desean o lo que les pasó, es lo que ellos registran de las entrevistas anteriores que pudieran haber tenido. Una pequeña, por ejemplo, que se atrevió a hablar del abuso sexual padecido en su casa, poca expectativa tendrá respecto de una nueva instancia de escucha si frente a semejante vulneración de derechos, el sistema judicial y el de protección integral no toma medidas efectivas para resguardarla del agresor. En igual sentido, si un niño pide una y otra vez una familia adoptiva, no cabría esperar que siga confiando en las figuras que le prometieron llegar a ello, si ve pasar los años sin resultados. Para evitar mayores niveles de frustración, un recaudo recomendable sería no prometer, ni generar expectativas –a lo que a veces, humanamente, el entrevistador se ve inclinado frente a la angustia o vulnerabilidad del entrevistado– sino dejar en claro que el compromiso consiste en hacer todo lo que esté al alcance del entrevistador.

IV. Afinar la escucha de acuerdo con la complejidad

Como ya fuera reseñado en el libro “Acceso a la Justicia para Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública” (Ministerio Público de la Defensa y Unicef 2011), desde hace muchos años se ha procurado en la Defensoría de Menores e Incapaces N° 7, “la construcción de un ámbito [...] que contemple la particularidad de cada chico y propicie la aparición de un discurso propio” para que “emerja su voz en ese encuentro” (Nutter 2011, 71).

Ello exigió dimensionar la escucha y problematizar algunos aspectos de la práctica que tenían que ver con “la particularidad de los chicos que se atienden”, “las características del ámbito en el cual se desarrolla el encuentro”, así como también “la implicancia simbólica” de esa escucha tanto para los niños como para los adultos responsables (Nutter 2011, 71).

Esa escucha activa, interactuada, será la que el juez deberá evaluar en la sentencia, argumentando cómo la ha tenido en cuenta.

Por otro lado, no debe perderse de vista que este derecho a ser oído debe ser fusionado en el principio de libertad (Fernández 2016).

En este sentido, resulta fundamental que al niño, niña o adolescente se le brinden herramientas para identificar el ambiente, las alternativas posibles y las consecuencias de cada alternativa, “empoderándose” “empoderándose” del derecho a ser oído, un elemento esencial que hace a su interés superior⁹. Para ello es fundamental establecer lineamientos claros y precisos que definan el trabajo y aseguren todos sus derechos evitando la revictimización.

Se nos plantea así, la escucha como una acción compleja que requiere la creación de un protocolo de actuación permeable a todos los factores y variables posibles, que permitan optar por la mejor alternativa para cada caso particular, “permitiéndoles el adecuado ejercicio de su autonomía protegiéndolos debidamente para que no corran riesgos inútiles o irrazonables” (Famá 2015).

En este sentido, citando palabras de la Dra. Famá, “es esencial advertir que las nociones de autonomía y protección no resultan recíprocamente excluyentes, sino que se implican una a otra” (Famá 2015).

Además, de conformidad con lo estipu-

lado en el art. 706 inc b) del CCCN se debe requerir el auxilio de otras disciplinas. Ello, toda vez que “el Derecho no alcanza [...] para dar respuestas acordes a la problemática familiar” (Lorenzetti 2015, 571).

Sobre esto, se ha dicho, que el trabajo o enfoque multidisciplinario no resulta satisfecho con la actuación individual y aislada de varios profesionales, sino que, por el contrario, su participación debe ser conjunta o mancomunada (572).

El aporte de otras ciencias más orientadas a lo conductual, a la salud mental, al entretreído vincular, se vuelve particularmente necesario para trabajar con los niños inmersos en los conflictos de sus progenitores. Ello se suma a la exigencia de que los jueces deben “ser especializados”, conforme al artículo 706 inc. b del CCCN. Entendemos tal especialización desde la competencia asignada a esos estrados pero, también, desde una especial sensibilidad y capacitación para llevar a cabo la tarea. Requisitos que bien cabría hacer extensivos a todos –magistrados, funcionarios, empleados– quienes trabajamos en los llamados procesos de familia.

Entre la variedad de estos procesos, uno en el que se expone especialmente al niño es aquel en el cual los progenitores discuten el régimen de comunicación con quien no ejerce en forma principal el cuidado personal. Son procesos en los que los operadores judiciales debemos actuar con mayor prudencia y celeridad para requerir y adoptar medidas contundentes en caso de que se advierta una grosera manipulación de los niños.

Vemos a diario, en el marco de estas controversias, a niñas, niños y adolescentes que son víctimas en los litigios en los que sus padres dirimen cuestiones familiares. Muchas veces nos encontramos con niños altamente involucrados y preocupados por la contienda que mantienen sus progenitores y son ubicados y utilizados como objetos de conflictos conyugales que los adultos no han podido resolver, actuando sin tener en

9 La Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile* sostuvo que el derecho a ser oído de toda persona debe ser interpretado a la luz del art. 12 CDN y que su efectividad hace a su interés superior.

cuenta las reales necesidades e intereses, ni el impacto negativo que tal exposición provoca en su desarrollo y emociones.

Escuchamos discursos altamente captados por la postura de un progenitor en contra del otro, que revelan pactos inconscientes que no pueden atravesar, utilizando palabras y enunciando frases con acusaciones que muchas veces no son esperables para su edad. En ocasiones, concurren a la entrevista acompañados por actitudes de desgano y agotamiento frente al tema que los convoca, pudiendo transmitir su deseo más genuino ligado a la necesidad de poner fin a la controversia que sostienen los adultos para poder continuar su vida en paz.

Por eso, al momento de producirse el encuentro con el niño, niña o adolescente es necesario estar atentos a la detección de aquellas conductas y discursos carentes de espontaneidad. El objetivo: que la escucha y el procedimiento no se conviertan en una instancia de exposición que atente contra sus propios intereses.

Situaciones como las descriptas condicionan y constriñen el ejercicio efectivo de niños, niñas y adolescentes en la expresión de su opinión, ya que operan en forma distorsiva respecto de los procesos de escucha y, muchas veces, concluyen transmutando su derecho a ser oído en un escenario de revictimización.

Ahora bien, ¿cómo correr a los niños niñas y adolescentes de esta dinámica que los trasciende en su rol? o, mejor dicho, ¿qué medidas de resguardo es posible adoptar ante tales circunstancias? Previo a todo, resulta fundamental deslindar con claridad los objetivos con los que se planifica su participación en el proceso, con el fin de evitar sobreintervenciones o intervenciones improcedentes que perjudiquen su seguridad, confianza y, en definitiva, su bienestar. Para ello, es esencial la implementación de un minucioso análisis contextual, que permita comprender en qué lugar está ubicado ese niño, niña o adolescente dentro del singular entramado de conflictiva familiar.

Generar las condiciones apropiadas para la participación activa del niño, niña o adolescente, y evaluar su pertinencia y oportunidad resulta esencial no solo para garantizar el ejercicio de un derecho fundamental del que no puede ser privado, sino también para preservar el potencial de la escucha, en tanto herramienta esencial, básica, única e irremplazable para la construcción de la respuesta más adecuada a su interés superior.

De allí que el entrevistador no debe quedarse con lo textual, con la repetición sistemática de los hechos afirmados en la demanda. El valor agregado de contar en esta instancia con un profesional del área “psi” para orientar la charla y las preguntas que se formulen, se vería también aumentado si luego de la escucha éste puede establecer comunicación con el o la terapeuta del asistido, quien –sin perjuicio de la necesaria confidencialidad– puede resultar una fuente valiosa para entender el trasfondo en que se desarrolla la vida del niño y el mayor o menor margen con que cuente para transmitir sus propios sentimientos.

Desbrozar todo ello y volcarlo luego en los dictámenes o presentaciones que el Ministerio Público realice en defensa de los derechos de su defendido será fundamental para que la resolución judicial a dictarse guarde correlato con la obligación del Estado de velar por el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular con el padre del que esté separado, tal como establece el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Norma que no hace sino reconocer que el sano contacto entre padres e hijos es “una necesidad de la prole para desarrollar su identidad” (Díaz Usandivaras 2015, 23) y su obstrucción injustificada puede causar severos daños. No debe escapársenos, pues, que el art. 9 citado no se aplica sólo a los supuestos en que un organismo del Estado separa al niño de uno o ambos padres sino que, también, se configura ante la separación de padre y madre por decisión de uno o ambos.

V. Abogado del niño

La entrada en vigencia de la ley 26.061 introdujo en nuestra normativa nacional las garantías que deben cumplir los organismos del Estado en los procedimientos administrativos y judiciales cuando involucren a niñas, niños y adolescentes (Art. 27 de la ley 26.061)

Concretamente el art. 27 inc. c) estipula el derecho:

[...] a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Podemos ver que por medio de este articulado se crea la figura de abogado del niño que llevó a variadas discusiones y confusiones, en cuanto a la intervención del niño y su letrado en el proceso.

Hubo quienes sostuvieron que sin importar la edad, el niño –aún el recién nacido– debía contar con un abogado patrocinante. En el otro extremo se ubicaban quienes negaban el derecho a la asistencia jurídica autónoma invocando la falta de aptitud para contratar. En el medio, quedaron quienes marcaban un límite estricto y preconcebido de edad a partir de la cual se podía contar con abogado y también quienes bregaban por un criterio amplio, basado en las posibilidades fácticas de cada persona menor de edad para comprender que hacían y dar a entender lo que querían. No faltaron discrepancias, asimismo, sobre la forma en que se accedía al patrocinio¹⁰. Las resoluciones judi-

ciales fueron tan variadas como los sustentos teóricos, frustrándose cualquier posibilidad de práctica uniforme en este sentido.

En muchos casos lo que se vio, y aún persiste, es un actuar desleal de profesionales que, so pretexto de brindar asistencia técnica, sustituyen la voluntad y la voz del niño por las ideas y estrategias defensoristas de sus progenitores, desnaturalizando el concepto de patrocinio por algo más parecido a la representación, que está estrictamente limitada por la ley a los progenitores y en su defecto a los tutores. Se llega, así, a situaciones en las que letrados, invocando el carácter de patrocinante, formulan peticiones sin haber tenido conocimiento previo de sus asistidos y, lo que es peor aún, sin que estos sepan siquiera quién cumple con tal función. En este sentido, se advierte que la práctica procesal diaria no estuvo ni está a salvo de pujas ideológicas y políticas que llevaron a extremos abusivos¹¹, con la participación de un abogado “del niño” elegido y pagado por uno de los progenitores en conflicto.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha zanjado en buena parte el conflicto. Por un lado, el art. 25 dispone que las personas menores de edad son todas aquellas que no han cumplido dieciocho años y que las personas mayores de trece años serán consideradas adolescentes. El art. 26 en su primer párrafo establece que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales.

Posteriormente, el artículo 261 fija en 13 años la edad para otorgar actos lícitos y el art. 677 establece que “se presume que el hijo

10 Se ha cuestionado, por ejemplo, que el Consejo de Derechos decida qué patrocinio puede tener un NNNoA afectado por sus propias decisiones administrativas (Caride 2012, 29).

11 A la Defensoría de Menores 7 le tocó intervenir, en los albores de la ley 26.061, en una demanda de impugnación de paternidad donde la actora era una niña de menos de diez años patrocinada por abogados de una Defensoría Zonal del GCBA. Entrevistada como primera medida, nuestra asistida dijo que había hablado con una señora que no sabía que era abogada, que había firmado un papel pero no sabía qué decía y, sobre el fondo de la litis, tenía una idea por demás borrosa.

adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso [...] de manera autónoma con asistencia letrada”.

Ahora bien, estas pautas podrían morigerarse por aplicación de los artículos 26 segundo párrafo y 639 inciso b, este último concordante con el artículo 5 de la CDN en cuanto al principio que, a mayor desarrollo y autonomía, debe disminuir la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de sus hijos, abriendo así una saludable puerta al análisis casuístico para contrapesar la rigidez de los artículos mencionados en primer término.

De esta manera, se logra una interpretación amplia de la norma que establece un criterio sustentado en el principio de capacidad progresiva, por el que la edad como elemento excluyente debe ceder frente al grado de madurez y desarrollo del niño, y la entidad de la cuestión debatida.

Resulta fundamental que, desde el inicio de las actuaciones –administrativas o judiciales–, se le haga saber de manera fehaciente al niño, niña o adolescente –con capacidad o grado de madurez suficiente– su derecho de contar con un abogado que lo asista jurídicamente, poniendo a su disposición, si así lo desea, datos de abogados especializados en la materia.

Para el caso que el niño o adolescente se hubiera presentado en el expediente con un abogado, resulta una buena práctica la entrevista previa --ya sea en el ámbito de la Defensoría interviniente o por ante el juez-- a fin de analizar la propuesta, garantizar la imparcialidad de tal patrocinio en relación con sus padres y para que puedan contar con “un adecuado, desapasionado y acabado asesoramiento sobre las circunstancias del conflicto en que está inmerso” (Leguisamón 2017, 51 y ss).

El juez y el mismo defensor de menores deberán “ejercer un control estricto de las labores que desempeña el letrado” (Mizrahi 2011). Para ello, “tomarán y propondrán los

recaudos y medidas que resulten indispensables para que la función de este profesional no resulte en la práctica desnaturalizada” (Mizrahi 2011).

Ello es así dado que la mera presencia formal de un abogado invocando el artículo 27 de la ley 26.061 no siempre será garantía suficiente de que actúe por y para el niño sino que –como ya se mencionó antes– se corre el riesgo de que el profesional responda a los objetivos del progenitor que lo contrata más que a los del supuesto “cliente”.

En cambio, si se lograra que el niño esgrimido como arma por un progenitor contra el otro, tuviera un patrocinio de verdad independiente de los adultos y que lo aconsejara no sólo en el contenido de eventuales presentaciones, sino también en la búsqueda de lo que resulta mejor para él, podría intervenir eficazmente con una estrategia enderezada a favorecer primordialmente al niño en tanto víctima principal de las disputas familiares.

Más allá de lo anterior, la realidad de los expedientes da cuenta de que los niños y jóvenes con patrocinio letrado son una significativa minoría. Esta observación concuerda con los relevamientos que –en ocasión de sus visitas periódicas de monitoreo institucional– efectúa la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación. En efecto, tanto en hogares convivenciales de distinto tipo como en dispositivos de salud mental refieren un número llamativamente escaso de niños y jóvenes que tienen un abogado, en los términos del art. 27 de la ley 26.061, con quien realmente tengan contacto y que ejerzan la asistencia técnica en los procesos.

Esto nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de que se avance seriamente en su implementación, sorteando aquellas cuestiones de diferente índole que pudieran obturar el ejercicio de este derecho.

VI. Conclusión

Este avance social y político de construcción normativa que garantiza el derecho a ser oído y la participación del niño en el proceso demuestra, en la práctica diaria de esta Defensoría, que la escucha es un acto personalísimo, complejo, que no puede tomarse a la ligera, sino que por el contrario exige operadores especializados en su ejercicio (magistrados, funcionarios, empleados y profesionales), en el que la interdisciplina se plantea como una necesidad.

Por otra parte, el ambiente y la modalidad de abordaje de la entrevista con los niños son aspectos que no pueden pasarse por alto al momento de hacer efectivo ese derecho, que no solo consiste en escuchar al niño, niña o adolescente traído a participar activamente en el proceso, sino también en no exponerlo a situaciones que por sí pueden ser tensas y traumáticas¹². Por cuanto el ejercicio de un derecho nunca puede llevar ínsito la afectación de sus sentimientos, emociones o su salud mental.

En cuanto a la intervención de un letrado que los asista técnicamente la tendencia debería ser hacia la ampliación de la disponibilidad de dicho servicio, también integrado por profesionales especializados.

Estas son algunas de las acciones que resultan necesarias para garantizar la efectividad de los derechos y el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

Caride, Esteban. 2012. "Algunas reflexiones sobre el ejercicio del derecho de NyA 'a ser oídos'". *Cuaderno Jurídico de Familia*, 30.

12 Si para un adulto genera mucho ansiedad y estrés concurrir al juzgado a una audiencia con el juez que va a dirimir el conflicto de partes, imaginemos lo tensionante que puede resultar para el niño.

Cillero Bruñol, Miguel. 1999. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". *Justicia y Derechos del Niño*, 1: 48-62.

Díaz Usandivaras, Carlos María. 2015. "Algunas reflexiones sobre el 'Derecho de Visitas', desde la visión de un terapeuta familiar". *Cuaderno Jurídico de Familia*, 61: 23.

Famá, María Victoria. 2015. "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial". *La Ley*, 197. Consultado en línea. AR/DOC/3698/2015.

Fernández, Silvia. 2015. *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Fernández, Silvia. 2016. "Ejercicio de derechos personalísimos por las personas menores de edad: claves para interpretar el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación". *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 1.

Ferrajoli, Luigi. 1999. "El derecho como sistema de garantías". *Revista uruguaya de derecho procesal*, 2: 209.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. 2017. *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Leguisamón, Héctor Eduardo. 2017. "La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño". *Revista Código Civil y Comercial*, 4.

Lorenzetti, Ricardo Luis. 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Ministerio Público de la Defensa y Unicef.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

2011. *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Mizrahi, Mauricio Luis. 2011. “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”. *La Ley*, 2011-E. Cita online: AR/DOC/3745/2011.

Mizrahi, Mauricio Luis. 2015. *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Mizrahi, Mauricio Luis. 2016. *Restitución internacional de niños*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Nieto, María Marta. 2016. “La tutela judicial eficiente en los procesos de familia, en la actualidad”. *Revista de derecho de familia y de las personas*, 8 (11).

Nutter, Silvia. 2011. “El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría de Menores e Incapaces”. En: *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, editado por el Ministerio Público de la Defensa y Unicef, 71.

Waldheim de Arizu, Jennifer. 2016. “La judicialización de problemas relacionados con los niños y el interés superior del niño”. *Cuaderno Jurídico de Familia*, 75.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Documentos de organismos internacionales

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la

justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la As. General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Jurisprudencia nacional

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa C. 100.587, “G., M.C. Víctima de lesiones”, rta. 04/02/2009.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa C. 119.647, “M., S.A. Guarda”, rta. 16/03/2016.

SECCIÓN II

EXPERIENCIAS NACIONALES

La necesidad de una respuesta punitiva en el ámbito de la justicia penal juvenil acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño

Virginia Sansone

Defensora Pública de Menores e Incapaces de Instancia Única en el Fuero Penal de Capital Federal, a cargo de la Defensoría n° 4.

Santiago Ferrando Kozicki

Escribiente de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces de Instancia Única en el Fuero Penal n° 4.

I. Introducción

El marco jurídico actual del derecho penal juvenil en nuestro país, conformado por la Convención sobre los Derechos del Niño, demás instrumentos internacionales y el decreto-ley N° 22.278, implica la coexistencia de un sistema de protección integral de derechos y un sistema tutelar, lo que habilita jurídicamente a aplicar criterios tutelares en el momento de imponer penas a los jóvenes infractores, bajo la aparente justificación convencional.

Estos parámetros tutelares, consagrados en la ley 22.278, cuestionados desde hace décadas, responden a un derecho penal de autor que coloca a las personas menores de edad en situaciones de real vulnerabilidad (Fellini 1996; 59).

La Argentina es el único país de Latinoamérica que no adecuó su legislación penal juvenil nacional a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). En tales condiciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el año 2013, en el caso *Mendoza y otros v. Argentina*¹, condenó a nuestro

¹ Corte IDH, *Caso Mendoza y otros v. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Estado y ordenó la adecuación legislativa a las obligaciones internacionales emanadas de la suscripción a las convenciones. Sin embargo, esta disposición hasta hoy no se cumplió.

La cuestión principal radica en la profunda incongruencia entre la CDN y la ley 22.278. Específicamente, la CDN le otorga a la sanción penal juvenil una función integradora y constructiva del joven en la sociedad, ideal de imposible cumplimiento a través de las previsiones tutelares del art. 4 de la ley citada.

El art. 4 de la ley 22.278 establece para la imposición o no de pena los siguientes requisitos: 1) declaración de responsabilidad penal, 2) mayoría de edad y 3) que el joven haya sido sometido por lo menos a un año de tratamiento tutelar. Una vez cumplidos estos requisitos “si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez” hicieren necesario se le aplicará una sanción. De acuerdo al principio de culpabilidad disminuida, la misma siempre debe ser reducida a la escala de la tentativa². En cambio, “si fuese innecesario aplicarle sanción”, se lo absolverá.

Los parámetros señalados permiten apartarse del principio de culpabilidad y conllevan una valoración subjetiva de la vida del joven para determinar la sanción, sin considerar el ámbito de autodeterminación en el momento del hecho. En este sentido, señala Ferrajoli, el derecho penal de autor, inherente al sistema tutelar, desplaza del centro de gravedad al delito y coloca en él al autor (Ferrajoli 2006, 508).

Entendemos que estamos en un punto de inflexión en el cual la armonización y la interpretación benévola que se hace del art. 4 de la ley 22.278 no resiste frente a las demandas del sis-

tema de justicia penal juvenil y la legitimación que habilita el castigo del delito adolescente.

En el presente trabajo, en primer lugar desarrollaremos brevemente los imperativos jurídicos del paradigma de protección de derechos y luego analizaremos dos casos de la justicia penal juvenil de la CABA. Lo característico de los casos es que las sanciones impuestas han sido revisadas y modificadas a lo largo de diez años por distintos jueces, tribunales y salas de cámaras de casación. Esto demuestra que los parámetros del art. 4 de la ley 22.278 permiten una valoración discrecional y arbitraria que vulnera principios y garantías fundamentales.

II. Pautas constitucionales que establecen el principio de culpabilidad en el derecho penal juvenil

La CDN exige para los adolescentes a los que se impute, acuse o declare culpables de infringir la ley penal, un sistema de responsabilidad penal por el acto basado en el principio de culpabilidad, que cumpla con el principio de legalidad y un conjunto de garantías muy estrictas. Premisa regulada también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴.

Al respecto, Cillero considera esencial fundamentar las sanciones del derecho penal de jóvenes en la autodeterminación del sujeto en el momento de la comisión del hecho, es decir, que al sujeto le era exigible una conducta conforme a derecho (Cillero 2001). En este sentido, remarca la idoneidad del prin-

2 CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, rta. 7/12/2005, Fallos 328:4343, y Corte IDH, *Caso Mendoza*.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General (ONU), Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

cipio de responsabilidad por el hecho como categoría limitadora del poder punitivo. Y analiza si las consecuencias jurídicas son el resultado del reproche al autor por haber ejecutado una conducta penada por la ley penal, o bien, son medidas que se justifican en la conducción de vida del joven, antes o después del hecho (Cillero 2001).

Este autor es enfático sobre este punto al sostener que hay “que defender la necesidad que el derecho penal de los adolescentes se rija por el principio de culpabilidad, es un paso necesario para construir sistemas penales mínimos, racionales y democráticos. Por el contrario, cualquier intento de construir garantías que ignore este principio, creo que está destinado al fracaso” (Cillero 2001, 75).

En la teoría del delito, la culpabilidad es el juicio de reproche personalizado que vincula el injusto penal –hecho típico y antijurídico– a su autor y, como señala Roxin, significa una valoración desde el punto de vista de hacer responsable penalmente al sujeto (Roxin 1997, 791). El grado de culpabilidad se determina por el espacio de autodeterminación que tuvo la persona para decidir su accionar, comprender el derecho y comportarse de acuerdo a ese entender (Zaffaroni et ál. 2000, 644-45). Por eso, dadas las circunstancias personales, puede corresponder un reproche mayor o menor. Al mismo tiempo, en ciertos casos, por llegar a niveles o umbrales mínimos de culpabilidad, la reprochabilidad desaparece porque el esfuerzo para no realizar la conducta no es jurídicamente exigible (674). En consecuencia, la personalidad, el carácter y las demás circunstancias personales y biográficas son datos que sí deben ser tomados en cuenta, más aún en el sistema penal juvenil, pero de ninguna manera pueden ser la base de la fundamentación del castigo.

No se discute a nivel doctrinario que el derecho penal de acto –único constitucionalmente válido– se estructura sobre la base de los principios de acto, lesividad y culpabilidad, premisa

que debe aplicarse en el derecho penal juvenil (Beloff et ál. 2012). Ahora bien, la inmadurez emocional característica de la adolescencia, en la franja de jóvenes sometidos a la ley penal juvenil, de 16 a 18 años, justifica que el grado de reproche que se les formule sea disminuido acorde a su evolución neurológica y emocional; por ello se habla de culpabilidad disminuida. Así, al tratarse de un supuesto de menor culpabilidad, la aplicación de una pena reducida es obligatoria (Zaffaroni et ál. 2000, 676) y no una mera facultad del juez; por lo tanto, de no hacerlo se violaría el principio de culpabilidad.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que:

En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto⁵.

Esta premisa básica desarrollada por la CSJN es el principio –y también garantía– de especialidad y exige un sistema de justicia especializado.

5 CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, rta. 7/12/2005, *Fallos* 328:4343, y Corte IDH, *Caso Mendoza*, párrafo 40.

De esta manera, el principio de culpabilidad debe ser el presupuesto de la respuesta punitiva. En el ámbito del derecho penal juvenil debe combinarse con el principio de especialidad por la finalidad principal de la sanción que es promover la integración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad, de acuerdo al art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –incorporado al derecho interno en 1994 a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional–.

Además, a este marco debe agregarse el principio del interés superior del niño –art. 3 de la CDN– que es el que maximiza la vigencia de los derechos del niño y funciona de barrera para la aplicación de restricciones de derechos, característica del sistema penal.

III. Los casos y sus antecedentes

III.1. E. F.⁶

La causa se inició el 27 de octubre de 2005 por la imputación a un joven de 17 años del delito de homicidio, a quien se interna en un centro de régimen cerrado bajo los parámetros tutelares vigentes –ley 22.278–. Se lo declaró penalmente responsable por el delito de homicidio en ocasión de robo, calificación legal que luego del recurso fiscal fue modificada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal a la figura más grave de robo con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa en concurso real.

El 2 de febrero de 2010, el Tribunal de Menores N° 1 condenó a E. F. a la pena de 3 años de prisión en suspenso por homicidio

agravado. En la audiencia la defensa solicitó la absolución y la fiscalía, la pena de 15 años.

El tribunal entendió que

[...] pese a la capacidad reflexiva apreciada por todos los profesionales [...] E. F. no quiso abordar ni en situación de encierro, ni luego en libertad, [...] los graves hechos que motivaron la causa, que ha preferido callar, negándolos. Este mecanismo [...] no fue desmantelado durante la observación [...] y constituye un núcleo central para poder hablar de que ha superado ni siquiera mínimamente los obstáculos personales para su integración social. Por tanto la imposición de una sanción deviene necesaria. [...] F. [...] nunca le preocupó la razón de su encierro, sino solamente que éste se prolongara. Es decir no se ha sentido obligado porque no ha asumido ninguna responsabilidad.

Sobre la base de este argumento, el juez que lideró el acuerdo propuso a sus colegas la imposición de una sanción por entenderla necesaria para satisfacer los fines exigidos por la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, expresó el magistrado, “la propia sentencia, a través de su fundamentación y decisión, puede constituir un eficaz acto pedagógico, una invitación a la memoria, que le permita a E. F. asumir su responsabilidad y construir de un modo más integral su subjetividad”.

A su vez, el Tribunal de Menores consideró que imponerle a E. F. una pena de efectivo cumplimiento, aunque procedente por una literal interpretación de la ley 22.278, sería impropia de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño y no cumpliría ninguna función en la reinserción social. Por eso, considerando

[...] su falta de antecedentes, su juventud, que se trata de un padre de familia que ha constituido su grupo propio haciéndose cargo de otros hijos pequeños, que tra-

6 Tribunal Oral de Menores N° 2, Causa N° 8382, “E. E. por robo con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, en concurso real”. El expediente había sido iniciado el 27/10/2005 en el Juzgado Nacional de Menores de Capital Federal 6, Secretaría 16.

baja ininterrumpidamente desde que fue puesto en libertad por el tribunal, que ha mostrado siempre colaboración al punto de concurrir a todas y cada una de las audiencias o estudios que le fueron ordenados, motivos todos ellos que aunados a su condición de menor de edad al momento de cometer el hecho [...]

perforó el mínimo de diez años y lo condenó a la pena de tres años de prisión en suspenso.

La sentencia fue recurrida y la Cámara de Casación declaró la nulidad de la condena y ordenó el reenvío a otro tribunal. En ese sentido, consideró, bajo los mismos argumentos tutelares, que el monto de la pena debía estar sujeto a la escala penal prevista con la correspondiente reducción pero no por debajo del mínimo.

En el año 2015, el nuevo Tribunal Oral de Menores fijó audiencia de debate oral, a los fines exclusivos de resolver la imposición o no de pena –art 4 de la ley 22.278– y ordenó la detención de E. F. Frente a la decisión del Tribunal, la defensora pública de Menores e Incapaces recusó a los jueces y, en octubre de 2015, la Sala de turno de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar a la solitud y ordenó un nuevo reenvío. Finalmente, a diez años de iniciado el proceso, el Tribunal Oral de Menores N° 2 absolvió a E. F., ya un adulto de veintisiete años, al considerar que la sanción penal que podría haberse aplicado luego de tantos años resultaba infundada.

III.2. S. P.⁷

Esta causa se inició el 8 de enero de 2007 por la imputación de un homicidio. Se declaró penalmente responsable al joven S. P. de

dieciséis años por homicidio simple en un contexto del denominado “bullying escolar”. Se internó al joven, bajo observación tutelar, hasta que cumplió la mayoría de edad en un centro de régimen cerrado.

Luego de tres años de observación tutelar, en abril de 2010 el Tribunal, por mayoría, absolvió a S. P. por innecesariedad de pena de acuerdo al art. 4 de la ley 22.278. El voto mayoritario sostuvo que:

S. P. cumplió con todas las directivas que, enderezadas a lograr su reinserción social, le impartió el Tribunal. No registra nuevas causas penales, mantuvo una excelente conducta cuando estuvo internado; soportó con estoicismo la decisión del tribunal de ser trasladado al instituto Belgrano, procedente del Roca, cuando se había solicitado su egreso, y con decisión y responsabilidad acató las directivas del tribunal tendientes a posibilitar su egreso. [...] cumplió con todas las recomendaciones que se le efectuaron, y actualmente se encuentra viviendo en un domicilio distinto a aquel en que se produjo el hecho, estudia ingeniería electrónica en una universidad y mantuvo entrevistas periódicas con un operador de libertad asistida, además de su terapia particular.

Por ello, entendieron que no había “ningún obstáculo para sostener que, en el caso, el imputado ha respondido a la observación tutelar y que, por ende, de ninguna manera puede sostenerse, sobre la base de la apreciación de su evolución tutelar, que merezca una condena, en los términos del art. 4to de la ley 22.278”.

El fallo de primera instancia fue recurrido por la fiscalía y la acusación particular. En agosto de 2013, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, con tres votos individuales pero idénticos en la aplicación del principio de culpabilidad, revocó la absolución y condenó a S. P. a la pena de seis años de

⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 12.439, “P. S. M. s/ recurso de casación”. La causa fue iniciada el 8/01/2007 y al 2/8/2018 permanece en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

prisión, fallo que actualmente está recurrido ante la C.S.J.N.

IV. Análisis de la cuestión

En el primer caso nos encontramos con una persona que ingresa a la justicia penal a los diecisiete años imputada de un homicidio agravado, a los dieciocho los jueces sin valorar el hecho cometido y por entender que la conducción de vida del joven posterior al hecho había sido favorable, lo condenan a una pena mínima.

Contemporáneamente al proceso recursivo de su causa, E. F. desarrolla su vida con normalidad, trabaja, forma una familia, tiene más de un hijo. Ya adulto e inserto en la sociedad se lo somete a un nuevo juicio para definir la imposición de pena o no y finalmente, y con ajustado criterio, se lo absuelve por entender que luego de tantos años la pena no cumpliría con los fines previstos en la CDN.

El segundo caso plantea la hipótesis inversa: un joven es absuelto por aplicación del art. 4 de la ley 22.278, bajo criterios tutelares sin analizar la culpabilidad del autor en el momento del hecho. Surge de la sentencia que

[...] el tipo de dolo con que pudo haber actuado el autor no tiene relevancia a la hora de evaluar la conducta de un menor para decidir la aplicación o no de pena en los términos del art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley 22.278. [...] De lo que se trata es de ponderar si el joven ha respondido a las medidas de coerción que, teniendo en vista la reinserción social, le impartió el tribunal a lo largo de la disposición tutelar.

La sentencia absolutoria fue anulada por la Cámara Federal de Casación Penal, que condenó a la pena de seis años por entender que el fundamento de la diversidad de respuestas

jurisdiccionales que propone el art. 4 de la ley 22.278 se sustenta en que la pena no puede exceder la del reproche que se formule a una persona por haber obrado de modo ilícito, cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma. Es decir, la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, en cuyo estudio también entrará en juego el ámbito de autodeterminación⁸.

La condena, actualmente, está recurrida ante la CSJN. Hoy S. P. tiene 27 años y el proceso judicial aún permanece abierto. La CSJN debe resolver si la condena de seis años de cumplimiento efectivo impuesta por la Sala III es válida; y existe la posibilidad que, después de 10 años de cometido el hecho, S. P., una persona adulta e inserta en la sociedad, sea privado de su libertad por un hecho cometido cuando era menor de edad.

En los casos analizados la fundamentación de la pena omitió analizar el principio de culpabilidad y se basó, exclusivamente, en criterios subjetivos sobre la conducción de vida de los jóvenes, antes y después de los hechos, lo que demuestra que las pautas del art. 4 de la ley 22.278 implican, de por sí, discrecionalidad y arbitrariedad jurisdiccional.

Así, la sentencia sobre la determinación o no de pena se nutre ya no de la conducta que ameritó el reproche penal, sino que dependerá de la estimación que cada magistrado tenga sobre el comportamiento del joven desde que fuera dispuesto tutelarmente. En esta línea, la escasa regulación de la ley en un sentido taxativo resulta determinante para que la subjetividad de cada magistrado sea el elemento fundamental al momento de resolver el art. 4 de la ley 22.278 (Guemureman 2011).

Este modo de decidir, que aparentemente resulta benévolo, a poco que se lo analiza se

⁸ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 12.439, “P. S. M. s/ recurso de casación”, registro nro. 1639/13.4, res. 30/08/2013.

comprueba que desvirtúa las reglas del derecho penal de acto.

El art. 4 de la ley 22.278 establece cuatro criterios para determinar la imposición o no de pena. El inc. a) modalidad de los hechos, sería a nuestro criterio el único compatible⁹, sin embargo, es al que menos atención se le presta y la imposición o no de pena se define, sobre todo, por los restantes parámetros: b) antecedentes del menor, c) resultado del tratamiento tutelar, y d) la impresión recogida por el juez.

La práctica judicial demuestra que la dinámica de valoración de los inc. b), c) y d) se traduce en la mera aplicación de un régimen tutelar que, como se ve en los casos analizados, genera la vulneración de derechos fundamentales.

La libre interpretación de estos requisitos –amplios y ambiguos– generó respuestas diametralmente opuestas en diferentes instancias judiciales y frustró la resolución oportuna y ajustada de los casos de acuerdo a la CDN, sobre la sanción adecuada a imponerle a estos jóvenes luego de comprobada su culpabilidad. La valoración sobre la modalidad del hecho en ambos casos careció de relevancia, a pesar de tratarse de conflictos graves con consecuencias irreversibles. Por su parte,

9 Reciente jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal consideró que los “componentes del injusto y la culpabilidad del agente” deben analizarse en primer lugar en lo que hace a “las modalidades del hecho”. Para determinar cuál es el grado de comprensión de la criminalidad del hecho y el rango de autodeterminación que gozaba el autor al ejecutarlo, el voto del juez García propone ponderar la gravedad del injusto, la edad del joven al momento de su comisión y demás circunstancias personales para conocer su mayor o menor grado de sociabilización. Agrega el juez que, constatado el injusto y la culpabilidad, corresponde realizar una apreciación político criminal que indique la necesidad de aplicar una pena. En este punto, pesa “la gravedad del injusto” y la “gravedad de la culpabilidad”, por lo tanto, frente a hechos de escasa gravedad o de culpabilidad menor, resulta “innecesaria” la pena. CNCCC, Sala I, Causa N° 52263/2013, “O, AR”, Registro nro. 547/2016, Rta. 15/07/2016, voto García.

los restantes requisitos –tutelares– aplicados *in bonam* parte por los tribunales de menores han sido rechazados por las instancias de alzada que tuvieron sobre los mismos parámetros un parecer totalmente diferente.

De los casos trabajados extraemos que el marco jurídico actual sustenta prácticas judiciales sobre criterios subjetivos en vez de legales, bajo una aparente fundamentación convencional de la aplicación del art. 40 de la CDN. Se justifica así que las penas estén “orientadas más hacia la normalización y la moralización de los sujetos que al reproche jurídico” (Guemureman 2011, 350).

Además, no se puede soslayar que los considerandos en que los jueces realizan la reconstrucción del tratamiento tutelar, son relatos judiciales (Bruner 2003), en los cuales la historia del joven se construye en base a informes de asistentes sociales, operadores de libertad asistida, informes institucionales y de delegados inspectores que hayan estado a cargo. La valoración que hagan los magistrados sobre estos informes constituye un inevitable juicio moral acerca de sus justificados, que puede aportar una perspectiva legítima a la sanción, pero nunca puede ser su única fundamentación.

A lo ya dicho resta agregar que la dilatación en el tiempo, demandada por la ley 22.278, a fin de definir la imposición de sanción o no, termina por desvirtuarla. Al respecto, bibliografía específica sobre adolescencia y toma de responsabilidad señala que la sanción a des-tiempo resulta ineficaz (Mercurio 2012).

En esta línea se expidió el Comité sobre los Derechos del Niño:

Para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto

positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado¹⁰.

En la ley no se cumple con esta premisa – debido a que, obligatoriamente, el joven debe alcanzar la mayoría de edad para resolver su situación pudiendo pasar hasta dos años del hecho–, lo que se observa en la práctica cotidiana¹¹ y, de sobre manera, en los casos analizados.

Este último dato no puede pasarse por alto, pues demuestra que no solo tenemos una ley defectuosa constitucionalmente, sino también que resulta ineficaz frente a los fines educativos y punitivos que debe cumplir. Esto se traduce en una ley antigua que castiga y castiga mal.

V. Conclusión

Lo hasta aquí expuesto demuestra que es imposible armonizar la legislación vigente en materia juvenil, construida sobre un sistema tutelar, con la legitimidad de aplicar una sanción en un plazo razonable, sobre el principio de culpabilidad articulado con el principio de especialidad y el ideal de educación.

Sostenemos que la actual jurisprudencia y parte de la dogmática en pos de mantener la vigencia de la ley 22.278, como el mal menor ante la eventual sanción de una ley nueva que baje la edad de punibilidad, en definitiva provoca el estancamiento del tema. Pues, mediante una esforzada interpretación, se justifi-

can los requisitos tutelares que, en la práctica judicial, no son más que ficciones que fundamentan decisiones discrecionales y arbitrarias.

Otra de las grandes incompatibilidades que genera la coexistencia de la ley 22.278 y la CDN es que en casi todo el territorio argentino se han modificado las legislaciones procesales penales provinciales que han incorporado programas de resolución alternativa de conflictos y justicia restaurativa, de los cuales la justicia nacional de menores está excluida. Esto parece una paradoja difícil de explicar, pues en el lugar central donde debería trabajarse con estas herramientas jurídicas, ellas están ausentes desde la legislación y tapadas por la vigencia del tan cuestionado art. 4 de la ley 22.278, que nada prevé de ello.

En los últimos años se han incorporado estándares emanados de la jurisprudencia internacional y nacional en nuestro sistema penal juvenil, como ser el principio de especialización, proporcionalidad, la garantía del debido proceso¹². Asimismo, se incorporaron las pautas mínimas para la privación de libertad de menores de edad, principio de *ultima ratio* y máxima brevedad posible, delimitación temporal y revisión periódica¹³. Estos

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 51.

11 La práctica diaria nos demuestra que la extemporaneidad en la sanción o el supuesto merecimiento del perdón, a jóvenes que se les inicia el proceso a las 16 años y se le cierra a los 18, no logro los tan esperados objetivos de reinserción social y educación. Los jóvenes sometidos a proceso penal no logran comprender la sanción o el perdón que les toca y, además, la reincidencia en la justicia penal de adultos es la regla.

12 CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, rta. 7/12/2005, *Fallos* 328:4343; CSJN, “R. M., J. L. s/ causa N° 3202”, rta. 31/10/2006, *Fallos* 329:4770; CSJN, “L., L. A. s/ causa N° 5400”, rta. 18/12/2007, *Fallos* 330:5294; CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristinas/ causa N° 7537”, rta. 02/12/2008, *Fallos* 331:2691; CSJN, “Marteau, Alejandro Aramis s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas - causa n° 2570”, rta. 17/03/2009, *Fallos* 332:512; CSJN, “G., J. L. s/ causa n° 2182/06”, rta. 15/06/2010, *Fallos* 333:1053.

13 Corte IDH, *Mendoza y otros v. Argentina*; Corte IDH, *Caso Instituto de Reeduación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la calle”) v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviem-

estándares, sin perjuicio de demostrar un avance en la vigencia de derechos, no resultan suficientes para lograr sanciones acordes a un derecho penal juvenil de protección de derechos. Ello por cuanto no descartan la aplicación del sistema tutelar, cuyas bases no resisten actualmente un test de constitucionalidad válido, sino que intentan dotarlo de garantías.

Estamos en un punto de inflexión que obliga a la sanción de una nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes regida sobre el principio de legalidad, que articule los principios de culpabilidad, especialidad y excepcionalidad con el fin socioeducativo que debe tener la sanción penal juvenil. Para eso, entendemos, se requiere un nuevo régimen de medidas y sanciones acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.

Hasta tanto no se legisle acorde a la CDN continuaremos ampliando el ámbito de punición de los jóvenes sin brindarles herramientas que, a futuro, impliquen su salida del sistema penal, privándolos de una posible función constructiva en la sociedad.

Bibliografía

Beloff, Mary; Diego Freedman; Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni. 2012. “La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de educación”. En: *Summa de Familia*, dirigido por Cecilia Grosman, Nora Lloveras, Marisa Herrera. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Bruner, Jerome. 2003. *La fábrica de historias. Derecho, literatura y vida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Cillero Bruñol, Miguel. 2001. “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, 3: 65-76. UNICEF.

Cillero Bruñol, Miguel. 2004. “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño: ¿Complemento o contradicción?”. En: *Infancia y democracia en la Argentina. La Cuestión de la Responsabilidad Penal de Adolescentes*, Emilio García Méndez compilador, 35-41. Buenos Aires: Ed. Del Puerto y Ed. del Signo.

Fellini, Zulita. 1996. *Derecho penal de Menores*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Ferrajoli, Luigi. 2006. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (traducción a cargo de Perfecto Andrés Ibáñez et ál). Madrid: Editorial Trotta.

Guemureman, Silvia. 2011. *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales de Menores*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

Mercurio, Ezequiel. 2012. *Cerebro y Adolescencia: implicancias jurídico-penales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal. Parte general, Tomo 1* (traducción a cargo de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.

Zaffaroni, Eugenio; Alejandro J. Alagia y Alejandro Slokar. 2000. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Prelimina-

bre de 1999. Serie C No. 63; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007).

res, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH, *Caso Mendoza y otros v. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros ("Niños de la calle") v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Jurisprudencia nacional

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 12.439, "P, S. M. s/ recurso de casación", registro nro. 1639/13.4, res. 30/08/2013.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, Causa N° 52263/2013, "O, AR", Registro nro. 547/2016, Rta. 15/07/2016.

CSJN, "G., J. L. s/ causa n° 2182/06", rta. 15/06/2010, *Fallos* 333:1053.

CSJN, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristinas/ causa N° 7537", rta. 02/12/2008, *Fallos* 331:2691.

CSJN, "L., L. A. s/ causa N° 5400", rta. 18/12/2007, *Fallos* 330:5294.

CSJN, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", rta. 7/12/2005, *Fallos* 328:4343.

CSJN, "Marteau, Alejandro Aramis s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas - causa n° 2570", rta. 17/03/2009, *Fallos* 332:512.

CSJN, "R. M., J. L. s/ causa N° 3202", rta. 31/10/2006, *Fallos* 329:4770.

Tribunal Oral de Menores N° 2, Causa N° 8382, "F. E. E. por robo con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, en concurso real".

El trabajo de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación en el monitoreo de la privación de la libertad de niñas, niños y adolescentes

María L. García Morabito

Coordinadora de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación.

I. “Las paredes escuchan, esto no es lo que ven”

Después de casi quince minutos de charla con “A”¹ en el Centro Socioeducativo de Régimen Cerrado Gral. José de San Martín, la entrevista está por finalizar. Hasta ese momento, nada de lo conversado ha llamado particularmente la atención del personal de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes. Sin embargo, luego de firmar el acta de la entrevista, “A” solicita a los miembros de la Comisión un papel y allí escribe: “Las paredes escuchan, esto no es lo que ven”.

El adolescente está completando su tercer mes privado de libertad.

II. Estar presente

Sin la presencia constante de la Comisión en instituciones de alojamiento de niñas, niños y adolescentes; sin la confianza construida por medio del trabajo permanente con los niños, niñas y adolescentes (en adelante,

¹ Para resguardar la identidad del adolescente se utiliza la inicial “A”, que no se corresponde con la de su nombre.

NNyA) en contextos de encierro, una situación como la que se detalló es imposible de imaginar. La clave es esa: estar presente, en forma constante y abordando las diversas (y, muchas veces, complejas) aristas institucionales que se presentan en el día a día.

La escena narrada no fue incluida aquí de manera antojadiza, sino como disparador para desarrollar las múltiples y variadas tareas que se llevan a cabo en la Comisión, razón de ser de este artículo.

III. La Comisión

La Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante CSTINNyA) funciona en el ámbito de la Defensoría General de la Nación desde el año 2006, respondiendo a la sanción de la ley 26.061 y a la lógica de la defensa colectiva de derechos².

En la resolución de creación se hace mención al trabajo de la Comisión de Cárceles, cuya labor fue la primera referencia de la CSTINNyA. Con su origen se dio inicio a un sistema especializado de control de condiciones de alojamiento, en consonancia con los compromisos asumidos por el Estado argentino en la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes derivados de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la ley 26.061.

Cuando la Comisión comenzó a desarrollar sus tareas no existía ningún organismo externo que ingresara y monitoreara las condiciones de alojamiento de las instituciones cerradas o semicerradas, que en ese momento dependían de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Sennaf)³. Tampoco

se contaba con protocolos o lineamientos de actuación. Así las cosas, se tomó del modelo de monitoreo de la Comisión de Cárceles las visitas sin aviso previo y la confección de informes, así como la realización de entrevistas y otras buenas prácticas que venían generando mejoras en las condiciones generales de alojamiento y en la prevención de situaciones de violencia institucional.

Desde el comienzo, un pilar del trabajo de la Comisión radicó en fomentar un espacio de diálogo permanente con las autoridades que tienen a su cargo la gestión de los centros. Resulta fundamental, para lograr objetivos sustentables, priorizar este tipo de construcción por sobre la mera presentación de recursos judiciales.

La peculiaridad del trabajo con niñas, niños y adolescentes, así como la diversidad de instituciones bajo las que este colectivo atraviesa alguna modalidad de institucionalización, fueron llevando, inexorablemente, a la creación de un sistema de monitoreo particular.

A través de los años, y basado en prácticas permeables a los cambios de contexto y a nuevas necesidades que satisfacer, ese método de trabajo se ha ido modificando, enriqueciendo y creciendo. También lo ha hecho su composición, que aumentó la cantidad de cotitulares y de miembros del equipo de trabajo⁴.

ñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Luego del proceso de transferencia de las instituciones del ámbito de protección, en 2016 se inició la transferencia al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de las instituciones penales juveniles, que fueron transferidas a la órbita del Consejo de Derechos de NNyA de la Ciudad de Buenos Aires (Decreto 873/2016 del Presidente de la Nación Argentina; Decreto 492/2016 del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Resolución 942/CDNNYA/2016 por la que a partir del día 20 de septiembre de 2016 los dispositivos pasaron a depender operativamente de dicho organismo).

4 A la fecha de confección de este artículo, los cotitulares de la Comisión son: Damián Muñoz (defensor oficial ante los Tribunales Orales de Menores); Fabio Potenza (funcionario de la Unidad de Letrados Móviles

2 La Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes fue creada mediante Resolución DGN 841/2006.

3 Hasta 2016 dependían de la Secretaría Nacional de Ni-

Este recorrido en materia de monitoreo ha hecho que la Comisión sea reconocida como una buena práctica por parte del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en sus Observaciones Finales para Argentina de 2010⁵.

Por su parte, la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños, Marta Santos Pais, felicitó al Ministerio Público de la Defensa de Argentina por su labor en la protección de los derechos de las niñas y los niños privados de libertad frente a toda forma de violencia. En una carta dirigida a la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, con fecha 30 de noviembre de 2015, la funcionaria del organismo internacional destacó la importancia del trabajo desarrollado por la Comisión en el monitoreo del estado de satisfacción de derechos en los centros privados de libertad.

Hecha esta introducción, a continuación se detallará el trabajo de monitoreo que realiza la CSTINNyA en los Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado (en adelante, “centros” o “CSRC”)⁶, ubicados en la Ciudad Autónoma

de Buenos Aires, dependientes del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

La selección de los distintos ejes de trabajo responde a un recorte subjetivo y son solo parte de las variadas tareas que se llevan a cabo en la Comisión, donde se concibe el trabajo de manera dinámica, constante, creativa, transversal y cuyas prácticas se encuentran en constante revisión.

IV. El caso “A”

En la entrevista mantenida con “A”, el adolescente dijo que era la primera vez que estaba privado de su libertad. Se le consultó detalladamente acerca de las condiciones generales del centro y el joven manifestó que tenía algunos conflictos con sus compañeros de sector y que, producto de ello, en alguna ocasión había sido sancionado y llevado al sector N° 5. Sin embargo, no quiso entrar en detalle, por lo que se continuó conversando sobre otras cuestiones. Como se anticipó al comienzo del texto, en momentos en que el adolescente estaba firmando el acta, requirió un papel y escribió: “Las paredes escuchan, esto no es lo que ven”.

En razón de la preocupación que generó el mensaje, se le preguntó nuevamente sobre algún posible hecho de violencia institucional, pero el personal de la Comisión se encontró con una nueva negativa del adolescente para responder. Se tomó la decisión, entonces y en pos de su resguardo, de dar por finalizado el encuentro.

Sobre la base de lo ocurrido, se procedió a compulsar detalladamente las copias de los

para la Defensa de Personas Mayores de Edad ante los Tribunales Orales de Menores); Marcelo Helfrich (funcionario de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años); Martín Adrogué (secretario letrado de la DGN); María Laura Folgar (prosecretaria letrada a cargo de la Unidad de Letrados art. 22 ley 26.657 para menores de edad) y Anabella Ferraiuolo (defensora pública curadora). El equipo de trabajo se compone de 6 abogados/as, una trabajadora social, un estudiante de psicología y una administrativa.

5 Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales: Argentina*, 54º período de sesiones, UN CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010. En su punto 5 b) destaca “la creación de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes, en 2006”.

6 Los dispositivos son: Centro Manuel Belgrano (aloja originalmente a mayores de 18 años, con causas de cuando eran menores de edad y actualmente también a algu-

nos menores de edad en otro sector del edificio); Centro Dr. Luis Agote (aloja en su mayoría a adolescentes de 17 años); Centro San Martín (aloja a mujeres en un sector diferenciado y a varones en su mayoría de 16 años) y el Centro de Admisión y Derivación Inchausti (CAD), primer dispositivo al que son derivados los adolescentes cuando son aprehendidos en el ámbito de la CABA.

libros del Centro (es decir, los partes de guardias y los libros de sectores). Ese trabajo condujo a detectar una serie de situaciones –al menos tres partes de guardia– que aparecían registradas como distintas lesiones auto-producidas por el adolescente.

Paralelamente a este control de registros, se le dio inmediato aviso a la Defensoría técnica y a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces interviniente y se sugirió que cada uno de ellos citara a “A” para darle la oportunidad de ampliar lo escrito en un contexto de mayor libertad y privacidad.

En un primer encuentro, el adolescente fue entrevistado en el Centro de Atención de Menores en Tránsito (CAMET), que funciona dentro del Palacio de Justicia de Tribunales. Allí, cuando se le preguntó acerca de la anotación en el papel, dijo que todo había sido una confusión.

Sin embargo, en la siguiente entrevista, realizada en otro contexto, “A” decidió hablar. En el despacho de la defensora actuante, en diálogo con personal de la Comisión –la misma persona que lo había entrevistado en el CSRC San Martín– y de la Defensoría, “A” dijo que en el CSRC San Martín los empleados del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia tienen malos tratos para con la población alojada. El joven contó que con cierta frecuencia los levantan a las 7:30hs, horario en que se realiza el recambio de guardias, y los hacen baldear el piso mientras los guardias escupen y tiran cigarrillos al suelo, que les hacen burlas y en ocasiones les pegan cachetazos. También manifestó que si se niegan a realizar tareas de limpieza son llevados al Sector N° 5, donde les propinan golpes de puño en el pecho y en las costillas, lugares elegidos no al azar: los guardias saben que allí no se forman hematomas o marcas. Sin embargo, agregó el adolescente, hay casos en que se nota alguna lesión. De ser así, inmediatamente confeccionan un informe en que se lo justifica con

una pelea entre pares. “A” detalló, además, que muchas veces los propios empleados de seguridad provocan a los adolescentes y los incitan a pelearse entre ellos.

Al terminar la entrevista el adolescente afirmó que no quería realizar la denuncia, pero que evaluaría hacerla una vez que se encuentre fuera del Centro.

V. Formas de estar presente

V.1. Visitas

La principal modalidad en la que se basa el sistema de monitoreo de la Comisión es la visita a las instituciones.

Inicialmente –y, como ya se mencionó, referenciado en el trabajo de la Comisión de Cárceles– la base la constituyen las *visitas oficiales*, que son aquellas que se efectúan con la participación de los cotitulares. Estas visitas se realizan con diversa periodicidad, dependiendo en parte de las agendas de trabajo de los cotitulares.

Todas las visitas que la Comisión realiza se hacen sin aviso previo y en ellas se recorre la totalidad de las instalaciones, se compulsan diversa documentación y se mantienen entrevistas con la población y el personal del centro.

Con posterioridad a las visitas se confeccionan informes, que pueden ser más detallados en los casos de *visitas oficiales* (incluyen recomendaciones y reconocimiento de buenas prácticas institucionales; y se remiten a los diversos organismos involucrados para mejorar las condiciones) o menos detallados (en cuyo caso se elaboran planillas de seguimiento para consumo interno de la dependencia).

La información recopilada se sistematiza y analiza cualitativamente para tratar de determinar, en cada caso, la calidad del trato institucional. Damián Muñoz, cotitular de la Comisión y defensor público oficial ante los Tribunales Orales de Menores N° 2, lo explica

así: “Una vez definido –a nivel abstracto pero normativo– el estándar de ‘buen trato’ con el detalle de todos sus componentes, la labor de la Comisión consiste en controlar el grado de congruencia del estándar normativo con la práctica institucional concreta”.

Y continúa Muñoz:

En rigor, el trabajo de la CSTINNyA consiste en iluminar la tensión que se presenta entre el “buen trato normativo” y el “trato efectivamente dispensado”. Es precisamente sobre esta tensión donde recae fundamentalmente la mirada de la Comisión, lo que se podría denominar la “brecha del estándar”. Es el espacio sobre el cual se debe intervenir para realizar todas aquellas acciones conducentes a reducir esa brecha. Sin embargo, es necesario señalar que no basta con destacar la “brecha del estándar”, sino que también deben analizarse los matices de esta tensión, el nivel de gravedad y, por supuesto, su urgencia. Pero, además, la mirada debe también profundizar en sus causas y, lógicamente, las posibles soluciones (2009, 334-335).

La *visita oficial* fue la primera forma de estar presente en el ámbito institucional y su implementación fue generando cambios en esa esfera. Esas modificaciones estuvieron básicamente vinculadas con las condiciones edilicias pues hasta ese momento ningún otro organismo externo ingresaba a los dispositivos penales de alojamiento de NNyA, que se constituyeron como los problemas más urgentes a resolver.

Con el tiempo, surgió la necesidad de generar otro tipo de sistematicidad en las visitas, pensando en tres objetivos distintos (aunque relacionados): 1) para verificar cambios operados a partir de las *visitas oficiales*; 2) para asegurar una presencia permanente; y 3) para intensificar la relación de confianza con la po-

blación alojada. De esta manera se previeron las *visitas de seguimiento*, a cargo del equipo de trabajo de la Comisión.

Se decidió establecer una periodicidad mínima mensual de concurrencia a los CSRC. Esta frecuencia se implementó, en principio, únicamente respecto de los dispositivos de régimen cerrado, entendiendo que, al tratarse de instituciones de encierro, la vulnerabilidad de la población es mayor, por tratarse de sujetos en proceso de desarrollo y por su situación de privación de libertad. Por ende, el control también debería ser mayor.

La concurrencia mensual y sostenida de la Comisión en los Centros de Régimen Cerrado forjó la construcción de una presencia permanente y una referencia en materia de control de condiciones de alojamiento, no solo respecto de las niñas, niños y adolescentes privados de libertad, sino respecto de los adultos (equipo técnico, autoridades, personal de seguridad) que allí se desempeñan.

Esta presencia permanente, además, habilitó la realización de una evaluación constante de los avances y retrocesos institucionales. De este modo, el monitoreo no se limitó a una “foto”, sino más bien a una suerte de “película” para dar cuenta del proceso institucional.

La profundización y sofisticación del monitoreo mensual –proceso que se dio en paralelo al de un incremento en la cantidad de miembros del equipo de la Comisión y al de una mayor reglamentación de la normativa de los centros–, comenzó a abarcar nuevos aspectos, entre ellos: la realización de entrevistas más extensas con todos los operadores de la institución; la compulsión de más registros documentales; entrevistas individuales, que se fueron sumando al recorrido por las instalaciones, y las entrevistas colectivas; entre otros.

Así, este proceso de complejización del trabajo de la Comisión llevó a articular las *visitas de seguimiento* en dos planos complementarios. Por un lado, una parte del equipo

concorre un día a realizar las entrevistas individuales y compulsar los libros de guardias y sectores; por el otro, un segundo equipo concorre otro día –luego de intercambiar la información pertinente– a recorrer las instalaciones, entrevistarse con autoridades y operadores, y mantener entrevistas colectivas con la población.

Es decir, la *visita de seguimiento* se fraccionó en dos instancias que se retroalimentan para lograr un monitoreo mucho más exhaustivo. Dependiendo de la instancia que suceda primero, la problematización/construcción puede ir desde lo particular a lo colectivo o viceversa.

Esta modalidad –que comenzó a implementarse a comienzos del 2017– ha mejorado los resultados de los monitoreos al visibilizar situaciones que de otro modo habrían pasado inadvertidas, como se muestra en el caso “A”.

Con el paso del tiempo, y en respuesta a diversas coyunturas, se fueron sumando nuevas modalidades de visitas: visitas en horario nocturno; visitas para relevar cuestiones puntuales –por ejemplo, para ir a cenar con la población en casos de quejas relacionadas a la comida–; visitas de fin de año –que surgieron a raíz de conflictos que se presentaron en los centros en fechas cercanas a las fiestas, vinculados con una mayor sensibilidad por la propia situación de encierro como por la cercanía de la feria judicial; entre otras cuestiones–. También se han efectuado visitas de urgencia ante situaciones de conflictos dentro de los centros.

En el último tiempo, y teniendo en cuenta que se está llevando a cabo un proceso de recambio de personal, además se han realizado visitas en días no laborables o cuando hay varios feriados seguidos. Estas visitas tuvieron un carácter menos formal, en tanto priorizaron la presencia de la comisión en momentos de menor actividad de los adolescentes y cuando están acompañados únicamente por

personal de seguridad. De esta forma se contribuye a construir la relación de confianza con los adolescentes, a visibilizar dinámicas institucionales en días y horarios menos convencionales, y a prevenir la violencia.

Finalmente, vale destacar que a fin de evitar la naturalización de los espacios y las prácticas dentro del equipo se procura hacer rotaciones de las instituciones en algún momento del año o trabajar en parejas.

V.2. Entrevistas

La evolución y profundización del trabajo que realiza la Comisión encuentra uno de los puntos máximos de materialización en la modalidad de *entrevistas a la población privada de libertad*.

Al crearse la Comisión se comenzó realizando entrevistas individuales dentro de los sectores de alojamiento. La información que surgía tenía que ver, a grandes rasgos, con dos cuestiones: particulares, que invariablemente estaban ligadas al requerimiento de información acerca del estado de las causas de cada persona; y, en menor medida, generales, ligadas a las condiciones de alojamiento –estado de la comida, calidad de las actividades, entre otras–.

Llevó un tiempo lograr que se identificara el trabajo de la Comisión con demandas colectivas.

Para que eso sucediera, se implementaron entrevistas grupales dentro de los sectores, del tipo asambleas convivenciales, para relevar el funcionamiento general de la institución. Allí se daba la posibilidad de mantener entrevistas en privado, a requerimiento del adolescente, pero esto ocurría en muy pocas ocasiones.

Cabe explicar aquí que en los centros, como puede suceder también en las unidades penitenciarias, por lo general rige un “código de silencio” entre los adolescentes. El que denuncia alguna situación puede ser acusado de “patea

rejas”, lo que no es bien visto dentro de estas instituciones, donde lo “correcto” es “bancársela”.

Durante varios años y ya con la Comisión habiendo logrado constituirse como actor de monitoreo permanente en los centros, algo de aquel código de silencio logró romperse gracias a la periodicidad de las visitas y la comunicación permanente con las autoridades y los adultos que se desempeñaban en los dispositivos. En un primer momento fueron los adultos quienes en varias ocasiones hicieron llegar a la Comisión situaciones que afectaban o podrían haber afectado a la población, pero en general era difícil acceder a relatos de parte de los propios afectados.

Es necesario destacar que en los centros la dinámica excede el binomio guardia de seguridad-presos que se suele dar en las cárceles. En estas instituciones, durante muchos años, la dinámica estuvo dada por la tríada guardia de seguridad-NNyA privado de libertad-operador/a. Esta dinámica funcionó con tensiones entre operadores y guardias, ya que respondían a lógicas diversas que entraban en choque en el espacio de encierro, máxime cuando los operadores convivenciales fueron adquiriendo un lugar institucional de mayor presencia e incumbencia.

En 2016, luego del traspaso de los centros a la órbita del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de CABA, se dio un lento pero constante retraimiento del rol de los operadores convivenciales, al mismo tiempo que el personal de seguridad comenzó a ocupar esos espacios.

Desde ese momento en la CSTINNyA observamos con claridad un rol preponderante de los guardias de seguridad, que determinó algunos cambios a nivel institucional con endurecimientos en las dinámicas cotidianas.

Este escenario determinó que desde la Comisión se llevaran a cabo modificaciones en el monitoreo, por lo que a comienzos del año 2017 se implementó la realización de entrevistas indi-

viduales y privadas, ya no en los sectores de alojamiento –en general el personal de seguridad acompaña a los integrantes de la Comisión en el recorrido– sino en oficinas aparte.

La decisión se basó, además, en que no alcanzaba con la información que se recababa en las entrevistas colectivas que se daban durante el recorrido y que indagar a los adolescentes sobre la dinámica del centro frente a los empleados de seguridad y sus propios compañeros de sector era exponerlos de modo innecesario.

Así, en cada una de las visitas se solicitó un espacio separado y alejado de la mirada de los adultos de la institución para crear un clima de confianza y privacidad con los entrevistados.

Para realizar estas entrevistas se selecciona al menos a un adolescente por sector teniendo en cuenta lo relevado en el monitoreo: situaciones convivenciales que surgen de la compulsión de los libros y de los legajos médicos y de las entrevistas con los demás actores. Cuando no hay situaciones coyunturales a considerar, la selección es al azar. En el último tiempo también se presentan casos en los que los propios adolescentes piden ser entrevistados.

Como modalidad general de la entrevista, se realiza un cuestionario que incluye preguntas relativas a las condiciones de alojamiento; la convivencia con los compañeros/as de sector; si precisa algún cambio; las actividades que realiza; las necesidades que lo/la aquejan; la modalidad de realización de las requisas; el vínculo con los adultos del centro, en particular con los empleados del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia.

La primera parte de la entrevista se desarrolla, en general, abordando condiciones del centro. En ella suele generarse cierta empatía, debido a que los integrantes de la Comisión conocen muchas cuestiones en relación con la dinámica de las instituciones y los adolescentes perciben eso, lo que ayuda a generar un espacio de confianza, que conduce a la segunda parte.

Este último tramo se orienta a cuestiones

convivenciales tanto entre los adolescentes como con los demás actores. Allí aparecen, cada vez con mayor frecuencia, relatos que involucran situaciones de violencia institucional.

La información que surge de las entrevistas permite, entre otras cosas, el armado de un panorama colectivo: a partir del análisis de los relatos individuales, la Comisión construye escenarios generales del trato dispensado a los adolescentes; por ejemplo, hace comparaciones entre las distintas guardias del centro o índices de conflicto en los sectores, determina si hay mayor o menor presencia de operadores, etc.

El caso de “A” resulta por demás ilustrativo de la importancia de llevar a cabo entrevistas individuales en contextos cuidados. El papel que el adolescente entregó (“Las paredes escuchan [...]”) es en sí mismo un gesto que valida la estrategia de la Comisión. En un contexto hostil (un cuarto dentro del centro en el que está privado de libertad, con guardias del otro lado de la puerta), se animó a romper el silencio. Si bien se retractó cuando fue entrevistado en el Camet (una dependencia con mucho personal de seguridad), sí se animó a relatar situaciones relacionadas con el trato institucional en la entrevista mantenida en el despacho de la Defensora, en presencia de la integrante de la Comisión que lo había entrevistado en el Centro.

En relación con las distintas modalidades bajo las que se puede dar en los hechos el derecho a ser oído, Silvia Nutter afirma que:

El derecho a ser oído es un derecho que está dirigido al universo de la infancia, a la totalidad de la categoría infancia [...] Impone su escucha en todos los ámbitos que lo afecten, desde los más próximos, como la familia, a todos los otros espacios donde participe [...] Los escenarios no son todos equivalentes. Cada uno de estos ámbitos, por sus características, por cómo se inscri-

be cada uno de ellos en la historia de cada chico y por cómo condicionan su palabra, requerirá del armado de un dispositivo diferente que habilite un genuino lugar de expresión y escucha (2011, 72).

El encuentro con “A” en la dependencia del MPD fue el primero que se realizó en conjunto entre una Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal y la Comisión, y sirve para visibilizar la importancia de la articulación para mejorar las condiciones de vida del colectivo de adolescentes privados de libertad.

V.3. Seguimiento de casos de violencia institucional

Muchas veces, producto del monitoreo descrito en los apartados anteriores, surgen relatos de situaciones de violencia institucional que tienen como víctimas a los propios adolescentes dentro de las instituciones de encierro.

Cuando eso sucede, la Comisión se comunica con las defensorías intervinientes y registra el caso en el Programa contra la Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación.

Es interesante hacer notar que en la mayor parte de los casos de violencia institucional los adolescentes refieren expresamente su deseo de no hacer ningún tipo de denuncia, al menos hasta que hayan egresado del centro. En varias ocasiones ha ocurrido que ni siquiera quieren que se tome nota de lo que relatan. Otras veces –y este es un dato que no puede pasar desapercibido– preguntan al personal de la Comisión cuándo va a volver, para decidir si hacen la denuncia o no. Ir, volver, estar: la presencia en el lugar puede hacer toda la diferencia.

Los motivos detrás de la negativa a denunciar son variados: temor a posibles represalias; temor a ser acusados de “patea rejas” por sus compañeros; escepticismo acerca de cuánto

pueden avanzar las denuncias; desconfianza general sobre las respuestas que el sistema de administración de justicia les pueda llegar a brindar; entre otras. El caso de “A” se inscribe en esta lógica: el adolescente evalúa realizar la denuncia sólo cuando egrese del centro de privación de libertad. No antes.

Desde la creación de la Comisión se relevaron 44 denuncias en centros de régimen cerrado. De ellas, 24 fueron archivadas o reservadas; en 6 se dictaron sobreseimientos; en 4, absoluciones; y 9 se encuentran actualmente en trámite (una con dictado de falta de mérito, ninguna con auto de procesamiento).

Hasta la fecha, el único caso que llegó a condena se trata de un hecho sumamente grave de apremios ilegales por el que a un adolescente debieron extirparle un testículo. Por este hecho, dos de los imputados fueron condenados por encubrimiento y un tercero por lesiones graves.

Los datos son elocuentes y corroboran –dándole la razón a los miedos de los adolescentes– la falta de avance de este tipo de denuncias.

En 2017 se produjeron dos sucesos de protesta colectivos de trascendencia, uno en el Centro San Martín y, meses después, otro en un sector del Centro Agote. Ambos casos originaron intervenciones conjuntas de la Comisión y el Programa contra la Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación. Con acciones inmediatas y articuladas de los dos programas de la DGN, también se realizaron denuncias por violencia institucional colectivas en las que se solicitaron las reservas de identidad de los adolescentes y con gestiones ante las autoridades del Consejo de Derechos se logró la remoción de los guardias de seguridad que aparecían recurrentemente mencionados por los adolescentes.

En estos casos, y también ante cada indicio de que se está llevando o se llevó a cabo una situación de violencia institucional, la Comisión se encarga de realizar diversas tareas.

Hace gestiones extrajudiciales que implican un registro interno del personal de seguridad señalado como presunto autor de malos tratos; analiza las guardias de seguridad de cada centro; y realiza un control de qué guardias están presentes en cada visita, con el objetivo de controlar si los que han sido denunciados tienen o no contacto con la población alojada. Además, se obtiene información respecto de sectores en los que se generan más situaciones de violencia institucional y se intensifica el seguimiento de estos espacios. En muchos casos, incluso, se llega a desalentar su utilización.

Ante la falta de voluntad de denunciar o frente al poco avance de las denuncias que sí se realizan, la Comisión construye sistemas de control *ad hoc*, artesanales, para tratar de proteger a la población privada de libertad que –además de lo ya descrito– incluye seguimientos de todas las causas de violencia institucional, solicita la debida notificación e intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces y establece contactos con la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN) de la Procuración General de la Nación, en muchos casos para intentar evitar reservas o archivos.

Con el cambio de autoridades ya mencionado (el traspaso de los dispositivos penales juveniles al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA) también se modificó la modalidad mediante la cual eran las propias autoridades de los centros las que muchas veces informaban a la Comisión acerca de sucesos de violencia institucional ocurridos. Este sistema también incluía la entrega de copias de las denuncias y funcionó durante años hasta 2016. Debido a esto, la Comisión hoy tiene que generar o buscar métodos alternativos de acceso a la información.

V.4. Ampliar la mirada

A medida que transcurrió el tiempo y se acumuló experiencia en el monitoreo, desde

la Comisión se advirtió la necesidad de completar la información que se reúne a través del registro visual y de las entrevistas, con el fin de poder iluminar otros aspectos de los Centros de Régimen Cerrado que no estaban siendo expuestos. En esta línea se empezó a incluir, durante las visitas, la compulsión de documental de cada institución.

Particularmente, en los libros de registro internos de la guardia se encontró un caudal de información muy útil. En esos libros se registran (o deberían registrarse) todos los movimientos internos, lo que permite acceder a, entre otros datos: el uso –o no– de las instalaciones sanitarias durante la noche; los cambios de sectores de la población; las peleas entre los adolescentes; el ingreso de operadores a los sectores; el acceso a actividades recreativas, talleres y escuela (que incluye la duración de cada una); el horario de despertarse y el de (hacer) silencio por la noche; el uso de determinados sectores del centro; entre otros.

La recolección, sistematización y cotejo de estos datos exige, un trabajo artesanal, ya que cada institución de régimen cerrado cuenta con registros que no están unificados en un sólo documento: hay –como se acaba de detallar– libros de ingreso de guardia, pero también libros internos de cada sector, partes de guardia que se elevan ante situaciones puntuales, libros de registros de sanciones a los adolescentes, etc.

Muchas veces se procura realizar los registros de esta documentación con lineamientos transversales para relevar cuestiones puntuales y lograr, nuevamente, acceder a dinámicas institucionales y orientar la información hacia alguna cuestión específica del monitoreo.

La información, además, se complementa con la compulsión de historias clínicas de determinados adolescentes. En el caso de “A”, por ejemplo, el acceso a ese registro y su posterior análisis permitió identificar varias situaciones de lesiones sufridas.

Esta mirada amplia incluye la entrevista con personal de la institución: operadores convivenciales, docentes, profesionales de los equipos, talleristas, guardias de seguridad, entre otros, quienes desde su lugar complementan la información que se releva en todo el monitoreo.

Como ya se dijo, en un primer momento –previo a la implementación de las entrevistas individuales– fueron ellos quienes pusieron en conocimiento de la Comisión situaciones que, en su opinión, deberían mejorar. Que exista esa voluntad de comunicarse con el equipo confirma la importancia de que puedan contar no sólo con un organismo externo, sino con un organismo que ofrece presencia permanente en los dispositivos y que se constituye en interlocutor para coadyuvar a mejorar el acceso a derechos y las condiciones generales de alojamiento de los adolescentes privados de libertad. Nuevamente, se ve lo insoslayable de la necesidad de tener presencia permanente y de la construcción de vínculos con el resto de los adultos que trabajan en las instituciones de encierro.

VI. Conclusión

En el presente trabajo se han detallado las distintas formas en las que la Comisión está presente en las instituciones de encierro de niñas, niños y adolescentes.

En estos años se han alcanzado una gran cantidad de objetivos. Se ha logrado aumentar, de manera considerable, el nivel de visibilidad de las problemáticas de estos espacios de encierro y la cantidad y calidad de las intervenciones para mejorar las condiciones que allí se dispensan. En otras palabras, se pudieron iluminar diferentes aspectos de las dinámicas institucionales de los centros y mejorar porciones de la vida de los adolescentes privados de libertad, garantizando para ellos un mayor acceso a la justicia.

Como se dijo a lo largo del artículo, estar presentes y de manera continua no es poco. Es

brindar, desde el Estado, un espacio de confianza y escucha para una población especialmente vulnerable, y una garantía de que siempre se vuelve al lugar. Los adolescentes saben que la Comisión va a volver y eso le otorga un rasgo esencial a la tarea de estar presentes. En casi todas las visitas, los jóvenes agradecen principalmente dos cosas: la presencia de la Comisión y haber sido escuchados.

Está claro, igualmente, que aún resta mucho trabajo por hacer.

En ese sentido, hay otro aspecto del trabajo cotidiano que se presenta como, acaso, el desafío más importante al que se enfrenta la Comisión como parte de una institución que defiende los derechos humanos, especialmente de aquellos en mayor situación de vulnerabilidad: lograr una articulación funcional y comprometida entre todos los actores con responsabilidad en los Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado.

Desde la Comisión se ha observado, una y otra vez, que existe una multiplicidad de actores presentes durante el encierro que operan con miradas sesgadas y llevan adelante esfuerzos que no son mancomunados. El resultado, como es de esperar, termina siendo incompleto.

La modalidad de trabajo implementada por la Comisión permite visibilizar la problemática de la niñez privada de su medio familiar como una sola, aunque compleja. Es que los procesos que se observan superan la división “civil o penal”: se trata de recorridos de vida. Recorridos que, por cierto, no culminan con el egreso del adolescente del dispositivo, desde donde es frecuente el reinicio del circuito de la institucionalización. Y, aunque ciertamente excede el objeto del presente trabajo, es necesario señalar que la superposición descoordinada de actores durante el encierro suele diluirse en el afuera, donde estar presente resulta vital para evitar nuevos procesos.

Los mayores logros en el trabajo de monitoreo se han dado como consecuencia de procesos de articulación inter e intrainstitucionales (en dos niveles: dentro del MPD y dentro del propio equipo de trabajo). En el largo plazo, el trabajo de la CSTINNyA apunta a la construcción de espacios de diálogo y cooperación entre los distintos actores, teniendo siempre como horizonte lograr mejoras sólidas en el trato institucional de NNyA.

Pensar nuevas alternativas, revisar las prácticas propias, sumar miradas y estar atentos a la coyuntura para ver dónde es necesario producir algún cambio y de qué forma hacerlo, también es estar presente.

La Comisión trabaja con sujetos que, de mínima, comparten tres características: están en un proceso evolutivo de desarrollo; están privados de su libertad; y lo están en instituciones permeables al contexto sociopolítico y sus constantes cambios. Frente a esa realidad cambiante, frágil, y exigente la Comisión opta por comprometerse *creativamente* en la búsqueda de formas diversas para lograr un mismo objetivo: **estar presente para mejorar las condiciones de institucionalización de niñas, niños y adolescentes privados de libertad.**

Bibliografía

Muñoz, Damián. 2009. “El monitoreo de la privación de libertad de niñas, niños y adolescentes: la experiencia de la Defensoría General de la Nación Argentina”. *Justicia y Derechos del Niño*, 11: 334-335.

Nutter, Silvia. 2011. “El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría Pública de Menores e Incapaces”. En: *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y buenas prácticas de la Defensa Pública*, 71-75. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa y Unicef.

MARÍA L. GARCÍA MORABITO

Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales: Argentina, 54º período de sesiones, UN CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010.*

El aporte de la interdisciplina en la defensa pública de niños, niñas y adolescentes

Viviana A. Schweizer

Licenciada en Psicología (UBA). Integrante del Equipo Interdisciplinario que colabora con las Defensorías Públicas Oficiales ante los Juzgados Nacionales de Menores y ante los Tribunales Orales de Menores, las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal y la Unidad Funcional para la Asistencia de menores de 16 años (Res. DGN N° 1277/14 y 1905/15).

I. Introducción

A partir de la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061¹, el Estado argentino reafirmó su posicionamiento en concebir a los niños, niñas y adolescentes (NNyA) como sujetos de derechos y considerar a la familia como el primer espacio en el que las personas crecen, aprenden, construyen y comparten valores. De igual forma, impulsó la protección y promoción de la familia como eje fundamental de las políticas públicas tendientes a promover la integración social, la protección de los derechos y el desarrollo pleno de todos sus miembros y la inclusión social.

Sin embargo, la ley 26.061 no modificó ni alcanzó al régimen penal juvenil, manteniéndose vigente -aún- la ley 22.278². No obstante, con el paso de los años se han visibilizado ciertos cambios en la gestión de la intervención penal juvenil, en consonancia con una política más respetuosa de los derechos humanos para los adolescentes infractores. Tal es así que, al menos, en el ámbito de los dis-

¹ Sancionada el 28/09/2005 y promulgada el 21/10/2005.

² Promulgada el 25/08/1980.

positivos específicos de la Ciudad de Buenos Aires, se tomaron acciones concretas en línea con los principios de especialidad y proporcionalidad, contemplando la protección específica y el interés superior del niño.

En este orden, se buscó disminuir la tasa de privaciones de libertad, mejorar las condiciones de alojamiento y reforzar programas y talleres dentro de los centros socioeducativos de régimen cerrado (C.S.R.C.) y las residencias socioeducativas, y los de acompañamiento y fortalecimiento de los jóvenes en sus comunidades y/o familias de origen. Además, comenzó a privilegiarse la intervención centrada en el eje socio-educativo, el cual estimula la capacidad de los adolescentes de ejercer derechos, respetar los derechos de los otros y de asumir obligaciones que les permitan llevar adelante un proyecto de vida ciudadano. Se hace hincapié en la educación formal y no formal y en la posibilidad de ser incluidos en programas que fomenten la salud, deporte, arte, recreación, vinculación familiar, etc., mediante la creación de herramientas específicas con profesionales especializados en la materia, abogados a comprender la subjetividad de cada adolescente y acompañarlos en su proceso penal.

Es decir, teniendo como guía los estándares internacionales en materia de niñez, adolescencia y familia, desde distintos espacios estatales e institucionales se diseñaron múltiples recursos para el trabajo con adolescentes en conflicto con la ley penal, en búsqueda de un proceso de transformación institucional (ante el injustificado retardo de la Argentina en la derogación de la ley 22.278) tendiente a lograr la participación de la comunidad a través de distintas organizaciones de la sociedad; y en la elaboración y ejecución de políticas de promoción, prevención y restitución de derechos, el ejercicio a ser oído y el derecho a la participación de los NNyA.

En este contexto de transformaciones y problematizaciones, guiadas por un enfoque

de derechos hacia los NNyA, la Defensoría General de la Nación creó³ el Equipo Interdisciplinario (en adelante “Equipo”) para colaborar con las defensorías públicas oficiales y defensorías públicas de menores e incapaces que actúan ante los juzgados y tribunales orales de menores de la Ciudad, con el objeto de asesorar y elaborar informes psicosociales de los NNyA asistidos por tales dependencias, y de este modo, generar insumos interdisciplinarios para complementar las estrategias defensoras con instrumentos propios de la psicología y el trabajo social.

El fundamento del Equipo es aportar una mirada integral que dé cuenta de la singularidad de los NNyA involucrados en el sistema judicial, mediante la descripción de su subjetividad, contemplando el interés superior en el caso concreto (y no como enunciación genérica en abstracto) a fin de no vulnerar sus derechos (respeto, dignidad y libertad).

Asimismo, y siempre por pedido expreso de la Defensoría interviniente, el Equipo acompaña a los NNyA asistidos en el tránsito del proceso penal, brindándoles un espacio de escucha y contención, sin una mirada estigmatizante, a partir de seguimientos, acompañamientos, monitoreos y articulaciones con los efectores de políticas públicas.

Por otra parte, el Equipo busca generar una mirada integral de los adolescentes en conflicto con la ley penal, contemplar su historia vital, contexto sociofamiliar y articular sus problemáticas con espacios de derivación en la comunidad.

En resumen, con la creación del Equipo Interdisciplinario, la Defensoría General de la Nación fortaleció una defensa pública activa y especializada para NNyA. De igual forma, a través de una perspectiva interdisciplinaria, mejoró el estándar de defensa técnica eficaz

3 Conf. resoluciones DGN N° 1277/14, 1278/14, 1300/14, 1644/14 y 1905/15.

de los adolescentes infractores al brindar una mirada específica.

Asimismo, el Equipo Interdisciplinario está facultado para intervenir, a pedido de la Defensoría interviniente, en todos los casos en los que se encuentren involucrados NNyA dentro del sistema penal, lo que implica el trabajo con adolescentes infractores y con víctimas directas e indirectas del sistema punitivo.

A continuación, se detallarán y especificarán las diferentes funciones del Equipo con el objeto de visibilizar el aporte y la importancia de la interdisciplina en la labor diaria con los NNyA.

II. Adolescentes en conflicto con la ley penal

II.1. Marco contextual

El modelo tutelar clásico, apoyado en criterios criminológicos positivistas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, era un sistema de control y protección jurídica de la infancia que habilitaba la intervención estatal por las condiciones personales del sujeto. Por ello, además de la imputación penal al “menor”, pensado como persona incompleta con incapacidad para actuar, se iniciaba una intervención “punitivo-tutelarista”, caracterizada por medidas agresivas y restrictivas de la libertad, sin controles ni garantías.

El sistema tutelar clásico aplicaba un derecho penal de autor en contraposición a un derecho penal de acto⁴, es decir, tomaba decisiones judiciales sobre las condiciones y características personales de los “menores”,

⁴ “Por derecho penal de hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual [...]. El derecho penal de autor vincula la pena con la personalidad del autor. Lo que hace culpable aquí al autor ya no es que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal [...]” (Roxin 1997, 176).

indagando las supuestas causas que llevaban a cometer un delito y su peligrosidad.

Hacia fines del siglo XX este modelo entró en crisis y comenzó una nueva etapa de protección integral de los derechos de los NNyA⁵, considerándolos como sujetos de derechos y portadores de capacidades y necesidades positivas, con subjetividad jurídica y política propias.

Tal es así, que se prohibió la inclusión de un adolescente en el sistema penal por cuestiones personales, sociales y económicas, para respetar el principio de especialidad e intentar lograr la inclusión plena y efectiva en la sociedad. Adicionalmente, se estableció que la privación de la libertad debía ser la *ultima ratio*, aplicada por el menor tiempo posible y susceptible de revisión periódica, arbitrándose métodos flexibles que se adecuen a cada historia en particular.

En este contexto, necesariamente se fue redefiniendo y adecuando el contenido de la denominada intervención tutelar que opera en el proceso penal adolescente regulado por la ley 22.278. Actualmente, el expediente tutelar se caracteriza por los múltiples informes interdisciplinarios que contiene y que dan cuenta de la historia vital de los adolescentes en conflicto con la ley penal, los escenarios de vulnerabilidad psicosocial en los que han estado inmersos y su situación actual (psicológica, familiar y social).

Asimismo, en ese marco se define la privación de libertad del adolescente, una derivación a un tratamiento especializado, un egreso familiar o una medida de libertad restringida.

Respecto a la imposición de pena a los adolescentes en conflicto con la ley penal, el artículo 4 de la ley 22.278 establece tres requisitos claros: que haya sido declarada su

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

responsabilidad penal, que haya cumplido los dieciocho años y que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año. Cumplidos estos requisitos, la ley agrega que si las modalidades del hecho, los antecedentes del “menor”, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en forma prevista para la tentativa; y, si fuese innecesario, podrá absolverlo.

En otras palabras, se evidencia que a la hora de analizar la imposición del castigo penal a un adolescente que ha infringido la ley penal, el juez contempla su “expediente tutelar”, es decir, su historia vital y personal, al igual que la impresión personal y la cantidad y gravedad de los delitos cometidos.

En este contexto resulta particularmente relevante la existencia del Equipo, ya que con su trabajo interdisciplinario puede dialogar con los informes contenidos en los expedientes tutelares, auxiliando de esta forma el saber técnico jurídico de la defensa de los adolescentes.

II.2. Funciones específicas

Las intervenciones del Equipo Interdisciplinario en el “expediente tutelar” consisten, principalmente, en la confección de informes situacionales sobre los adolescentes en conflicto con la ley penal. Para ello, en función del requerimiento efectuado por la Defensoría interviniente y en la perspectiva de la estrategia defensiva previamente trazada, el Equipo realiza seguimientos puntuales de algunos adolescentes privados de su libertad, lo que implica entrevistarlos regularmente para brindarles un espacio de escucha y contención, colaborar en su proceso de historización y reflexión personal, y acompañarlos en su tránsito por el proceso penal. Asimismo, ayudar a los adolescentes infractores a afrontar un juicio oral, escuchar sus miedos e inse-

guridades, elaborar sus ansiedades, mantener entrevistas conjuntas con su defensor y estar presentes al momento del debate.

De igual forma, el Equipo mantiene contacto con el grupo familiar del adolescente y con sus referentes institucionales, y articula con los diferentes profesionales intervinientes, con el objeto de diagramar conjuntamente las líneas de acción a implementar con el adolescente y en el armado de herramientas específicas en su territorio y comunidad.

En esta línea, el Equipo Interdisciplinario realiza informes, dando cuenta de la evolución de los adolescentes y recomendaciones sobre las diferentes alternativas de egreso. De esta manera, la defensa pública especializada incorpora en los expedientes tutelares insumos interdisciplinarios, destacando la singularidad del adolescente, sin miradas estigmatizantes y con el sentido de propiciar acciones reductoras del poder punitivo.

Cabe aclarar que la labor del Equipo Interdisciplinario no se agota una vez obtenida la libertad del adolescente, ya que continúa con seguimientos y acompañamientos hasta finalizado su proceso penal. En este trabajo se articula territorialmente con escuelas, programas asistenciales y órganos zonales, con el objeto de lograr un abordaje integral y específico para cada adolescente, siempre supeditado a los requerimientos concretos que efectúe el defensor/a interviniente.

En este orden, el Equipo cuenta con miradas propias respecto al abordaje de las diferentes problemáticas de los adolescentes en conflicto con la ley penal, principalmente en relación al consumo de sustancias psicoactivas. Tal es así, que se basa en la estrategia de reducción de riesgo y daños (Navarro 2016, 224), la cual apunta a disminuir la entrada y riesgos asociados al consumo problemático, pensando que los adolescentes que consumen deben ser ayudados por profesionales a disminuir los riesgos vinculados al consumo, sin

ser la abstinencia una condición de inicio de tratamiento. Se toma al joven como un sujeto activo y responsable de sus prácticas, que debe involucrarse en su proceso y comenzar a reflexionar sobre su práctica de consumo para lograr aceptar su problemática y acceder a la atención en salud.

El consumo de sustancias psicoactivas es considerado como un proceso multidimensional en el que interjuegan la sustancia, los procesos individuales y la organización social en la que se produce el vínculo entre éstos, incluyendo la dimensión política y cultural. Se le da importancia a la interrelación dinámica entre las características individuales, familiares, grupo de pares y el entorno macrosocial, siendo el proyecto vital una dimensión central a considerar. Es decir, en líneas generales, el Equipo Interdisciplinario considera que el encierro y el aislamiento no son la solución ni la forma de abordar el consumo problemático, sino el compromiso individual mediante el armado de una red de contención socio-comunitaria y construcción de herramientas específicas para cada adolescente. No obstante, evalúa la subjetividad propia de cada adolescente y su vulnerabilidad psicosocial, por lo que en casos concretos recomienda la inclusión en dispositivos específicos, como ser las comunidades terapéuticas.

Retomando las funciones del Equipo en materia penal juvenil, en los casos de adolescentes que atraviesan el proceso penal en libertad, en reiteradas oportunidades las profesionales intervinientes se acercan a sus domicilios particulares, a los fines de mantener entrevistas con los adolescentes, con su grupo familiar y colaborar con el armado de un proyecto vital por fuera del sistema penal, evitando, de esta forma, el permanente contacto del adolescente con el sistema punitivo y garantizando su protección.

El objeto de la solicitud de acercamiento de la defensa, es lograr que el adolescen-

te llegue a la instancia de juicio en las mejores condiciones posibles para contar con los argumentos suficientes para solicitar su absolución. Para ello, el Equipo realiza un seguimiento periódico, presenta informes situacionales a sus defensores y colabora en la construcción de herramientas específicas que permitan que el adolescente se aleje de los escenarios de vulnerabilidad en los que ha estado inmerso, como ser inclusión escolar, en espacios psicoterapéuticos, en actividades deportivas y recreativas.

Por otra parte, el Equipo confecciona informes retrospectivos que dan cuenta de la historia personal y familiar de los jóvenes al igual que su situación actual, aportándole a la defensa pública un instrumento innovador en las audiencias del artículo 4 de la ley 22.278. Tal es así que, las profesionales intervinientes realizan amplias entrevistas exploratorias en los domicilios particulares de los jóvenes o en sede del Ministerio Público, con el objeto de plasmar su recorrido vital, pero haciendo hincapié en su futuro, en sus proyectos y en resaltar las características positivas de su personalidad, que, en la mayoría de los casos, permitieron su alejamiento del sistema penal. De esta forma, la defensa cuenta con una herramienta propia y específica para solicitar la absolución de sus asistidos.

Asimismo, colabora con la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, a través de aportes concretos del área de psicología o del trabajo social. En ocasiones puntuales, las integrantes del Equipo participan de visitas a la Unidad N° 31 del S.P.F. a centros, residencias socioeducativas, hogares convivenciales y comunidades terapéuticas con el objeto de aportar su mirada interdisciplinaria y especializada en materia de niñez y adolescencia, y asesorar en cuestiones relativas a la salud mental de los NNyA.

En esta línea, es importante mencionar que el Equipo mantiene una comunicación fluida

y articulación permanente con dicha Comisión, dado que las integrantes tienen una gran presencia institucional en los C.S.R.C. (por la cantidad de seguimientos que realizan de adolescentes en conflicto con la ley penal), por lo que coadyuvan a visibilizar las problemáticas dentro de los lugares de alojamiento y participan en el armado de estrategias para mejorar la situación de los adolescentes.

Finalmente, desde el área de psicología se realizan peritajes de parte y asesoramientos específicos sobre líneas de acción a seguir con adolescentes infractores con patologías en salud mental, de modo que el defensor interviniente pueda ajustar sus planteos en función de las recomendaciones brindadas.

En líneas generales, previo a sugerir una evaluación en el Cuerpo Médico Forense (en el marco del artículo 34 del Código Penal, o 77 del Código Procesal Penal de la Nación), se compulsan los antecedentes médico-legales y se mantiene una o más entrevistas con el adolescente involucrado, para así contar con la mayor cantidad de información posible a la hora de enfrentar la instancia pericial. De igual forma, el adolescente se siente más seguro y confiado para atravesar un proceso psicodiagnóstico ya que se encuentra acompañado por una profesional que conoce, con la que pudo evacuar sus miedos e inseguridades, comprendiendo que la evaluación forma parte de la estrategia defensiva.

En los casos de abuso sexual, en la instancia de investigación criminal, se suele mantener una entrevista psicológica con el adolescente imputado y detallar las características de su personalidad en un amplio informe para su defensa técnica. Asimismo, y de ser solicitado por la defensa, se participa en calidad de perito de parte de la declaración testimonial a la víctima y de su evaluación psicológica, en los términos del artículo 250 bis del CPPN. De esta manera, la Defensoría interviniente puede contar con un informe propio

sobre la verosimilitud del relato de la víctima o de sus conclusiones periciales. En instancia de juicio oral, se suele colaborar con la estrategia defensiva mediante el asesoramiento y confección de informes actualizados, los cuales, dependiendo del caso, pueden incluir material o bibliografía específica.

III. Víctimas directas

III.1. Marco contextual

En materia de la defensa de los NNyA víctimas de delitos⁶, el artículo 27 de la ley 26.061 les reconoce, en todo proceso administrativo o judicial, el derecho a ser oídos, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los incumba, a designar un abogado de su confianza o un letrado de oficio que defienda sus intereses particulares, a participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que los afecte.

En consonancia, la Defensoría General de

6 La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General (ONU) en su Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, entiende por víctimas de delitos a aquellas personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales. Además, establece que las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad, que tendrán acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido. De esta forma de deberán adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, informándoles de su papel y alcance, permitiendo que sus opiniones sean presentadas y examinadas siempre que estén en juego sus intereses. Deben contar con la asistencia apropiada durante todo el proceso penal y adoptarse medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, protegiendo su intimidad y garantizando su seguridad como la de sus familiares y testigos a su favor (artículo 4 y 6 de la Resolución 40/34).

la Nación en la Resolución DGN N° 1404/09 efectúa consideraciones ligadas a la intervención de defensores de menores e incapaces ante diversas cuestiones en trámite por la Justicia en lo criminal y correccional de la Ciudad, a fin de garantizar la mejor respuesta para la protección de los derechos de los NNyA. Tal es así que establece, según las competencias asignadas, qué defensores públicos deberán intervenir en las actuaciones relacionadas con: a) la infracción a la ley 24.270; b) la solicitud de arresto domiciliario de quien tiene a su cargo personas menores de edad (artículo 32, inciso f, de la ley 24.660, artículo sustituido por la ley 26.472); c) la entrevista prevista en el artículo 250 bis del CPPN; d) la infracción a la ley 26.364.

III.2. Funciones específicas

Las intervenciones del Equipo Interdisciplinario con NNyA víctimas de delitos son precisas y puntuales, ya que desde el Ministerio Público se intenta que el contacto con el sistema punitivo sea el menor posible para evitar su revictimización y priorizar su protección integral.

En este orden, el Equipo entiende que la revictimización es una repetición de violencias contra quien ha sido previamente víctima de alguna agresión, aunque sea por omisión. Es el resultado de la implementación de procedimientos de atención inadecuados, que no respetan la vivencia penosa de las víctimas, reactivando emociones negativas en relación al hecho denunciado y propiciando la repetición de la experiencia de violencia. Asimismo, se ve plasmada en la falta de coordinación interinstitucional, de modo que nadie se hace responsable de lo que está sucediendo a lo largo del proceso, menos aún de los sentimientos que despierta en los NNyA y sus familiares, y de los problemas y cambios que debieron atravesar a causa de la denuncia penal.

Es decir, el Equipo toma el concepto de

revictimización institucional, contemplando las carencias ligadas a la atención recibida por parte de los entes dedicados a la protección de la niñez y adolescencia, y a la falta de articulación y remisión entre las distintas instituciones a cargo del bienestar y protección de los NNyA. De igual forma, considera que la multiplicación de entrevistas y exámenes periciales son revictimizantes, ya que no son infrecuentes aquellos casos en los que justicia penal –en pos de arribar a la “verdad judicial”– no resguarda debidamente al niño, olvida su subjetividad y hace desaparecer su singularidad (Intebi 2008).

En este contexto, es fundamental el aporte interdisciplinario de la defensa pública ya que las profesionales especializadas presentan otra escucha y otro saber más allá del jurídico, logrando acercarse con otra sensibilidad a los NNyA involucrados, contemplando los sucesos por los cuales ha intervenido la justicia penal.

En esta línea, las profesionales intentan acercarse al domicilio de los NNyA para mantener una entrevista en su lugar de pertenencia y brindarles la mayor comodidad posible, a fin de evitar que deambulen por múltiples oficinas judiciales (fiscalía, defensoría, comisaría, oficina de la mujer, cuerpo médico forense, etc.) y facilitarles el proceso. De igual forma, se contempla la arquitectura centenaria que presentan las estructuras judiciales, las horas de espera, el traslado, los imputados y víctimas en el mismo espacio, es decir, el ambiente sórdido de los tribunales penales. Además, la ida a tribunales implica una conexión y recuerdo inmediato de los hechos denunciados, por tanto, un ambiente que no fomenta la salud, el respeto de sí mismo ni la dignidad del niño (Volnovich 2002).

Las entrevistas se realizan a solicitud de las defensorías intervinientes y pueden ser para conocer el estado psíquico actual de la víctima y escenario vital, para explicarles el proceso de declaración testimonial en los términos del

artículo 250 bis del CPPN o para consultarles por una posible ampliación de su declaración. Además, en caso de ser necesario y a fin de lograr un abordaje integral, el Equipo Interdisciplinario articula con efectores de la comunidad para que los NNyA involucrados, puedan acceder a tratamientos psicológicos, espacios de recreación, contención, etcétera.

De esta forma, se busca promover la recuperación física y psicológica, y la reintegración social de los NNyA víctimas de delitos, mediante la derivación a centros asistenciales de atención, articulación territorial y asesoramiento a su grupo familiar. Es importante destacar que, con el fin de evitar la revictimización, en ninguna entrevista se hace mención del hecho denunciado.

Por otra parte, en los informes confeccionados el Equipo busca describir la subjetividad de cada NNyA involucrado, contemplando el interés superior y el derecho a ser oído, haciendo hincapié en no vulnerar sus derechos.

En resumen, el objeto del Equipo, más allá de ser un aporte innovador para la defensa pública especializada, es facilitar el camino de los NNyA víctimas de delitos durante su proceso penal y, en caso de ser necesario, acompañarlos durante las diferentes instancias por las que deben transitar.

IV. Víctimas indirectas

En el marco de los incidentes de arresto domiciliario fundamentados por el artículo 32, inc. f, de la ley 24.660 (modificado por ley 26.472), el Equipo Interdisciplinario confecciona informes en pos del interés superior de los NNyA involucrados. Generalmente, la intervención del Equipo es solicitada por la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años y por las defensorías oficiales federales que intervienen en representación de los NNyA. Es decir, la labor del Equipo presenta una mirada especializada respecto de los NNyA involucra-

dos, pensados como víctimas indirectas del sistema punitivo, diferenciándose, de esta manera, de los informes realizados por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, que son solicitados por la defensa técnica del padre o la madre.

El Equipo parte de la base que el encarcelamiento de un progenitor produce un severo impacto psíquico en sus hijos, un daño que repercute en su salud física y psicológica (tristeza, rabia, preocupación, sensación de pérdida).

Asimismo, contempla que, tras la detención del adulto responsable de sus cuidados, los NNyA por lo general deben afrontar un cambio de domicilio, de escolaridad, de grupo conviviente, afectaciones económicas y emocionales. Las relaciones con sus padres y otras personas de su entorno se verán afectadas y, posiblemente, sean estigmatizados y discriminados (Robertson 2007), colocándolos en una situación de vulnerabilidad que, en un futuro, puede traducirse en conductas socialmente desajustadas (Rua 2014, 81).

Con la privación de la libertad de sus padres, algunos niños corren el riesgo de ser institucionalizados, otros deben mudarse de casa o de barrio, es decir, en un momento de máximo estrés son alejados de las redes de apoyo que tanto necesitan (colegio, amistades). La pérdida o deterioro de la relación con el adulto responsable, sumado a estas circunstancias, acarrea graves consecuencias en su vida cotidiana. Algunos de los problemas detectados son cambios en el sueño y alimentación, estrés, depresión, hiperactividad, comportamientos agresivos, síntomas de trastorno de estrés post-traumático, etc. (Centro de Estudios Legales y Sociales et ál. 2011). Están más expuestos a un riesgo de bajo rendimiento académico, de consumo problemático y de pérdida de autoestima, mientras que presentan mayores probabilidades de ser encarcelados durante su vida adolescente o adulta (Robertson 2007).

De esta forma, el Equipo contempla a este

colectivo desde una mirada específica, considerándola como una niñez alcanzada por el poder punitivo, ya que sin haber cometido delito alguno y por el solo hecho de sus vínculos familiares, vivencian y/o padecen la privación de la libertad. Es decir, son NNyA a los que les afecta indirectamente la privación de libertad de los adultos responsables de sus cuidados por lo que terminan siendo víctimas indirectas del sistema penal (Giner Alegría 2011, 25-54).

Por otra parte, en sus informes, el Equipo hace hincapié en cómo les afecta a los NNyA la detención de los adultos responsables de sus cuidados, la forma en la que experimentan el momento del allanamiento, la irrupción de las fuerzas policiales en su hogar y luego, las visitas carcelarias; dado que estas vivencias sumadas a la separación abrupta e intempestiva de sus progenitores les generan fuertes sentimientos de abandono y soledad.

Asimismo, describe la importancia del rol materno y paterno en el crecimiento de los NNyA y lo fundamental de contar con las funciones de sostén y contención emocional a lo largo del desarrollo y crecimiento. No discrimina en género ni edad, ya que cree que se es tan niño a los cinco como a los doce años, por ser la mayoría de edad a los dieciocho años. Para ello, contempla el principio de co-parentalidad y que recién a los 18 años adquieren la edad para ejercer plenamente sus derechos, es decir, previamente son considerados NNyA y presentan una protección especial.

Lo expuesto evidencia que el Equipo presenta una mirada crítica respecto del límite etario y de la alusión a un único género del artículo 32, inciso f de la ley 24.660 (modificado según ley 26.472). Siguiendo este razonamiento, el Equipo considera que los hombres y mujeres privados de su libertad, en tanto sean madres y padres, tienen primordialmente la función de protección y formación integral para con sus hijos.

Respecto a los niños y niñas que nacen

en el encierro, el Equipo intenta visibilizar la implicancia de nacer y crecer en un ambiente tan hostil y violento como lo es una institución penitenciaria, al igual que plasmar el nivel de estrés que atraviesan las madres embarazadas, las cuales deben estar en un permanente estado de alerta para sobrevivir a las características propias de la prisión.

Es decir, que el Equipo aporta una perspectiva centrada en la protección integral de los NNyA, tiene en cuenta el interés superior y el derecho a ser oído. En la mayoría de los casos en los que se solicita su intervención, los integrantes del Equipo mantienen una amplia entrevista con el padre o la madre en su lugar de encierro, para luego entrevistar a los NNyA involucrados en su domicilio particular. De esta forma, se logra confeccionar un informe interdisciplinario y especializado que resulta una herramienta fundamental para coadyuvar al defensor a expedirse acerca de la conveniencia o no de que el adulto judicializado esté en su domicilio al cuidado de sus hijos y/o hijas.

V. Conclusiones

El aporte de la interdisciplina en la defensa de los NNyA permitió presentar una mirada alternativa y especializada de la subjetividad de los NNyA involucrados en el sistema penal.

La escucha desde la psicología y el trabajo social enriqueció a la defensa pública especializada ya que, al contar con herramientas propias y específicas, sumó nuevas perspectivas para intentar alcanzar mejores estándares de eficacia.

El Equipo Interdisciplinario ofrece una mirada integral que contempla el interés superior, hace hincapié en no vulnerar los derechos y materializar el derecho a ser oído de los NNyA. Tal es así que, desde una perspectiva interdisciplinaria, resalta la singularidad de cada NNyA, brinda espacios de escucha y contención sin

juicios estigmatizantes y realiza seguimientos con el objeto de acompañar a los NNyA durante su tránsito por el sistema punitivo.

Finalmente, y a modo de conclusión, se resalta que la incorporación de la interdisciplina en la defensa pública especializada de NNyA fue una construcción y un aprendizaje conjunto, y con el paso del tiempo ha logrado fortalecer la labor cotidiana, romper con los paradigmas tradicionales y abrir nuevos caminos en pos de una defensa activa e innovadora en materia de niñez y adolescencia.

Bibliografía

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación. 2011. *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Giner Alegría, César Augusto. 2011. "Aproximación psicológica de la victimología". *Revista Derecho & Criminología*, 1: 25-54.

Intebi, Irene. 2008. *Abuso sexual infantil: en las mejores familias*. Buenos Aires: Granica.

Navarro, Fernando. 2016. *Dársela en la pera: violencia y adicciones en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Marea.

Robertson, Oliver. 2007. *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*. Ginebra: Quaker United Nations Office.

Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal. Parte general. Tomo 1*. Madrid: Civitas.

Rua, Ramiro Javier. 2014. "Prisión domiciliar para personas con hijos a su cargo sin distinción de sexo o género: comentarios a la legislación actual y al último Anteproyecto de Código Penal". *Revista de derecho penal*, 3 (8): 81.

Volnovich, Jorge. 2002. *Abuso sexual en la infancia*. Buenos Aires: Lumen.

Documentos de organismos internacionales

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.

Adolescentes ni-ni (ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos) Infancia, adolescencia y cuestión penal

Germán Darío Martín

Fiscal para Delitos Juveniles de Neuquén.

En el estado normal de las sociedades implica la enfermedad de los individuos, un cierto índice de mortalidad; como un cierto índice de criminalidad es indispensable para la salud colectiva.

Emile Durkheim

Las narraciones, dice Michel de Certeau, anteceden “las prácticas sociales en el sentido de abrir un campo para ellas”.

Pires de Caldeira

I. Introducción: niñas, niños y adolescentes y la cuestión penal

La invitación a escribir siempre es una oportunidad para recuperar, *aggiornar* o modificar textos e ideas que tenemos desorganizadamente. Por ello, lo que presento a continuación son reflexiones posibles, que expongo como una conversación escrita.

En una primera aproximación, *niñas, niños y adolescentes (NNyA) y cuestión penal* resulta ser un tema que excede enorme-

mente los límites y las texturas jurídicas, ya que requiere la colaboración, el diálogo y las perspectivas ineludibles de otras ciencias como la sociología, la historia, la antropología, la pedagogía, la etnografía, la psicología, la política y, aun, las ciencias médicas.

En esa línea, me atrevo a decir que lo *jurídico-normativo* debería ser solo una de las herramientas de una mirada multi/inter que nos *transdiscipline* a los operadores. Más aún cuando la cuestión jurídico-normativa tiene la dimensión *de lo penal*. Es decir, la incorporación de violencia y castigo, de la “distribución estatal de dolor”, según la gráfica expresión de Nils Christie.

La temática de NNyA y el sistema penal (que abarcan el subsistema normativo, agencias judiciales, agencias de control y el sistema penitenciario) es una materia subestimada en el análisis doctrinario, por lo que sus espasmódicos acercamientos sociales al tema suelen ser simplistas, superficiales y de estigmatizaciones geosociales (lugares y grupos).

No obstante, el sistema penal de NNyA – su derecho, su proceso, su teoría, su axiología y su sociología¹– se encuentra, en la actualidad, en un momento muy interesante de construcción teórica y disciplinaria, especializada e independiente.

Estas breves líneas pretenden, justamente, *pensar* los NNyA y la cuestión penal desde nuestras prácticas y discursos, pero para *incidir* en nuestras prácticas y discursos (*pensar haciendo*). La línea de trabajo, entonces, posee una agenda marcadamente activista y deconstructivista como genealogía del presente.

1 Cuando me refiero a “sistema penal”, pienso en ese complejo entramado de normas, leyes, instituciones, prácticas y personas vinculadas al delito y su control, que es transversal a los tres poderes del Estado. Entre ellos, pienso en el derecho penal y procesal penal, la criminología, la dogmática penal, la justicia penal y sus operadores, la policía especializada, o los dispositivos e instituciones del Poder Ejecutivo que intervienen con adolescentes.

II. Superar epistemológicamente el diálogo con el “tutelarismo”

Nuestra disciplina –penal de NNyA– se construyó, fundamentalmente, en un “diálogo” crítico con el *tutelarismo*. Diálogo entre comillas porque entiendo que no existió una conversación entre uno/s y otro/s, sino más bien un serie de imputaciones de uno/s a otro/s sin posibilidad de contestación. Consistió en un ataque a un desgastado, moribundo y senil modelo/sistema ya sin respuesta porque, después de 100 años, el *tutelarismo* se había olvidado por qué hacía lo que hacía.

Un artículo paradigmático, ya clásico en contenido y forma de presentación, que ejemplifica este “diálogo” es el de Mary Beloff “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular” (2004). Allí se expone cómo se pensaba al *tutelarismo* como modelo para desechar y reemplazar por algo totalmente nuevo, moderno, normativo y convencional en términos de modelos (no contextualizados) universales. A esta primera línea doctrinaria, pionera y fundante, la llamo línea *espejo con el tutelarismo* (o de “suéltame pasado”), que ya es casi un *mainstream* en nuestros días.

La línea *espejo con el tutelarismo* se trata de toda la producción científica realizada antes², pero, principalmente, después de la Convención sobre los Derechos del Niño³ que trata de desandar el camino “tutelar”⁴.

2 Un texto preconventional paradigmático de esta línea es el libro “Delincuencia juvenil y derecho penal de menores” del argentino Raúl Horacio Viñas (1983). Se destaca también, en esta época, las Reglas de Beijing, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores*, aprobadas por la Asamblea General (ONU), Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

3 CDN, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

4 La obra fundamental y fundante de esta corriente es “Los salvadores del niño, o, la invención de la delincuencia” de

Esta corriente tiene como agenda la crítica del paradigma tutelar, con particular énfasis en la separación conceptual e institucional de las dimensiones civiles y penales de la infancia. Para ello, apela al reemplazo de la estructura jurídica/normativa que lo sostenía. Así, prioriza el modelo de justicia penal especializada antes que la ingeniería normativa, institucional y financiera necesaria para la protección de derechos que se separaba.

La principal propuesta de esta línea será, entonces, la mudanza normativa. Y podemos decir que, desde esa perspectiva, ha logrado sus propósitos. Actualmente, en Latinoamérica nos encontramos con leyes de protección de la infancia que receptan los postulados del derecho internacional de los derechos humanos en materia penal, con lo que estamos “normativamente adecuados”.

Una crítica que puede esbozarse aquí es que, en su presentación, la línea “espejo”, aun cuando sea muy pedagógica en sus dicotomías derivadas del binomio en espejo tutelarismo/protección, cayó en el grotesco y en la caricaturización de todo lo preconventional.

La presentación dicotómica nuevo/viejo, moderno/antiguo, respetuoso/cruel, sujeto/objeto y “desde afuera” del sistema –tutelar– puede ser muy didáctica, pero resultó ofensiva para todo un sector de operadores con quienes se debía o se debe avanzar en las reformas. Este tipo de presentación de las reformas de la línea “espejo” como la antigua y la nueva justicia, la oscura y la transparente, generó y genera una resistencia natural que dificultó enormemente el proceso de adecuación convencional⁵.

Anthony Platt, publicada en inglés en 1969 y en castellano en 1982. En Argentina, uno de los autores más destacados de esta corriente es Emilio García Méndez. Un texto importante en Latinoamérica fue “Infancia, adolescencia y control social en América latina” (García Méndez y Carranza 1990). También todo el *soft-law* y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sigue esta línea.

5 Sobre este punto, existe un artículo muy recomen-

Desde el punto de vista político e ideológico, debemos por lo menos llamar la atención sobre el hecho de que el ataque al “paternalismo” y al “tutelarismo” desde la concepción liberal del derecho era contemporáneo a la retórica general neoliberal *antiwelferiana*, en momentos de desguace del Estado de bienestar y de su idea subyacente del delito como una cuestión social (no individual); aun cuando los protagonistas de la doctrina “espejo” no relacionen las dos dimensiones (Garland 2011, 127)⁶.

Sintetizando, esta línea entiende que el sistema penal adolescente es solo el derecho penal de adultos (mal llamado “general”) aplicado diferencial e indulgentemente a niños, niñas y adolescentes más un “plus de protección”. Uno de los riesgos de este proceso de “adulti-zación” o asimilacionismo, y una consecuencia lógica y coherente de la *línea espejo*, es la idea de que para darle garantías a los NNyA no punibles se debe bajar la edad de punibilidad.

Se trata de una aspiración claramente *asimilacionista* al derecho penal de adultos con una promesa de mayor intensidad en las mismas garantías (de adultos).

III. Deconstrucción del derecho penal de adultos en el tratamiento de NNyA

La segunda línea de trabajo reflexivo que propongo, que podríamos denominar siguiendo a McLaughlin y Muncie (2011) “deconstrucción del derecho penal de adultos”⁷

dable de Mary Beloff (2012), “Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía”.

6 Sobre la concepción del delito en el neoliberalismo, ver O’Malley (2006).

7 “Método de análisis del campo de la literatura y de las ciencias sociales vinculado fuertemente con el posmodernismo. Los deconstruccionistas sostienen que los textos poseen múltiples significados, contradictorios y

(o “diálogo crítico con el adultocentrismo penal”), se ubica postconvencionalmente e intenta superar la dicotomía de oposición protección/tutelar. La estrategia deconstructivista propuesta plantea que “si se invierten los términos en una oposición binaria, se revela la tensión implícita y tácita y se pone de manifiesto su interdependencia mutua” (138).

Es pensar que no alcanza con un juzgamiento penal independiente y diferencial para los adolescentes, pero con el mismo sistema normativo, axiológico, ideológico, epistemológico y teórico construido desde el derecho penal para adultos. Gráficamente, entre las líneas espejo/deconstrucción existen una relación continuidad o de intensidad, más que una relación de dicotomía o paralelismo. Los antecedentes de esta segunda línea de reflexión o de *deconstrucción* se remontan al origen mismo del derecho penal, que vale la pena repasar brevemente.

Si retrocedemos hasta los umbrales del derecho penal moderno, nos ubicamos en el siglo XVIII, y vemos que se produjo teórica –y normativamente– en un contexto filosófico marcado por el contractualismo, con pensadores como Montesquieu, Rousseau, Locke, quienes plantearon los principios generales del derecho penal al que aspiraban.

Tal vez sea Cesare Beccaria (2004), con su *De los delitos y de las penas* de 1764, quien haya introducido, más o menos sistemáticamente, las ideas iluministas al ámbito del derecho penal, las que se mantienen hasta la actualidad. Estas ideas contractualistas y del iluminismo penal se basaban, como toda teo-

ría política, en un modelo de hombre, de sociedad y de Estado.

Es fácil desentrañar el modelo de hombre que subyace en toda esta construcción teórico-normativa: se trata de un modelo particular de varón, blanco, *adulto*, propietario, católico y europeo. Basta leer la declaración francesa de los Derechos del Hombre, la Declaración de Independencia de EEUU y la doctrina de época para observar esta homogenización.

El derecho penal, así concebido, nace necesariamente *totalizante* y, por ende, muy poco permeable a las diferencias. Un derecho penal *totalizante* trata como iguales a quienes no lo son, trata a todos/as como varones y adultos⁸.

¿Quién o quiénes han quedado evidentemente afuera de esta homogénea y totalizante concepción? ¿A quiénes se trató de invisibilizar con este derecho penal? Obviamente, a las mujeres y a los/as niños/as. Ambos comparten esta historia de invisibilización. Pero eso no es solo historia, también es presente. Toda la concepción normativa y práctica actual del sistema penal tiene una fuerte vocación varonil y adulta⁹. Es una lucha de largos años –desde mediados de los 60– la que llevan a cabo las mujeres para ser reconocidas en sus diferencias en el ámbito penal.

Respecto de los/as niños/as y adolescentes, la perspectiva especializada es incipiente y dificultosa, porque todo lo construido, desarrollado, teorizado y evolucionado del derecho penal, como sostuve, es solo derecho penal de adultos (y varones). La invisibilización de la adolescencia no significa desinterés

ocultos, cuyo análisis y decodificación solo puede ser provisorio. Por ello, en cuanto método de investigación, el deconstruccionismo revela algunos de los supuestos ocultos y valores implícitos (esto es, la ideología) que se expresan con o sin conocimiento de ello [...]. [L]a criminología crítica posmoderna es el principal exponente de tal agenda deconstruccionista [...]" (McLaughlin y Muncie 2011, 138-139).

8 Sobre la construcción del paradigma penal y, en particular, de los derechos humanos, se pueden consultar los capítulos 3 y 4 del libro Lynn Hunt (2010).

9 Debemos resaltar el documento “Declaración de derechos de la Mujer y de la ciudadana” de 1791, que fue redactada por Olympe De Gouges como protesta por la exclusión de las mujeres de la Declaración de 1789, este documento nunca fue aprobado por la Asamblea francesa y ha tenido muy poca difusión.

o no intervención estatal, sino que se trata de un mecanismo retórico que enmascara la real intervención en esa franja etaria.

Este artículo pretende contribuir, aun en forma incipiente, a la deconstrucción de la mirada o cultura adultocéntrica impuesta hegemónicamente –en términos gramscianos–, es decir, la cultura de imposición de sentido (valores y normas) por parte de “lo adulto” en lo penal. Un buen punto de partida es desvelar lo que se esconde detrás de los eufemismos construidos alrededor de la cuestión penal de la infancia y adolescencia.

III.1. Ni menores

El niño no tiene derechos, no tiene por sí representación, no es persona según la ley. Es menor.

Domingo F. Sarmiento

Sobre las ideas que subyacen –en realidad, son bastante evidentes– respecto de lo que significa rotular a un/a niño/a con la etiqueta de “menor” se ha escrito bastante, ya que esos textos constituyen las primeras luchas discursivas que dio la línea espejo luego de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰.

Sintéticamente, el paradigma tutelar surgió como respuesta a los desafíos de las primeras grandes urbanizaciones o, en Argentina, a partir de la inmigración “no deseada” y de la aparición de la denominada “cuestión social” (Zapiola 2009, 313), cuando comienza a imponerse la idea de que el Estado –antes,

una actividad privada– debe hacerse cargo de la infancia desvalida. Es decir, se produce una proyección de la cuestión social a la cuestión minoril, si se quiere. En nuestro país, tiene su preciso origen cronológico con la Ley de Patronato de la Infancia N° 10.903 de 1919.

Me permito un breve paréntesis y un quiebre cronológico, pero considero posible plantear una continuidad entre la cuestión social de finales del siglo XIX, concretamente, me refiero a la cantidad de chicos en la calle –“abandonados moral y materialmente”–, y la situación actual de adolescentes y jóvenes en el espacio público barrial.

Genera perplejidad que las causas y consecuencias sean similares. A finales del siglo XIX, la presencia de niños en la calle respondía al hacinamiento¹¹ y la prohibición de jugar en los patios de los conventillos –que culminó en la *rebelión de las escobas*¹²–. Esta situación de los adolescentes se repite más de 100 años después, dado que el espacio territorial es reducido en barrios, complejos, villas y tomas; el hacinamiento en el interior de los hogares y, muchas veces, la violencia que se vive en ellos siguen siendo motivos de expulsión y presencia de niños/as en la calle, las esquinas y demás espacios públicos.

En términos generales, se sintetiza en la categoría “menor” un modelo paternalista,

11 Rodolfo Senet planteaba el hacinamiento en los conventillos de este modo: “Sea por la fábrica o el taller que reemplazan la actividad de los juegos por la ruda labor; sea por la estrechez del conventillo que arroja a los niños a la calle para realizar sus juegos, donde la acción policial los prohíbe, el niño de las clases menesterosas no hace una vida de niño”. Este autor observaba una clara vinculación entre la falta de juego de los niños y adolescentes y sus conductas antisociales. “Aproximaciones científicas a la cuestión del delito infantil en la argentina. El discurso positivista en los archivos de Psiquiatría, criminología y ciencias afines (comienzos del siglo XX)”, de María Carolina Zapiola (2009, 333).

12 Sobre la rebelión de las escobas, ver Demaría y Figueroa (2007).

10 Solo por nombrar algunos trabajos: Zapiola (2007) y Hugo Cunningham (1991). También, la historia normativa y social del tutelarismo en el caso argentino se recrea gráficamente en el artículo del equipo argentino conducido por Lucía Larrandart (en García Méndez y Carranza 1989).

patologizante, ternurista –de *crueledad bondadosa* (Axat 2011)–, pero con efectos prácticos de control social formal y duro, y generalmente con prácticas de encierro¹³.

La ley del Patronato, se completa con la “ley”¹⁴ 22.278 de la última dictadura militar –aún vigente–, que regula el Régimen Penal del Menor. Se construye, así, una asimilación entre los niños “abandonados material o moralmente” y los niños infractores de la ley penal mediante el común denominador jurídico de “menores”. Una clasificación de la infancia avalada jurídicamente y cargada de una significación social, en general, peyorativa o lastimosa. Es decir, existirían “los menores”, por un lado, y los niños, por otro.

Los “menores” son aquellas personas de menos de 18 años –es decir, niños–, pero sin familia, pobres, excluidos de la educación, en situación de abandono y de calle; las ex-

cepciones, los anormales, los que están “en conflicto con la ley” y que, por lo tanto, son peligrosos y delincuentes. Además, según esta mirada, nos encontramos con que los menores son incompletos, incapaces y, cosificación mediante, objetos de intervención y disposición estatal sin importar si se trata de una intervención penal o tutelar. Por otro lado, los “niños/as” son todas las demás personas menores de 18 años, los normales, los nuestros, los que no están en conflicto con la ley.

Para el modelo tutelar, la inscripción de una persona en la categoría de “menor” o en la de “niño/a o adolescente” no depende del elemento etario o biológico, sino del estatus jurídico, que significa si está o no en conflicto con la ley o en situación de calle. Si se encuentra en conflicto con la ley penal, es menor.

Según la perspectiva socio-jurídica, el lenguaje construye realidades, esto es, incide en una situación o en un grupo de personas. Así, este determina, habilita, es funcional o legítima –como veremos con los términos “jóvenes conflictivos” y “jóvenes locos”– siempre una intervención estatal particular. Por ello, no sorprende que desde este paradigma la intervención concreta exceda la ideología penal de la retribución (art. 1 “ley” 22.278).

La propuesta de la línea espejo, concentrada en desmantelar el panorama presentado por el paradigma tutelar, es la aplicación del derecho penal de adultos a la mayor cantidad de personas menores de 18 años, opción que considera una garantía y una conquista progresista.

III.2. Ni jóvenes

En el proceso de deconstrucción del paradigma tutelar presentado arriba, se expuso el valor simbólico, axiológico y discursivo que el vocabulario tiene en el tema que estamos abordando. También vimos que el cambio del “paradigma tutelar” al “paradigma de la protección” no significó necesariamente un corte claro y

13 La postura más radical de esta posición fue la zirónica? “modesta propuesta” inglesa de “paternalismo caníbal” de Jonathan Swift de comienzos del siglo XVIII: “Todos estarán de acuerdo en que este prodigioso número de niños en los brazos o en las espaldas o tras los talones de sus madres –y frecuentemente de sus padres–, en el deplorable estado actual del reino, un muy grande agravio adicional; y, por lo tanto, cualquiera que descubra un método equitativo, barato y fácil para lograr que estos niños se conviertan en miembros útiles de la comunidad merecerá que el público le levante un monumento por haber preservado a la nación”; esa era la tierna preocupación y la propuesta era: “Un muy bien informado americano conocido mío en Londres me ha asegurado que un niño de un año bien alimentado es una comida deliciosa, nutritiva y sana, sea guisado, asado, al horno o hervido y no tengo duda que servirá también como *fricasse* o como *ragout*. En nuestra ciudad de Dublín podrían establecerse carnicerías a tal fin en los lugares más convenientes y a los carniceros se le podría asegurar que no tendrán que esperar aunque recomendaría más bien comprar a los niños vivos y aliarlos calientes con el cuchillo como hacemos cuando asamos cerdos” (Garzón Valdés 1994, 731).

14 Una interesante historización del proceso de esta “ley” –artefacto jurídico, según la autora– puede hallarse en el texto de Claudia Cesaroni (2014).

definitivo con lo tutelar desde el punto de vista teórico, normativo, ni siquiera territorial como se pretendía. Mary Beloff (1999) señala con razón que, en realidad, hay continuidades y discontinuidades entre un paradigma y el otro.

Entre las continuidades, encontramos la utilización del término “juvenil” para referirse a las cuestiones penales de personas menores de 18 años, quienes universal y jurídicamente son en realidad niños¹⁵. Observamos que es habitual el uso de la denominación “joven/es”¹⁶ aun cuando no identifica a un grupo etario en forma precisa. Como grupo de personas, el término “joven/es” es muy laxo y no existe consenso en su delimitación etaria, política, biológica o jurídica.

15 Art. 1 de la CDN. En la Opinión Consultiva OC 17/2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, de la Corte IDH, los Estados Unidos Mexicanos realizaron un planteo respecto del uso de la palabra “juvenil” en el instrumento, que no fue aceptado por la Corte internacional. El profundo informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA Ser.L/V/II. Doc.78, 13 julio 2011, aún mantiene en su título la palabra juvenil, con la aclaración de la primera nota –pág.1– que señala que se entiende por niño toda persona menor de 18 años. El excelente informe de la CIDH, *Violencia, niñez y crimen organizado*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 40, 11 de noviembre 2015, realiza una extensa nota para explicar la utilización indistinta de las denominaciones, niños/as, adolescentes o jóvenes (pág.11).

16 De hecho, la fiscalía neuquina especializada se denomina Fiscalía Penal Juvenil, y aún más insólito resultan los Tribunales Penales de la Juventud, también en Neuquén. Los pocos trabajos de sociología del delito también toman la franja etaria de 14 a 24 (Müller et ál. 2012). Podría tratarse de una extrapolación, a nuestro país, de la literatura criminológica anglosajona que utiliza habitualmente, y desde principios del siglo XX, las denominaciones “juvenile”, “justice”, “juvenile deviance” y “juvenile crime”, y no la de teen que correspondería a adolescente. El diccionario de McLaughlin y Muncie (2011, 140) al definir “delincuencia juvenil” no se animan a definir o arriesgar un rango etario cuando afirman: “Delincuencia juvenil: término que se usa en forma poco precisa para referirse a cualquier tipo de conducta indebida por parte de los jóvenes”.

De este modo, según cierto consenso internacional al respecto¹⁷, jurídicamente la etapa de la juventud correspondería a las edades entre 15 y 24 años. En la Constitución neuquina, se diferencia claramente a los dos grupos etarios en los artículos 47 (niñez y adolescencia) y 48 (juventud), este último término refiere a mayores de 18 años. El nuevo Código Civil argentino, en su artículo 25, especifica que adolescente es “el menor de edad –18 años– que ha cumplido trece años”. El recomendable informe de la CIDH “Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas” utiliza “juvenil” para referirse a personas menores de 18 años. Resulta interesante el informe de la CIDH “Violencia, niñez y crimen organizado”, que realiza un comentario respecto del uso de las palabras “niños”, “adolescentes” y “jóvenes”, y estas dos últimas coinciden “con un rango de edad por debajo [adolescentes] y por encima [jóvenes] de los 18 años”¹⁸. Con estos ejemplos, quiero resaltar la falta de precisión jurídica –con lo discrecional que ello puede significar– en la determinación del segmento etario al que nos referimos cuando decimos *jóvenes*.

En un sentido tal vez fisiológico o biológico, por ejemplo, para la Organización Mundial de la Salud “juventud” comprende entre los 10 y 24 años, por lo que tampoco ayuda demasiado a la definición. Por su parte, en el ámbito de la política, aparece el término ya sea vinculado al derecho a ser elegido o bien en relación con segmentos internos o ramas internas de los partidos políticos; por caso, en Neuquén se define legalmente el “cupó juvenil” en las listas de candidatos, y con él se garantiza un mínimo de participación a “ciudadanos hasta los 34 años cumplidos” (ley provincial N° 2.584).

17 Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ), *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, firmada en la ciudad de Badajoz, España, en octubre de 2005, entró en vigor el 1° de marzo de 2008.

18 Ver nota 15.

Y, entonces, se impone preguntarnos ¿quiénes serían los no-jóvenes?

Ninguno de estos criterios nos ayuda a precisar el grupo etario que motiva nuestra intervención especializada y diferenciada en los términos de los arts. 37 y 40 de la CDN.

Una probable explicación de esta atemporalidad puede ser leída en clave de “desinstitucionalización del ciclo vital”, en el sentido otorgado por Denis Merklen, según el cual la “coyuntura de la individualización” en un contexto postmodernista y neoliberal ha “desnormativizado los tiempos sociales”, y añade que:

[...] durante el siglo XX, una fuerte institucionalización estructuró las trayectorias sociales en un patrón tripartito de las edades de la vida, donde el adulto ocupaba el centro y las figuras de la infancia y la vejez los extremos [...] [actualmente] se busca entonces hacer más flexibles la medición de los tiempos biográficos mediante eventos percibidos ya como puramente rituales: egreso de los estudios, entrada en el mercado de trabajo, matrimonio, nacimiento de los hijos, jubilación (Castel et ál. 2013, 50).

Siguiendo la postura de Merklen, la institucionalización o estructuración externa era marcada fundamentalmente por el Estado – con habilitaciones etarias, con el sistema educativo, con el servicio militar, por ejemplo–; por el mundo del trabajo y por los ritos culturales y sociales de iniciación y finalización.

En el posmodernismo –“ese mundo de narrativas rotas” al decir de Jock Young– marcado por un nuevo capitalismo que busca flexibilizar el trabajo, por un ataque al Estado de bienestar y por la licuación bauminiana socio-institucional de los ritos; los ciclos vitales/biográficos antes marcados, sugeridos y previsibles, actualmente se observan en crisis y debilitados en su capacidad normativa. Esta situación de ambigüedad y amplificación etaria,

además de la falta de precisión y posible manipulación, posee múltiples efectos nocivos.

En primer lugar, tiene un impacto negativo en los medios de comunicación, tan presente en esta temática, en tanto que identifican como delito juvenil o jóvenes delincuentes a personas en general mayores de 18 años. Ello amplía objetivamente –al ampliar la edad– la cantidad de delitos cometidos o imputados a jóvenes, y afecta subjetivamente la sensación y percepción social frente a los hechos delictivos atribuidos a niños/as y adolescentes¹⁹. En concreto, muchos de los hechos delictivos que los medios de comunicación masivos identifican como realizados por “jóvenes” son cometidos por personas adultas (Arfuch 2000, 67), pero se tiende a pensar que son adolescentes.

En segundo lugar, la utilización habitual de la palabra “juvenil” en los medios permitiría evitar los mandatos convencionales (art. 40, inc. 7 de la CDN) de protección de la identidad de los/as niños/as y adolescentes involucrados/as en situaciones de delito. Por otro lado, la mayoría de los medios de comunicación está cada vez más colonizada por la noticia policial sensacionalista, noticia que crece en espectacularidad si los delitos involucran a niños, niñas y adolescentes. De este modo, sin extenderme en el análisis que requiere la teoría del *labelling*, se refuerza el estereotipo criminal, el estigma personal y el temor social al “pibe chorro” (Míguez 2010)²⁰.

En tercer lugar, procesal y sustantivamente se trata de un efecto expansivo y reaccionario, porque no es que se extiendan las garantías legales de plus protección (CDN) del

19 Es casi una constante, aun cuando hay una tendencia hacia la baja, que la participación de los adolescentes representa entre el 4 y 5 por ciento del total de los delitos denunciados. Algunos ejemplos estadísticos se pueden ver en Perla Benegas (2011, 104). Para un estudio comparado, ver Gómez Gómez (2012).

20 Para un mayor desarrollo de la teoría de *labelling* o del etiquetamiento, ver Becker (2009); Goffman (2010).

adolescente hacia los jóvenes –de abajo hacia arriba²¹–, sino que tiende a contaminar pro-cesal –y reaccionariamente– de arriba –adultos– hacia abajo –niños/as y adolescentes–. Lo que hace pensar en la necesidad de contar con la vieja categoría de “jóvenes adultos” de 18 a 21 años de edad, aunque también pensarlos como adultos parece exagerado.

En cuarto lugar, el término “juvenil” remite a cuestiones positivas: lo jovial, lo *cool*, lo moderno y alegre, lo deseable, lo perdido. Por su parte, el término “adolescencia”, que es el que propongo, es más sórdido, no tan estimable o apreciable.

En quinto orden, la categoría “juvenil”, si bien es vaga, tiende a *adultizar* e invisibilizar un tramo de la trayectoria vital “la adolescencia”²², lo que resulta un inconveniente a la hora de tener una visión realista de la problemática. Incluso frente a hechos reprobables, hay que tener en cuenta que nunca dejan de ser *adolescentes*, con todo lo que ello significa desde el punto de vista biológico, psicológico, cultural y social (Quiroga 1999): “un campo transicional, de ensayo y error, experiencias, juegos a ser ‘como si’, tanteos, vacilaciones, respuestas e identificaciones a partir de los cuales el sujeto irá construyendo las bases para la consolidación de la identi-

dad” (Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Neuquén 2013, 5), en definitiva, un trayecto “tan frágil como un segundo”²³.

Pensar en términos de “adolescencia” nos permite ser más empáticos –con la situación y con la persona concreta– que cuando hablamos de “juventud”, dado que la última es un objeto deseado (Pitch 2003, 162) que nadie quiere dejar, a la que todos quieren volver. Abusando un poco de los neologismos, estamos frente a un proceso de adultización de “lo adolescente”, pero, por otro lado, un proceso de “juvenilización” de lo adulto. De esta manera, se pretende relativizar la influencia tan fuerte e intensa que significa el proceso de adolescencia en un/a niño/a, en un contexto de sociedad de consumo, individualista, hedonista, de herencia cultural neoliberal, y el impacto que todo esto tiene en el ámbito penal²⁴. Desde el psicoanálisis acertadamente nos advierten que:

La adolescencia es vivida muchas veces como una combinación de sentimientos de encierro y de rabia, a la que los adolescentes responden con inhibiciones o desafíos, que se jugarán, fundamentalmente en dos frentes: 1) en la transgresión de normas y leyes y 2) en la búsqueda de nuevas sensaciones y límites corporales, muchas veces riesgosas para su vida (Hartman, Quaglia y Kuffer 2000, 129).

Asimismo, pensar en “adolescencia” y no en “juventud” posee claramente una orientación de política criminal, ya sugerida en la Regla N° 1.2 de Beijing cuando indica “que [es] [...] el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado”. Es decir, advierte contra el derecho penal

21 En este sentido, el Comité de Derechos del Niño en el párrafo 38 de la Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, nos aporta una interesante guía cuando recomienda: “El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados partes permiten la aplicación de las normas y reglamentos de la justicia de menores a personas mayores de 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción”.

22 Tal vez no sea necesario, pero, una vez más, debemos decir que etimológicamente la palabra “adolescente” y “adolescencia” no tiene ninguna vinculación con la palabra “adolecer” o que “adolece de algo” o que “padece una enfermedad”, sino que se vincula a una persona “en el período de crecimiento” o “en desarrollo”.

23 “Volver a los diecisiete”, canción de Violeta Parra (1966).

24 Un texto ilustrativo de este contexto social es el de David Garland (2011).

estático y fotográfico –de adultos– del hecho delictivo. Frente a un adolescente, el sistema debe ser flexible, y debe admitir y absorber el dinamismo etario observando la película vital antes, durante y después del hecho prefigurado como delito.

En sexto lugar, el término “juventud” tiende a aglomerar al grupo etario. En cambio, la “adolescencia” es un proceso personal, derivado de una situación biológica (pubertad) y social o contextual (género, clase social, etnia, entorno físico, familiar), y resulta más adecuada para pensar y gestionar la conflictividad penal de una persona menor de 18 años específica e individualizada, como sugiere nuestra especialidad. Pero, paradójicamente, “adolescencia” es un término que permite pensarla con algunas similitudes, en función de su dato biológico, en contextos diferentes y heterogéneos. En este sentido, también la adolescencia es un proceso más constante y parecido históricamente frente a lo inestable y variable que puede ser el término “juventud”.

Se suele confundir también a la “adolescencia” o “juventud” con las actividades que realizan las personas, e identificar cada fase etaria con determinadas conductas. Según una pedagoga amiga, Perla Benegas, “hacer cosas de adultos no adultiza a un niño”. Es decir, fumar, drogarse, trabajar, cometer delitos, ser padres o madres, dejar la escuela, tener acceso a la pornografía, etc., no los hace jóvenes o adultos. Identificar determinadas conductas con edades puede tornar aún más confuso el análisis.

Por último, podríamos definir a la juventud como “el no lugar” o “la juventud como futuro”. Una forma muy habitual de referirse a la juventud es como “el futuro del país” y, con ello, “se los sitúa en el limbo de lo inexistente, de aquello que todavía no es; una posibilidad, pero, en tanto tal, les niega su existencia en tiempo presente” (Duarte

Quapper 2001, 17). En cambio, no hay nada más “presente”, más inmediato, más “sin futuro” que la adolescencia. La incorporación de la noción de futuro mediato es una de las herramientas para conjurar el delito en adolescentes (Francoise Dolto) lo que comúnmente se llama “proyecto de vida” o, como se ha expresado con mayor corrección, la búsqueda de “una vida con proyectos”.

Al igual que la denominación *menor*, la elección de una u otra denominación no es inocua, sino que tiene efectos muy prácticos en la intervención. El proceso de adultización de los “adolescentes” a “jóvenes” naturaliza y habilita la posibilidad de políticas criminales que aplican el sistema penal de adultos–delitos, proceso y pena– a adolescentes. Considero que la denominación “adolescencia” se presenta como más rigurosa –debido a los supuestos biológicos y sociales que incluye– al momento de pensar la cuestión penal en esta franja etaria²⁵.

En síntesis, hablar de “adolescentes” posee mayor rigurosidad biológica, normativa, expresiva, empática y de gestión. No se trata de erradicar la palabra “juvenil” del vocabulario, sino solamente del ámbito de la cuestión penal de niños, niñas y adolescentes.

25 Cabe, en este punto, citar la opinión de Alfredo Nateras Domínguez, aparentemente en contra de esta posición, que plantea: “De igual manera hacemos una diferencia conceptual entre el término adolescencia y juventud. A la adolescencia la entendemos como una edad biológica, por lo que los cambios a nivel corporal y la capacidad de reproducción de la especie explican las actitudes y los comportamientos sociales adolescentes. Por lo tanto, la unidad de análisis (o la escala) es a nivel individual, y sus discursos disciplinares provienen de la psicología-psicológica, el psicoanálisis y la sociología funcionalista (de la desviación), posturas que evidentemente no compartimos. Por el contrario, la juventud la caracterizamos como una edad social cuya visibilidad esta cruzada por la diversidad en sus acciones sociales y manifestaciones culturales, especialmente en los espacios públicos de las grandes ciudades del país y del mundo” (2010, 19).

III.3. Ni conflictivos

Así como fijamos la denominación “adolescentes” –y no “menores” o “jóvenes”–, también deberíamos repensar o directamente desterrar el uso habitual del agregado “en conflicto con la ley”²⁶. En algunos ámbitos, para precisar mejor la función u oferta de servicios institucionales, se le incorpora el especificativo de “penal”, es decir, expresan que abordan temas de “menores en conflicto con la ley penal”. Incluso en la excelente –y siempre guía en nuestra materia– Observación General N° 10²⁷, encontramos con perplejidad un concepto de difícil aprehensión y confuso cuando se refiere a “menores en conflicto con la justicia”.

El adicional “en conflicto con la ley penal” no tiene un claro origen, pero imagino que constituye un eufemismo de transición, del paso de un paradigma a otro. Se trata de una especificación a medio camino entre ambos paradigmas, aunque está más vinculada a la historia institucional de los juzgados de menores, allá por los años 80²⁸, y aferrada al mo-

26 Por ejemplo, Daniel Míguez durante todo el recorrido de su texto expresa “pibes” o “chicos en conflicto con la ley” sin siquiera el aditivo de “penal” (2010; 61, 89, 91 y 115).

27 Ver nota 21.

28 No sin cierta arbitrariedad, se podría hacer la siguiente periodización del juzgamiento penal adolescente: Una primera etapa o “la prehistoria”: encontramos el juzgamiento realizado por la justicia penal de instrucción de adultos con el denominado incidente tutelar; una segunda etapa o “la historia”: aparece una primera especialización preconvencional con los Juzgados de Menores bifrontes con un/a juez/a de menores, con una secretaría penal y otra asistencial/tutelar; y una tercera etapa o la actualidad (del “deber ser”): una justicia penal adolescente postconvencional independiente del juzgamiento de los adultos, pero también de lo asistencial. La periodización propuesta no es un proceso evolutivo esquemático ni lineal de superación de una etapa en otra, sino que indica que, al contrario, podemos encontrar en el presente diseños de justicia prehistóricos como sucede todavía en algunas provincias (Río Negro)

delo de justicia penal inquisitivo. Como sea, forma parte de la rica historia de eufemismos del tutelarismo.

Desde el punto de vista teórico, el planteo de “en conflicto con la ley penal” se nos presenta como un absurdo y una paradoja. Es un exótico sincretismo teórico de dos fuerzas contradictorias y en pugna a lo largo de muchos años de debate doctrinario e ideológico en la historia del derecho penal y procesal penal, que los “menores” han logrado sintetizar.

Primero Foucault (2003), luego Christie (1992); en Argentina, Binder (1997) y, en nuestra provincia (Neuquén), Mendaña (2005) han identificado y mostrado cómo *conflicto e infracción* son piedras basales del modo en que se “produce” el derecho penal y la política criminal, con infinidad y disímiles consecuencias según la elección.

Si se piensa el delito como “conflicto”, se ubica en un ámbito interpersonal donde el conflicto es una oportunidad y el sentido moral es neutro. Los conflictos penales llevan necesariamente la idea de daño a alguien –una persona– y tienden a concluirse o administrarse por las personas mediante el diálogo directo o mediado. Se busca la solución, el “gerenciamiento” o la gestión del conflicto.

Si, por el contrario, pensamos el delito como “infracción”, ya no es necesaria la interpersonalidad: la infracción se consuma con la violación al Príncipe, al Estado, a la ley. La infracción busca el disciplinamiento, no busca la solución interpersonal, sino la identificación y el castigo de un culpable para retribuir el mal causado y fortalecer el cumplimiento de la ley de los no violadores –o *no conflictivos*– de la ley.

Esta última lectura se encuentra vinculada a la literatura criminológica de “ley y or-

o como sucede en Neuquén, donde existe una justicia posconvencional en una jurisdicción y, en el resto de la provincia, una justicia de la primera etapa.

den”, a la dogmática del funcionalismo penal alemán, al sistema procesal inquisitivo y al retribucionismo hegeliano. Desde este enfoque, el Estado confisca –estatiza– el conflicto mediante tres desplazamientos: por un lado, desinteresa al verdaderamente afectado –víctima–, por otro, desinteresa a la comunidad en la resolución de ese conflicto –profesionaliza la resolución– y, por último, crea infracciones sin víctimas. Desde el punto de vista de la dogmática penal de adultos, esta línea es coherente con las teorías normativistas del funcionalismo penal alemán de la escuela de Günther Jakobs. En síntesis, las leyes solo permiten su cumplimiento o su transgresión.

La retórica, incluso progresista, del “menor infractor” o de los “jóvenes infractores a la ley penal” es tributaria –tal vez, sin saberlo– de esta concepción. En el terreno de la especulación, y estirando un poco los conceptos, se puede pensar que “estar en conflicto con una ley” significa un desacuerdo –cultural, ideológico o axiológico– con una ley determinada.

También podemos entender que los niños y adolescentes cometen delitos como herramienta política para “conflictuar” a la ley penal y a la estructura capitalista de la sociedad. Esta última visión, además de romántica y poco realista, corre el riesgo de distorsionar el conflicto penal, invisibilizar el daño del delito y desconocer ofensivamente a las víctimas. Pero también rechaza cualquier intervención seria de política criminal frente al delito adolescente, porque cualquier intervención estatal de política criminal se consideraría una criminalización de la protesta adolescente.

Desgraciadamente²⁹, el delito adolescente no tiene esa pretendida dimensión política, no es un enfrentamiento al sistema capitalista y

de consumo, sino más bien un acto exageradamente individualista, masculino, materialista, consumista, torpe y violento de incorporación al sistema (por lo menos, de consumo)³⁰.

Lejos de cuestionar el sistema legal, a través del delito pretende reemplazar los medios que le son negados materialmente para acceder y ser incluidos en el sistema. Esos bienes de estatus marcan simbólicamente ese ingreso (zapatillas, “viseras”, celulares y motos de baja cilindrada).

Si es cierto lo que expresa Matza, “en lugar de decir que el delincuente desdeña el dinero, parece más acertado decir que el delincuente está profunda y constantemente preocupado por el problema del dinero, a su manera”; entiendo que los valores sociales de la delincuencia adolescente no difieren –ni, mucho menos, se oponen– de los valores generales de la comunidad (Matza y Sykes 2014, 121).

Podemos afirmar, Merton mediante³¹, que el delito adolescente no solo no discute el sistema, sino que es parte y derivado directamente del sistema y de sus valores³². El delito, así presentado, es una de las vías posibles para cumplir con las metas impuestas por la estructura económica y cultural, lo que deja muy lejos a

30 Existen muchos textos que se refieren a algunas de estas características del delito adolescente; uno ya clásico, según creo, es el de Sergio Tonkonoff (2007).

31 “Una gran importancia cultural concedida a la meta-éxito invita a este modo de adaptación mediante el uso de medios institucionalmente proscriptos, pero con frecuencia eficaces, de alcanzar por lo menos el simulacro del éxito: riqueza y poder” (Merton 1964, 150).

32 Merton, con las correcciones a su determinismo estructural realizadas por Lea y Young mediante el concepto de “privación relativa” (2001); el desarrollo de la técnicas de neutralización de Sykes y Matza (2004; 2014); cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley (Matza 2014), junto a la obra de Gabriel Kessler (2004); más la nueva literatura de la criminología cultural, por ejemplo, Sergio Tonkonoff (2007), nos permite un primer acercamiento panorámico a la realidad criminológica del delito adolescente en nuestro país.

29 Creo que la politización es una herramienta posible, útil y no violenta para conjurar las violencias y la cultura individualista de los adolescentes implicados en infracciones penales.

los adolescentes, con sus torpes delitos, de interpelar o conflictuar la ley penal (o la justicia).

Por último, aquí también se observa de nuevo una idea que segmenta la infancia y la adolescencia, en tanto estaríamos frente a adolescentes “en conflicto” o “conflictivos” y los otros, los adolescentes “comunes”, “los normales” o “los sin conflicto”. Creo que esto tiene dos consecuencias erróneas: por un lado, excluye el conflicto como parte de la adolescencia, cuando –permitiéndome cierta licencia disciplinaria– el conflicto es propio de la etapa que se está transitando; por otro lado, y tal vez más importante, esta división implica mirar “lo conflictivo” como algo negativo, con un aire peyorativo, algo que hay que temer o evitar, el conflicto como una ruptura, como un problema a erradicar; lo que lo excluye de lo corriente, de lo común. Por el contrario, todo sugiere que la adolescencia es, necesaria y saludablemente, conflictiva (internamente y con “el otro”).

Si, en cambio, expresamos que un adolescente se encuentra “en conflicto”, nos ubicamos en el paradigma originario, anterior a la apropiación del conflicto interpersonal por parte del Estado, porque los conflictos son necesariamente con otras personas.

Esta segunda perspectiva nos orienta hacia otro lugar y nos da otras herramientas (con otras consecuencias) como la mediación penal, las salidas alternativas, el perdón, la jerarquización de las víctimas/personas, la justicia restaurativa, la discrecionalidad fiscal, la alternatividad de las penas, la subsidiaridad de la pena privativa de la libertad, etcétera.

Desde las teorías *conflictualistas*³³ hasta las ideas de *justicia restaurativa* consideran al conflicto como algo corriente, en un sentido

positivo, como una posibilidad. La idea de que alguien pueda estar y vivir sin conflictos nos lleva, necesariamente, a la idea de que se puede vivir y convivir sin conflicto. La pretensión de sociedades “sin conflicto” se vincula a sectores con aspiraciones autoritarias y homogeneizadoras. Se define así, autoritariamente, lo que es “conflicto” y “conflictivo”; y buscan hacer desaparecer el conflicto –y a los conflictivos, ya sabemos cómo–. En este marco, “lo conflictivo” o reconocer lo conflictivo sería una herramienta contrahegemónica a favor de la diversidad y pluralidad en las sociedades.

En el marco de un derecho penal mínimo y de plusgarantías que sirva como límite y cauce del poder punitivo del Estado, la categoría de “chicos conflictivos” puede volver flexibles y difusos los límites. Una concepción tal, expande el derecho penal, es decir, constituye una oportunidad teórica y práctica que habilita ampliaciones de intervención desproporcionadas. Pensemos, actualmente, en toda la literatura y retórica alrededor del denominado “bullying” adolescente como un ejemplo de lo conflictivo como “antesala de lo penal”³⁴. Aquí también observamos qué palabras y significaciones habilitan o autorizan intervenciones determinadas.

34 El caso del *bullying* (toro/torear), como me alertara la profesora Perla Benegas, se trata de una nueva forma de inhumanidad aplicada a los adolescentes, que animaliza al adolescente. Sobre el concepto de animalización, se puede consultar el trabajo de Pilar Calveiro (2008); también en la primera parte del texto de Eugenio Zaffaroni (2013). Me adelanto al desarrollo, pero, en el proceso de animalización de los adolescentes, también se encuentra una vinculación directa con el positivismo italiano en su planteo del atavismo evolutivo del delincuente como un sub-humano más cercano al animal; no olvidemos que, en Argentina, se buscó animalizar a toda una clase social con la etiqueta de “aluvión zoológico”. Por último, esta nota periodística ya trata al *bullying* como “delito” cuando, ciertamente, no lo es. “El *bullying*: un delito en alza”, Río Negro: Opinión, 5 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.rionegro.com.ar/columnistas/el-bullying-un-delito-en-alza-MY4742907>

33 Ver Ralf Dahrendorf (1971, 182-207). También un pionero artículo de Edwin Sutherland (2011, 123-130). Se puede acceder a una síntesis del modelo sociológico del conflicto aplicado a la criminología en los capítulos IX y X de Alessandro Baratta (1986).

Pretender que con el sintagma “conflicto con la ley penal” se está imputando o condenando por un delito parece, por lo menos, vago, ambiguo, una exageración semántica o, en definitiva, un eufemismo decoroso y paternalista.

En síntesis, los niños, niñas y adolescentes no están en conflicto con la “ley” en general, ni tampoco con toda la “ley penal” en particular, ni con la justicia; sino, llegado el caso, estarán sospechados de haber cometido o habrán cometido un delito determinado del código penal.

III.4. Ni locos (ni inmaduros, ni inconscientes, ni incompetentes)

A diferencia del adulto, el niño es, por regla, un incompetente básico.

Mary Bellof

Como ya se expuso, la escuela clásica³⁵ proyecta un derecho penal homogéneo en el que se lee a los niños como excepción o como anomalía. Así, repasando la obra de Cesare Beccaria (2004) y la de Francesco Carrara³⁶

35 “[...] cuando se habla de escuela liberal clásica [...] se hace referencia particularmente, a la obra de Jeremy Bentham en Inglaterra, a la de Anselm von Feuerbach en Alemania, a la de Cesare Beccaria en Italia” (Baratta 1986, 24). También una síntesis de las características de esta escuela se encuentra en Taylor, Walton y Young (2007, 20).

36 Francesco Carrara, con la lucidez que aún hoy asombra, dedica algunos párrafos de su tratado Programa de Derecho Criminal (1996) no al autor adolescente (o al adolescente como autor especial), sino a la edad como factor a tener en cuenta al momento de la imputación (como criterio de reprochabilidad, diríamos hoy). Al respecto, refiere un concepto de avanzada indicando que, aunque la persona “desde el primer momento de su nacimiento disponga de un completo poder para desarrollarse, sin embargo, no llega sino por grados a la efectividad de su pleno funcionamiento” (1996, 156). Concepto lejano a la idea de inimpu-

—por citar a dos clásicos conocidos—, no dedicaron ni una mínima atención a las personas menores de edad que cometieran delitos.

Esto no debe sorprender dado que toda la dogmática y criminología clásica se desarrolla alrededor y en función del acto criminal o, con mayor precisión, alrededor del tipo penal (acto tipificado legalmente como delito) y sobre la retribución proporcional de ese “ente jurídico”, sin analizar al autor del acto reprochable. Kelsen afirmaba que “la sanción es imputada al acto ilícito” y no al autor del hecho (citado por Verónica Llu Casado 2015, 24).

Por ello, no es raro que quienes distinguieron por primera vez, en el ámbito del derecho penal, a los niños y adolescentes de los adultos fuera la *scuola positiva* italiana. Los postulados de esta “escuela” de finales del siglo XIX en Italia, pero también en toda Europa y EEUU, resultan conocidos para la mayoría. Sintéticamente, la *scuola* adopta el sistema de comprobación de la ciencia natural positivista en conjunción con la teoría darwinista, y los aplica a la cuestión delictiva³⁷. La *scuola*

tabilidad, de incapacidad o de sujeto incompleto que nos trae luego el tutelarismo y su concepto de “menor”, Carrara se refiere a una persona en desarrollo progresivo “en la medida en que avanza el conocimiento del hombre, debe surgir y progresar la imputación de sus actos”. Este autor vincula la imputación de delitos a niños y adolescentes a la experiencia, educación y conocimientos progresivos, solicita y sugiere una edad de irresponsabilidad penal absoluta, y considera un despropósito discutir “el discernimiento” —como a veces se pretende en la actualidad— por debajo de una determinada edad.

37 Merece citarse que, para la misma época, Gabriel Tarde, desde Francia, tenía una concepción del delito netamente social; sobre el delito adolescente afirma: “estos no son para nada unos monstruos, estos jóvenes son bien hijos de sus padres” y “ante todo la explicación profunda debe ser relacionada con las transformaciones sociales de nuestra época”, y entre las causas del delito juvenil indica “la ambición creciente de ascenso social y por la propagación de nuevas necesidades, hasta hace poco de lujo, que se presentan ahora como de primera necesidad...” (2011, 111-112).

se propone encontrar *científicamente* las causas del delito, por ejemplo, analizando anatómicamente a los criminales. La búsqueda científica estribaba en poder encontrar al “delincuente nato”. Buscaban las causas –la etiología– del delito en la morfología de las personas ya consideradas delincuentes. Investigaban tamaños especiales de cráneo, de esqueleto, volumen y tamaño de cerebros, buscaban variaciones en la sangre, en la longitud de determinados huesos, en la morfología de orejas y narices, entre otros datos³⁸.

Ahora bien, ¿qué expresaba la escuela positiva respecto del niño delincuente? Vale la pena la cita textual, por ejemplo, de Lombroso, entre otros, que sostiene:

Fue el niño el que inventó la jaula de junco y de mimbre, las trampas, las redes de mariposas y millares de otros pequeños ingenios de destrucción y tortura. El niño representaría un hombre privado de sentido moral, lo que los analistas llamarían un loco moral y nosotros un delincuente nato. La civilización, relajando los vínculos de familia, aumenta, no sólo el número de niños expósitos, que habrán de ser futuros criminales [...]. La pasión del niño por el tabaco le arrastra a la pereza, a la embriaguez y al delito (Lombroso 1940, 31). Tal vez en los niños donde las relaciones del crimen y la demencia se muestran con más evidencia. (Féré 1940, 45).

Como el criminal típico, además de los caracteres del salvaje adulto, reproduce también, conservándolo de una manera permanente, esos otros que en el hombre civilizado son propios de la infancia y, por consecuencia, transitorios. Por cuya razón, lo que tan justamente se ha dicho de los

salvajes, a saber, que son niños grandes, se puede decir con veracidad de los criminales que se hallan siempre en un estado de infancia prolongada (Ferri 2006, 54).

En cuanto a los niños de quince años y más abajo, debe mandárselas a un verdadero hospital de enfermos (Bellemare en Sozzo 2009, 129).

Más adelante, en 1930, y paradójicamente repudiando a la escuela positiva por tratarse de “una búsqueda narcisista del sabio de diferenciarse a sí mismo y a sus prójimos normales”, desde el psicoanálisis moderno se decían cosas parecidas: “todo hombre es innatamente un criminal, es decir, un inadaptado, y conserva en su plenitud esta tendencia durante los primeros años de vida”. Y concluyen: “cuando se reconozca la eficacia de los móviles inconscientes, podrá sustituirse la pena por medias curativas” (Franz y Staub 1935, 44 y 89).

Asimismo, no olvidemos la definición del niño como un *perverso poliformo* dada por el propio Freud, que parece establecer un contacto entre el *atavismo* positivista y lo *arcaico* de las pulsiones infantiles. Anthony Platt, en *Los salvadores del niño*, dedica todo un capítulo –denominado “El delincuente por naturaleza”– a describir la impronta lombrosiana en las políticas para la niñez a principios del siglo XX en Estados Unidos (Platt 1982, 44-54), y demuestra cabalmente cuánta influencia tuvo el positivismo en la construcción del modelo tutelar. Es conocido el desarrollo de las ideas positivistas en nuestro país con autores como José Ingenieros, Luis María Drago, Francisco Ramos Mejía y Norberto Piñero³⁹.

38 Para una síntesis de esta corriente, ver McLaughlin y Muncie (2011, 410-416).

39 Para un desarrollo más complejo de este “viaje” ideológico de Europa a Argentina del positivismo, ver Máximo Sozzo (2002).

Lejos de ser un dato curioso, este primer encuentro de la cuestión penal con el/la niño/a ha sido determinante en la historia escrita hasta la actualidad sobre la dimensión penal de la niñez. Lo paradójico, si se quiere, de esta escuela es que al identificar al delito con una enfermedad y al delincuente con un enfermo es portadora de un aspecto crítico de todo el derecho penal, de la justicia penal y, principalmente, de la cárcel. Estas críticas luego fueron retomadas por otros abolicionismos *no positivistas*. Aun cuando no está reconocida formalmente como corriente abolicionista⁴⁰, no es una provocación afirmar que el paroxismo de la escuela positivista de finales del siglo XIX es abolicionista (del derecho y de la justicia penal). Se presentaba como la ciencia rigurosa frente a la *ignominia* de la justicia y la *ignorancia cruel* del derecho penal.

En un potente y emotivo artículo de Luis Molinari (2000), se puede encontrar sintetizado claramente esta idea de enfermedad y abolicionismo:

Los códigos penales de todas las sociedades civilizadas sancionan con forma feroz el más brutal de los sentimientos: el de venganza. El sentimiento de piedad inspirado en las religiones, el sentimiento de justicia iluminado por la ciencia, quedan brutalmente violados por estas leyes infernales que, para honra de la humanidad, deben destruirse. [...]

El hombre obra bien o mal según su constitución física juntamente con otros factores externos ajenos a su voluntad. Delincuencia y locura son sinónimos. Es así. La delincuencia es una enfermedad. El delincuente es un enfermo. [...] [Y concluye] ¡Abolid las cárceles, abolid los gendarmes y los hombres se matarán unos a otros! Vieja

fábula, coco para los niños. Abolid cárceles y policías y la humanidad continuará su evolución hacia el bien, hacia lo mejor; como la abolición de la pena de muerte en algunas naciones más adelantadas no ha dado incremento a los delitos de sangre, así el ocaso del derecho penal aportará una aurora de paz y de felicidad.

Esta afirmación, además, nos permite explicar mejor la fuga administrativista/despenalizadora del proceso tutelarista contemporáneo⁴¹ a la *scuola* positiva y la “derechopenalización” de la línea espejo casi 100 años después.

Asimismo, el paradigma positivista también impacta en la dimensión penal residual del sistema tutelar⁴². Esta vinculación positivista de *niñez, locura, crimen* y *modelo inquisitivo* son los pilares fundantes del paradigma tutelar o de la situación irregular. Francisco Carnelutti, en *Lecciones del derecho penal* –en la línea de la escuela procesal clásica–, logra una gráfica síntesis de esto cuando expresa que “el delito juvenil es una enfermedad y el juez –el de *Misericordias del proceso penal*– es el remedio”.

El tutelarismo, así entendido, no se erige como una caricatura (tal como lo considera la línea espejo), sino que se presenta como un dispositivo total, coherente, “razonable” y fundamentalmente complejo, cuya ideología aún permanece.⁴³

41 Es importante recordar aquí que el primer juzgado de menores es establecido en Illinois (EEUU) en 1899.

42 El artículo paradigmático del positivismo argentino dedicado a la niñez es “Los niños vendedores de diarios y la delincuencia precoz” de José Ingenieros, citado en María Carolina Zapiola (2009).

43 Tal vez sea una solitaria voz, pero es un acto de justicia marcar la disidencia que, para la misma época –1891–, desde España marcaba Concepción Arenal en su texto (1940, 6): “el identificar los delincuentes con los enfermos y las penitenciarías con los hospitales, no nos parece razonable”. Arenal le dedica a los niños y adolescentes varias páginas cargadas de humanismo y lucidez,

40 Por ejemplo, en Ciafardini y Bondanza (1989); en McLaughlin y Muncie (2011); o en Martínez Sánchez (1990).

La estructura jurídica y normativa de la ideología positivista/tutelarista se funda, como se sostuvo más arriba, con la promulgación, luego de diez años de discusiones, de la ley 10.903 de Patronato de Menores en 1919, que convirtió a la Argentina en pionera en ese sentido en toda la región. Esa estructura jurídica se completa con el Código Penal, todavía vigente, en cuyos comentarios Rodolfo Moreno explicaba: “Teniendo en cuenta que el delito cometido por un niño es una manifestación de anormalidad, la sociedad debe tomar precauciones ante la presencia del síntoma morboso” (citado en Míguez 2008, 44). Lo curioso es que la escuela positiva cayó en un gran desprestigio académico, incluso social y político, aunque varios de sus postulados se suelen utilizar en el espacio penal adolescente (y también de adultos).

Esta primigenia concepción de vincular locura y niñez, como se dijo, ha permanecido a pesar del transcurso de los años. Tal como se realizó y se realiza un proceso de deconstrucción en el derecho penal para incluir la perspectiva de género, con la que debemos trabajar también en nuestra especialidad, además se podría plantear un punto de contacto con los planteos que se realizan desde el psicoanálisis actual respecto de, por ejemplo, la situación de los “psicóticos” y el proceso penal (sus tensiones y paradojas), y la inimputabilidad aplicada a personas menores de edad.

Desde aquel dramático pedido de Louis Althusser “por favor, déjenme explicar por qué maté a mi mujer”⁴⁴, la doctrina psicoanalítica se viene planteando la necesidad de exigir juicios de responsabilidad penal sobre personas que tradicionalmente son consideradas “inim-

putables” (por ejemplo, los psicóticos), vinculándola a la dimensión ética y a la dignidad como sujeto de los enfermos mentales (aun si se excluye el castigo penal) (Llul Casado 2015). Sintéticamente, los “locos” y NNyA comparten la misma historia y presente perversos de ser objeto de protección despenalizados, cuyas consecuencias “protectorias” avasallan derechos fundamentales, son discrecionales, administrativas y sin límites temporales.

La consecuencia procesal de la inimputabilidad en los adolescentes es la segregación a partir de la disposición judicial (art. 1° de la ley 22.278), de similar naturaleza que la “medida de seguridad” de curación (art. 34, inc. 1 del CP). El primer caso no se relaciona directamente con la peligrosidad, sino con la idea de que no se castiga –no se les hace un mal– a los “menores”, tan solo se les aplica una medida tutelar –se les hace un bien–. Con todo, en ambos casos se considera que se les está haciendo “el bien” (curar o educar), y *hacer el bien* no debería reconocer límites.

Al observar qué lugar tiene asignado el derecho penal para los niños y adolescentes, nos encontramos que la categoría analítica y dogmática ubica a niños y “locos” en el ámbito de la culpabilidad y, en el terreno analítico de la incapacidad psíquica, en el de los inimputables.

Desde el sentido común, ¿qué nos imaginamos cuando decimos “inimputable”? Con seguridad, una persona que no está en sus cabales, que no piensa, que no razona o, directamente, que está “loco”. En este caso, el sentido común no se equivoca, la inimputabilidad como categoría del derecho penal está vinculada en forma unívoca a lo mental, a lo psiquiátrico, a lo enfermo. Es decir, el vocablo técnico de inimputabilidad tiene una clara connotación de salud mental y de padecimiento.

Se genera lo que podríamos llamar una tensión de significación cuando se informa a la ciudadanía que la inimputabilidad es aplicada a los niños y adolescentes. Esta tensión se

que excedería la longitud de la cita (cfr. 52-54).

44 Ver Andrea Lifzyc y Oscar Ranzani. 2017. “No existen los alienados totales”. *Página 12*. 9 de febrero. Consultado: 22/09/2018. <https://www.pagina12.com.ar/19056-no-existen-los-alienados-totales>.

patentiza, en particular, cuando se discute la baja de la edad de punibilidad, porque la comunidad no tiene una idea de la adolescencia como una enfermedad mental (y del adolescente como enfermo mental) como lo pensaba el positivismo decimonónico. La idea de los niños y adolescentes como *inimputables* rompe con el sentido común, porque no tenemos arraigada la idea normativa de los NNyA como “incapaces mentales”. Así, la percepción social de la niñez y adolescencia ha superado el paradigma positivista, pero el derecho penal aun lo mantiene vigente. Un derecho que la sociedad no comprende es muy riesgoso, y también se presta para grandes falacias y malentendidos. Pero, además, no es un derecho democrático.

Desde una lectura normativa, y fuertemente constitutiva de sentido, *inimputable* es aquella persona que “no ha comprendido la criminalidad del acto” ya sea “por insuficiencia de sus facultades o por alteración morbosa de la mismas”⁴⁵. Otra lectura, esta vez teórica y dogmática, que se halla en cualquier manual de derecho penal, sostiene que la infancia y la adolescencia están en la misma categoría de las personas con padecimientos mentales graves. Para el concepto teórico-doctrinario de *inimputabilidad*, entonces, solo se puede ser inmaduro mentalmente, insano o inconsciente (Creus 2004, 261)⁴⁶, es decir, ser incapaz

45 “El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”, art. 34, párr. 1 del CP.

46 Es justo advertir que Zaffaroni (2005, 540), en este sentido, realiza un desarrollo pormenorizado de esta figura. Citando a Frank, y ante cierto desconcierto teórico frente a la categoría de la imputabilidad, la califica como un fantasma errante. Para este último autor, también la culpabilidad se encuentra vinculada a la capacidad psíquica del autor del hecho ilícito con una aclaración más que oportuna respecto de que no hay una clasificación de personas en imputables e inimputables, sino injustos

para “querer y entender” las consecuencias de los propios actos.

Con un ropaje más técnico, los NNyA se presentan ahora no solo como incapaces, sino también como insanos/as o inmaduros/as mentales. La definición y la medida que le corresponde tienen el claro supuesto de defectos o insuficiencia biológica, aun en su dimensión psicologista o psiquiátrica. Lo psicológico no es más que un giro semántico, pero evidencia cierta continuidad con la escuela “positivista”.

Aun en la actualidad podemos encontrar, en los textos de psicología forense y en los modelos de intervención con adolescentes, puntos en común con el positivismo⁴⁷. Solo por citar algunos ejemplos:

1. la utilización generalizada de los operadores de la categoría del “riesgo” (y riesgoso), que se parece demasiado a la de “peligro” (y peligroso) del positivismo. Es cada vez más determinante en las intervenciones y decisiones que se toman en la especialidad penal adolescente la utilización de instrumentos de “medición del riesgo” de reincidencia, por ejemplo, el Young Level of Service/Case Management Inventory (YLS/CMI) diseñado en Canadá por Andrews, Bonta, Wormith en el año 2004, traducido al castellano como Inventario para la Gestión de Caso e Intervención (IGI) o el Offender Assessment Systems (OASys),

que son imputables y los que no lo son por razones de capacidad psíquica del autor.

47 “No carece de importancia que el psicoanálisis, una de las principales ideologías del positivismo institucionalizado, sea un derivado directo de la profesión médica, concretamente por ser el resultado de la insatisfacción de pensadores formados en la tradición médica (como el mismo Freud); el psicoanálisis, no obstante representar una ruptura con el pensamiento médico simplista, sigue estando impregnado de supuestos biológicos y fisiológicos” (Taylor et ál. 2007, 56).

- que es la alternativa británica;
2. la búsqueda de predicción de conductas futuras (factores predisponentes, factores de protección y de riesgo);
 3. estudios sobre personalidad con psicopatías cada vez más numerosas (Ej. DCM IV y V);
 4. estudios de campo sobre “drogas y delito” con adolescentes institucionalizados en “centros de tratamientos” por adicciones, por ejemplo, el informe *Vulnerabilidad social, adicciones y prácticas delictivas* del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina (2015);
 5. el uso cada vez más frecuente de test e instrumentos psicométricos de conducta y personalidad, por ejemplo, la Escala de Conducta Antisocial PCL-YV⁴⁸, el Inventario de Evaluación de la Personalidad PAI, el SCL-90 o Inventario de Síntomas, el Inventario Multifacético de Personalidad de Minnesota para Adolescente o MMPI-A;
 6. la tendencia cada vez más habitual de medicar psicofarmacológicamente en situaciones que antes entendíamos como “sociales” o “culturales” (alcoholismo, drogadicción, violencia);
 7. en el desarrollo de las investigaciones en neurociencia (estudios estructurales y funcionales del cerebro) muchas veces aparecen definiciones cercanas al positivismo cuando se refieren al desarrollo de la corteza prefrontal o al tamaño de la

amígdala cerebral y lo relacionan con el comportamiento ilegal;

8. o cuando esos estudios de neurociencias enjuician, nuevamente, la metafísica categoría del libre albedrío.

Esta ideología teórico-práctica de los “chicos como locos” es la otra dimensión aun no desmantelada del paradigma tutelar, subestimada por la línea espejo. Así, observamos que la dogmática penal –construida sobre la base del derecho penal de adultos– se encuentra en deuda con nuestros niños y adolescentes. Además, en este punto se encuentra con claridad el límite epistemológico de la primera línea⁴⁹, y tal vez hallemos aquí el punto inicial del desarrollo de la línea de deconstrucción.

Una primera corrección dogmática podría ser ubicar la situación de los adolescentes en la categoría analítica de la punibilidad (concediendo que seguimos usando las categorías de adultos). Desde el punto de vista teórico, sería una posibilidad para descontaminarla de lo referido a la salud mental o lo psiquiátrico y, por otro lado, de la discusión de sentido común –también teórica– del “discernimiento” en el caso concreto (discusión que parece vuelve cada tanto en nuestro país).

Ubicar a los NNyA en la categoría de la punibilidad es sostener que directamente se trata de una política pública de persecución criminal del Estado, de una decisión por la cual se dispone que por debajo de determinada edad –en Argentina, 16 años– el Estado renuncia al castigo penal como forma de intervención en un determinado conflicto.

48 Un trabajo muy ilustrativo de esta actualidad de intervención, es el texto: “Reincidencia delictiva en menores infractores de la comunidad de Madrid: evaluación, características delictivas y modelos de predicción”, de la Agencia para la reeducación y reinserción del menor infractor (2008); también el texto “Características psicopáticas en la adolescencia: sistematización teórica” de Elizabeth Mayer y Daniela P. Zuñiga (2012). Un texto que relaciona psicoanálisis en su variante lacaniana y la criminología puede ser el de Silvia Tendlarz y Carlos Dante García (2008).

49 Solo como un ejemplo más, Rusconi nos habla de los niños y adolescentes con “falta de capacidad para ser pasible de reproche” (2009, 463). De todas maneras, existe en Latinoamérica una incipiente corriente de desarrollo de una dogmática penal especializada, por ejemplo, el artículo del chileno Héctor Hernández Basualdo (2007) y el del uruguayo Eduardo Pesce Lavaggi (2005), también existen textos referidos a aspectos de la tipicidad y de las causales de justificación.

Si bien tiene un punto de contacto respecto del valor político de la punibilidad, no es exactamente igual a lo que Zaffaroni se refiere como concepto político de Bustos Ramírez (2005, 547-549).

Desde este punto de vista, existiría una aparente vulnerabilidad en el modelo propuesto por quedar a merced de los vaivenes políticos, electorales y coyunturales. Esa posible vulnerabilidad o volatilidad de la política criminal en la especialidad penal adolescente ya no es resorte discrecional del Estado en la actualidad. El complejo *corpus iuris* internacional de derechos humanos en la materia lo limita explícitamente mediante el principio de *no regresividad* y el de *pro homine*⁵⁰. En concreto, una propuesta de baja de punibilidad en la Argentina se vería gravemente afectada de inconstitucionalidad.

También se podría argumentar que, desde la mirada biologicista o de salud mental⁵¹, sería un límite “físico” o “biológico” no permitir la baja de la edad de punibilidad, no obstante el costo muy alto de la patologización o minusvalía psíquica de la adolescencia. De todas maneras, siempre queda la posibilidad de utilizar este argumento extrajurídicamente.

Para ser claro, el reproche a la tradicional teoría general del delito de adultos no es que la categoría dogmática de la culpabilidad/imputabilidad tenga contenido psíquico, sino que este reproche va dirigido a que allí se ubique a los niños, niñas y adolescentes en forma

sistémica como autores mentalmente disminuidos o insanos.

Seguramente, en el estudio de un caso concreto, cuando el autor o presunto autor sea un/a adolescente, tendrá su impacto en la culpabilidad, como en la tipicidad y la antijuricidad, en el nivel de reprochabilidad acorde a su edad, pero no “en términos de carencia o déficits de racionalidad” de los niños y adolescentes (Pitch 2003, 165). La autora se refiere a los “jóvenes”. En este último supuesto, la niñez, como grupo en condición de vulnerabilidad según las reglas de Brasilia, debería considerarse como un dato independiente y objetivo en la intensidad del reproche en el ámbito de la culpabilidad.

Más allá del tradicional –y pensado con parámetros adultos– atenuante de reproche por vulnerabilidad social planteado por Zaffaroni y establecido en el art. 41 del Código Penal argentino, la categoría “punibilidad” ha sido subestimada por la dogmática penal de adultos –¿es un acto de fe?–, hasta algunos autores la excluyen de la teoría general del delito, y obviamente desde el incipiente desarrollo de la teoría en la especialidad.

Pienso que el también poco atendido, aunque importantísimo, complejo y desafiante estándar o categoría analítica de “necesidad de pena” (art. 4 del decreto ley 22.278) debería ser uno de los elementos estructurales de la categoría desde la futura dogmática penal adolescente.

Asimismo, existe un parentesco con la realidad jurídica y procesal de los “locos”. Entiendo que tratar dogmáticamente a los adolescentes punibles como inmaduros mentales y a los no punibles como alterados morbosamente en sus facultades –aun para “protegerlos” del sistema penal– es un mensaje social e incluso para el propio adolescente muy confuso y con un alto costo conceptual. Así: “[...] el concepto de inimputabilidad como incapacidad de conocer la ilicitud y de actuar

50 Este principio ya se encontraba en los párrafos 32 y 33 de la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, pero es fundamentalmente el Documento N° 78 de Comisión Interamericana de Derechos Humanos llamado “Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas” del 13/07/2011 el que específicamente lo plantea como una obligación de los Estados (Principios Generales. Principio de No Regresividad, págs. 44-46).

51 Artículos que ilustran esta postura, por ejemplo, el de Gustavo Chan Mora (2011) y el de Eric García López (2004).

conforme a ese conocimiento, lleva en sí la tendencia a desconocer la dignidad, esto es de un ser autónomo dotado de derechos y obligaciones” (Bustos Ramírez 1992, 5).

Aquí, como en las anteriores categorías analizadas, la vinculación de adolescencia y salud mental es claramente funcional a políticas criminales erráticas, autoritarias y desproporcionadas –aun cuando son abolicionistas–.

III. Conclusiones

Los avances de la línea espejo es terreno ganado para la construcción de una teoría propia de la especialidad, no obstante, se enfrenta a por lo menos a ocho situaciones problemáticas:

1. el enfoque limitante y unidimensional que significa el énfasis normativo-juridicista;
2. el impacto real que el mero cambio legislativo tiene o tuvo en el tratamiento de los adolescentes imputados de delitos;
3. el gran esfuerzo dedicado a la justicia “penal juvenil” por sobre la implementación de dispositivos de protección e ingeniería de garantías secundarias (Ferrajoli 2005, 132) de derechos;
4. en el camino de reforma, se postergaron los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia⁵²;
5. la línea espejo llega a su máximo desarrollo proponiendo un derecho penal independiente y limpio de cuestiones sociales y un juzgamiento diferenciado de los adultos, pero, como adelantara, con un derecho penal construido sobre un modelo de adultos;
6. poseer ciertas expectativas panegiristas del derecho penal puede hacer pensar en la necesidad de llegar con el derecho penal allí donde actualmente no llega (baja de la edad de punibilidad);

7. existe ingenuidad en la línea espejo respecto de la propuesta de cierta indulgencia y alternatividad del castigo, la que se muestra muy permeable y vulnerable a reclamos de severidad punitiva;

8. por último, el vértigo de la incertidumbre. Una vez cumplida la promesa de la línea espejo de una justicia penal independiente de cuestiones de protección e independiente de la justicia penal de adultos ¿qué sigue? ¿cumplimos? ¿es suficiente? La realidad demuestra que los verdaderos problemas y tensiones y, por otro lado, la creación innovadora de la especialidad penal adolescente llegan justamente luego del establecimiento normativo y orgánico de la especialidad.

Sintéticamente, el derecho penal actual trata a los niños como adultos y, para la línea espejo, ello es casi aspiracional y solo garantiza positivamente una justicia especializada.

Como se expuso, el derecho penal así como es androcéntrico, también es adultocéntrico; es decir, tiene como modelo de normalidad al varón adulto, las mujeres y los niños resultan “anormales” para esa racionalidad. Es oportuno aclarar que, si bien niños, niñas y adolescentes comparten con las mujeres su invisibilización y discriminación práctica por parte del derecho penal, nuestra disciplina, a diferencia de la perspectiva de género, ha tomado otro camino.

Las perspectivas de género tienen un enfoque amplificador del derecho penal. Entienden que las mujeres han sido invisibilizadas como víctimas (y maltratadas como victimarias). Como estrategia de visibilización pública de las acciones contra las mujeres, existe una utilización de la fuerza simbólica del derecho penal como un decálogo, jerarquizado social e institucionalmente, de malas acciones (creación de nuevos delitos y reconceptualización de antiguos delitos), y, en el ámbito de la criminalización secundaria, se expresa

⁵² Para un mayor desarrollo y paradojas de este movimiento, cfr. Mary Beloff (2012).

con un renovado punitivismo retribucionista. En palabras de Tamar Pitch las mujeres “construyen sus problemas en términos de delitos” (2003, 124-126 y 135). Este contexto, si bien hay una fuerte crítica al derecho penal preconstruido androcéntricamente –y, en general, al patriarcado–, paradójicamente, lo legitima con igual fuerza.

El sistema penal adolescente que asoma también pretende visibilización. Pero, al contrario de algunas perspectivas de género, es un derecho penal: minimalista, crítico, desnaturalizador del derecho penal tradicional, que interpela los lugares comunes –aun aquellos considerados progresistas– en el propio ámbito del derecho penal de adultos, es transformador y sustentable a mediano plazo, co.responsabilizante (subjctiva, social e institucionalmente), creativo, realista e interdisciplinario, que analiza el pasado, pero que incorpora la noción de “futuro”, con una fuerte despenalización y *descarcerización* al momento de la criminalización secundaria, ubicado procesalmente en una justicia especializada y con roles procesales adaptados, pero articulada como parte de un sistema mayor, en la que no se da a nadie por perdido y, por último, en la que el eje no es el castigo y mucho menos la pena privativa de la libertad.

En términos radicales, el derecho penal de adultos que he analizado se ha convertido en un derecho penal sin autocrítica, irreflexivo, dogmático, de frases hechas, de lugares comunes, sin horizontes humanitarios, sin utopías, de insistentes repeticiones, *ombliuista*; es instrumental al castigo. El proceso y el derecho penal adolescente el castigo se convierten en un índice de su fracaso.

En síntesis, sospechemos de algunas palabras utilizadas habitualmente en el ámbito de la cuestión penal de la niñez y de la adolescencia, ellas son ideología viva, transmiten significaciones, enmascaran situaciones complejas, naturalizan acciones y habilitan intervenciones.

Por fin, hay que continuar con el proyecto deconstructivista, desmantelando culturalmente el paradigma tutelar con tácticas de universalización de la infancia, de desjuridización del lenguaje y del abordaje. Pero también, y en paralelo, debemos concentrar esfuerzos en la deconstrucción del derecho penal de adultos y la construcción de un *sistema* –derecho, proceso, dogmática, sociología, agencias, operadores– *penal especializado* con dos mínimas orientaciones, por un lado, que *despatologice* la infancia y adolescencia y, por otro, que desarrolle un derecho penal que no priorice el castigo.

Bibliografía

Agencia para la reeducación y reinserción del menor infractor de la Comunidad de Madrid. 2008. *Reincidencia delictiva en menores infractores de la comunidad de Madrid: evaluación, características delictivas y modelos de predicción*. Disponible en: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM018014.pdf>

Arenal, Concepción. 1940. *El visitador del preso*. Buenos Aires: Ediciones TOR.

Arfuch, Leonor. 2000. *Crímenes y pecados: de los jóvenes en la crónica policial*. Buenos Aires: Unicef Argentina.

Ciafardini, Mariano y Bondanza, Mirta. 1989. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar.

Axat, Julián. 2011. “La crueldad bondadosa. Sobre las formas no penales del castigo para la niñez y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires”. Trabajo presentado para el Seminario La responsabilidad penal juvenil en la encrucijada: aspectos problemáticos, Fundación Sur Argentina, mayo de 2011. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30021-crueldad-bondadosa-sobre-formas-no-penales-del-castigo-ninez-y-adolescencia-provincia>

Baratta, Alessandro. 1986. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*. México DF: Siglo Veintiuno Editores.

Beccaria, Cesare. 2004. *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Losada.

Becker, Howard. 2009. *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Beloff, Mary. 2004. "Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular". En: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*: 1-45. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Beloff, Mary. 2012. "Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía". *Revista de derecho penal*, 20: 123-138.

Benegas, Perla, coord. 2011. *Estado e infancia: más derechos, menor castigo: por un régimen penal de niños sin bajar la edad de punibilidad*. Neuquén: Educo.

Binder, Alberto. 1997. *Política criminal. De la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bustos Ramírez Juan. 1992. *Un derecho penal del menor*. Chile: Cono Sur Ltda.

Calveiro, Pilar. 2008. *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*. Buenos Aires: Colihue.

Carrara, Francesco. 1996. *Tratado programa de derecho criminal*. Bogota: Temis.

Castel, Robert; Gabriel Kessler, Denis Merklen y Numa Murard. 2013. *Individualización, precariedad, inseguridad. Desinstitucio-*

nalización del presente. Buenos Aires: Paidós.

Cesaroni, Claudia. 2014. *Ningún pibe nace chorro. Argumentos contra la baja de edad de punibilidad*. Documentos de trabajo 3. Buenos Aires: Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (Cepoc).

Christie, Nils. 1992. "Los conflictos como pertenencia". En: *De los delitos y las víctimas*. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc.

Creus, Carlos. 2004. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires. Ed. Astrea.

Cunningham, Hugh. 1991. *Los hijos de los pobres. La imagen de la infancia desde el siglo XII*. Consultado: 22 de septiembre de 2018. http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/los_hijos_de_los_pobres.pdf

Dahrendorf, Ralf. 1971. "Elementos para una teoría del conflicto social". En: *Sociedad y libertad*. Madrid. Ed. Tecnos.

De Gouges, Olympe. 1791. *Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana*. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_los_Derechos_de_la_Mujer_y_de_la_Ciudadana

Demaría, Viviana y José Figueroa. 2007. "10903: La ley maldita". *Topía. Un sitio de psicoanálisis, sociedad y cultura*. Consultado: 22 de septiembre de 2018. <https://www.topia.com.ar/articulos/10903-la-ley-maldita>

Duarte Quapper, Klaudio. 2001. "¿Juventud o juventudes? Versiones, trampas, pistas y ejes para acercarnos progresivamente a mundos juveniles". *Revista Pasos* 93: 14-26

Féré, Charles. 1940. *Degeneración y criminalidad*. Buenos Aires: Editorial Tor.

Ferrajoli, Luigi. 2005. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferri, Enrico. 2006. *Sociología criminal*. Buenos Aires: Ed. Valleta.

Foucault, Michel. 2003. *La verdad y las formas jurídicas*. México DF: Octaedro Editores.

Franz, Alexander y Hugo Staub. 1935. *El delincuente y sus jueces, desde el punto de vista psicoanalítico*. Madrid: Biblioteca Ed. Nueva.

García López, Eric. 2004. "Edad penal y psicología jurídica: La necesidad de una respuesta social al adolescente infractor". *Revista de Psicología*, 2: 13-35.

García Méndez, Emilio y Elías Carranza. 1990. *Infancia, adolescencia y control social en América latina: Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Venezuela: primer informe, San José de Costa Rica, 21 a 25 de agosto de 1989*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Garland, David. 2011. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

Garzón Valdés, Ernesto. 1994. "Desde la 'modesta propuesta' de J. Swift hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños". *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16 (2): 731-743.

Goffman, Irving. 2010. *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.

Gómez Gómez, Darío. 2012. *Mitos sobre la participación adolescente en el delito y la violencia*. San José de Costa Rica: Defensa de Niñas y Niños Internacional (DNI). Sección Costa Rica.

Gustavo Chan Mora. 2011. "Fundamentos psicológicos-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la culpabilidad de los jóvenes". *Revista digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad Costa Rica*, 3: 351-391.

Hartmann, Alicia, Cristina Tara Quaglia y Jimmy Kuffer. 2000. *Adolescencia: una ocasión para el psicoanálisis*. Madrid: Miño y Dávila Editores.

Hernández Basualdo, Héctor. 2007. "El nuevo derecho penal adolescente y la necesaria revisión de su 'Teoría del Delito'". *Revista de Derecho*, 2 (20): 195-217.

Hunt, Lynn. 2010. *La invención de los derechos humanos*. Buenos Aires. Tusquets.

Kessler, Gabriel. 2004. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós.

Larrandart, Lucía. 1989. Informe del Grupo de Investigación de Argentina. En: *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, coordinado por E. García Méndez y E. Carranza, 11-125. Buenos Aires: Depalma.

Lea, John y Jock Young. 2001. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Lombroso, Cesare. 1940. *Causas y remedios del delito*. Buenos Aires: Editorial Tor.

Llul Casado, Verónica. 2015. *¿Enajenados? Responsabilidad en la locura criminal*. Buenos Aires: Ed. Letra viva.

Martínez Sánchez, Mauricio. 1990. *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*. Bogotá: Temis.

Matza, David y Gresham Sykes. 2014. "Delincuencia juvenil y valores subterráneos". *Delito y sociedad*, 38: 119-133.

Matza, David. 2014. *Delincuencia y deriva*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Mayer, Elizabeth y Daniela P. Zuñiga. 2012. "Características psicopáticas en la adolescencia: sistematización teórica". *Universitas Psychologica*, 4 (11): 1197-1207.

McLaughlin, Eugene y John Muncie (comps). 2011. *Diccionario de criminología*. Barcelona: Gedisa.

Mendaña, Ricardo. 2005. "Fiscales y víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal". En: *Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip)*. Consultado: 22 de septiembre de 2018. <http://inecip.org/documentos/ricardo-mendana-fiscales-y-victimas-frente-a-un-nuevo-enfoque-del-conflicto-penal/>

Merton, Robert K. 1964. *Teoría y estructuras sociales*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

Míguez, Daniel. 2008. *Delito y cultura. Los códigos de la ilegalidad en la juventud marginal urbana*. Buenos Aires: Biblos.

Míguez, Daniel. 2010. *Los pibes chorros. Estigma y marginación*. Buenos Aires: Capital Intelectual.

Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Neuquén. 2013. Proyecto de Atención a Adolescentes. Programa de Libertad Asistida.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. 2015. *Vulnerabilidad social, adicciones y prácticas delictivas. Estudio ex-*

ploratorio, descriptivo e interpretativo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

Molinari, Luis. 2000. "El ocaso del Derecho Penal". *Revista de Derecho penal*, 19: 7-17.

Müller, Karina; Ximena Hoffmann, Rodolfo Nuñez, Cristina Vallejos, María Gabriela Innamoratto, Juan José Canavessi, Enrique Palacio, Matías Krause. 2012. *Inseguridad social, jóvenes vulnerables y delito urbano. Experiencia de una política pública y guía metodológica para la intervención*. Buenos Aires: Espacio.

Nateras Domínguez, Alfredo. 2010. "Adscripciones identitarias juveniles: tiempo y espacio social". *El Cotidiano* 163: 17-23. Consultado: 22 de septiembre de 2018. <http://www.redalyc.org/pdf/325/32515913003.pdf>

O'Malley, Pat. 2006. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pesce Lavaggi, Eduardo. 2005. *Aproximaciones al estudio de la culpabilidad en el derecho penal juvenil*. Montevideo: C. Álvarez Editor.

Pires de Caldeira, Teresa. 2007. *Ciudad de Muros*. Barcelona: Gedisa.

Pitch, Tamar. 2003. *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos, justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Platt, Anthony M. 1982. *Los salvadores del niño, o, la invención de la delincuencia*. Medellín: Siglo Veintiuno Editores.

Quiroga, Susana Estela. 1999. *Adolescencia: del goce orgánico al hallazgo del objeto*. Buenos Aires: Eudeba.

Rusconi, Maximiliano. 2009. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

Sozzo, Máximo. 2002. “Tradictore traductor’. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 13: 352-431.

Sozzo, Máximo (comp.). 2009. *Historias de la cuestión criminal en la Argentina*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

Sutherland, Edwin. 2011. “El delito y el proceso de conflicto (1929)”. *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 31: 123-130.

Sykes, Gresham y David Matza. 2004. “Técnicas de Neutralización: una teoría de la delincuencia”. *Delito y sociedad*, 20: 127-136..

Tarde, Gabriel. 2011. *Juventud criminal. Sociología criminal y derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young. 2007. *La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.

Tendlarz, Silvia y Carlos Dante García. 2008. *¿A quién mata el asesino? Psicoanálisis y criminología*. Buenos Aires: Grama.

Tonkonoff, Sergio 2007. “Tres movimientos para explicar por qué los pibes chorros visten ropas deportivas”. En: AA.VV. *Sociología ahora*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Unicef. 1999. “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. *Justicia y derechos del niño*, 1: 9-22.

Viñas, Raúl Horacio. 1983. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, Eugenio. 2013. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue.

Zaffaroni, Eugenio; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2005. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zapiola, María Carolina. 2007. “La invención del menor. Representaciones, discursos y políticas públicas de menores en la ciudad de Buenos Aires, 1882/1921”, Tesis de Maestría en Sociología de la Cultura y Análisis Cultural, Universidad Nacional de General San Martín.

Zapiola, María Carolina. 2009. “Aproximaciones científicas a la cuestión del delito infantil en la argentina. El discurso positivista en los archivos de psiquiatría, criminología y ciencias afines (comienzos del siglo XX)”. En: *Historias de la cuestión criminal en la Argentina*, coordinado por Máximo Sozzo. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Documentos de organismos internacionales

CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA Ser.L/V/II. Doc.78, 13 julio 2011.

CIDH, *Violencia, niñez y crimen organizado*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 40, 11 de noviembre 2015.

Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ), *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, firmada en la ciudad de Badajoz, España, en octubre de 2005, entró en vigor el 1° de marzo de 2008.

Abordaje multidimensional de violencias estatales punitivas y no punitivas sobre la población adolescente-juvenil: aportes para dirimir la trascendente disyuntiva entre bajar o no la edad de punibilidad

Silvia Guemureman

Investigadora del Conicet. UBA y UNRN.

I. Algunas consideraciones preliminares

Desde el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes (OAJ) y el Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (GESPyDH), ambos con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Universidad de Buenos Aires, venimos realizando pronunciamientos en contra de bajar la edad de punibilidad. Cada vez que el tema se agitó en la opinión pública y derivó en una embestida legislativa, nos pronunciamos con alertas informativos y artículos científicos, académicos o de divulgación. El común denominador en todas estas acciones fue el respaldo a través de datos, información fehaciente e investigaciones rigurosas.

Durante el año 2017 se produjo una nueva embestida punitiva, frente a la que nos interesa interponer argumentos fácticos, anclados en los datos duros, que hablan de la estructura social y muestran el despliegue de las agencias de control social reactivo.

Consideramos a los datos como efectos y consecuencias (sean estos deseados o no, buscados o no, lógicos, paradójicos) de políticas públicas. Esto supone entenderlos como productos del Estado que, por acción o por omi-

sión, producen resultados tangibles en sus consecuencias materiales. Estos resultados asumen el carácter de violencias y son violencias estatales cuando el Estado es el perpetrador o aquel que por amenaza, abandono u omisión permite que su reproducción ocurra.

Concentrarnos en las violencias estatales requiere algunas advertencias, ya que si bien, el sintagma incluye al Estado, éste no siempre actúa en forma directa; muchas veces lo hace por omisión. A veces la violencia es material, otras simbólica. Algunas veces las violencias se inscriben en su naturaleza “estructural”, en cambio otras son coyunturales y direccionadas. A veces muestran un carácter inexorablemente punitivo; otras, ese carácter punitivo se halla mitigado y soslayado por otras vulneraciones y restricciones. Por cierto, los adolescentes y jóvenes procedentes de sectores socialmente vulnerables son candidatos a ingresar al sistema penal a partir de la distribución diferencial de oportunidades en clave de selectividad. Y estos adolescentes y jóvenes son, a su vez, receptores de violencias combinadas y concurrentes, por eso proponemos un abordaje multidimensional de las violencias (Guemureman et ál. 2017).

En continuidad con esta consideración de multidimensionalidad del fenómeno de las violencias, creemos necesario elaborar un sistema de indicadores (en adelante, SI) cuyo objetivo sea la medición y el monitoreo de las distintas violencias que concurren en la biografía de los adolescentes y jóvenes candidatos a ingresar al sistema penal. En una terminología cara a la penología actuarial, se podría afirmar que estos adolescentes y jóvenes muestran predictores altos, a partir de los factores de riesgo que se le atribuyen.

Además de contribuir a la elaboración de un sistema de indicadores, y más ampliamente, el artículo busca situar la relevancia de algunos conceptos y categorías de análisis que se inscriben en el campo de los estudios de

la biopolítica y la gubernamentalidad, para reflexionar acerca de las problemáticas vinculadas a los jóvenes sobre quienes se ejercen violencias. En la conjunción de estos estudios, además, se incorpora el concepto de riesgo, como una tecnología de poder que se pone en juego en la intersección de instituciones, saberes y prácticas ejercidas sobre estos jóvenes (Bianchi 2012, 2015).

En primer lugar, interesa subrayar el doble carácter de relación con sí mismo y los otros que comparten las nociones de gubernamentalidad y biopolítica. En segundo lugar, buscamos resituar al riesgo como una tecnología de poder. Postulamos que, por una parte, el riesgo se encuentra vinculado a otras tecnologías, como lo son la peligrosidad y la susceptibilidad. Y, por otra parte, ubicamos al riesgo en la conjunción tensa y en disputa entre la biopolítica y la gubernamentalidad. Precisamente, los jóvenes sobre quienes se ejercen violencias configuran un colectivo o segmento poblacional en el que entre estos campos y perspectivas de estudio exhiben sus tensiones y rispideces.

El campo configurado en Argentina en relación con los debates y conflictos de saberes profesionales acerca de los jóvenes sobre quienes se ejercen violencias constituye un ejemplo fructífero para ubicar líneas de articulación y modos de tensión específicos en los diferentes actores sociales, saberes y prácticas que congregan las problemáticas a ellos asociados. De manera que el estudio de esta configuración fenoménica y problemática posiciona, además, a la juventud como un segmento poblacional emblemático, cuyas trayectorias vitales concitaron históricamente la preocupación de diferentes saberes y suscitaban el accionar de diversos poderes, en pos de su normalización.

Sobre los adolescentes y jóvenes candidatos al sistema penal, prevalece la mirada estigmatizante que los representa socialmente como sujetos de riesgo, y en tal carácter, se

los dota de atributos de peligrosidad social, cuando no política. Una exhaustiva revisión de sus condiciones de vida, de su hacer y estar en el mundo, muestra que los indicadores de vulneración de derechos y de violencias que sufren superan ampliamente –léase esto en clave sociológica– las violencias que eventualmente algunos, y de ninguna manera la mayoría, perpetra.

A fin de acompañar este razonamiento propongo, en primer lugar, reflexionar sobre las violencias, recuperando los fructíferos debates que nos hemos dado al interior de los colectivos de investigación. La conceptualización de la violencia estatal es un punto de llegada, luego de tensar el concepto de violencia, y luego de confrontarlo con otros conceptos dotados de sentidos en disputa, como las violencias institucionales.

En segundo lugar, busco avanzar hacia la construcción de una matriz o sistema de indicadores sobre violencias estatales que permita actualizar en forma permanente la información referida a adolescentes y jóvenes, y brinde insumos para la toma de decisiones en materia de políticas públicas. Las políticas penales así como las políticas sociales son políticas públicas y, en tal carácter, productos del Estado.

Este artículo brinda una primera radiografía con los datos más actuales disponibles, que incluyen datos sociodemográficos, de pobreza, empleo, cobertura sanitaria, tasas de mortalidad joven, tasas de escolaridad y terminalidad educativa, etc. Asimismo, el sistema de indicadores incluye dimensiones acerca de las violencias estatales de carácter punitivo, principalmente las perpetradas por los agentes del sistema penal en los distintos eslabones, desde las fuerzas de seguridad, hasta los espacios de encierro punitivo.

Dado que nuestro pronunciamiento es público y conocido, focalizaré en añadir explicaciones empíricas que sumen al arsenal argumentativo de los legisladores que ten-

drán la responsabilidad de debatir el futuro régimen penal juvenil.

II. Avances en la conceptualización de las violencias estatales

En otro escrito (Guemureman et ál. 2017) recorrimos algunas producciones del campo de los estudios sociales sobre la temática de la violencia, como puntapié para una base teórica que propendiera a la discusión acerca de la violencia estatal.

De ese entramado de escritos, destacamos a los fines de este artículo la perspectiva de Michel Foucault, quien aportó al concepto de violencia desde su análisis del poder. La perspectiva foucaultea permite jerarquizar a la violencia en su faz productora de subjetividad, ya que parte de una concepción relacional del poder (vinculado con el saber) que implica la inmanencia de la resistencia.

Un aporte de Foucault a la discusión respecto de la relación entre poder y violencia viene dado por su esquematización del poder en dos planos. Un plano está dado por el esquema de la dominación-represión, que se formula en términos de la oposición entre lucha y sumisión. Otro plano reside en el esquema de contrato-opresión planteado en la oposición entre los pares legítimo-ilegítimo. Según este esquema contractual, de uso e interpretación generalizados y del cual Foucault se aparta, la opresión se presenta meramente como el abuso de los términos que plantea el contrato. Ahora bien, la perspectiva del abuso es la que precisamente obtura la percepción de violencia. En contraposición, la represión, en tanto continuación de una relación de dominación, permite poner en evidencia a la violencia: “la represión no sería más que la puesta en práctica en el seno de esta pseudo paz, de una relación perpetua de fuerza” (Foucault 1991, 144).

A la vez, la concepción foucaultea sobre la violencia se anuda a la noción de goberna-

mentalidad. Foucault realizó una genealogía de los modos de gobierno liberal y sus tecnologías de poder, y marcó que la gubernamentalidad se manifiesta en una doble dimensión microfísica y macrofísica del poder, al designar por un lado a formas de poder ejercidas sobre personas específicas en su calidad de seres vivos (anatomopolítica) y por otro, al señalar los efectos del poder en los sujetos en tanto miembros de una población (biopolítica) (Foucault 2006).

El esquema de Foucault aporta a la noción de violencia porque subraya el carácter relacional del poder y vincula su ejercicio con diferentes niveles de acción. Conducir conductas, modelarlas, orientarlas, incidir en ellas es algo que acontece tanto a nivel individual como colectivo; esta doble dimensión es una clave para aproximarse también a una racionalidad política que calcula y mide su fuerza en función de la resistencia que se le opone.

En el antedicho artículo (Guemureman et ál. 2017) profundizamos un análisis de las nociones de violencia estatal (Weber 2008, Vacas Mora 2015, Oszlak 1980 1985), institucional (Guemureman y Gugliotta 1998, Perelman y Tufro 2017; Tiscornia 2016; Pita 2010) y punitiva, fundamentando el concepto de violencia estatal punitiva como una noción que permite captar analíticamente aquellas violencias punitivas ejercidas en carácter de castigo, retribución o sanción por parte de agentes públicos autorizados para mantener el orden social.

En virtud del trabajo de recuperación de las diferentes nociones y matices en torno a las violencias, desde el OAJ y el GESPYDH abogamos por el uso del concepto de violencia estatal como un marco específico y diferenciado para dar cuenta de violencias que exceden y trascienden el marco de las instituciones en general, y que son consecuencia inequívoca y específica de la acción u omisión por parte de agencias del Estado.

Más puntualmente, al interior del Estado,

las violencias son múltiples. Abarcan las violencias punitivas y no punitivas, hospitalarias, obstétricas, laborales, de género, entre muchas otras. A la vez, se expresan tanto en forma material como en forma simbólica. La violencia material puede ser directa, a través del uso de la fuerza; o indirecta, mediante la denegación o privación de un derecho. La violencia simbólica se expresa en significados socialmente contruidos a través de procesos de producción de sentidos o etiquetas estigmatizantes que producen exclusiones, discriminación y activan procesos desubjetivantes en los que los jóvenes terminan siendo uno de los blancos dilectos.

Este carácter de blanco dilecto se hace patente al considerar una de las variantes de la violencia estatal, que desde el OAJ y el GESPYDH denominamos violencia punitiva estatal por omisión, y que Perelman-Tufro (2017) caracterizan como la “responsabilidad por ausencia estatal y/o exclusión social”, identificada en el trabajo etnográfico por Tiscornia (2016) y Pita (2016a; 2016b), quienes en sus estudios sobre la categoría “violencia institucional” por parte de jóvenes militantes barriales, describen cómo estos colectivos la utilizan como una forma de dar visibilidad a muertes violentas de chicos, aun cuando no hubo en esos casos policías implicados. “Estas formas de responsabilidad estatal [...] marcan una complejización de tramas de agentes perpetradores de violencia, en las que la participación de funcionarios públicos supone formas diferentes de responsabilidad y, por ende, del carácter estatal o institucional de la violencia” (Perelman y Tufro 2017, 11).

Con el postulado de inscribir esta multiplicidad de terminologías de investigadores y organismos en un diálogo conceptual, en el OAJ sostenemos que cuando la violencia punitiva es ejercida en carácter de castigo, retribución o sanción por parte de agentes públicos autorizados para mantener el orden social, estamos en condiciones de especificar

y caracterizar estos fenómenos como de violencia estatal punitiva.

III. Hacia un sistema de indicadores sobre violencia estatal

En este apartado avanzo sobre el diseño de un sistema de indicadores para la medición de las violencias estatales que se ejercen sobre adolescentes y jóvenes. El objetivo es generar una matriz de datos que permita observar la evolución de las violencias multidimensionales y que sirva como instrumento para el monitoreo de su ejercicio.

Para ello se apunta a disponer de un mapa de indicadores que dimensione la situación estructural de los adolescentes y jóvenes candidatos al ingreso al sistema penal. Mostrando en simultáneo las violencias por omisión que sufren, la ausencia de políticas públicas proactivas que instrumenten derechos (DESC) y por otro lado, las violencias por acción, especialmente las punitivas estatales, se actualiza en forma permanente la pretensión de suministrar insumos contundentes que ratifiquen y realimenten la tesis contraria a bajar la edad de punibilidad, a la vez que muestren la necesidad de reforzar el sistema de protección integral e “imposibilidad” de pensar en el sistema penal como solución de los problemas sociales.

Los indicadores a ser leídos deben ser previamente seleccionados y organizados en tres grupos, según informen y reporten sobre la estructura social en perspectiva dinámica, atendiendo a la variabilidad y a las coyunturas específicas (estadísticas demográficas, mediciones de pobreza, mercado de trabajo, estadísticas sanitarias y educativas); según brinden información sobre políticas públicas, coberturas, alcances y restricciones (políticas y programas específicos de tipo educativo, cultural, recreativo, sanitario, preventivo, entre otras modalidades, orientados a colectivos

de adolescentes y jóvenes); o según informen sobre el ejercicio de las agencias públicas estatales en su faz punitiva (aprehensiones y detenciones por parte de distintas fuerzas de seguridad, violencias asociadas a intervenciones, tránsito por espacios judiciales y de privación o restricción de libertad). En todos los casos, los indicadores proceden de estadísticas confeccionadas con finalidades específicas (judiciales, relevamientos de dispositivos penales) y de informes que añadan valor agregado a los datos “crudos” a través de análisis y cruces de variables.

Por lo general, los sistemas de indicadores se organizan en función a una o a un conjunto de normas (convenciones, leyes, acuerdos, etc.) que orientan la lectura y alcance de los indicadores. Como ejemplo conocido, el Protocolo de San Salvador¹ impuso un conjunto de indicadores que permitirá monitorear para cada Estado el cumplimiento o no del instrumento. No siempre debe ser un solo instrumento, por ejemplo el sistema de indicadores involucrado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas², se basa inicialmente en un acuerdo entre todos los países miembros para alcanzar un conjunto de metas comunes y se apoya en los distintos instrumentos y convenciones de Naciones Unidas en derechos humanos.

En el caso del sistema de indicadores sobre violencia estatal, el marco son la Convención sobre los Derechos del Niño³ y la

1 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado por la Asamblea General (OEA), A-52, 17 de noviembre de 1988.

2 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), adoptados por la Asamblea General (ONU), septiembre 2015.

3 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

ley 26.061⁴. Asimismo, para cada dimensión existen marcos normativos específicos internacionales y nacionales.

IV. Dimensiones para el monitoreo de las violencias estatales y el problema de las fuentes

La primera dificultad para el diseño del SI es determinar la población de estudio y homologar en las fuentes existentes los criterios de corte. En Argentina, según datos del Censo 2010, la población total ascendía a 40.117.096. De este total, el 25,5% estaba compuesto por personas menores de 15 años; en tanto el segmento comprendido entre 15 y 24 años (el rango aceptado por Naciones Unidas), representaba el 16% del total del país, con una distribución homogénea según sexo.

La caracterización de la población comprendida entre 15 y 24 años conserva la desagregación por intervalos etarios que propone el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC) para los datos censales y de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH)⁵. En este recorte se inscribe la franja que disputan los proyectos de responsabilidad penal juvenil, según propongan o no bajar la edad de punibilidad establecida hasta la fecha con el aún vigente régimen penal de la minoridad (ley 22.278). El segmento de 14 y 15 años es el blanco de la disputa entre el sistema penal y el sistema de protección de derechos; sin embargo, las fuentes no permiten obtener los valores desagregados en el segmento específico de 14 y 15 años.

4 Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes N° 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005.

5 Sería más preciso caracterizar la franja etaria desde los 14 años y, óptimo, realizar un análisis específico del segmento de 14 y 15 años, en relación con el de 16 y 17. Lamentablemente, la agregación de los datos en algunos casos, y la naturaleza de la fuente en otros, no permite hacerlo.

Se impone, entonces, realizar algunas aclaraciones metodológicas y conceptuales. En la medida de lo posible, conservamos el límite inferior de 15 años, aun cuando el óptimo sería disponer de la información para el segmento de 13, 14 y 15 años, toda vez que sobre ellos se ha lanzado una ofensiva feroz y son candidatos por excelencia para ingresar al sistema penal. Para mostrar el despliegue de la cadena punitiva en los eslabones de aprehensión policial, justicia y encierro punitivo es importante captar lo que sucede con los adolescentes no punibles. El contrapunto son los indicadores de protección, a través de coberturas y programas, en los que ingresan menores de 15 años. Hemos tratado de captar esta fracción ya que constituye el segmento a apuntalar mediante el sistema de protección de derechos para sustraerlo a la penalización. El límite superior fluctúa conforme al material de análisis (18, 19, 21 y 24 años).

La franja de 15 a 24 años concentraba en 2010, el 16% de la población de la Provincia de Buenos Aires y el 14% en la CABA. La distribución según sexo era equitativa en PBA, en tanto en CABA se registró una leve prevalencia masculina.

Según el informe del INDEC del segundo semestre de 2017, la desagregación por condición de pobreza –que no se presenta por aglomerados– da cuenta de que el 39,7% (45,8)⁶ de la población comprendida entre 0 y 14 años es pobre, y también lo es el 31,3% (36,2)* de 15 a 29 años. Dentro del segmento de “pobres” (indigentes y no indigentes), el 33,9% de los pobres está comprendido entre los 0 y los 14

6 Los valores entre paréntesis y con * corresponden a porcentajes del primer trimestre 2017.

años y el 29,5%, entre los 15 y los 29. Además de la medición por NBI se utiliza la medición de pobreza por ingresos⁷, y esta medición se actualiza permanentemente con las Encuestas de Gastos e Ingresos de los Hogares (ENGHo)⁸.

Según el informe del INDEC del segundo semestre 2017, la población bajo la línea de pobreza en los partidos del Gran Buenos Aires⁹ alcanzó el 17,4% (25,6)* de hogares y al 25,5% (34,6)* de personas que residen en hogares, equiparando el promedio a nivel nacional del 17,9% (21,5)* de hogares y 25,9% (30,3)* de personas.

Según esta misma medición, la línea de indigencia alcanzó al 4,6 % (5,8)* de hogares y al 6,2% (7,5)* de personas de los partidos del GBA por encima de la media nacional de 3,5% (4,5)* y 4,8% (6,1)* y en la región pampeana, la misma alcanzó al 3,1%

7 Son distintos tipos de medición. Brevemente, el cálculo de hogares y personas bajo la Línea de Pobreza (LP) se elabora en base a datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH). Para calcular la incidencia de la pobreza se analiza la proporción de hogares cuyo ingreso no supera el valor de la Canasta Básica Total (alimentos más otros bienes y servicios). En la medición de indigencia se toma la proporción cuyos ingresos no superan la canasta básica de alimentos.

8 En diciembre de 2017, la ENGHo fijó la canasta básica de alimentos (línea de indigencia) entre \$1870,58 (noreste) y \$2221,58 (Patagonia) pesos por adulto equivalente, en tanto, se toma una canasta básica total entre \$4358,45 y \$6331,50 por adulto equivalente, según regiones. Cf. https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/publicaciones/indecinforma/indec_informa_04_18.pdf

9 El Gran Buenos Aires comprende también la Ciudad de Buenos Aires. Para CABA el registro fue de 5,6% hogares y 9% personas. Justamente por esta distorsión, la fuente de la EPH se tomó solamente en los casos en los que no se encontró una fuente más adecuada.

(4,7)* de hogares y al 4,1% (6,7)* de personas¹⁰. En CABA, la indigencia alcanzó al 1,6% (2)* de hogares y al 2,5% (2,3)* de personas.

IV.1. Trabajo

La inserción de los jóvenes en la estructura productiva, su condición ocupacional y el tipo de ocupación prevalente, pueden consultarse en los informes que publica el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS).

Según el último reporte de la EPH (cuarto trimestre 2017)¹¹, la tasa de desocupación general (desocupación abierta) para todo el país fue 7,2% y la subocupación fue 10,2%. La tasa de desocupación fue más alta en mujeres que en varones (8,7% a 6,1%). No se informó desagregación por género para la subocupación.

En jóvenes, la tasa de desocupación fue muy superior a la tasa general. En el informe del primer trimestre de 2017, ésta alcanzaba al 24,4% de la población de hasta 24 años de edad.

Para el GBA, alcanzó al 27,1% mientras que en CABA, fue de 22,7%. En los 24 aglomerados del GBA alcanzó un preocupante 28,1%, es decir, casi 1 de cada 3 jóvenes estaban desocupados al primer trimestre de 2017¹².

10 La región pampeana comprende zonas de alta concentración de riqueza en la Argentina.

11 https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/EPH_cont_4trim17.pdf

12 El informe de prensa del cuarto trimestre reporta la tasa de desocupación hasta 29 años, diferenciando hombres (11,4%) y mujeres (18,8%). Los datos aparecen desagregados por aglomerados, y detalla que en GBA fue de 12,8% y de 25,9%, respectivamente. Al desagregar el GBA, se evidencian las disparidades entre varones y mujeres.

La desagregación según la rama de actividad da cuenta que los jóvenes entre 15 y 17 años, cuando tienen una ocupación, es precaria, en ramos informales (construcción, reparaciones y servicios varios, servicios de comida e industria manufacturera). Esta caracterización no difiere en las jurisdicciones estudiadas. A medida que aumenta la edad, se diversifican las ocupaciones, siendo evidente que determinadas posiciones solo estarán disponibles para formaciones profesionales calificadas.

La estructura de oportunidades de jóvenes de sectores socialmente vulnerables oscilan entre ocupaciones precarias y erráticas en ramas de baja calificación, informales, y ocupaciones que van de las ilegalidades a la delincuencia. Según informes que elabora la Subsecretaría de Políticas, Estadísticas y Estudios Laborales, en el último trimestre del 2014, solo el 7,8% de la población de 15 a 24 años que trabajaba tenía calificación técnica; el 40,2% no tenía ninguna calificación, y el 50,5% tenía calificación operativa¹³.

IV.2. Salud y cobertura sanitaria

Para componer el escenario de los jóvenes urbanos de hoy, otros datos deben ser tenidos en cuenta, como la cobertura de salud y la situación frente al sistema educativo¹⁴.

Respecto a la cobertura sanitaria, el Censo 2010 informó que el 35,4% de la población residente en hogares particulares no tenía esta cobertura.

En los 24 aglomerados del GBA, la

13 MTEySS, Subsecretaría de Políticas, Estadísticas y Estudios Laborales. Dirección General de Información y Estudios Laborales, en base a EAHU (INDEC).

14 Datos del Censo Nacional de Población y Viviendas (2010/INDEC).

cobertura sanitaria superaba al resto de la provincia (38,4 a 30,1%).

Según la ENAPROS (Encuesta de Protección y Seguridad Social)¹⁵, el registro es más preocupante en los 24 partidos donde el 50% está sin cobertura. Este guarismo es más alto que el de GBA, que fue de 46,6%, y en CABA registró el 26,4%, o sea uno de cuatro niños, niñas y adolescentes no goza de cobertura sanitaria, debiendo atenderse en hospitales públicos.

De las estadísticas elaboradas por el Sistema de Estadísticas del Ministerio de Salud, surge información exhaustiva sobre la muerte de adolescentes de 10 a 19 años, clasificada según causa de defunción, sexo y jurisdicción¹⁶.

A partir de datos informados para 2015, sabemos que se produjeron 3.553 muertes de adolescentes de 10 a 19 años, lo que implicó una tasa del 5 por 10000. La cantidad de muertes aumentan con la edad. Así, en 2015 murieron 113 adolescentes de 10 años, y 677 de 19. Se produjeron 625 decesos de niños entre 14 y 15 años, que representaron un 17,59% del total de fallecimientos. Según género, mu-

15 La Encuesta de Protección y Seguridad Social (ENAPROSS II) es realizada por el MTEySS entre noviembre de 2014 y diciembre de 2015, y sus datos son representativos de la población y hogares de la CABA, los 24 partidos del Gran Buenos Aires y localidades de 5000 o más habitantes de las provincias de Catamarca, Corrientes, Chaco, Jujuy y Río Negro (el 45% de la población que reside en localidades de 5000 y más habitantes en todo el país). La Encuesta brinda información sobre Gran Buenos Aire, dominio estadístico integrado por CABA y los 24 partidos del GBA.

16 Cf. <http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/2016/06/BoletinNro152.pdf> y <http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/2017/06/BoletinNro155Adolescentes.pdf>. El informe amplía el segmento adolescente ubicando a los niños desde los 10 años.

rieron más varones que mujeres: el 79,25% de las muertes correspondieron a varones.

Si miramos las causas de fallecimiento tenemos que el mayor porcentaje de muertes adolescentes se producen por causas externas (59,49%), pero mientras en varones las agresiones y otras violencias explican el 17% de los decesos, y los suicidios, otro 20%; en mujeres, un 25% se corresponde con suicidios y sólo un 10% con agresiones y otras violencias. En ambos casos, el 50% de los decesos se explica por diferentes tipos de accidentes.

En CABA, los decesos fueron 122 y en Buenos Aires, 1148. De éstos, 754 se produjeron en el conurbano. De los 2946 varones fallecidos, 27,52% murió en Provincia de Buenos Aires, y de esos, más del 60% en los partidos del GBA.

IV.3. Educación

Respecto a la inserción en el espacio educativo, la implementación de programas sociales de transferencias condicionadas de ingresos –como la Asignación Universal por Hijo (AUH) desde el año 2009, sumado a la obligatoriedad de la escuela secundaria consagrada por la ley 26.206/2006– produjo efectos paradójicos en el escenario del país, que deben tenerse en cuenta en la lectura de los indicadores relativos a este eje. Por un lado, se logró mayor inclusión formal en la escuela, es decir, una mayor permanencia en espacios escolares; sin embargo, esta dinámica está escindida de los indicadores de fracaso escolar (repetencia, sobreedad y deserción).

Según el Censo 2010, el 81,6% de adolescentes comprendidos entre 15 y 17 años concurría a la escuela, mientras que la proporción de asistentes entre 18 y 24 años era del 37,3%.

En provincia de Buenos Aires, la distribución para el segmento de 15 a 17 años fue de un 83% de asistencia en el interior de la PBA y de un 86% en el conurbano. No obstante estas cifras, la terminalidad educativa del secundario solamente alcanzó un 50%. En Ciudad de Buenos Aires, los porcentajes fueron más alentadores: en el segmento de 15 a 19 años, el 22,8% terminó el colegio secundario, y el porcentaje se elevó al 79,2% en el segmento de 20 a 24 años.

Según los últimos datos elaborados por el Instituto de Políticas Educativas (UNESCO), en 2015 en Argentina la terminalidad educativa secundaria para jóvenes urbanos de hasta 20 años fue de 62,1%¹⁷.

La Dirección Nacional de Información y Evaluación de la Calidad Educativa (DIN-NIE) realiza relevamientos anuales. Los últimos datos publicados corresponden a 2015 e informan la cantidad de egresados según año, jurisdicción y modalidad, pero no la tasa de terminalidad educativa. El Anuario consigna que en 2015, egresaron 324.276 jóvenes de la escuela secundaria, de los cuales el 45,73% correspondió a las jurisdicciones de CABA y PBA. El porcentaje de egreso de mujeres fue más alto que el de varones (57,6%)¹⁸.

Los titulares de derecho de la AUH y la Asignación Familiar por Hijo / Hijo Discapacitado en todo el país alcanzaban, a junio de 2017,

17 Los datos no incluyen zonas rurales, y están disponibles en “Universalizar el acceso y completar la educación secundaria. Entre la meta social y la realidad latinoamericana. Datos para el Debate”, en <http://www.siteal.iipe.unesco.org/debates/55/educacion-secundaria-entre-universalizacion-y-terminalidad>.

18 Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/educacion/planeamiento/info-estadistica/anuarios>

3.846.848, de los cuales el 25% estaba comprendido en las franjas de 12 a 14 y de 15 a 17 años¹⁹.

La ENAPROS también aporta datos relevantes para dimensionar la percepción de planes y programas de TCI de los NNyA (0 a 17 años). El informe del 2015 consigna que en el GBA el 64,7% de los NNyA estaban cubiertos por transferencias monetarias (47,5 % en CABA; 68,6% en 24 partidos del GBA). Estas transferencias se clasificaron según fueran: 1) asignación familiar (AF), 24,6%; 2) AUH, 34,6%, y 3) pensiones no contributivas, 3,6%. Un 22,7% de NNyA quedaron excluidos por normativa (por exceder los ingresos o por ser monotributistas y todavía en 2015 quedaban excluidos). El restante 12,5% estaban excluidos de toda cobertura²⁰. El 35,8% de la población de NNyA del primero y segundo quintiles en el GBA percibía AUH, porcentaje que se elevaba al 40% si nos circunscribimos a los 24 partidos. En forma inversa, descendiendo la proporción de NNyA que perciben AUH en CABA: alcanza el 15,5% de los NNyA del primero y segundo quintil.

La Encuesta también muestra cómo la AUH incidió en la asistencia a la escuela hasta los 17 años. Si bien no parangona el registro de asistencia al de terminalidad educativa secundaria, cabe destacar que el porcentaje de asistencia de adolescentes comprendidos en-

tre 6 y 17 años fluctúa en el rango de 99,3% para el intervalo de 6 a 10, y 87,8% para el de 16 y 17 años en los 24 partidos del conurbano.

V. Las violencias estatales punitivas

La cadena punitiva se compone de diferentes eslabones: en primer lugar, las fuerzas de seguridad, que intervienen en territorio y tienen la facultad de aprehensión de los adolescentes y jóvenes. Muchas veces, las interacciones entre efectivos de seguridad y jóvenes transcurren en territorio sin traducirse en detenciones efectivas y, eventualmente, en registros estadísticos. De modo que aquello que les sucede a adolescentes y jóvenes en la calle no es factible de ser cuantificado exhaustivamente, ya que no queda registro contable que permita documentar las interacciones entre las agencias y los jóvenes.

En diagnósticos anteriores sobre el estado de los indicadores para mensurar la justicia juvenil en la Argentina (Guemureman 2009, 2010 y 2015) señalamos algunos problemas para la construcción de indicadores judiciales. En cada ocasión, se reconocieron avances realizados y se consignaron desafíos aún pendientes. Por cierto, el primer indicador, *Número de niños aprehendidos durante un período de 12 meses por población de 100.000 niños*, es uno de los que menos se ha avanzado. Las fuerzas de seguridad no brindan datos concretos sobre las detenciones. Los datos que desde 2014 publica el Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC) del Ministerio de Seguridad, a cargo de la confección de estadística criminal, no discriminan franjas de edad.

Por cierto, los datos vinculados a la institucionalización, ingreso y egreso de dispositivos penales están actualizados y según jurisdicción, hay más de una fuente (OAJ 2017). Así, a nivel nacional, se cuenta con el relevamiento anual de la Dirección de Política

19 Disponible en: [//www.anses.gob.ar/institucional/datos-abiertos/asignaciones-universales/](http://www.anses.gob.ar/institucional/datos-abiertos/asignaciones-universales/)

20 Todos estos datos reconocen variaciones entre CABA y 24 partidos del conurbano.

Criminal del Ministerio de Justicia²¹ y a nivel jurisdiccional, valga por caso en la Ciudad de Buenos Aires, la Base General de Datos, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, que sistematiza y difunde información²².

Según el Relevamiento de NNyA en conflicto con la ley penal privados de libertad, la población de personas menores de edad en dispositivos penales en 2014 era de 1142, un 98% varones y un 2% mujeres. Entre ellos, 101 eran menores no punibles, lo que representa un 9% del total. Un 43% de adolescentes alojados en instituciones penales había cometido hechos delictivos con anterioridad, mientras que el 57%, en cambio, eran primarios.

La desagregación por delitos muestra que los jóvenes, mayoritariamente, cometen delitos contra la propiedad (en forma prevalente el robo, consumado y tentado), luego prosiguen los homicidios dolosos (consumados y tentados), las lesiones son, en porcentaje, mucho menores, y el resto de los delitos son poco representativos.

Según el relevamiento realizado por la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia (SENNAF) en abril del 2015, los adolescentes y jóvenes comprendidos en dispositivos de restricción o privación de libertad eran 1477, 1305 en establecimientos cerrados de privación de libertad y 172 en residencias educativas.

Una muy baja proporción de jóvenes alojados en establecimientos penales estaban condenados –menos de 1 de cada 10–, mientras que 8 de cada 10 tienen el proceso penal en curso. El resto de casos, un 8,1%, son adolescentes no punibles bajo medidas de seguridad. La gran mayoría es defendida por un letrado oficial (90,6%). Sólo un 10% es asistido por un letrado particular.

Para describir los tiempos de internación, la SENNAF desagrega los intervalos temporales de la siguiente manera: lapso inferior a 4 meses, lapso comprendido entre 4 y 6 meses, lapso comprendido entre 7 meses y un año, y lapsos superiores al año. El 60,8% de los jóvenes tuvieron una permanencia menor de cuatro meses al momento del relevamiento, un 16,8% entre 4 y 6 meses; un 13,5% entre 7 meses y 1 año, y un 10% lapsos superiores al año.

La información más actualizada para CABA corresponde a informes que mensualmente publica la Procuvin²³ con datos de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CDNNyA) de la Ciudad de Buenos Aires²⁴.

En diciembre de 2017, 202 NNyA se encontraban alcanzados por alguna medida en dispositivos del CDNNyA por orden de juzgados o tribunales nacionales de menores. De éstos, 88 se encontraban privados de libertad, 71 en centros cerrados, 17 en residencias semiabiertas y 114 en dispositivos de supervisión y monitoreo.

Si queremos centralizarnos en las violencias punitivas más duras, disponemos de información de la Ciudad de Buenos Aires, en donde la Procuvin relevó los expedientes de denuncias radicadas durante 2017 en la Oficina de Sorteos, dependiente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correc-

21 <http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-de-politica-criminal/ninos,-ninas-y-adolescentes-en-conflicto-con-la-ley-penal.aspx>

22 <https://www.csjn.gov.ar/bgd/Estadisticas>

23 Procuraduría de Violencia Institucional dependiente de la Procuración General de la Nación.

24 Cf. <https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2018/02/Reporte-NNyA-diciembre-2017.pdf>

cional, por hechos caratulados como apremios ilegales y/o vejaciones que tienen por víctimas a NNyA. En total, registró 251 causas.

La mayor cantidad de denuncias (90%) fue realizada por el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (GCBA).

Una muestra de 80 causas, seleccionadas entre las que tuvieron inicio el primer semestre de 2017, mostró que:

- La Policía de la Ciudad fue la principal fuerza denunciada en el período, representando el 89% del total de denuncias.
- Dentro de las fuerzas federales, Policía Federal y Gendarmería Nacional fueron las más denunciadas, representando respectivamente el 4,8% y el 3,6% del total.
- 38 de las 54 comisarias en funciones obtuvieron al menos una denuncia por apremios ilegales contra NNyA.

Esto indicaría que el delito de apremios ilegales da cuenta de la extensión de este tipo de práctica policial en la CABA.

Sobre las víctimas, la gran mayoría fueron jóvenes varones, no pudiéndose establecer con precisión las edades en el estadio del relevamiento. Sobre la actuación de la justicia al 1° de marzo de 2018, el 76% de la muestra se encuentra archivada, reservada, desestimada o bien con sobreseimiento de los imputados.

De lo presentado se desprende que adolescentes y jóvenes sufren diversas violencias punitivas en contextos de encierro punitivo, y que éstas también alcanzan a adolescentes no punibles. Este sencillo indicador desmiente el mito que circula sobre que a los no punibles “no les sucede nada”. Más bien, les suceden cantidad de infortunios y es imperativo sustraerlos del ingreso al sistema penal, habida cuenta que se trata de los mismos sujetos cu-

yos indicadores sociodemográficos muestran una vulneración de derechos que confluye en violencias concurrentes y combinadas.

VI. Hacia un enfoque multidimensional de las violencias que sufren adolescentes y jóvenes: violencias concurrentes y combinadas

A partir de los datos presentados, es evidente que en materia de información persiste una deuda enorme, toda vez que la fragmentación, falta de sistematicidad, temporalidades y estacionalidades divergentes, la ímproba labor de homogeneizar categorías etarias y categorías de análisis, dificulta una lectura integrada de indicadores que describan a adolescentes y jóvenes de modo accesible e inequívoco conforme a quiénes son, dónde están, cómo viven, cuál es su composición familiar, cuánto estudian, cómo tratan su salud, cómo transitan el espacio público, y cuáles son sus experiencias biográficas significativas.

Este desconocimiento se prolonga en los escritorios de los responsables de diseñar políticas públicas que suponen sujetos destinatarios de programas y acciones bajo conjeturas y expectativas que no siempre tienen asidero y, con mucha frecuencia, se encaminan hacia el fracaso, o al menos, al reconocimiento de las limitaciones inherentes y derivadas.

Cuando se trata de políticas públicas de promoción de derechos, el saldo es la constatación de una cantidad variable de sujetos potencialmente destinados a ser cubiertos por políticas y programas que no se cumplen y de objetivos que no se realizan. Usualmente, se subestima la cantidad de destinatarios potenciales y muchos quedan afuera. En otros casos, se sobreestiman las capacidades en juego y la pretensión de autoactivación, que conjuga derecho con mérito, naufraga. Los derechos permanecen vulnerados y los sujetos prolongan su estatuto de vulnerables.

Cuando se trata de políticas criminales, sea que asumen en rango de políticas penales, políticas de gestión de riesgos o políticas de seguridad, el error de cálculo tiene consecuencias más gravosas, sobre todo para el segmento de adolescentes y jóvenes percibidos socialmente, *a priori*, como sujetos peligrosos, o al menos “de cuidado”, ya que se contabilizan en detenciones policiales –o multiagenciales–, muertes violentas, hostigamiento, prisionalización y amplificación de vulneraciones de derechos que eran previas, y no pueden sino profundizarse.

Cada vez que se agita la discusión sobre la reforma de la legislación penal destinada hacia adolescentes y jóvenes, se reedita la necesidad urgente de disponer de una matriz de indicadores que cuantifique pero, sobre todo, haga una descripción densa de lo que le pasa a los adolescentes y jóvenes candidatos a ser capturados por el sistema penal en una perspectiva multidimensional, en relación a su realidad fundante y estructural, en relación a su tránsito por las instituciones y de cara a sus posibilidades reales y efectivas de desarrollo. Dicha matriz, probablemente, dibuje una cartografía sociodemográfica que permita “leer los indicadores” en clave de elucidar vulneraciones de derechos y, por lo tanto, distintos tipos de violencias: estructurales, morales, estatales punitivas y estatales por omisión.

Los indicadores presentados constituyen una propuesta inicial dentro de la matriz que se quiere elaborar. Otros indicadores y fuentes pueden ser añadidos para el desarrollo de un sistema más abarcativo. Entre ellos, algunas variables de orden cualitativo que den cuenta del desarrollo –o ausencia de– normas, reglas, instituciones y políticas públicas. El censo 2010 y las fuentes mencionadas permiten establecer una línea base para la medición y seguimiento de las violencias estatales.

Bibliografía

Bianchi, Eugenia. 2012. “El problema del riesgo. Notas para una reflexión sobre los aportes surgidos de la usina genealógica en torno al concepto de riesgo en salud mental”. *Espacios Nueva Serie*, (1) 84-97.

Bianchi, Eugenia. 2015. “El futuro llegó hace rato. Susceptibilidad, riesgo y peligrosidad en el diagnóstico y tratamiento por TDAH en la infancia”. *Revista de Estudios Sociales*; (1) 185-199.

Foucault, Michel. 1991. “Curso del 7 de enero de 1976”. En: *Microfísica del poder*, editado por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, 133-146. Madrid: La Piqueta.

Foucault, Michel. 2006. *Seguridad, territorio, población*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Guemureman, Silvia. 2010. “Algunos problemas para la construcción de indicadores judiciales. Una pincelada del funcionamiento de la justicia nacional de menores”, en *Avances y Desafíos de un Sistema Penal Juvenil en construcción*. Publicación de las presentaciones realizadas en Seminario internacional sobre Sistema Penal Juvenil realizado en el año 2009 y coorganizado por la Defensoría General de la Nación, la Secretaría Nacional de Niñez y Unicef-Argentina. Disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf

Guemureman, Silvia. 2015. “Diagnóstico sobre indicadores de justicia penal juvenil. Avances y desafíos pendientes”. Presentación en el marco del curso de capacitación sobre “Responsabilidad Penal Juvenil en cumplimiento de la sentencia Mendoza y otros c/ Argentina”, organizado por la Dirección de

SILVIA GUEMUREMAN

Derechos Humanos del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.

Guemureman, Silvia y Adriana Gugliotta. 1998. "Aportes para la reflexión acerca de la violencia perpetrada sobre los niños, niñas y adolescentes". En: *Violencia Social y Derechos Humanos*, editado por Inés Izaguirre. Buenos Aires: Eudeba.

Guemureman, Silvia, Alejandra Otamendi, Joaquín Zajac, Joanna Sander, Eugenia Bianchi. 2017. "Violencias y Violencias estatales: hacia un ejercicio de conceptualización". *Revista Ensamblés*, (1), 12-25.

Observatorio de Adolescentes y Jóvenes (OAJ). 2017. "Informe de Coyuntura Nro 10. El sistema penal por dentro: justicia y encierro punitivo para adolescentes y jóvenes en la Argentina". Disponible en: <http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/2017/12/12/informe-de-coyuntura-nro-10-el-sistema-penal-por-dentro-justicia-y-encierro-punitivo-para-adolescentes-y-jovenes-en-la-argentina/>

Oszlak, Oscar. 1980. *Políticas Públicas y Regímenes Políticos: Reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas*. Buenos Aires: CEDES.

Oszlak, Oscar. 1985. *La formación del Estado Argentino*. Argentina: Planeta.

Perelman, Marcela y Manuel Tufró. 2017. *Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central*. Buenos Aires: CELS.

Pita, María Victoria. 2010. *Formas de morir y formas de vivir. El activismo contra la violencia policial*. Buenos Aires: Editores del Puerto/CELS.

Pita, María Victoria. 2016a. "Pensar la Vio-

lencia Institucional: vox populi y categoría política local". *Revista Espacios de Crítica y Producción*, 53. Buenos Aires: Secretaría de Extensión y Bienestar Estudiantil, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.

Pita, María Victoria. 2016b. "Violencia institucional y activismos locales: traducciones de una categoría política o la historia de un mural", Ponencia presentada en las VIII Jornadas de Investigación en Antropología Social "Santiago Wallace", Grupo de Trabajo 23 "violencia estatal y procesos de demanda de derechos: políticas, burocracias y activismo". Buenos Aires, 27 al 29 de julio.

Tiscornia, Sofía. 2016. "Algunas reflexiones sobre la violencia institucional como cuestión de derechos humanos", II Jornadas de la Red de Estudios de Represión, 22 de abril de 2016.

Vacas Mora, Víctor. 2015. "Estado de violencia, violencia de Estado. Reflexiones antropológicas en torno a la guerra, la violencia y el Estado". *Revista de El Colegio de San Luis. Nueva época*, V (10), 178-202.

Weber, Max. 2008. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Documentos de organismos internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), adoptados por la Asamblea General (ONU), septiembre 2015.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en

Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado por la Asamblea General (OEA), A-52, 17 de noviembre de 1988.

Detención de jóvenes: de viejas prácticas y de nuevos planteos

Patricia Alejandra Arias

Defensora de Menores e Incapaces N° 2 de Viedma, provincia de Río Negro

I. Detención de jóvenes: de viejas prácticas y de nuevos planteos

En el año 2010, la defensa pública de niños de la primera circunscripción judicial de Río Negro presentó una acción de habeas corpus preventivo en favor de un joven de dieciséis años, quien era hostigado por el personal policial cada vez que se dirigía al establecimiento educativo ubicado en pleno centro de la ciudad de Viedma. En forma sistemática le pedían su documentación, lo ponían contra la pared, le revisaban su mochila, le hacían sacar las zapatillas y levantar su remera en la vía pública. Los agentes le manifestaban que no podía estar en el centro, que debía irse a su barrio y en otras ocasiones, directamente lo llevaban demorado a la comisaría por aplicación del entonces artículo 9 inc. k de la Ley Orgánica de la Policía de Río Negro, S 1965¹, que permitía la demora de personas menores de edad.

Se facultaba a la agencia policial en los siguientes términos:

Ejercer la policía de seguridad de los me-

¹ Ley Orgánica de la Policía de Río Negro S 1965. Sancionada el 16/04/1985. Publicada en Boletín Oficial el 25/04/1985. Derogada el 5 de septiembre de 2011.

nores, especialmente en cuanto se refiere a su protección: impedir su vagancia, apartándolos de los lugares y compañías nocivas; reprimir todo acto atentatorio a su salud física o moral, en la forma que las leyes o edictos determinen. Concurrir a la acción social y educativa que en materia de minoridad ejerzan entidades públicas y privadas².

En aquella presentación se solicitó la inconstitucionalidad de la ley 1965 y se sostuvo que de ningún modo podía validarse que la autoridad policial ejerciera este tipo de función. Una cosa es cierta situación de desamparo en la que pudiera encontrarse el joven y que en su caso obliga a la intervención de los organismos de protección de derechos, esto es Secretaría de Niñez Adolescencia y Familia, y otra es la persecución por conductas que no constituyen delitos. En numerosas oportunidades al detenerse a los jóvenes amparados en esta facultad -hoy derogada- se los demoraba involucrándolos finalmente en una causa penal, cuando no resultaban -además- víctimas de apremios ilegales.

La aprehensión o privación de libertad de menores de 18 años por parte de la autoridad policial por aplicación de figuras contravencionales como vagancia, averiguación de identidad, el "acta entrega del menor", y especialmente las facultades otorgadas por el art. 9 inc. k de la ley orgánica policial corresponden a los viejos usos y prácticas provenientes de la antigua "Potestad de Policía del Estado", cuyo origen es el control de la moralidad, la higiene, el orden público y las buenas costumbres. El nuevo sistema de protección y promoción de derechos instaurado con las leyes 26.061³ y su versión local 4109⁴ resulta absolutamente

incompatible con estas prácticas mencionadas que deben ser dejadas de lado y declaradas ilegales, por cuanto no se compadecen con el sistema de responsabilidad penal juvenil de sesgo claramente garantista. Son los organismos de protección quienes tienen la obligación de generar acciones destinadas a la protección de los derechos de los niños y adolescentes, las que en su conjunto conforman la política social de promoción y protección integral de derechos.

El presidente de la Cámara en lo Criminal de Viedma, Jorge Bustamante, en oportunidad de resolver el habeas corpus señaló que el art. 9 inc. k resultaba inconstitucional al entrar en colisión con la normativa de protección integral y que se aplicaba con un claro y grave tinte discriminatorio. Sostuvo que:

[...]se trata de detenciones arbitrarias, sin control jurisdiccional, y por otra parte en otros casos de dudosa legalidad, sin que la misma produzca ningún resultado positivo en la protección del niño, llegando a tener incidencia negativa en el bienestar de la población, objetivo constitucional del Estado de Derecho⁵.

Y agregó que:

[...] detener a un menor para investigar un delito o prevenirlo, con la excusa de protegerlo es un cumplimiento hipócrita del deber de protección, de respeto a las garantías que los ampara. No pueden usarse las normas de amparo a los niños para realizar interrogatorios en la investigación de hechos ilícitos. Que la declaración de

2 Art. 9 inc. k ley S 1965.

3 Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes N° 26.061. Sancionada el 28/09/2005.

4 Ley 4109/2006 (Río Negro) Protección integral de los

derechos de las niñas, niños y adolescentes. Sancionada el 08/06/2006.

5 Cámara en lo Criminal de Viedma, Sala B, "Dra. Arias, Patricia Alejandra -Defensora de menores e incapaces/habeas corpus preventivo", rta. 09/10/2010.

inconstitucionalidad en este caso concreto aparecía necesaria ante la contradicción del 9 k con la normativa supranacional, nacional y provincial que afectaba la libertad ambulatoria de los niños, contemplado en el principio de inocencia y debido proceso legal, arts. 18, 19 y 23 de la CN.

En definitiva, hizo lugar a la acción de habeas corpus preventivo, declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 inc. k de la ley S 1965 y prohibió que en el futuro se demorara-detuviera por su aplicación al joven. Asimismo, resolvió notificar al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Río Negro (CO.NI.AR.) para que articule los mecanismos necesarios para adecuar la legislación provincial a los parámetros establecidos por los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional y a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Bulacio vs. Argentina*"⁶.

Contra ese pronunciamiento la provincia de Río Negro interpuso recurso de casación. El Superior Tribunal de Justicia por sentencia de fecha 15 de febrero de 2011 acudió a interpretaciones procesales y declaró la nulidad del fallo que hacía lugar al habeas corpus y remitió las actuaciones a la cámara de origen para que, con otra integración, resolviera⁷.

Finalmente se declaró abstracta la cuestión. Sin perjuicio de ello, el fallo del juez Bustamante logró su cometido. El 24 de octubre de 2011, mediante la ley 4699, la Legislatura de la provincia de Río Negro derogó el inciso k del referido artículo 9 de la ley 1965 y determinó la obligación de dar aviso al organismo

de protección para el resguardo del derecho de las personas menores de edad⁸.

Este fue un valioso fallo que marcó ciudadanía e institucionalidad para las personas menores de edad y que logró generar la modificación de la normativa policial adecuándola a los parámetros internacionales en la materia.

Cinco años después esta misma defensa pública advirtió que varios jóvenes menores de 18 años de la ciudad de Viedma, eran detenidos por la policía de la provincia en ocasión de transitar por las calles, luego trasladados a dependencias policiales, oficina tutelar, con invocación de una supuesta facultad que le otorgaría el artículo 5 inc. a) de la ley 4109.

Esta interpretación por parte del personal policial rionegrino claramente afectaba la libertad de locomoción de los jóvenes, quienes se veían limitados a circular por determinados sectores de la ciudad, pues desde la vía pública y sin encontrarse en situación de flagrante delito ni con orden judicial previa, eran trasladados a dependencias policiales, arrogándose la agencia policial esta facultad sin sustento legal alguno. Esto, en clara violación del principio constitucional de inocencia.

Por tanto nuevamente se interpuso acción de habeas corpus preventivo y colectivo en representación de todas las personas menores de edad de la ciudad de Viedma, por cuanto el personal policial -con invocación del art. 5 de la ley 4109- los demoraba, aprehendía y detenía de manera arbitraria, ilegal e inconstitucional. El referido artículo señala que es deber del Estado rionegrino asegurar a los niños y adolescentes la prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia. Es claro que el espíritu y objeto del mencionado texto normativo jamás resulta habilitante de conductas represivas y discriminatorias por parte del personal de seguridad. Así, bajo la

6 Corte IDH, *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

7 Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, "Dra. Arias, Patricia s/ acción de habeas corpus preventivo s/ Casación", Expte. N° 24857/10-STJRN, rta. 15/02/2011.

8 Ley 4699, publicada en el Boletín Oficial de Río Negro N° 4980 del 24/10/2011.

alegada protección de ese artículo se pretende resguardar a los jóvenes, casualmente todos provenientes de barrios humildes que viven de un modo particular y representativo del contexto social en el que viven, mediante su traslado a las dependencias policiales. Este accionar es sumamente intimidatorio, genera un trato hostil y discriminatorio hacia los adolescentes por el solo hecho de trasladarse de un sitio a otro en la ciudad en la que viven, encubriéndose estas conductas bajo una supuesta competencia que no se posee y respecto de la cual se carece de medios y facultades para desarrollar. Resulta irrazonable y de imposible articulación la coexistencia de los principios internacionales de promoción y protección de derechos de jóvenes con su detención y su traslado a las seccionales policiales. Más aún si se recuerda lo dicho por la CSJN en el fallo "Verbitsky", en el cual se sostiene que:

[...] la presencia de adolescentes en dependencias policiales resulta intolerable, constituye un agravamiento de las condiciones de privación de libertad y -muy probablemente provoque innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante, susceptibles de acarrear la responsabilidad internacional del Estado Federal⁹.

Esta arbitraria interpretación de la normativa de protección integral de derechos, realizada por la agencia policial, reemplaza la vieja práctica que antes se efectuaba bajo el amparo del derogado artículo 9 inc. k de la ley S 1965. Es decir que bajo otro ropaje, esta forma arbitraria de actuar vuelve a ser reeditada.

De por sí, el traslado de jóvenes a dependencias policiales implica desconocer la prohibición expresa formulada por el máximo órgano judicial: más aún lo es si dicho traslado

es consecuencia de una facultad de protección inexistente que el personal policial se arroga sin derecho alguno, con el sólo objeto de quitar de las calles a los jóvenes que presentan determinadas características o a aquellos que se quiere intimidar, amedrentar o atemorizar.

Tal accionar policial, basado en la ley 4109, representa una privación de libertad arbitraria, ilegal e inconstitucional y constituye una clara afectación de las garantías constitucionales previstas en los artículos 16, 18, y 19 de la Constitución Nacional, los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los artículos 7 y 8 de la CADH y los artículos 14 inc. 1 y 2 y 17 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de vulnerar el principio de igualdad ante la ley, la razonabilidad, la legalidad y el control judicial efectivo.

La aprehensión o privación de libertad de menores de 18 años por parte de la autoridad policial en pos de garantizar una mejor salvaguarda de su integridad personal o condición social o familiar del joven, resulta absolutamente incompatible con la doctrina de protección y promoción de derechos (ley 26061 y ley 4109), por lo que se debe abandonar e incorporar el verdadero sistema de protección a través de los operadores y organismos previstos para situaciones de vulnerabilidad en la legislación específica.

Se requirió, entonces, por medio de este excepcional recurso que se ordenara el cese de las prácticas policiales desarrolladas bajo el amparo del artículo 5 inc. a) de la ley 4109.

El juez del habeas corpus, Jorge Bustamante, mediante sentencia de fecha 13 de noviembre de 2015 sostuvo:

[...]Analicemos esa política de seguridad. La norma que aplican para demorar a los niños es el artículo 5° de la Ley D N° 4109, que dice: "Deberes y garantía de prioridad. Es deber de la familia, de la comuni-

⁹ CSJN, "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus", rta. 03/05/2005, Fallos 328:1146.

dad, de la sociedad en general y del Estado Rionegrino, asegurar a la niña, niño o adolescente, con absoluta prioridad, el efectivo goce del derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la capacitación profesional, a la cultura, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria así como ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. La garantía de prioridad comprende: Prioridad para recibir protección y socorro en cualquier circunstancia...". Es decir, en aquellos casos en que entienda un policía que el niño necesita "protección y socorro", se lo demora, se lo lleva a la Comisaría, se llama a sus progenitores y se lo entregan. ¿Quién indica que ese niño se encuentra en dicho estado? ¿En qué se sustenta? Debe tenerse en cuenta que para internar a una persona por encontrarse en un estado que necesita algún tipo de protección del Estado, el Juez debe ordenar medidas de prueba y contar con dictámenes técnicos ya que de otra forma internación podría constituirse, si bien no en una privación ilegal de la libertad, sí en un acto abusivo del Magistrado. Sin embargo la simple observación de un empleado policial podría justificar una demora, que es igual a una detención en la práctica, y llevar al niño a la Comisaría. Si hay niños en situación de desamparo y que es necesario protegerlos, no es la policía la competente para realizar tal tarea, sino los organismos de índole social del Estado. VI.- La norma contenida en el artículo 5 inc. a) de la Ley D N° 4109 dictada por nuestra Legislatura Provincial, ajustando nuestra legislación a lo ordenado por la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Carta Magna en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (art. 75 inc. 22), es armoniosa con los preceptos de rango

constitucional y debe ser aplicado en toda su extensión. Ante la ausencia de políticas sociales efectivas, y la realidad del desamparo de los niños, utilizar el brazo policial para "proteger" a dichas personas de especial vulnerabilidad es una práctica que violenta el Estado de Derecho. Demorar para "Proteger" es una falacia, el niño es llevado a una comisaría por empleados policiales ante la simple afirmación de que se encuentra en un "estado de sospecha" (por ejemplo, andar por un lugar oscuro con ropa oscura), situación que se formaliza muchas veces en actas de contenido inverosímil. Dependiendo la policía del Poder Ejecutivo provincial, en cuya esfera orbita también la cartera ministerial de Desarrollo Social, las omisiones o aquello que reste hacer por este último Ministerio no puede ser reparado a través de una política represiva por parte de la cartera de Seguridad¹⁰.

En definitiva, el pronunciamiento hizo lugar a la acción incoada y en cumplimiento de lo ordenado por la Convención sobre los Derechos del Niño, y la correcta interpretación de la ley D N° 4109, ordenó el cese de las prácticas policiales desarrolladas bajo el amparo del artículo 5 inc. a) de la norma mencionada, en tanto habilita la demora de niños y niñas bajo la justificación de su protección, sin que se encuentren cometiendo actos de naturaleza correccional o delictiva.

Posteriormente la Provincia de Río Negro interpuso recurso de casación contra lo resuelto por el magistrado y el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, mediante sentencia del 24 de mayo de 2016, hizo lugar al recurso de casación y revocó el pronunciamiento. Cabe señalar que este fallo del órgano judicial de la provincia, contradujo toda la jurisprudencia an-

¹⁰ Cámara en lo Criminal de Viedma Sala B, "Arias Patricia s/ Habeas corpus preventivo", rta. 13/11/2015.

terior emanada del mismo cuerpo, al admitir el recurso contra una sentencia de habeas corpus que hizo lugar al planteo. En efecto, y de conformidad al artículo 8 in fine de la ley provincial 3368, sólo resulta recurrible la resolución que deniega un habeas corpus, y no la que lo concede. Y para justificar su tratamiento los magistrados señalaron una cuestión de gravedad institucional, basada en la supuesta errónea aplicación y/o interpretación de la ley de protección de niños, niñas y adolescentes (NNyA). Cuando el voto mayoritario analizó esta ley efectuó una desacertada interpretación al señalar que las obligaciones que la ley 4109 impone al estado rionegrino se proyectan en todos sus estamentos, incluso en la fuerza policial orientada al socorro y auxilio de NNyA. Omitió considerar que la ley 4109 tiene una sola autoridad de aplicación que es precisamente el organismo de protección -conforme surge de dicho texto legal- y no la agencia policial.

Destaco el voto en minoría de la jueza Adriana Zaratiegui quien sostuvo en primer término que el Tribunal no estaba habilitado para intervenir sin violentar el principio republicano de gobierno (conf. artículos 1 y 5 de la Constitución Nacional) toda vez que en el marco de la ley 3368, sólo es impugnabile la resolución que deniega el habeas corpus. Esta situación no se daba en el caso. Evaluó la magistrada que tampoco se evidenciaba el supuesto de gravedad institucional. Expresó que no se advertía que a partir de lo resuelto por el a-quo la Policía Provincial estuviera impedida de cumplir las funciones que le asigna la ley, es decir, preservación de la seguridad pública y prevención del delito. Y añadió que, en dichos supuestos, si se tratara de detención de personas menores de edad, el proceder debe enmarcarse en las previsiones legales y constitucionales, por lo que no se entendía en qué consistía el alegado estado de incertidumbre frente a la claridad de las normas que regulan la materia (ley P 2107 y S 1965).

De esta manera el fallo mayoritario del Superior Tribunal local otorga al personal policial una autorización en blanco para detener personas menores de edad con total y absoluta discrecionalidad. Recuérdese que estamos hablando de aquellas detenciones que nunca van a pasar por el control jurisdiccional y ello no solo es arbitrario sino contrario al estado constitucional de derecho.

A tal punto ello es así que -paradójicamente- la cuestión nos remite al análisis del viejo Memorando 40 de la Policía Federal Argentina del 19 de abril de 1965, referido a recomendaciones a funcionarios instructores relacionados a actuaciones con „menores“, en el marco de la antigua ley del año 1919, Nro. 10.903 de patronato, conocida como "Ley Agote". Aquel memorando continuó en vigencia hasta el 4 de julio de 1991 y se dejó sin efecto a partir de los hechos que produjeron la muerte del joven Walter Bulacio. De la aplicación de los edictos policiales a "menores" los jueces en aquél entonces -reitero año 1965-, advertían que "el abandono material o moral o el estado conflictual del joven no sólo no se revelaba sino que tampoco podía presuponerse".

„Y que descontaban los magistrados que el atinado criterio policial se aplicaría en cada caso y que sólo procederían cuando la intervención contravencional no dejara lugar a dudas respecto a la necesidad objetiva y real que el caso presentara“. Además de la facultad de demorar a los jóvenes, quedaba a criterio del titular de la dependencia la entrega del menor sin realizar actuación alguna y sin conocimiento de los jueces.

Pues bien, como se advertirá la temática aquí planteada -que de ninguna manera es novedosa-, adquiere una especial connotación en tanto toda manifestación del efectivo poder del Estado sobre cualquier persona, revela tal trascendencia que los diversos instrumentos internacionales y los sistemas legales y constitucionales de un Estado democrático

debieron fijar determinadas garantías para limitar ese accionar. No puede dejarse a la absoluta discreción de los agentes policiales la detención de ninguna persona, y muchos menos de aquellas menores de edad que gozan -además- de un plus protectorio.

Recuérdese que el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación instruyó a las fuerzas policiales para que adecuen su actuación en los casos de restricción de la libertad ambulatoria de personas menores de edad a los estándares, entre otras normativas, de la ley 26.061 (conf. resoluciones 2208/08 y 2209/08).

Contra el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, esta Defensoría interpuso recurso extraordinario federal con fundamento en que la sentencia recurrida cercena el derecho de los niños, niñas y adolescentes residentes en la ciudad de Viedma, provincia de Río Negro, a la libertad, las garantías procesales y la adecuada protección integral de sus derechos, con flagrante vulneración del principio de Interés Superior del Niño.

Se señalaron como normas afectadas y que generan cuestión federal suficiente a la luz del artículo 14 de la ley 48, en la medida en que se lesiona el derecho a la libertad, a la libre locomoción, el principio de inocencia y el principio de culpabilidad penal, desentendiéndose con ello de la trascendencia que reviste el principio del Interés Superior del Niño en toda actuación estatal, los artículos 14, 16, 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; los arts. 7, 8, 9 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los arts. 3, 37, 39 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño; la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño; la Ley Nacional N° 26.061 y su par provincial N° 4109.

También se aludió a la existencia de cuestión federal compleja al haber errado el pro-

nunciamiento en crisis en la interpretación y alcance que corresponde atribuir a las leyes de protección, a la Constitución Nacional y normas internacionales reseñadas. Se advirtió además que el fallo recurrido por la provincia no invadía políticas públicas de prevención y protección, observándose un claro error conceptual respecto a quién es el encargado de las políticas públicas de protección de derechos de la infancia. Ello así en tanto no es la policía quien debe ejecutar políticas públicas de protección de derechos, sino los servicios locales que dependen de los poderes ejecutivos y municipal en sus áreas sociales. Nunca la fuerza represiva puede actuar en la aplicación ni en el diseño de las políticas públicas, porque esa no es su función. El hecho de que un representante de dicha fuerza participe del Consejo de la Niñez y Adolescencia de Río Negro, de modo alguno otorga funciones de proteccionales que no le han sido asignadas.

En ningún momento el fallo del Juez del habeas impidió toda actividad policial en forma genérica. Por el contrario, fue preciso y concreto:

[...]ordenar el cese de las prácticas policiales desarrolladas bajo el amparo del art. 5 inc. a) de la mencionada Ley, en cuanto consisten en demorar a niñas y niños bajo la justificación de su protección, sin que se encuentren cometiendo actos de naturaleza correccional o delictiva.

El 14 de septiembre de 2016 el Superior Tribunal de Justicia, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario federal presentado por la Defensa de Niños, con el argumento de que no se había expuesto claramente la cuestión federal planteada, y que se había limitado a enunciar principios constitucionales relacionados con el derecho de los niños, niñas y adolescentes residentes en la ciudad de Viedma. Asimismo, argumentó

que no existía un desarrollo eficiente a fin de otorgarle carácter autónomo, en la medida que no demostraba cómo se configuraría la relación directa e inmediata entre las normas locales aplicables al caso y la materia sentenciada a efectos de la verificación de la exigencia del art. 15 de la ley 48.

Expresó, además, que la naturaleza de la materia debatida era de derecho público provincial, por tratarse de la aplicación razonable y armónica de las leyes provinciales S 1965 y D 4109 que regulan el alcance de las funciones de la policía provincial en materia de preservación de la seguridad pública y la prevención en torno a los niños, niñas y adolescentes y que el caso fue juzgado a la luz de la normativa local y con la inteligencia que acuerdan las normas del derecho no federal, por lo que los agravios eran desacuerdos con los fundamentos de la sentencia¹¹.

Es así que esta Defensa Pública recurrió en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fundamento en que la sentencia cuestionada se sustentaba en meras afirmaciones dogmáticas, que dejaban en evidencia que no se había respondido acabadamente a lo requerido. Así, se efectuaron críticas de modo abstracto y generalizado en relación con lo planteado, solo en el afán de rechazar el recurso extraordinario federal interpuesto. En el recurso presentado se detalló minuciosamente por qué las prácticas policiales que avalan las leyes provinciales -y ahora, la resolución del máximo tribunal provincial- se traducen en una grave afectación a derechos constitucionales de las personas menores de edad. Que las afirmaciones de los jueces no lograban desacreditar los planteos motivados que formuló la Defensa de Niños para postular la procedencia

del remedio federal. Así, los jueces del Superior Tribunal se remitieron sólo a señalar que la materia debatida resulta ser objeto de "derecho público provincial". Estas apreciaciones por sí solas resultan ser ajenas a la lógica del "bloque constitucional federal de derechos", el que se pone en juego a través de la aplicación de normas locales que van en contra de los postulados constitucionales/convencionales.

La resolución impugnada vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 1.1, 8.1 y 25 de la CADH y 14.1 del PIDCyP), que comprende no solo la facultad de acceder de modo libre a los tribunales, sino también a obtener por parte de estos una resolución motivada. El órgano judicial interviniente debe producir una conclusión razonada sobre los méritos del planteo, en la que se establezca la procedencia o improcedencia del mismo¹².

La cuestión planteada implica ciertamente un gravamen actual ya que las prácticas policiales en la ciudad rionegrina se mantienen, creándose con ello una situación de gravedad institucional irrefutable, desde que lo que se encuentra en discusión es el ejercicio del derecho a la libertad de todos los jóvenes residentes en Viedma. Esta cuestión excede claramente el mero interés individual de las partes y afecta de modo directo a la comunidad toda¹³.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia, a través de este fallo, negó que efectivamente se encontrara en juego la violación de derechos humanos a partir de la actuación del personal policial en relación a las personas menores de edad, cuya sanción constituye un

11 Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, "Dra. Arias Patricia Alejandra -Defensora de menores e Incapaces- s/ Habeas Corpus s/ Casación, Sentencia 100/16, rta. 14/09/16.

12 CIDH, Caso *Jorge Luis Bronstein y otros v. Argentina*, Casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499 y 11.504, Informe N° 2/97, del 11 de marzo de 1997.

13 *Fallos* 307:770 y 919; 255:41; 290:266; 2:229; 247:601 y 293:504

compromiso internacional que nuestro Estado ha asumido en la materia. Tal como nuestra Corte Suprema afirmó, reviste gravedad institucional la posibilidad de que se genere responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales¹⁴. Con relación a ello ha sostenido que “la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del tribunal superando los ápices procesales, frustratorios del control constitucional de esta Corte”¹⁵.

Precisamente, esta queja pretende que la Corte Suprema de Justicia de la Nación subsane la denegación de acceso a la justicia padecida, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva al verse limitado de manera injustificada y arbitraria el derecho de esta parte a transitar las vías recursivas previstas en la ley interna.

Mientras tanto en Río Negro se convalidan prácticas propias de las épocas de dictadura y el Poder Judicial, quien debe ser el último bastión guardián de los derechos y garantías constitucionales, avala estas conductas.

La selectividad propia del sistema penal juvenil genera que esas detenciones sean precisamente las de aquellos jóvenes de determinadas características étnicas, sociales, que visten de una forma determinada, que habitan en la periferia y que pertenecen al grupo de personas menores de edad en situación de vulnerabilidad.

Esta es la respuesta del Estado, quien en lugar de atender estas cuestiones con programas sociales específicos que garanticen la reparación y/o restauración de derechos vulnerados, con generación de políticas públicas inclusivas que aseguren igualdad de oportunidades, satisfacción de necesidades básicas, educativas, etc., opta por la faz represiva en franca violación a los principios de inocencia y culpabilidad y aplica el llamado derecho penal de autor. Entonces ya no se lo juzga al jo-

ven por una eventual conducta delictiva sino por quién es, por cómo se viste, con quién se junta, qué música escucha o cómo piensa. Como consecuencia de ello se desvirtúa el principio rector que sostiene que todo ordenamiento legal propio de un estado derecho exige que se configure lo que se denomina derecho penal de acto, esto es, que al agente se lo juzgue por lo que hace y no por lo que es.

Este fallo resulta francamente regresivo, se desentiende de las recomendaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bulacio”, con el consecuente riesgo de exponer al Estado nacional a ser sancionado nuevamente.

Ahora la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la palabra.

Bibliografía

Jurisprudencia internacional

CIDH, *Caso Jorge Luis Bronstein y otros v. Argentina*, Casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499 y 11.504, Informe N° 2/97, del 11 de marzo de 1997.

Corte IDH, *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Jurisprudencia nacional

Cámara en lo Criminal de Viedma, Sala B, “Dra. Arias, Patricia Alejandra -Defensora de menores e incapaces- s/habeas corpus preventivo”, rta. 09/10/2010.

Cámara en lo Criminal de Viedma Sala B, “Arias Patricia s/ Habeas corpus preventivo”, rta. 13/11/2015.

14 Fallos 318:373; 319:2411 y 3148

15 Fallos 248:189; 311:1762; 319:371; 324:533 y 1225

PATRICIA ALEJANDRA ARIAS

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, rta. 03/05/2005, *Fallos* 328:1146.

Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, “Dra. Arias, Patricia s/ acción de habeas corpus preventivo s/ Casación”, Expte. N° 24857/10-STJRN, rta. 15/02/2011.

Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, “Dra. Arias Patricia Alejandra -Defensora de menores e Incapaces- s Habeas Corpus s/ Casación Sentencia 100/16, rta. 14/09/16.

Las salidas alternativas y la justicia restaurativa en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los institutos de mediación y remisión

Gonzalo Andrés López

Funcionario del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Especialista en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles (UBA)

“La sociedad, con leyes vetustas e instituciones atrasadas, pretende reprimir al ofensor y enseñarle con las penas el camino de la virtud, y en eso se parece al tirano que, después de haber mandado a sacar los ojos a su víctima, la azota porque no sabe encontrar el camino”.

Ellen Key, “El siglo del niño” (1900)¹

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es realizar una primera aproximación a dos institutos que el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires² (en adelante RPPJ), en su artículo 53, ha definido como “vías alternativas de resolución del conflicto”: la mediación y la remisión.

Para definir conceptualmente y analizar estas categorías, en primer lugar, definiré los conceptos de salidas alternativas y justicia restaurativa en el sistema penal juvenil. Para

¹ Citada en R. de Altbaum (1939, 16).

² Ley N° 2.451, sancionada el 03/10/2007, promulgada de hecho el 08/11/2007 (BO 13-11-2007).

ello, me referiré al principio de excepcionalidad, que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño³, y cómo éste se vincula directamente con las salidas alternativas en el proceso penal. Además, describiré los alcances de la denominada justicia restaurativa. Mencionaré, asimismo, las advertencias realizadas por distintos autores sobre el riesgo de expansión del control social que puede surgir de la utilización de estos mecanismos.

Luego, explicaré el tratamiento brindado a las salidas alternativas, al instituto de la remisión y a la justicia restaurativa en el denominado *corpus iuris* de la infancia.

Finalmente, tras describir cómo la mediación y la remisión se hallan reguladas en el RPPJ, mencionaré el abordaje jurisprudencial que se le ha otorgado a esta última en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴. Ello con el fin de analizar el alcance restaurativo de ambas vías alternativas.

II. Salidas alternativas y justicia restaurativa en el sistema penal juvenil

En las últimas décadas, en la región se comenzaron a implementar mecanismos tendientes a evitar la privación coactiva de la libertad personal en el proceso penal (Vitale 2010, 16) y que, a su vez, simplifiquen el procedimiento (Bovino, Lopardo y Rovatti 2016, 48). Ese proceso no ha sido ajeno a la justicia juvenil (Beloff 2000, 161-180).

A estos mecanismos se los ha denominado “salidas”, “vías” o “métodos” alternativos de resolución de conflicto y, según cada tipo, varían sus alcances. Se puede mencionar, entre ellos, a la suspensión del proceso a prueba,

la conciliación, la reparación y, en el ámbito específico de la justicia juvenil, a la remisión.

Los debates vinculados con la implementación de salidas alternativas y de distintas formas de justicia restaurativa tienen gran auge en la actualidad. No debe perderse de vista que la ley N° 27.147 (BO 18/6/2015) modificó el artículo 59 del Código Penal y dispuso que la acción penal se extinguirá “por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes” (inciso 6°). En idéntico sentido, el Código Procesal Penal de la Nación establecido por la ley N° 27.063, que a la fecha no ha entrado en vigencia⁵, fija, entre otras, que la conciliación y la reparación son causales de sobreseimiento (art. 236, inc. g).

Tampoco puede omitirse que, en el año 2017, en el marco del debate vinculado con la “Reforma Penal Juvenil” organizado por la Subsecretaría de Política Criminal de la Nación, se dedicó una mesa específica a las “Medidas alternativas a la privación de libertad, medidas alternativas al proceso y medidas restaurativas como posibles sanciones”⁶.

Por último, no quiero dejar de mencionar que, a nivel regional, la implementación de la justicia juvenil restaurativa es promovida tanto por instituciones oficiales como por organizaciones de la sociedad civil, lo que ha derivado en numerosas declaraciones en los últimos años⁷.

5 Conforme lo previsto por el art. 1° del decreto N° 257/2015 (BO 29/12/2015).

6 Conclusiones de la mesa disponibles en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/03/3-MEDIDAS.doc> (Consultado: 18 de mayo de 2018).

7 A modo de ejemplo, menciono que, en el año 2015, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) aprobó la “Declaración Iberoamericana en Justicia Juvenil Restaurativa”, en la que se propone, entre varios puntos, lo siguiente: “Los Estados alentarán el desarrollo de políticas públicas focalizadas en justicia juvenil y de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, incluyendo instancias co-

3 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

4 En adelante, Ciudad de Buenos Aires o CABA.

II.1. El principio de excepcionalidad y las vías alternativas

La Convención sobre los Derechos del Niño indica que la intervención de la justicia penal juvenil debe ser la *ultima ratio* (art. 40, inc. 3.b)⁸ y que, en caso de iniciarse un proceso penal en contra de una persona menor de edad, la aplicación de una pena privativa de la libertad debe ser la última opción.

Así, el art. 37 inc. b de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la pena de prisión es excepcional, que es un último recur-

munitarias para la solución restaurativa de conflictos e infracciones de menor potencial ofensivo, evitando su judicialización. Estas políticas incorporarán en su formulación y aplicación de manera transversal la perspectiva de género y enfoque de diversidad étnica que permita remover más eficazmente los obstáculos reales para el ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes así como la comprensión y tratamiento del hecho delictivo”. Por otra parte, la Comisión Iberoamericana de Mecanismos Alternativos, Restaurativos de Resolución de Conflictos y Terapéuticos: Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol (MARC-TT) de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el 7 de diciembre de 2017 aprobó el “Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa”. Por último, menciono que en el IX Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia, organizado por la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF) y celebrado en noviembre de 2017, la Comisión “Justicia Juvenil” recomendó que “[...] los países latinoamericanos incorporen cambios legislativos progresivos en materia de prácticas restaurativas en espacios de detención y en libertad, promoviendo enfoques de justicia juvenil restaurativa contando con recursos reforzados y especializados”.

8 La Corte IDH ha indicado que “[...] la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales” (*Caso Instituto de Reeduación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párr. 211).

so y que debe ser por el plazo más breve⁹.

Respecto del principio de excepcionalidad que surge de la normativa citada, la Comisión IDH afirmó que “[...] implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización”¹⁰.

Se ha dicho que el principio de excepcionalidad se traduce en la subsidiariedad y en la mínima intervención de la justicia penal juvenil (Romanutti 2015).

El principio de subsidiariedad pretende que el sistema punitivo sea la última opción y que, consecuentemente, “[...] actúe únicamente cuando los ataques a los intereses jurídicos tengan una connotación de gravedad por fuera de la normalidad, y no pueda solucionarse el conflicto por sistemas alternativos no punitivos” (Romanutti 2015).

El principio de mínima intervención, por su parte, “propicia que el Estado, una vez dispuesta la intervención de su aparato punitivo, haga el menor número de diligencias posibles para la solución del conflicto, adoptándose siempre la medida que resulte menos restrictiva de derechos” (Romanutti 2015).

Las salidas alternativas, que buscan un tipo de respuesta diferente a la mera sanción penal, en principio, parecen satisfacer los estándares de excepcionalidad exigidos por la normativa de derechos humanos especializada.

Ello, en tanto (a) se impide que se prolonguen los efectos negativos de la continuación

9 En el ámbito local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el RPPJ, en idéntico sentido, establece que (a) la imposición de la pena a la persona menor de dieciocho años de edad se impone como último recurso y que los jueces procurarán la resolución del conflicto surgido a consecuencia del hecho; y (b) las medidas restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional, como último recurso y por el menor tiempo posible. (arts. 25 y 27).

10 CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 julio de 2011. Párr. 76.

de un proceso en la justicia penal; (b) se considera que, en muchos casos, la no intervención judicial (desjudicialización) es la mejor respuesta y (c) se establece que la aplicación de una pena privativa de libertad realmente sea la *ultima ratio*.

II.2. La justicia restaurativa

La justicia penal restaurativa busca una nueva concepción de la finalidad del derecho penal, que excede a la justicia penal retributiva y a la justicia penal rehabilitadora. Se presenta como una solución alternativa para resolver el conflicto, distinta a la sanción privativa de libertad.

El Comité Económico y Social Europeo en su dictamen sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”¹¹ ha dado una definición de justicia restaurativa. En dicha ocasión, expresó lo siguiente:

La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva. (Punto 4.3)

En el ámbito de la justicia restaurativa se generan espacios de implicación con el conflicto, de reparación y de asunción de responsabilidades. Se asigna un rol más activo a la

víctima y se le brinda al joven imputado la posibilidad de reflexionar acerca de sus acciones (Gudiño et ál. 2015, 23).

Gema Varona Martínez (1998, 138-142) afirma que, modernamente, existieron diversos movimientos sociales, de distinta ideología, que han tenido influencia en la incorporación de proyectos restaurativos en el sistema penal. Así, la autora agrupa a los movimientos en tres grupos: (a) los que estaban a favor de los derechos de los internos y de las alternativas a la prisión; (b) los que estaban a favor de los derechos de las víctimas y, finalmente, (c) los movimientos en favor de la resolución alternativa de los conflictos.

II.3. Reparación

Entiendo pertinente referirme de modo breve al concepto de reparación del daño en el ámbito penal. Al momento de definir el contenido de la reparación, debe advertirse que existen dos corrientes de pensamiento. Por un lado, en una concepción amplia, se afirma que por reparación deberá entenderse cualquier conducta a cargo del autor que reconforte a la víctima y satisfaga sus expectativas con posterioridad al delito (Fillia 2017, 97). Así, la reparación es el aporte de lo que necesite la víctima para recuperarse y recobrar su sentido de seguridad (Álvarez Ramos 2008). Se ha dicho que, a veces, la víctima tan solo necesita información, aunque otras veces requiere una reparación económica, que se le deje expresar su ira o que se le devuelva lo sustraído, etc. (Álvarez Ramos 2008). Según esta postura, el concepto de reparación es más amplio que la mera restitución económica, de la que incluso se puede prescindir.

Por otro lado, en una concepción restringida o estricta, la reparación solo podrá consistir en una compensación pecuniaria integrativa de todos los rubros reclamables en la esfera privada (Fillia 2017, 98).

¹¹ Comité Económico y Social Europeo, *La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea*, 2006/C 110/13, Dictamen aprobado el 15 de marzo de 2006.

II.4. Mediación y remisión

El proceso más extendido por el que se materializa la justicia restaurativa es la mediación. Se la ha definido del siguiente modo:

[L]a mediación se caracteriza, cualquiera que sea su denominación, porque dos o más partes intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, que puede asesorar o proponer acuerdos, facilitando esencialmente la comunicación de las partes para que ellos lleguen a los mejores acuerdos (Juan Sánchez 2013, 36).

Así, y en el entendimiento de que la comunicación es un elemento esencial en este método de resolución de conflictos, se ha dicho que se podría definir al proceso de mediación “como el consistente en dotar a las partes en conflicto de unos recursos comunicativos de calidad para que puedan solucionar el conflicto que se traigan entre manos” (Juan Sánchez 2013, 37).

En cuanto a la remisión¹², en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, octubre 1984) se la ha definido como “[...] toda desviación de una secuencia normal de acontecimientos en el proceso de justicia penal antes de la sentencia”¹³.

Así, se ha dicho que la aplicación del mecanismo supone

[...] la no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la

eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento socio-rehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a la lógica del juicio y a la sentencia de mérito (Patanè 1999, 828; citada en Kemelmajer de Carlucci 2004, 89).

II.5. Advertencias

En este punto es necesario mencionar las advertencias que se han realizado respecto del carácter expansivo del control social que puede surgir de la utilización de mecanismos restaurativos y del instituto de la remisión.

Distintos autores de la teoría sociológica del control social refirieron que los programas de remisión restringían la libertad de los jóvenes e incrementaban el control sobre ellos y, al mismo tiempo, permitían menos restricciones sobre el comportamiento de los agentes de control (Horwitz 1995, 18-34). Se ha dicho, también, que la justicia restaurativa refleja un sistema flexible y fluido distinto del sistema formal. Este sistema alternativo representa un proceso penal en sí mismo y allí, precisamente, radica un potencial problema, en tanto puede ampliarse la intervención estatal bajo una máscara de benevolencia (Griffin 2005).

En esta línea, Massimo Pavarini (1998, 111-120) ha advertido que los riesgos intrínsecos de un sistema punitivo-tratamental pueden desviar completamente los fines de la justicia restaurativa. Así, la justicia restaurativa podría convertirse en una nueva modalidad de tratamiento, orientada a “hacer el bien” al menor desviado.

El autor italiano entiende que si bien la mediación social puede *ocasionalmente* revelarse como un instrumento que favorezca una construcción social diferente al pánico (a través de la utilización de un vocabulario

12 En el documento oficial se tradujo el vocablo inglés “*diversion*” [que, como explica Kemelmajer de Carlucci (2004, 89) proviene del verbo “*to divert*”, que significa desviar un curso o un camino] como “*diversión*”. En el año siguiente, en las Reglas de Beijing (1985), la palabra fue traducida oficialmente como “*remisión*”, tal como se la utiliza en la actualidad.

13 Ver sitio web: <http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20ESP.pdf> (Consultado: 18 de mayo de 2018).

no punitivo en la solución de conflictos), al ser atrapada por el sistema de la justicia penal, pierde *inexorablemente* su virtud, de modo que su lenguaje alternativo es incluido y homologado “por un vocabulario mucho más rico de la pena”.

Estas advertencias no son exageradas: no debemos olvidar la permeabilidad que tiene la justicia juvenil al hipercontrol y al paternalismo (Platt 1997; Donzelot 2008). Por medio de la remisión y de los mecanismos restaurativos se puede buscar “salvar al niño” con un nuevo rótulo y volver a incurrir en algunas de las prácticas propuestas por la doctrina de la situación irregular. Por ello, estos mecanismos no necesariamente implican una solución “blanda” (Beloff 2017, 97).

Ahora bien, en los últimos años se ha modificado la mirada sobre estas vías alternativas. Si bien no se pierde de vista la potencial expansión del control social que puede derivar de la aplicación de los institutos, se valora que estos métodos alternativos de solución del conflicto pueden mitigar los efectos de un proceso penal.

Gabriel Anitua (2017, 177), por ejemplo, afirma, respecto de la mediación, que si bien este modelo no se presenta como inocente ni perfecto (pues proyectándolo se puede vislumbrar una nueva forma y estilo de control social), de cualquier forma resulta más razonable que el actual. En similar sentido, Lina Díaz Cortés (2009, 104) ha afirmado que por medio de la reparación se dibuja un rostro diferente en un derecho que es sustancialmente punitivo. Así, entiende que si en la actualidad no se puede prescindir de dicho carácter, recurrir a este tipo de instituciones implica reconocer las falencias del derecho penal y la necesidad de buscar respuestas que maten el impacto de su violencia.

Por último, no quiero dejar de mencionar que en el último tiempo se han desarrollado investigaciones que estudian los postulados de la justicia restaurativa a la luz del abolicionismo penal. El profesor brasileño Daniel

Achutti (2015, 68), citando a Vincenzo Ruggiero (2010, 100), refiere que los discursos abolicionistas penales de Hulsman y Christie permiten que se perciba una conexión directa con el movimiento de la justicia restaurativa, en tanto “[...] hay un claro elemento abolicionista en la proposición de que la administración estatal centrada de la justicia penal se le debe sustituir por formas descentralizadas de regulaciones autónomas de conflictos”.

III. La mediación y la remisión en el *corpus iuris* de la infancia

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recientemente ha reafirmado el concepto de *corpus iuris* de la infancia. En el informe “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”¹⁴ se indicó que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...] se han referido en forma consistente en sus decisiones al *corpus juris* en relación a los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes, como el conjunto de normas fundamentales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como a las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales, que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescentes¹⁵.

Teniendo en cuenta ello, y más allá de lo ya

14 CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, OEA/Ser.L/V/II.166, Doc. 206/17, 30 noviembre 2017.

15 Ver párrafo 45 de dicho informe, nota al pie 28. Ver también Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. Párr. 60.

explicado respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionaré a continuación el tratamiento dado por distintos instrumentos vinculados directamente con la protección de la infancia¹⁶ a las salidas alternativas, al instituto de la remisión y a la justicia restaurativa:

a. En las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)¹⁷ se ha indicado que la remisión “[...] entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad” (comentario oficial a la regla 11). Se afirmó allí que esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores.

Así, en la regla 11 de las Reglas de Beijing se indica lo siguiente:

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente.

11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto

16 Debe considerarse que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) integran la normativa local (arts. 12 de la ley 114 y 8 RPPJ).

17 ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

b. La directriz 57 de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)¹⁸ indica que debe considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles.

En la directriz 58 se establece lo siguiente:

Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.

18 ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General, Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990.

c. Distintos organismos se han referido sobre la mediación y la remisión en diferentes documentos especializados: el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en la Observación General 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”¹⁹; la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17/2002 “Condición jurídica y derechos humanos del niño”²⁰; y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe “Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas”²¹.

d. En este punto, entiendo relevante men-

cionar dos instrumentos que, si bien no son específicos de la materia penal juvenil, lo cierto es que no se excluye de su aplicación a los niños involucrados en cuestiones penales: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)²² y los Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal²³.

IV. Mediación y remisión en el RPPJ de la CABA

El RPPJ menciona como “vías alternativas de resolución del conflicto” a la mediación y a la remisión (art. 53, que da inicio al título VIII de ese cuerpo normativo). Se ha dicho, asimismo, que, más allá de encontrarse en otro título, la suspensión del proceso a prueba o *probation* también debía considerarse en tanto brinda una alternativa a la imposición de la sanción (Cavaliere 2016, 60).

IV.1. Mediación en el RPPJ

En el artículo 54 del RPPJ se establece a la mediación como régimen de resolución alternativa de conflictos penales, para el caso que el supuesto autor resulte ser una persona menor de dieciocho años punible.

Resulta interesante destacar que este artí-

19 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores, 44° período de sesiones*, UN CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007. En el documento se definen los elementos básicos de una política general de la justicia de niños, niñas y adolescentes. A partir del párrafo 22, comienza el título “Intervenciones/remisión de casos”, el que se divide en los subtítulos “Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales” (párr. 24 a 27) e “Intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales” (párr. 28 y 29). En el párrafo 3 de la Observación se indica que la justicia especializada “[...] debe promover, entre otras cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia reformativa”.

20 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. En esta OC, la Corte consideró que eran plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Así, entendió que era preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad (párrafo 135 y disposición 13).

21 La Comisión, luego de referirse al tema en el párrafo 26, ha dedicado un título a las denominadas “Alternativas a la judicialización de niñas, niños y adolescentes infractores de las leyes penales” (a partir del párrafo 221). Este título fue dividido en tres temas: “1. Desestimación del caso” (párrafos 230 a 232), “2. Medios alternativos de solución de controversias” (párrafos 233 a 240) y “3. Participación en programas o servicios de remisión” (párrafos 241 a 246).

22 ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990. En la regla 9.2.d se menciona a la remisión como una de las medidas sustitutivas que puede aplicarse con posterioridad a la sentencia.

23 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal*, Resolución E/2002/12, 24 de julio de 2002. Al mencionar el derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso reformativo, se aclara que “[...] los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor” (principio 13.a).

culo, en consonancia con lo establecido por los artículos 4 y 12 del RPPJ y por el artículo 1 del decreto ley 22.278, excluye de la mediación a los jóvenes no punibles (sea por su edad o por el tipo de delito).

La mediación está regulada en veinte artículos del RPPJ (arts. 54 a 74, inclusive), dato que no es menor, pues dicho cuerpo normativo tiene noventa y un artículos. Es decir, la regulación de la mediación ocupa casi el 22% del cuerpo adjetivo. La remisión, en cambio, fue regulada en un solo artículo.

Se indica que el Ministerio Público Fiscal (art. 55) utilizará la mediación con las siguientes finalidades:

- a. Pacificar el conflicto;
- b. Procurar la reconciliación entre las partes;
- c. Posibilitar la reparación voluntaria del daño causado;
- d. Evitar la revictimización²⁴;
- e. Promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal.

Los principios que rigen la mediación son los de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, y neutralidad o imparcialidad de los mediadores (art. 56).

El RPPJ prevé la existencia de un equipo técnico. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos es la que debe tomar intervención en cada caso en que se halle involucrada una persona menor de edad imputada (art. 57, RPPJ).

El procedimiento de resolución alternativa de conflicto debe ser requerido por el Fiscal Penal Juvenil²⁵, ya sea de oficio o a solici-

tud de la persona imputada de cometer una infracción penal, o sus padres, tutores o responsables, así como su Defensor o la presunta víctima. El Asesor Tutelar no es mencionado por la norma.

El RPPJ indica explícitamente que la mediación puede utilizarse hasta el inicio del debate (art. 58). Esta situación es diferente al caso de adultos en el que la jurisprudencia del fuero tiene dicho que esta salida alternativa solamente puede ser utilizada durante la investigación penal preparatoria, la que concluye cuando el Ministerio Público Fiscal presenta el requerimiento de elevación a juicio de las actuaciones²⁶.

El artículo 57 indica que no procede la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I – Delito contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8 de la Ley Nacional N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar).

Por último, el RPPJ no admite una nueva mediación penal en dos supuestos: (a) respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior y (b) cuando no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación²⁷.

atribución procurar la mediación.

²⁴ El legislador utilizó el vocablo “revictimación” y no “revictimización”. Cabe mencionar que el diccionario de la Real Academia Española define a la palabra victimar como “asesinar, matar”.

²⁵ Lo que resulta acorde con lo previsto en el art. 38, inc. a, del RPPJ, que establece que el MPF tiene como

²⁶ Tribunal Superior de Justicia de la CABA, Expte. N° 9353/12, “Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de juicio en autos: Britos, Matías s/ inf. art. 183, CP, inconstitucionalidad’”, rta. 25/9/2013.

²⁷ El proceso de medición en el RPPJ es explicado con claridad por Carlos Renis (2016) en su artículo “La mediación en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil en la

IV.2. La remisión en el RPPJ

Debe distinguirse la remisión mencionada en los artículos 53 y 75 del RPPJ del archivo previsto en el artículo 38, inc. b. La primera, que explicaré más abajo, se refiere a una remisión que se podría denominar “judicial”, mientras que el segundo se vincula con una facultad del Ministerio Público Fiscal, en tanto titular de la acción pública, de no continuar con la acción. El inciso b del artículo 38 del RPPJ menciona que es una de las atribuciones del Fiscal proceder al archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención cuando: (a) la naturaleza del hecho no justifique la persecución o (b) considere que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del imputado.

La remisión judicial (art. 75 del RPPJ), por su parte, establece la posibilidad de que el Juez Penal Juvenil finalice el proceso teniendo en cuenta la gravedad del delito, sobre la base del grado de responsabilidad, el daño causado y su reparación.

Este instituto, específico del sistema penal juvenil, procede de oficio o a pedido del imputado (por sí o por medio de su Defensor). También procede a pedido del Fiscal Penal Juvenil. El Asesor Tutelar, al igual que en la mediación, tampoco es mencionado por la norma.

En caso de que el Juez Penal Juvenil considere admisible el pedido, convoca a las partes a una audiencia común y, previo acuerdo con el imputado y la víctima, puede resolver remitir al joven imputado a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, dando por extinguida la acción²⁸.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

28 El modo de abordaje interdisciplinario de los casos sometidos a remisión resulta claramente explicado por Ruth Kochen Schub (2015) en su artículo “Alternativas de resolución del conflicto. Art. 75 Remisión. Régimen

El auto que decide la remisión solo resulta apelable por aquellos que hubieren manifestado su oposición en la audiencia.

Resta aclarar que la remisión no procede respecto de los mismos delitos mencionados en el artículo 57 para la mediación. El art. 75 del RPPJ no exige ningún otro requisito vinculado, por ejemplo, con el hecho de que el joven imputado no haya obtenido una remisión con anterioridad en otro proceso.

V. ¿Tiene la remisión alcance restaurativo?

Al aproximarnos a los mecanismos mencionados en el artículo 53 del RPPJ, notamos que tanto la mediación como la remisión representan salidas alternativas que permiten que la sanción privativa de la libertad en el ámbito penal juvenil realmente sea la *ultima ratio*. También ambos institutos prevén la participación de la víctima en su aplicación.

No caben dudas que la mediación es un mecanismo por el cual se pueden canalizar los presupuestos de la justicia restaurativa. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo de la remisión. Incluso, Kemelmajer de Carlucci (2004, 93-94) explica que la desjudicialización promovida por la remisión no debe confundirse con justicia restaurativa, aunque entiende que aquella puede resultar compatible con un programa de justicia reparadora, por ejemplo, si es utilizada después de que el acusado indemnizó a la víctima. De ello puede afirmarse que por medio de la remisión podría darse una salida alternativa al proceso penal sin dar una respuesta restaurativa.

El artículo 75 del RPPJ menciona que la reparación del daño causado es uno de los parámetros que el juez especializado debe utilizar para definir la gravedad del delito y, con ello, examinar si corresponde, o no, la proce-

Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una mirada desde el Trabajo social”.

dencia de la remisión. También se prevé que la víctima sea convocada a la audiencia. La norma, asimismo, menciona la existencia de un acuerdo con la víctima y el imputado y establece que, en caso de que aquélla haya manifestado su oposición, pueda apelar el otorgamiento de la remisión. Por otra parte, en la regla 11.4 de las Reglas de Beijing, aplicables por lo previsto en el artículo 8 del RPPJ, se mencionan a la restitución y a la compensación a las víctimas como elementos para facilitar la aplicación de la remisión. Resta analizar si con esos elementos basta para que, por medio de la remisión, se puedan materializar acuerdos restaurativos.

La jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA²⁹, ha dado distintos alcances al presunto contenido restaurativo de la remisión:

a. Se ha afirmado que la remisión implica la exclusión del conflicto de la esfera penal y, como tal, “[...] la imposibilidad de volver a analizar el caso desde la perspectiva judicial, sometiendo el control de las pautas reeducativas y resocializadoras a esferas ajenas al Poder Judicial”. Por ello, ante un conflicto lo suficientemente grave como para excluirlo de forma definitiva del proceso penal, se puede recurrir a otros mecanismos previstos en el RPPJ, como la mediación y la suspensión del proceso a prueba. Pues, a diferencia con la remisión, “[...] estos dos institutos, mantienen la tutela judicial hasta tanto se cumpla con el acuerdo arribado, que será siempre de corte reeducativo y resocializador y no le generarán antecedente alguno”³⁰.

29 No es el objeto de este artículo realizar un análisis profundizado de la jurisprudencia de la mencionada Cámara de Apelaciones sobre el instituto la remisión. Es por ello que recomiendo consultar el detallado trabajo que realizaron Ariel Ospitaleche y Patricia López (2017, 143-165).

30 Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala III, Causa N° 36964-01-00/09, rta. 17/11/2011. Voto de los jueces de Cámara

b. Se dijo que la procedencia del instituto no resulta automática, sino que debe ser analizada teniendo en cuenta las características del caso³¹. Asimismo, se indicó que la oposición de la parte querellante y del Ministerio Público Fiscal no resulta en sí un impedimento para que se conceda la remisión³². Ante la oposición fiscal, se apuntó que debía trazarse un paralelo con otros mecanismos compondores y alternativos de resolución de los conflictos penales, “como por ejemplo el instituto de la *probation* del art. 76 bis del Código Penal”, y establecer cuándo es procedente la oposición, y por ende vinculante. Así, se dijo que el juez debe ejercer el control de legalidad y de la racionalidad de los motivos de política criminal esgrimidos por el acusador para rechazar la solicitud³³.

c. También se indicó que la remisión procede en los delitos en los que no haya víctima (en sentido estricto), tal como sucede en el delito de portación de arma de fuego de uso civil. En este sentido, se afirmó:

Si bien es cierto que la norma menciona un acuerdo previo entre el imputado y la víctima, no por ello corresponderá limitar esta vía alternativa de resolución del conflicto a aquellos jóvenes imputados por delitos donde no se cuente con una víctima en sentido estricto, como sucede en autos. Ello así pues, una interpretación en este sentido, desdibujaría el antecedente inmediato receptado en las ‘Reglas de Beijing’.

Jorge Franza y Silvina Manes.

31 Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala I, Causa N° 1896-00-CC/2014, rta. 11/11/2014.

32 Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, Causa N° 45160-07-00-08, rta. 29/12/2009.

33 Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, Causa N° 52885-04-00/10, rta. 7/8/2013.

que no requiere consentimiento de la víctima, y resultaría un contrasentido normativo que en materia local pese a reconocerse y expresamente los principios que surgen de los distintos instrumentos internacionales que versan sobre la materia, se limite la aplicación de la remisión a un requisito que no es propio de la naturaleza del instituto, sino, en su caso, de la mediación (v. art. 59 ley 2451)³⁴.

d. Finalmente, también se indicó que la remisión exige la reparación del daño a la víctima y que la realización de tareas comunitarias o de un curso no cumplen con ese requisito. En efecto, en el marco de la causa N° 17886-01³⁵, en la que se investigaba el delito de lesiones en riña, se entendió que no correspondía aplicar la remisión. Luego de referir que la oposición del fiscal y de la víctima pueden ser controladas por el magistrado, en este caso se mencionaron los parámetros evaluativos previstos en el art. 75 del RPPJ (gravedad del delito con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo) y se afirmó que la reparación del daño a la víctima era un requisito exigido por la ley y “por instrumentos internacionales a los cuales la Argentina ha adherido”.

En el caso mencionado no se había cumplido el requisito pues no debía tomarse como tal la realización de tareas comunitarias y de un curso de capacitación que había establecido la magistrada de grado. Se afirmó que estas pautas no parecían estar vinculadas con el hecho en cuestión “ni con la necesidad re-

paratoria de la víctima, que no ha sido debidamente tenida en cuenta”.

Por ello, se revocó la decisión que había hecho lugar a la remisión, declarado la extinción de la acción penal y sobreseyó al imputado, “sin perjuicio de la eventual posibilidad de aplicar al caso alguna otra vía alternativa de las previstas en el Régimen Procesal Penal Juvenil”.

VI. Consideraciones finales

La mediación (arts. 54 a 74 RPPJ) y la remisión (art. 75 RPPJ), en tanto resultan mecanismos alternativos a la pena privativa de la libertad, adquieren gran relevancia en la justicia penal juvenil. Estos métodos materializan los preceptos contenidos en los arts. 37 inc. b y 40 inc. 3.b de la Convención de los Derechos Niños, que indican que la intervención de la justicia penal sea subsidiaria. También señalan que, en caso de haberse iniciado un proceso penal, la aplicación de una pena de prisión sea realmente un último recurso y que sea dispuesta por el menor tiempo posible. Más allá de advertirse sobre su potencial riesgo de expansión del control penal, debe tenerse en cuenta que con estos mecanismos se puede matizar el impacto de la violencia del derecho penal.

Tanto la mediación como la remisión son promovidas por distintas normas y decisiones adoptadas por instrumentos internacionales de derechos humanos que buscan garantizar específicamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing” (regla 11); las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “Directrices de Riad” (directrices 57 y 58); la Observación General 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores” del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (párrafos 3 y 22 a 29); la Opinión Consultiva 17/2002 “Condición ju-

34 Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala III, Causa N° 5815, rta. 4/9/2008.

35 Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, Causa N° 17886-01-CC/15, rta. 16/6/2016. Voto de los jueces de Cámara Marcela De Langhe y Fernando Bosch.

rídica y derechos humanos del niño” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (párrafo 135 y disposición 13); y el Informe “Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (párrafos 26 y 221 a 246).

Por medio de la aplicación de estos métodos alternativos se pueden generar espacios de diálogo que redunden en beneficio del joven imputado, de la presunta víctima y de la comunidad.

Si bien ambos mecanismos representan salidas alternativas que impiden la continuación del proceso, la mediación solo puede ser exitosa si ambas partes arriban a un acuerdo y éste es cumplido. Por lo contrario, la remisión podría otorgarse, incluso, a pesar de la oposición de la víctima.

Así, la satisfacción de la víctima mediante la reparación del daño causado es, en principio, un rasgo que diferencia a los institutos.

Sin embargo, hemos visto que la jurisprudencia le ha dado distintos alcances al rol de la víctima en la remisión. Por ello, cuando nos preguntamos por el contenido restaurativo de este instituto debemos analizar cuál fue el peso que se le otorgó a la reparación del daño como requisito para su procedencia.

Entiendo que la oposición de la víctima por no haber visto satisfecha la reparación del daño no es un requisito que *en sí* impida la aplicación del instituto de la remisión. El juez especializado debe analizar la razonabilidad de esa oposición, evaluar la situación concreta del joven imputado en orden al hecho investigado y decidir si la continuación del proceso penal significa la mejor respuesta para el caso concreto.

Ello no obsta a que, en el marco de la audiencia de remisión, el joven imputado pueda manifestar su voluntad de reparar el daño o que las partes hagan saber al magistrado que el daño ya ha sido reparado, a los fines de evaluar la procedencia de la vía.

En conclusión, considero (a) que tanto la

mediación como la remisión son herramientas beneficiosas para evitar la privación coactiva de libertad a personas menores de edad al momento de la presunta comisión de los hechos; (b) que en ambos institutos puede darse una reparación del daño causado; (c) que este requisito, si bien es fundamental en la mediación, es prescindible en la remisión.

Bibliografía

Álvarez Ramos, Fernando. 2008. “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”. *International e-Journal of Criminal Science* 3 (2). Consultado: 18 de mayo de 2018. <http://www.ehu.eus/ojs/index.php/inecs/article/view/258/255>

Anitua, Gabriel. 2017. *Jueces, fiscales y defensores*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Beloff, Mary. 2000. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 5 (1): 161-180.

-----2017. “Justicia restaurativa como Justicia: Garantías, Protección Especial y Reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”. En: *Buenas Prácticas para una Justicia Especializada*, coordinado por Alejandra Quinteiro, 83-107. Buenos Aires: Editorial Jusbaire.

Bovino, Alberto, Mauro Lopardo y Pablo Rovatti. 2016. *Suspensión del procedimiento a prueba*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Cavaliere, Carla. 2016. “Jóvenes en conflicto con la ley penal: la sanción como *ultima ratio*”. En: *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, coordinado por Alejandra Quinteiro, 57-62. Buenos Aires: Editorial Jusbaire.

Díaz Cortés, Lina. 2009. "La reparación: un rostro diferente en el derecho penal juvenil. Referencia al caso colombiano". *Nuevo Foro Penal* 72: 82-108.

Fillia, Leonardo. 2017. *Derecho Penal Reparador*. Buenos Aires: Fabián Di Plácido Editor.

Donzelot, Jacques. 2008. *La policía de las familias*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

Griffin, Diarmuid, 2005. "Restorative Justice, Diversion and Social Control: Potential Problems". Consultado: 18 de mayo de 2018. <http://ssrn.com/abstract=2018850>

Gudiño, Marcela, María Lugano, Mariana Aguilar y María Fernández. 2015. "Responsabilidad subjetiva en la Justicia Penal Juvenil". En: *Justicia penal juvenil especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, coordinado por el Consejo de la Magistratura de la CABA, 17-20. Buenos Aires: Editorial Jusbaire.

Horwitz, Allan. 1995. "Diversion in the Juvenile Justice System an Sociological Theory of Social Control". En: *Diversion and Informal Social Control*, editado por Günter Albrecht y Wolfgang Ludwig-Mayerhofer, 17-34. Berlín: Walter de Gruyter & Co.

Juan Sánchez, José. 2013. *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*. Valencia: Universitat de València. Institut de Criminologia i Ciències Penals.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. 2004. *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Kochen Schub, Ruth. 2015. "Alternativas de resolución del conflicto. Art. 75 Remisión. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires. Una mirada desde el Trabajo Social". *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social - Miradas sobre la intervención*, 5 (9): 9-22.

Ospitaleche, Ariel y Patricia López. 2017. "Algunas consideraciones acerca del instituto de la remisión en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA". *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Derecho Penal Juvenil*, 7 (12): 143-165.

Pavarini, Massimo. 1998. "Descarcerización y Mediación en el Sistema Penal de Menores". *Nueva Doctrina Penal* (1998/A): 111-120.

Patanè, Vania. 1999. *Note a margine della Raccomandazione N. R. (99) 19 nella prospettiva della "mediazione" nella giustizia penale italiana*, estratto da *Annali della facoltà di Economia dell'Università di Catania*. Citada y traducida por Kemelmajer de Carlucci, Aída (2004).

Platt, Anthony. 1997. *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*. México DF: Siglo XXI Editores.

Renis, Carlos. 2016. "La mediación en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". En: *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, coordinado por Alejandra Quintero, 99-103. Buenos Aires: Editorial Jusbaire.

Romanutti, María. 2015. "Los principios de 'subsidiariedad' y de 'mínima intervención' en el fuero de responsabilidad penal juvenil: oportunidades procesales decisivas para su aplicación". *Revista La Ley* (2015): 522-534.

Ruggiero, Vincenzo. 2010. *Penal Abolitionism: a celebration*. Oxford: Oxford Univer-

sity Press. Citado y traducido por Achutti, Daniel. 2015. "Abolicionismo penal y justicia restaurativa: del idealismo al realismo político-criminal". *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales (redhes)*, 8 (13): 55-74.

R. de Altbáum, Clara. 1939. *Delincuencia Infantil*. Buenos Aires: Artes Gráficas.

Varona Martínez, Gema. 1998. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Editorial Comares.

Vitale, Gustavo. 2010. *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Documentos de organismos internacionales

CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, OEA/Ser.L/V/II.166, Doc. 206/17, 30 noviembre 2017.

CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 julio de 2011.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, UN CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Comité Económico y Social Europeo, *La*

prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, 2006/C 110/13, Dictamen aprobado el 15 de marzo de 2006.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal*, Resolución E/2002/12, 24 de julio de 2002.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014. Serie A No 21.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General, Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

Jurisprudencia nacional

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala I, Causa N° 1896-00-CC/2014, rta. 11/11/2014.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, Causa N° 45160-07-00-08, rta. 29/12/2009.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, Causa N° 52885-04-00/10, rta. 7/8/2013.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, Causa N° 17886-01-CC/15, rta. 16/6/2016. Voto de los jueces de Cámara Marcela De Langhe y Fernando Bosch.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala III, Causa N° 5815, rta. 4/9/2008.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala III, Causa N° 36964-01-00/09, rta. 17/11/2011. Voto de los jueces de Cámara Jorge Franza y Silvina Manes.

Tribunal Superior de Justicia de la CABA, Expte. N° 9353/12, “Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de juicio en autos: Britos, Matías s/ inf. art. 183, CP, inconstitucionalidad’”, rta. 25/9/2013.

Reflexiones sobre el Sistema de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Viejos y nuevos desafíos

Marisa Graham

*Abogada especialista en Derecho de Familia.
Ex directora de la Secretaría Nacional de la
Niñez Adolescencia y Familia.*

Los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo.

No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de Protección

Opinión Consultiva C17, Corte IDH¹

I. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)² es el tratado de derechos humanos ratificado por la mayor cantidad de paí-

¹ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC 17/02, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

² Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

ses del mundo. Solo dos, Estados Unidos de América y Somalia, no lo han hecho.

Es importante empezar recordando el contexto en el cual fue ratificada la CDN no sólo por la República Argentina, sino también por la mayoría de los países. En el año 1989, se presentó, además, el Consenso de Washington³.

En ese mismo momento se comenzó a aplicar a rajatabla, con particular virulencia en la Argentina, a la que se llamó “su mejor alumna”, los principios y acciones que impuso el Consenso de Washington, en primer lugar, la “reforma del Estado”.

Sobre el papel del Estado, el dogma del Consenso determinaba:

[...] dado que el sector privado gestiona más eficientemente los recursos que el sector público, los gobiernos deben disminuir al Estado a su mínima expresión y dejar en manos del sector privado la mayor parte de su gestión aun cuando se trate de “servicios universales” (como el acceso al agua potable o a la electricidad). El Estado debe ser un mero facilitador de los negocios del sector privado, un regulador ocasional de los excesos del mercado (programas de alivio de la pobreza y protección del medio ambiente) y un garante de la paz social.

Así fue como en la década de los 90 se dio una situación absolutamente perversa; por un lado, exhibíamos los estándares más altos en relación con la normativa internacional sobre

³ Se conoce como Consenso de Washington a un conjunto de diez recomendaciones de política económica formuladas en 1989 por el economista inglés John Williamson. El Consenso de Washington estaba formado por el Fondo Monetario Internacional (FMI), por el Banco Mundial y por el Tesoro de Estados Unidos, las tres instituciones con sede en Washington. Las recomendaciones pretendían conseguir aspectos como liberar el comercio exterior y el sistema financiero, reformar la intervención del Estado o atraer capital extranjero a los países.

derechos humanos y, por el otro, se implementaban con mayor crudeza las políticas de ajuste inauguradas ya a fines de los 80.

Las políticas neoliberales provocaron la exclusión de gran parte de nuestra población, afectando principalmente a niños, niñas y adolescentes y, con ello, la ruptura del lazo social. El hiato entre lo prescripto en los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina -y, a partir de 1994, de rango constitucional- y las condiciones objetivas y subjetivas de vida de nuestro pueblo era inconmensurable.

En el caso de los niños y niñas surgieron dos tipos de organizaciones: las de atención directa, denominadas con el tiempo hogares, por un lado; y las de control del Estado por el otro, los decidores de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En este marco, se desarrolló el proceso de transición entre los dos modelos, *el tutelar clásico y el de protección integral de derechos* o neoproteccionismo, que en la Argentina, particularmente, **se transitó en espejo; en un espejo asimétrico, que nos devuelve una imagen invertida y distorsionada. Un espejo que refleja, pero no mira y que muchas veces no protege.**

Debieron pasar muchos años hasta que se sancionara la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061⁴, proceso que finalmente culminó con la constitucionalización del derecho civil y la democratización de las relaciones familiares en el Código Civil y Comercial de la Nación, precedido por la sanción de gran cantidad de leyes, que dimos en llamar “las 26.000”, de reconocimiento y ampliación de derechos.

En tanto, a nivel internacional y regional se elaboraron interpretaciones, recomendaciones, observaciones, doctrina y jurisprudencia.

⁴ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005.

dencia de los sistemas regionales de derechos humanos (Tribunal Europeo de DDHH, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos) que llenaron de contenidos y de nuevas lecturas y miradas los derechos de niños, niñas y adolescentes, en aras de efectivizar el goce y ejercicio de esos derechos. En particular, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (en adelante el Comité), los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Opinión Consultiva 17⁵. Así como los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. La CDN y el sistema de protección de derechos

De la lectura de la Convención sobre los Derechos del Niño no surge, prima facie, ninguna alusión a que los Estados parte se obliguen a crear un Sistema de Protección de derechos. Entonces, ¿por qué se ha creado en la Argentina dicho sistema? Por otra parte, ¿qué es un sistema de *protección...integral...*? Hablamos mucho de un sistema nuevo de protección integral y si analizamos las normas, por ejemplo la ley 26.061, por un lado, y las prácticas institucionales por el otro, veremos que éste se ha reducido, en general, a las medidas de *protección integral y excepcional* y a todas las preguntas que las rodean: quién las aplica, cuándo se aplican, cuál es la diferencia entre una medida ordinaria y una medida excepcional, cuál es su duración, etcétera.

Es decir, hemos diseñado un Sistema de Protección donde estas medidas tienen un peso excesivamente gravitante cuando, en realidad, se aplican a una parte muy pequeña de la población de niños, niñas y adolescentes. En la República Argentina hay aproxima-

damente 13 millones de chicos de 0 a 18 años; la mayoría de ellos viven en sus casas, con sus familias, ajenos a esas medidas y lejos de nuestras ventanillas públicas y privadas, no están cruzados por las medidas de protección, ni excepcionales ni integrales u ordinarias.

Algunos sesgos de ese sistema de protección se diseñaron en la etapa neoliberal (simbolizado por un triángulo o pirámide). El “Sistema” era el adecuado para sostener una política de exclusión de los más vulnerables. En la base se encontraban la mayoría de las personas menores de 18 años, sujetos de derecho, incluidos y sujetos de las políticas universales: *los niños*. El segundo tramo corresponde a los niños y niñas en situaciones de vulnerabilidad, objetos de medidas de protección integral u ordinarias, algunos o muchos de ellos y ellas, candidatos posibles a subir hacia el vértice de la pirámide: que corresponde, según este esquema, a aquellos sometidos a las medidas excepcionales, los separados de sus familias, los solos: *los menores*.

II.1. ¿Cuál es la fuente, entonces, de este Sistema?

Es dable pensar, así lo hacen algunos autores, entre ellos Alejandro Morlachetti (2013), que la primera alusión a un Sistema puede encontrarse en la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de noviembre de 2002⁶: cuando recomienda:

- Alentar a los Estados partes a crear *una institución independiente* para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención
- Establecer, de conformidad con los Princi-

5 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

6 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 2 (2002): *El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*. 32° período de sesiones, CRC/GC/2002/2, 15 de noviembre de 2002.

prios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (los “Principios de París”), normas mínimas que brinden orientación sobre el establecimiento, la competencia, las atribuciones, la composición, las modalidades de funcionamiento y las actividades cuasi jurisdiccionales de tales órganos nacionales.

Si bien la Observación no hace referencia a un Sistema, denomina “mecanismo” a:

Las instituciones nacionales independientes de derechos humanos (que) representan un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la Convención, y el Comité considera que el establecimiento de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados Parte de garantizar su aplicación y promover la realización universal de los derechos del niño.

Me permito disentir con esta opinión, ya que la Observación General N° 2 del Comité se refiere, en reiteradas oportunidades, a un organismo o institución *independientes de derechos humanos*. Los denominados órganos locales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, que toman distintas denominaciones en las diferentes jurisdicciones (defensorías, servicios locales de protección de derechos, servicios zonales, consejos, etc.) no reúnen las condiciones de aquellos órganos o instituciones.

Es, tal vez, la figura del Defensor del Pueblo con incumbencia en los derechos de los niños, niñas u adolescentes, o bien los defensores de derechos de lxs niñxs a los que se refiere la Observación General que aquí analizamos.

Más allá de este análisis, la República Argentina realizó un gran esfuerzo por crear, en los tres niveles, nacional, provincial y local, instituciones que tienen como fin proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes. Sin

embargo, implementar el nuevo paradigma de la *protección integral* bajo el prisma de la *situación irregular* sigue impregnando al ya no tan novel Sistema de Protección de Derechos, de la lógica de la atención del caso particular de los más vulnerables, en desmedro de la implementación de políticas universales que incluyan a todas y todos.

III. Sobre los principios esenciales de la CDN: el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído. Parámetros para su correcta aplicación

III.1. La CDN y el interés superior del niño

Este es un concepto pre Convención, que muchos lamentamos que se haya incorporado a ella en esos términos. Hablar del *interés superior del niño* es tan vago como hablar del peligro o abandono moral o material. Es un principio abstracto, pasible de las lecturas más diversas y que resulta muy difícil interpretar de una manera sistemática. Baste la lectura de muchos fallos, por ejemplo “Fornerón”⁷, para ver cómo se puede ser arbitrario y abusivo alegando el interés superior.

Nos parece que corresponde definir este principio porque si no lo hacemos, éste se define por quien interpreta y aplica, y hay muchos intentos en este sentido. Algunos dicen que “el interés superior del niño es el cumplimiento a cabalidad de todos los derechos de los niños, en simultáneo”. Y esto es casi imposible que suceda y no deja de ser una noción abstracta.

Nos interesa ahondar respecto de qué es el interés superior del niño. En este sentido, podemos asegurar que en muchas sentencias, pero también en muchos dictámenes de trabajadoras sociales, psicólogas, sociólogas que tienen que opinar sobre el destino de un

⁷ Corte IDH, *Caso Fornerón e Hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

niño, ante la misma situación, invocando el artículo 3 de la CDN, arriban a conclusiones absolutamente diversas.

Creemos que debemos empezar a definir ese concepto. La Convención Americana de Derechos Humanos -en el artículo 27, inc. 2- enuncia una cantidad de derechos que jamás podrán ser suspendidos o restringidos, aun en casos de conflicto armado, peligro público o cualquier emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. Menciona diez derechos (vida, integridad personal, protección a la familia, derechos del niño, etc.). Podríamos pensar si la CDN y las propias leyes no debieran definir algunos derechos de la niñez y adolescencia que jamás podrían ser suspendidos o restringidos, lo que podríamos llamar un núcleo duro de derechos.

Otra alternativa es aplicar *a cabalidad el principio pro homine para interpretar qué es el interés superior del niño*. El principio pro homine informa todo el derecho internacional de derechos humanos y se traduce en que “se aplicará la norma e interpretación más amplias cuando se trate de reconocer y garantizar derechos y aquella más restrictiva y restringida, cuando se trate de limitarlos o suprimirlos”.

A solicitud de muchos países de la región, el Comité se expidió sobre la definición y alcances de este principio. Es así que, en el año 2014, en su Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)⁸, subrayó que:

6. El interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea

una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3 (de la CDN), párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión [...].

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido,

[...] debe explicarse cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos⁹.

Es importante rescatar todo lo transcrito,

8 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013): *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 62° período de sesiones, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

9 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) *Sobre el derecho del niño ...*

en general, pero en particular la última parte. Son casi nulas las veces que en los ámbitos de decisión el juez o cualquier persona significativa del juzgado, o del órgano administrativo de protección en su caso, se dé cuenta y se explique, en particular a los niños, niñas y adolescentes, cuáles han sido los criterios en que se ha basado la resolución, cómo ha sido considerado su superior interés en el caso concreto. Es usual que el fundamento jurídico de la sentencia sea el interés superior, pero no se dicen los porqués de que ése sea su real interés y no otro.

III.2. La CDN y el derecho del niño a ser oído

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos. Nos interesa que los niños y niñas participen y ejerzan sus derechos, desde el lugar y en los ámbitos donde tienen que estar los niños, las niñas y los adolescentes: la familia, la escuela, el club, los talleres de arte, de música, los centros de estudiantes, el espacio público, etc.

Ahora bien, según nuestra opinión, en los procesos administrativos y judiciales el derecho del niño a ser oído es el derecho a *ser parte*, a participar en una forma eficiente y eficaz en un proceso que lo involucra.

En la misma Observación¹⁰, el Comité se-

ñala que el artículo 12 de la CDN establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño o niña. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación de reconocer ese derecho. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente. Es claro que, en nuestro país, sólo logramos alcanzar la máxima satisfacción de ese derecho a través de asegurarlo en el nuevo CCyCN, ya que, aun incluido en el artículo 24 de la ley 26.061, la mayoría de los tribunales no cumplían con esta garantía constitucional. Continúa el desafío en el ámbito de los procesos administrativos.

Es dable rescatar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ya hace años ha sentado jurisprudencia declarando nulas las sentencias en cuyo proceso se haya omitido escuchar a los niños de manera directa. Este es un gran avance del supremo provincial. Sin embargo, todavía falta asegurar que las opiniones de los niños, niñas y adolescentes sean debidamente tenidas en cuenta y que si sus opiniones son rechazadas, *se les informe cuáles son los criterios por los que no fueron tomadas en cuenta por el decisor en la resolución del caso que lo afecta*.

Cierto es que las opiniones de los chicos no son vinculantes para el juez, como no lo son las distintas posturas que todas las partes aducen en un pleito. Pero no es menos cierto que aún prevalecen muchos prejuicios en relación con la verosimilitud de los dichos de los niños, por lo que es imperioso remover los obstáculos culturales que aún se mantie-

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación Gene-

ral N° 12 (2009): *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

nen en la sociedad en general y en el Poder Judicial en particular, basados en distintas teorías derivadas de aquella del “niño fabulador”, tales como el síndrome de alienación parental y la co-construcción, entre otros. Es por ello que, ya hace años, distintos especialistas vienen tratando de desmontar estas supuestas teorías anticientíficas que convierten al derecho humano de los niños a ser oídos en meros actos formales. Los escuchamos, nadie puede negarlo, pero no les creemos nada, no conmueven sus palabras, ni siquiera a riesgo de poner en peligro su integridad física, psíquica y espiritual.

En ese sentido, el reconocido psicoanalista de niños Juan Carlos Volnovich, ha escrito:

El llamado Síndrome de Alienación Parental no posee entidad científica médica, psiquiátrica o psicológica, al no estar reconocida por el DSM-IV, el CIE-10, la Organización Mundial de la Salud, las Asociaciones Profesionales de la Medicina, la Psiquiatría o la Psicología ni en los ámbitos académicos y universitarios reconocidos” para concluir afirmando “Su utilización representa un ejercicio de mala praxis, que tiene consecuencias graves en el desarrollo psíquico de los menores afectados y constituye una grave afectación de sus Derechos Humanos (Volnovich 2001)

La prestigiosa psicoanalista Eva Giberti también cuestiona el aval que ciertos jueces y comunicadores le dan al falso síndrome de alienación parental conocido como SAP:

El SAP ha aparecido como estrategia para frenar el impulso que socialmente habían tomado los temas vinculados con el incesto y abuso sexual contra niños y niñas. Surge cuando se inician campañas contra tales delitos, sumadas a la aparición de grupos de madres que denunciaban... Pueden ser

mujeres o varones que disfrutaban con el ejercicio de un poder que avasalla las narraciones de las niñas y adolescentes; suponen que es sencillo “lavarles el cerebro”, lo cual supone una afrenta a las víctimas¹¹.

Podemos concluir, entonces, que no basta con escuchar al niño; *las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente, a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio*.

Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Por ese motivo, las opiniones de lxs niñxs tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. El mismo Comité ha advertido que:

El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y *culturales* que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. *Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños*¹².

IV. Sobre las medidas ordinarias o integrales y las medidas de excepción

El artículo 32 de la ley 26.061 define am-

11 Carbajal, Mariana. 2014. “El delito silenciado”. *Página/12*. 17 de agosto de 2014. Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-253157-2014-08-17.html>.

12 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009): *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 135.

pliamente cómo está conformado el Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (organismos, entidades y servicios), qué funciones cumple (diseño, planificación, coordinación, orientación, ejecución y supervisión de políticas públicas), cuáles son sus fines (promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de derechos) y los medios para asegurar esos fines. Explicitando que se trata, además, de la concertación articulada de acciones del Estado Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios.

Este amplio Sistema estaría integrado por los siguientes medios:

- Políticas, planes y programas de protección de derechos;
- **Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos;**
- Recursos económicos;
- **Procedimientos;**
- Medidas de protección de derechos;
- Medidas de protección excepcional de derechos.

IV.1. Medidas de protección de derechos ordinarias y excepcionales

Es importante reiterar que las medidas, en tanto uno de los medios del sistema, son parte de las políticas públicas, ello así porque existe aún entre algunos operadores la idea de que se aplican cuando las políticas públicas se han agotado, sin entender muy bien qué alcance jurídico tiene este concepto de *agotamiento*.

No se trata de políticas universales o de mayor impacto, ni de políticas sectorizadas o segmentadas dirigidas a un sector determinado de la población: son medidas de protección frente a la vulneración de derechos, medidas ordinarias o excepcionales, que forman parte de las políticas públicas. Éstas deben ser fundadas. Es necesario consignar el motivo que la causa, cuáles serán las estrategias en su implementación,

cuándo se prevé el cese de la medida, teniendo particular atención a su duración. También corresponde resaltar que estas premisas son y deben ser comunes a ambos tipos de medidas.

Por ejemplo, la inclusión de una familia en un programa de acompañamiento familiar, que es una de las medidas ordinarias más extendidas, sin estrategia de intervención y que se prolonga en el tiempo *sine die*, no es más que una injerencia arbitraria en la vida de las familias, que en la mayoría de los casos convierte a los sujetos en clientes cautivos del control social.

Estas medidas, que la ley 26.061 denomina en su art. 33 de Protección Integral de derechos, emanan del órgano administrativo competente local: Consejo, Defensorías zonales, servicios zonales, servicios locales, guardias de abogados o como los denominen en cada jurisdicción. El eje central de estas medidas es la *preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares y sociales* de los y las niñas y restituir sus derechos amenazados o vulnerados, previniendo la separación de sus familias

Su objetivo fundamental de fortalecer las redes institucionales y su articulación con otros subsistemas para mejorar el nivel de respuesta (salud y educación), lamentablemente se ha desdibujado con el tiempo, por lo cual, la mayoría de estos órganos administrativos se concentran, en mejores o peores condiciones, y con más o menos acierto, en el “trabajo” con las familias tendientes a remover obstáculos que tienen o padecen en el cumplimiento de su rol de cuidado y crianza.

Estas medidas debieran contar, en la medida de lo posible, con el consenso de los responsables adultos y, también, en la medida de lo posible, con el consenso del niño, niña o adolescente.

A nuestro entender, continúan sin resolverse algunos nudos críticos del denominado Sistema que, como vemos en la práctica, se ha reducido a los órganos de primer nivel de atención, que podríamos sintetizar en:

1. Erradicar el falso concepto de “agota-

- miento de las políticas públicas”;*
2. Definir a qué llamamos “*agotamiento del trabajo con la familia biológica*”;
 3. Complejizar el argumento de que el niño, la niña o adolescente “*no acepta o rechaza la política pública que el Estado les ofrece*”.

IV.2. ¿Cuál es el nivel de aplicación de las medidas ordinarias o integrales?

No es fácil responder a esta pregunta por la ausencia de un registro sistematizado de las medidas ordinarias aplicadas y su grado de eficacia. Son de destacar algunas experiencias como el Legajo Único o el REUNA de la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, aún se observan deficiencias en el registro de los tiempos de intervención.

En los relevamientos de niños sin cuidados parentales realizados por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) y UNICEF en los años 2011 y 2014 (SENNAF y UNICEF 2012; 2015) se constató un aumento de las estrategias para prevenir la judicialización y la institucionalización de niños, la disminución de la toma de medidas excepcionales por causas meramente “asistenciales” -abandono o negligencia-, registrándose un aumento importante de “ingresos” por violencias.

IV.3. Medidas de protección excepcional de derechos

El artículo 39 de la ley 26.061 regula las medidas excepcionales, que son aquellas que deciden separar a los niños de sus familias. Se ha dicho en reiteradas oportunidades que estas medidas son subsidiarias y de aplicación restrictiva, y que deben estar fundadas en circunstancias excepcionalmente graves y que su objeto es la reintegración del niño a su grupo familiar. Son la última ratio, deben ser limitadas en el tiempo y nunca podrán im-

plicar privación de libertad. Es una decisión del Estado de último recurso que no puede ni debe ser *infundada, arbitraria, discriminatoria, acrítica, abusiva ni autoritaria*.

Respetar estos requisitos obliga a los operadores y operadoras administrativos y judiciales a lidiar con los mitos familiares, los ideales y los prejuicios sobre las familias de los niños.

IV.4. La familia y las familias: el imaginario institucional

La Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos coloca a las familias como núcleo central de la protección de los niños y niñas. En efecto, plantea que la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que pertenece. Sobre este punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador¹³ manifiesta que todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho a las medidas de protección que su condición requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre.

En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la CDN que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte *prestaciones positivas* para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto re-

¹³ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado por la Asamblea General (OEA), A-52, 17 de noviembre de 1988.

quiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural.

Ahora bien, hace años que observamos en todos los organismos, entidades, instituciones públicas y privadas que componen el sistema que existen dos factores que se entrelazan y operan como obstáculo para restituir el derecho de lxs niñxs a vivir en el seno de su familia o de una familia: los prejuicios y los ideales.

1. Prejuicios en los propios operadores administrativos y judiciales: las familias biológicas “no saben, no pueden, no quieren, no desean”.

2. Imposición de un “ideal” de familia a las familias de origen, también a las posibles adoptantes.

No cabe duda que estas posiciones, fuertemente discriminatorias, debilitan las acciones tendientes a fomentar la vinculación familiar. Se somete a las familias a reiteradas evaluaciones sin resolver con acciones efectivas, es decir, remover, en la medida de lo posible, las causas que le dieron origen. Y, por otra parte, obstaculiza decidir cuándo, cómo y por qué el reintegro a la familia de origen vulnera el derecho de lxs niñxs, en su caso.

IV.5. Sobre el procedimiento

La ley 26.061, al ser una norma nacional, no regula un procedimiento a seguir en sede administrativa. Sin embargo, su artículo 40 define su procedencia, en particular, su carácter subsidiario a las medidas de protección ordinarias del artículo 33 de la misma ley. El artículo 41 es claro y contundente en enumerar los criterios de aplicación de las medidas.

Ahora bien, no todas las leyes de promoción y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes establecen un procedimiento en sede administrativa. A nuestro entender dichos procesos no pueden dejar de incluir:

1. Derecho del niño a ser oído e informado y que su opinión sea tenida en cuenta;

2. Que sean citados y escuchados sus pro-

genitores u otros familiares o referentes del niño garantizando el derecho de defensa;

3. Que el niño o niña con edad y grado de madurez suficiente pueda ser asistido e incluso patrocinado por un abogado.

IV.6. Algunas reflexiones sobre la modalidad de ejecución de las medidas de protección excepcional

No es objeto de este artículo explayarse sobre este punto, sin embargo no podemos dejar de señalar que a la hora de definir el lugar donde residirán lxs niñxs una vez tomada la medida, en la mayoría de los casos, están muy alejados de su centro de vida, lo que implica cambios de establecimiento educativo y que sus familias vean más complicado el acceso.

Por tanto, el contacto de los niños con sus familiares se da entre períodos largos de tiempo (15, 30 días, a veces más). Además de lo expuesto, la mayoría de las veces son las prestadoras privadas (hogarcitos) los que imponen los días y horarios en que las familias (en particular las mamás) pueden “ver” a sus hijxs, sin responder a una estrategia determinada por ningún equipo de intervención, vulnerando el debido derecho al contacto de lxs niñxs con sus familias. Todavía, elegir el mejor lugar de alojamiento no sólo por la variable “vacantes” sigue siendo un tema a resolver. Del mismo modo que avanzar en la regulación/prohibición de las visitas a los niños y niñas, por parte de personas ajenas a su familia. Paradojalmente, a estas personas se les está no sólo permitido, sino también facilitado frecuentar a los niños y niñas con mayor asiduidad que sus propias familias de origen. En algunas jurisdicciones se los denomina padrinzos, que fundados en supuestos sentimientos de solidaridad, derivan en un “atajo” hacia la adopción, en violación de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

Todas estas anomalías, que implican vulne-

ración de derechos, no aportan a la generación del vínculo amoroso con las familias, por el contrario, generan o favorecen el desvínculo y el sentimiento de soledad de lxs niñxs es mayor.

IV.7. De las causas que motivan las medidas de protección excepcional. El maltrato infantil

Según los relevamientos de niños sin cuidados parentales ya referidos, en los últimos años se ha registrado un aumento en términos porcentuales de las causales de maltrato infantil, violencia y abuso sexual, en desmedro de la clásica causal de abandono. De ese dato se han sacado algunas conclusiones. La primera de ellas, dato muy auspicioso, es que las causas derivadas o asociadas sólo a las condiciones materiales y simbólicas de vida no justifican per se la separación de lxs niñxs de sus familias. Claramente, preocupa el registro de maltrato infantil y violencia contra lxs niñxs. A partir de estas constataciones, reaparece una vez más el tema de cómo abordarlo y, en particular, cómo se armonizan las normas de las leyes de violencia familiar con las de protección de derechos (Herrera y Famá 2008, 19 y ss.)

Se ha dicho y explicado, a mi entender con precisión, cuál es la ley que debe aplicarse frente a estos supuestos y, en consecuencia, qué medidas pueden y deben ser tomadas y qué órgano judicial o administrativo debe hacerlo (Pellegrini 2010).

Sin embargo, todavía se registra una gran confusión y falta de coordinación entre el órgano jurisdiccional y el administrativo, hecho que no sólo implica un desorden institucional, sino que tiene importantes consecuencias que afectan la vida de lxs niñxs y violan algunos de sus derechos fundamentales, desvirtuando el objeto mismo del Sistema de Protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.

En efecto, pareciera claro que según el artículo 4 de la Ley de Protección contra la vio-

lencia familiar N° 24.417 es el Poder Judicial el que debe entender originariamente dicha causal. Transcribimos el artículo para mayor comprensión de lo que aquí se pretende analizar:

El juez podrá adoptar, al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, las siguientes medidas cautelares: a) Ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar; b) Prohibir el acceso del autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio; c) Ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor; d) Decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos. El juez establecerá la duración de las medidas dispuestas de acuerdo a los antecedentes de la causa.

Más allá de la nominación que la norma le adjudica, diversos autores, en particular Aída Kemelmajer de Carlucci, han calificado estas medidas como verdaderas medidas autosatisfactivas (Kemelmajer 1998).

Sin embargo, en la gran mayoría de los casos son los órganos de protección de derechos los que toman frente al maltrato infantil o la violencia familiar cuando una niña/o es víctima, una medida de protección excepcional, en aplicación de las normas emanadas de las leyes de protección.

Que ello sea así tiene las siguientes consecuencias. No se cumple con la ley específica donde es el juez el que toma todas las medidas. Se castiga al niño/a y adolescente víctima o testigo de violencia o abuso sexual, excluyéndola/o de su casa, por lo que muchas veces confirma su fantasma. En algunos casos, el órgano administrativo no solicita la exclusión del agresor y en otros casos, no se le reconoce legitimación activa para hacerlo. Se invisibilizan o subregistran las causas judiciales iniciadas por violencia

o maltrato ya que se caratula como “Control de legalidad”. Se desresponsabiliza a los agresores y/o sus partenaíres. No se archiva nunca la causa de control de legalidad por haber sido motivada por una razón de violencia, aún cuando lxs niñxs ya hayan egresado con la madre o el padre no agresor u otro miembro de su familia.

Las medidas a las que alude el artículo reseñado, así como las del artículo 26 de la ley 26.845, y las similares de las distintas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, son medidas urgentes, que tienen como objeto hacer cesar el hecho dañoso, no son imperio del órgano de protección de derechos sino del Poder Judicial y tendrán la duración que el juez de la causa le establezca. Va de suyo que no es necesario el control de legalidad cuando es el propio juez el que toma la decisión.

El artículo 7 de la ley 24.417 establece cuál es la intervención que el juez puede solicitar, o no, al órgano administrativo de protección cuando establece que:

De las denuncias que se presente se dará participación al Consejo Nacional del Menor y la Familia (hoy Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo de los Derechos de niños, niñas y adolescentes) a fin de atender la coordinación de los servicios públicos y privados que eviten y, en su caso, superen las causas del maltrato, abusos y todo tipo de violencia dentro de la familia. Para el mismo efecto podrán ser convocados por el juez los organismos públicos y entidades no gubernamentales dedicadas a la prevención de la violencia y asistencia de las víctimas.

Es claro que no podemos negar que en muchos casos puede ser necesario separar a lxs niñxs de sus familias, como medida urgente, y que ello podrá ser decidido por el órgano administrativo de protección, el que deberá, tal

como indica el artículo 2 de la Ley N° 24.417, realizar la denuncia al órgano jurisdiccional a los fines de que tome las medidas que estime correspondan en cumplimiento de dicha norma, en principio, excluir al agresor de la vivienda donde convive con el grupo familiar y no a lxs niñxs. Lamentablemente, aún hoy se evidencia que sucede lo contrario.

Frente a este panorama, es de sumo interés analizar también la laxitud de la percepción y la conceptualización que las y los operadores del sistema le están adjudicando al maltrato infantil y a la violencia contra los niños como causa o motivo de “ingreso” de las personas menores de edad al Sistema de Protección (Grinberg 2015) y cómo éstas también están fuertemente imbuidas de preconceptos morales subjetivos y de prejuicios discriminatorios, tema trascendente que excede este trabajo, pero que sin duda merece un tratamiento particular, incluyendo el gran esfuerzo que muchxs de las y los operadores de este Sistema realizan, a pesar de las condiciones en que se desempeñan, a favor de una vida más digna para lxs niñxs y sus familias.

Bibliografía

Grinberg, Julieta. 2015. “Violencias y malos tratos hacia los niños: reflexiones en torno a alguna de las explicaciones más frecuentes”. 4tas Jornadas de Estudios sobre la infancia, Buenos Aires.

Herrera, Marisa y María Victoria Famá. 2008. “Medidas cautelares, medidas de protección y medidas excepcionales. Una tensión latente en el cruce entre las leyes de violencia familiar y las leyes de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 39.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. 1998. *La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz*

para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar, JA 1998-III-693.

Morlachetti, Alejandro. 2013. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL-Unicef.

Pellegrini, María Victoria. 2010. "Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el sistema judicial". En: *Temas claves en materia de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires*, 112-137. Buenos Aires: Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Instituto de Estudios Judiciales.

Volnovich, Juan Carlos. 2001. "Del Silencio al Grito: Abuso sexual infantil". Disponible en <http://www.elsigma.com/columnas/del-silencio-al-grito-abuso-sexual-infantil/1335>.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Caso Fornerón e Hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 2 (2002): *El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*. 32° período de sesiones, CRC/GC/2002/2, 15 de noviembre de 2002.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009): *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013): *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 62° período de sesiones, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado por la Asamblea General (OEA), A-52, 17 de noviembre de 1988.

Documentos de organismos nacionales

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) y UNICEF. 2012. *Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional y propuestas para la promoción y el fortalecimiento del derecho a la convivencia familiar y comunitaria*.

SENNAF y UNICEF. 2015. *Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional – Actualización 2014*.

El ejercicio efectivo de los derechos de los NNyA en contextos de internaciones por salud mental. La experiencia de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 Ley 26.657)

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación

Integrado por María Laura Folgar (coordinadora), María Paula Menossi, Rosalía Muñoz Genestoux, María Belén Pasquali, María Verónica Britos, Darío Carballo, Tomás Ruggiero y Paloma González Duran (abogados art. 22), Sabrina Bosseti, Silvana Ossola, Mariela Pichon y Hernán Crespo Kaul (equipo interdisciplinario), Agustina Olivieri (abogada) y Sofía Almua

I. Introducción

La niñez institucionalizada, en cualquiera de sus contextos, se encuentra lejos de la niñez ideal. Cuando esta institucionalización obedece a razones de salud mental, la situación es aún más compleja, pues a la vulnerabilidad propia de la niñez y del contexto de encierro, se le suma una discapacidad psicosocial, entre otras tantas vulnerabilidades.

Por ello, en este artículo, es nuestra intención contarles el trabajo de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 Ley 26.657); el marco normativo en que desplegamos nuestra labor, cómo la desarrollamos y algunas experiencias.

II. La Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 Ley 26.657)

Nuestra función es ejercer la defensa técnica y especializada¹, prevista en los arts. 22 y 26

¹ En los términos del art. 22 y 26 de la ley 26.657 (LNSM), su reglamentación Dto. N° 603/13, art. 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149 y Res. DGN N° 1451/11 y N° 516/12, art. 18 de los Principios ONU, art. 41 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 5, 30 y 41 de las Reglas de Brasilia

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

de la ley 26.657 (en adelante, LNSM), de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) que en su calidad de usuarios del servicio de salud mental² atraviesan una internación (por salud mental o consumo problemático) en instituciones públicas y privadas (hospital monovalente, general, clínica, sanatorio o comunidad terapéutica) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³ (en adelante, CABA).

sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

2 Cabe señalar que existe una profusa normativa relativa a los derechos de la infancia y la salud mental (Convención sobre los Derechos del Niño, observaciones Generales del Comité de la CDN, Opinión Consultiva N°17 CIDH, Ley 26.061, Dto. 415/06, Ley 114, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 27.044) y Observaciones del Comité, Ley 26.657, Dto. 603/13, Ley 448 (C.A.B.A.), Ley 2318 (C.A.B.A.), Ley 26.934 Plan Integral para el abordaje de los consumos problemáticos; los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (resolución 46/119); la Declaración de Caracas; Principios de Brasilia rectores para el Desarrollo de la atención de la Salud Mental en las Américas; art. 21.12 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley básica de salud de CABA 153/99, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. XI, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25, 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) art. 4.1 y 5.1, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (art. 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (10.3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1 y 24.1.), Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1 y 22, etc.).

3 La competencia del control de internación lo determina la jurisdicción donde se encuentra internada la persona, tal como lo señaló la CSJN en “Tufano, Ricardo Alberto s/ internación”, rta 27/12/2005, Fallos 328:4832 -entre otros- en que dispuso “el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar

Tomamos conocimiento de la internación -medida de salud- a través de una comunicación⁴ a la Unidad de Letrados vía fax o mail dentro de las 10 horas del ingreso del NNyA a la institución, o por cualquier otro medio⁵. A partir de allí, en el plazo de 24 a 48 horas, un letrado/a se constituye en la institución para tomar contacto personal con nuestro/a defendido/a, teniendo como norte, desde el inicio, poner al NNyA en conocimiento de sus derechos y de la información que requiera; procurar que reciba el tratamiento que necesite, el más conveniente, que sea el menos restrictivo de sus derechos y en condiciones adecuadas; relevar su historia clínica -a saber, que se encuentre unificada, foliada, que las intervenciones del equipo tratante se registren a diario y que obre el consentimiento informado, etc.-; que la internación no se prolongue innecesariamente y obtener la externación del NNyA -sea el regreso al domicilio familiar o al dispositivo (hogar convivencial, hogar de atención especializada u hogar terapéutico) que se entienda pertinente-; y propiciar su integración comunitaria.

Cabe destacar que el art. 22 de la LNSM dispone que “la persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación”, es por ello que nuestra intervención es de carácter subsidiaria, coherente con su naturaleza cuyo objetivo es garantizar que cuente con una “defensa técnica”. Y es principio fundamental de este derecho que pueda “contar con un letrado de su elección que lo asista en forma individual y que

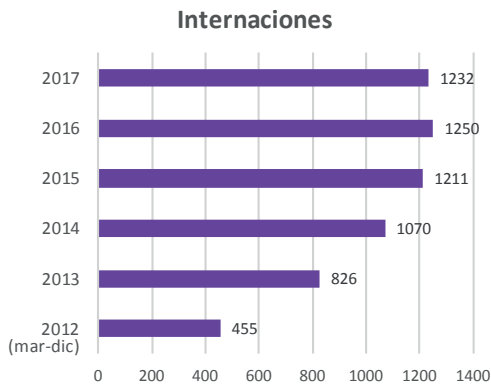
legalidad y contralor de las condiciones en el que el tratamiento de internación de desarrolla”.

4 Al tel/fax 4342-6125 o infancia-saludmental@mpd.gov.ar.

5 Hemos recibido llamados del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes -en adelante, CDNNyA-, de familiares, o a través del expediente judicial, etcétera.

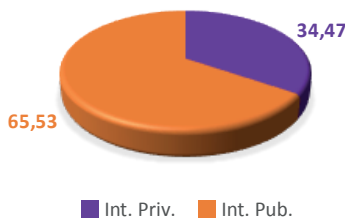
persiga la defensa irrestricta de sus derechos e intereses en todo ámbito” (Pinto 2011, 69). Por ello, si el NNyA decide designar a otro/a profesional letrado/a a esos efectos, no corresponde la intervención de esta Unidad.

Desde la puesta en funcionamiento el 1° de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2017, la Unidad de Letrados⁶ ha intervenido en 6.044 internaciones de NNyA.



Trabajamos aproximadamente con 40 instituciones. La mayor cantidad de internaciones – contando hospitales monovalentes y generales, sanatorios, clínicas y comunidades terapéuticas-, se produjo en el sector público (el 65.53%, mientras que en el privado fue del 34.47%).

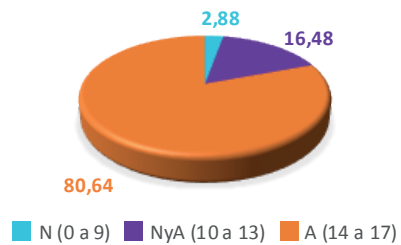
Internaciones 2012-2017



6 Creada por Res. DGN N°1451/11 y 516/12. Se recomienda lectura de la publicación *Acceso a la justicia de NNyA internados por salud mental o adicciones. Testimonio 2012-2014*, del MPD (2015). Disponible en: www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Salud%20Mental%20web.pdf

En lo que respecta a la edad de los NNyA en cuyas internaciones hemos tomado intervención, podemos decir que 172 eran niños y niñas de hasta 9 años; 986, NNyA hasta los 13 años, y 4823, adolescentes de 14 a 17 años. Mientras que no se encuentra consignada en los registros la edad exacta de 63 menores de edad.

Internaciones NN y A



Con nuestra intervención podemos señalar, sin duda, que se garantiza el *acceso a la justicia*⁷ y la *exigibilidad de los derechos* de los NNyA que transitan una internación de salud mental en CABA. Específicamente, la función se encuentra orientada a garantizar el derecho a la salud del NNyA como así también a que sea oído.

En este sentido, se escucha al NNyA y se lo visita periódicamente; su voz -cuando ello es posible⁸-, sus deseos y preferencias son puestas en conocimiento del juez (de ser posible se adjunta acta suscripta por nuestro/a

7 Entendiendo “el acceso a la justicia en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite reestablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados” (Principios y Directrices sobre la Defensa Pública en las Américas, aprobados por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) el 3 de agosto de 2016, Principio 1).

8 Si bien la participación del NNyA en todos los asuntos que los afecten en nuestro norte, no podemos dejar de tener en cuenta que la capacidad para el ejercicio de los derechos depende del grado de desarrollo y madurez; y nuestros defendidos abarcan una amplia franja etaria (hemos intervenido en internaciones de niños de hasta 4 años) y con distintos padecimientos mentales y complejidad.

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

defendido/a en el expediente)⁹. Sin embargo, no solo tomamos contacto personal con el NNoA, también lo hacemos con sus progenitores y/o referentes afectivos – si los hay-, con el equipo tratante, se consulta la historia clínica, donde siempre dejamos constancias de nuestra intervención y accesible la información de contacto.

La intersectorialidad es fundamental en el marco de nuestra defensa, dado que articulamos con distintos actores (Consejo de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes –en adelante CDNNyA-, las defensorías zonales del CDNNyA, servicios locales/zonales de Promoción y Protección de los Derechos de los NNyA, Dirección General de Salud Mental¹⁰, Dirección de Niñez y Adolescencia; Dirección de Políticas Sociales en Adicciones; F.A.C.O.E.P. S.E -ex Incluir Salud, ex PROFE-, obras sociales, prepagas, establecimientos escolares, entre otros) en pos de garantizar la pronta externación de nuestro/a defendido/a, la continuidad de los tratamientos ambulatorios que se recomiendan y obtener los recursos que se indiquen (acompañante terapéutico, centros educativos terapéuticos, hospital de día, hogar terapéutico, etc.).

Nuestra presencia en las instituciones, luego de 6 años de camino desde la creación de esta Unidad y más de 7 años de la puesta en vigencia de la LNSM, aún ofrece resisten-

cia en algunas de ellas. Es que, en el ejercicio activo de la defensa, indagamos y cuestionamos *-de entenderlo pertinente-* el tratamiento que reciben y las condiciones (habitabilidad del dispositivo de internación, alimentación, vestimenta, intimidad, higiene, preservación de lazos afectivos, sociales y/o comunitarios, entre otros) solicitando, en su caso, el cese de situaciones irregulares o medidas que importen la vulneración de derechos (como falta de control o seguimiento del equipo profesional, falta de contacto con familiares, falta de contención y acompañamiento del personal de enfermería, situaciones de maltrato y/o contención física¹¹, que compartan espacio junto a personas adultas¹², traslados a otros dispositivos, falta de permisos de salidas, etc.). Por ello, entendemos que es parte de nuestra labor profesional -como también un desafío- transitar terrenos adversos y con lógicas antagónicas (modelos tutelares e intervenciones biologicistas). Sin embargo, intentamos con nuestra presencia periódica y prácticas, derribar esas barreras propiciando su adecuación a los estándares internacionales de niñez y salud mental. También a través de charlas, participación en ateneos, mesas de trabajo e innumerables reuniones con la dirección, equipo tratante (médicos, psicólogos, trabajadores sociales, musicoterapeutas,

9 De conformidad con el art. 12 de la CDN -aprobada mediante ley 23.849 y con jerarquía constitucional cf. art. 75 inc. 22 CN-, arts. 2, 3.b, 24 y 27.b de la ley 26.061, art. 7 j y k, 10 y 16 de la ley 26.657 y reglamentación art. 26 Dto. 603/13; y art. 2 inc. e) y f, 5 y 7 de la ley 26.529 y Decreto Reglamentario 1089/2012; Principios 11.2 y 12.1 ONU, Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, y art. 707 del CCyCN.

10 Cabe citar que por Dto. 647/10 de C.A.B.A. se transfirieron a la órbita de la Dir. Gral. de Salud Mental del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad las competencias relativas a la atención de NNyA con problemática de salud mental y discapacidad.

11 Ello de conformidad con los Principios para la protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991) Principio 9-1 y 11-11; “Diez Principios Básicos de las Normas para la atención de la Salud Mental” OMS, principio 4; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes; Informe del Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, en su informe A/63/175; Res S.E. N° 19/15 del Órgano de Revisión de Salud Mental, doctrina de la Corte IDH en el Caso *Ximenes Lopes v. Brasil* y de la CIDH en el *Caso Congo Víctor Rosario v. Ecuador*, entre otros.

12 Específicamente previsto en art. 37 inc. c CDN; Reglas de Beijing (13,4) y Directrices Riad (IV) c).

etc.) y enfermeros de los diferentes dispositivos. Destacamos que, aún en las diferencias, podemos encontrar puntos en común en pos de los derechos de nuestros defendidos/as.

El **trabajo interdisciplinario** es fundamental en el ejercicio de la defensa técnica. En efecto, contamos con un equipo compuesto por profesionales psicóloga, psiquiatra infante juvenil y trabajadora social, de conformidad con el art. 47 h) de la ley 27.149 y arts. 41 y 61 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad que apoya la defensa técnica.

Ello nos permite pensar las mejores estrategias con la mirada de distintos saberes y cuestionar el tratamiento, la medicación y las prácticas, en pos de garantizar los derechos de nuestros defendidos. Intervienen también en la entrevista con el NNoA, particularmente cuando esta resulta dificultosa por su padecimiento o por su edad, pudiendo llevarse a cabo a través del juego y no solo a través de la palabra.

Asimismo, en la cotidianidad de nuestra labor, intentamos mantener reuniones periódicas intra-grupo, a los fines de trabajar los casos de forma conjunta y supervisar las intervenciones. Ello permite brindar mejor calidad del servicio sobre las personas asistidas y, al mismo tiempo, favorece la calidad de trabajo. Es que el trabajo en equipo resulta ser un engranaje fundamental, en particular, para enfrentar las distintas situaciones que nos presentan las intervenciones con NNy/oA en situación de extrema vulnerabilidad, cuyas realidades nada tienen que ver con una infancia “ideal” (por ej., subjetividades destruidas por situaciones de abandono, violencia o abusos de larga data, trayectorias de exclusión, niños sin familia, sin vivienda, por solo nombrar algunos). Es importante entender que más allá de la profesionalidad de cada uno de los integrantes de la Unidad, trabajar en dichas realidades nos interpela y atraviesa constantemente. Como profesionales debemos ser

conscientes de nuestra propia subjetividad y como equipo, poder entender el medio en el que trabajamos, poner objetivos en común y ajustar nuestras intervenciones a la realidad.

III. Del control de internación

El instituto de la internación es una medida de salud legítima, aun cuando esta sea involuntaria mientras dure el criterio de riesgo cierto e inminente¹³. Con la misma certeza, señalamos que dicha medida importa la privación de la libertad, “bien jurídico del que solo podrán ser privados los sufrientes mentales cuando se den las circunstancias excepcionales (medida terapéutica restrictiva) y con el debido control judicial para su imposición y mantenimiento” (Galende y Kraut 2016, 8-9).

Específicamente, la LNSM ha definido la internación involuntaria previendo el mecanismo de contralor por parte del juez de aquella medida (arts. 20 a 26). En el mismo sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), que entró en vigencia el 1º de agosto del año 2015, hizo eco a los cambios normativos, al disponer en su art. 41 el control judicial inmediato de las internaciones involuntarias y establecer las garantías de debido proceso y derecho de defensa para la persona internada¹⁴; como así también, al

13 Conforme la reglamentación del art. 20, debe entenderse como riesgo cierto e inminente “a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o a la integridad física de la persona o de terceros”. Sobre el particular señalamos que en la práctica se observa que entre las instituciones o entre los equipos profesionales -aun de las mismas instituciones- una importante disparidad de criterios en cuanto a la interpretación de la urgencia y de aquello que debe entenderse por “riesgo cierto e inminente”, algunas de ellas muy rígidas y otras demasiado flexibles.

14 Art. 41 del CCyCN: “La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

examinar que las internaciones involuntarias respeten los recaudos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, e imponer que la mismas sean revisadas periódicamente¹⁵ y se garantice el derecho de defensa.

Además, la actuación judicial, en el marco de estos expedientes, debe estar guiada por los principios y valores jurídicos que impone el Código Civil, coherente con los tratados sobre derechos humanos. Especialmente, los jueces deben guiarse por los principios generales que establece el art. 706 del CCyCN, esto es los principios de “tutela judicial efectiva¹⁶, intermediación, buena fe y lealtad proce-

sal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente”, disponiendo que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables...” y que “la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”¹⁷.

Cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado en el caso “Furlán y familiares v. Argentina”¹⁸ que:

[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial [...] y que [...] es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹⁹

y, en relación con los niños y niñas con discapacidad, impone al Estado que tome

en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones”.

15 Tener en cuenta lo ocurrido y doctrina sentada en fallo “RMJ s/ insania” (CSJN, 331:211, 19/02/2008) y fallo “S. de B. M. del C. c/ Ministerio de Justicia – Poder Judicial – Estado Nacional” (CSJN, 332:2068, 01/09/2009), entre otros. Por otra parte, cabe destacar que el art. 25 de la CDN reconoce “el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.”

16 El Poder Judicial debe configurarse en un verdadero instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad (cf. 100 Reglas de Brasilia y art. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (PSJCR). Acertadamente,

se ha sostenido que “al Poder judicial le cabe un papel subsidiario: le corresponde actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho, o por incumplir con las acciones positivas debidas. Este recurso a la protección judicial en caso de afectación del bien que se pretende tutelar constituye un elemento central en la definición de la noción de ‘derecho’” (Abramovich y Courtis 2009, 9-10).

17 Ello, también de conformidad con el art. 3 CDN y art. 3 de la Ley 26.061, que establece principio de interés superior del niño; a los que a mayor abundamiento podemos sumar los principio *pro minoris*, *pro debilis* y *pro homine*.

18 Corte IDH, *Caso Furlán y familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

19 Corte IDH, *Caso Furlán y familiares v. Argentina*, párr. 134.

“medidas necesarias para asegurar que gocen plenamente todos sus derechos y libertades fundamentales” y que “en actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”²⁰.

Abordando específicamente el trámite del expediente, podemos señalar que a partir de la comunicación de la internación por parte de la institución de salud al Poder Judicial (al igual que comunica a esta Unidad y al Órgano de Revisión de Salud Mental) se inicia un expediente de control de internación (“...s/ control de internación o Evaluación Art. 42 Código Civil”).

En CABA son los juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil con competencia exclusiva y excluyente en cuestiones de familia²¹, los que tienen competencia para controlar las internaciones por salud mental y, por ello, la defensa pública oficial corresponde al Ministerio Público de la Defensa, en particular esta defensa técnica, de conformidad con lo previsto por el art. 47 de la ley 27.149. Nuestra función coexiste con la intervención del/la defensor/a público/a de menores e incapaces en los términos del art. 103 del Código Civil y del art. 43 de la ley N° 27.149, intervención que corresponde bajo pena de nulidad.

De las constancias que lucen en las actuaciones sobre control de internación, podemos resumir que, en principio, hay un informe comunicando la internación y las resoluciones de los juzgados que la autorizan/convalidan (arts. 21 de la LNSM y 41 del CCyCN), la orden de

vista a esta Unidad de Letrados y al defensor/a público/a de menores e incapaces, luego el informe de 48 horas que remite la institución (art. 21 de la LNSM); y, a partir de allí, según las particularidades que presente cada caso durante la internación y su duración, darán lugar a múltiples peticiones y actuaciones.

En general, nuestras peticiones judiciales se encuentran orientadas a poner en conocimiento del juez como se encuentra nuestro defendido/a, hacer llegar su voz y requerir todas las medidas que sean necesarias para que se efectivicen los derechos de los NNyA en los términos de la LNSM, y los recursos pertinentes para la pronta externación sustentable del NNyA.

Sin embargo, las vicisitudes que presenta cada caso han dado lugar a diversas peticiones, solo por nombrar algunas: medidas de prohibición de acercamiento de personal de enfermería por violencia institucional sobre nuestro defendido/a; medidas de prohibición de acercamiento por violencia de género sobre nuestras defendidas e intervención de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; medidas de prohibición de acercamiento por indicación del equipo tratante; medidas cautelares de no innovar para que se reserve la vacante de nuestros/as defendidos/as en los hogares convivenciales; asimismo, hemos coadyuvado a requerir cuota alimentaria a favor de nuestro/a defendido/a o a requerir su afiliación a una obra social/prepaga, etc.

A ello, se suma que la mayor parte de nuestra actuación es extrajudicial, se hacen llamados telefónicos, oficios, visitas, entrevistas, debiendo en muchos casos trasladarnos a extraña jurisdicción para obtener un recurso –sea a una municipalidad, hospital, ministerio, servicio de promoción local o juzgado– o para contactarnos con la familia o referentes afectivos. También, en el marco de la actuación extrajudicial, hemos coadyuvado a tra-

20 Corte IDH, *Caso Furlán y familiares v. Argentina.*, párr. 136.

21 La competencia para controlar la internación por parte de los Juzgados Nacionales se debe a que aún no ha sido transferida la competencia a la órbita local. Específicamente, la Ley 448 que prevé en los arts. 35 a 39 la internación judicial, pero en sus disposiciones transitorias suspende su vigencia hasta que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad.

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

mitar D.N.I., Certificado Único de Discapacidad, afiliaciones, dar celeridad a trámites de pensión no contributiva, y hemos acompañado a los familiares de nuestros defendidos a distintas dependencias a fin de coadyuvar a garantizar los derechos de los NNyA (ello, en pos de una derivación responsable).

Cuando el NNoA continúa internado/a sin criterio (es decir, cuando ha cesado el riesgo cierto e inminente) requerimos al juez que no convalide la internación y que se intime a quien corresponda para obtener la inmediata externación de nuestro defendido/a e inclusión en el dispositivo que, a criterio del equipo tratante, requiera. Cabe aquí señalar que, en general, la dificultad para la externación no se presenta por parte de la institución en la que se encuentra internado el NNyA, el criterio de alta es brindado por ésta (art. 23 de la LNSM), sino en la falta del dispositivos de alojamiento o de tratamientos indicados como necesarios para efectivizar y sostener la externación (hogar terapéutico, hogar convivencial, CET, tratamientos ambulatorios, etc.).

En muchos de estos casos, y aun cuando no es una función propia de la Unidad, se realizan diversas acciones tendientes a facilitar a los familiares e, incluso, a distintos organismos la obtención de recursos adecuados para los NNyA. El ejercicio de nuestra función hace que a través de las entrevistas con los NNyA se establezca una relación de confianza y conocimiento de su problemática, que resulta ventajosa al momento de plantear estrategias de egreso.

IV. Internaciones involuntarias de NNyA

Hablar de internaciones por salud mental de NNyA es hablar de internaciones involuntarias. En efecto, en orden a lo expresamente previsto por el art. 26²² de la LNSM, todas las internacio-

22 Art. 26. "En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuer-

nes de NNyA son involuntarias. La ley ha tenido la clara intención de brindar mayores garantías y especial protección a los NNyA, en atención a la sumatoria de vulnerabilidad que presenta por su edad –que supone una relativa inmadurez–, su padecimiento mental, sumado al contexto de encierro, entre otros.

Sobre el carácter de esta internación se ha señalado que "en la internación de un niño o joven por padecimientos psíquicos se debe tener presente el carácter involuntario que siempre tiene la internación" (Iglesias 2015, 2965).

[...] esto no quiere decir que se desconoce la posibilidad de un niño de expresar su voluntad, o eventualmente de prestar consentimiento informado para determinado tratamiento, sino que lo que se ha decidido es imponer al efector sanitario el aviso obligatorio del caso a la autoridad jurisdiccional, para que tome los recaudos necesarios para constatar la inexistencia de abusos (Laufer Cabrera 2011, 191-202).

Con acierto, se ha sostenido que

[...] tratándose de personas declaradas incapaces o de niñas, niños y adolescentes, dispone la ley 26.657 en su art. 26 que toda internación ha de considerarse involuntaria (...) En virtud de que ambos colectivos —sea por su escasa edad o por su padecimiento psíquico—comparten un significativo grado de vulnerabilidad, resulta acertada la decisión del legislador en tanto la involuntariedad implica contralor judicial y defensa técnica [...] (Famá, Herrera y Pagano 2011, 52-53).

Ahora bien, la incorporación del art. 26

do a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos".

del nuevo Código Civil²³ no importó una modificación en el carácter de la internación, ni aún para aquellos jóvenes mayores de 16 años. Ha sido terminante, en este sentido, Elena Highton de Nolasco en cuanto a que este derecho no es absoluto (2015). Es que debe existir una interpretación armónica de este articulado con el resto del ordenamiento jurídico, en especial el art. 26 de la LNSM que prioriza el plus de protección correspondiente a los menores de edad, ampliamente reconocido en el derecho internacional. Es claro que reconocer la capacidad progresiva del niño, conforme el art. 5 de la CDN, en modo alguno implica desconocer

[...] la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección en función de su relativa inmadurez y menor edad. Este concepto constituye base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabili-

23 Art. 26. "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

dades normalmente asociadas con la edad adulta (Lansdown 2005, 9).

Acertadamente, la CIDH ha dicho que:

El derecho a ejercer niveles cada vez mayores de autonomía y de responsabilidad en la toma de decisiones por parte de los NNA, no anula las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar su protección. Debe por tanto asegurarse un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección adecuados²⁴.

En este sentido, ha sido contundente la doctrina²⁵, como así también la jurisprudencia, en aplicar el art. 41 del CCyCN a todas las internaciones de los NNyA.

Debemos señalar también que, en particular, María Victoria Famá advierte una divergencia entre estas normas y señala que si bien

[...] parece lógico suponer aquí también que la normativa general y posterior deroga a la ley especial y anterior, entiendo que la solución propuesta puede ser cuestionable a tenor de la especial situación de vulnerabilidad en que pueden encontrarse las personas con discapacidad (2015, 1).

Sobre el particular, Alfredo Kraut y Agustina Palacios, al comentar el art. 41 del CCyCN refirieron que "las leyes especiales (leyes 26.657 y 448, en especial, y los códigos procesales) reglamentan el nuevo Código para atender [...] aquellas situaciones especí-

24 CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de protección*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.206/17, 30 de noviembre de 2017. Pág. 138, párr. 346.

25 Cf. Kemelmajer De Carlucci et ál (2015) y Olmo (2015, 70-71).

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

ficas sociales que un Código no puede regular de manera pormenorizada (2014, 243).

En efecto, los 24 juzgados civiles nacionales con competencia exclusiva y excluyente en familia sostienen la involuntariedad de las internaciones por salud mental de los NNyA. Sin perjuicio de ello, no es menos cierto que recién entrado en vigencia el nuevo CCyCN tuvimos alguna resolución en contrario, pero el simple planteo de revocatoria con apelación en subsidio por parte de esta defensa logró modificar dicho criterio.

Ahora bien, cabe preguntarse entonces si el carácter involuntario de la internación de los NNyA exime que se requiera su consentimiento informado, y la respuesta, sin lugar a dudas, es NO.

En efecto, el derecho al consentimiento informado es parte integrante del derecho a la salud, consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional²⁶. Particularmente, la reglamentación del art. 26 de la LNSM, Dto. 603/13, dispone que en las internaciones de NNyA se debe:

- a) Ofrecer alternativas terapéuticas de manera comprensible, b) Recabar su opinión, c) Dejar constancia de ello en la historia clínica, d) Poner a su disposición la suscripción del consentimiento informado. En caso de existir impedimentos para el cumplimiento de estos requisitos deberá dejarse constancia de ello con informe fundado. Asimismo, deberá dejarse constancia de la opinión de los padres o representantes legales según el caso.

Es que el usuario menor de edad es sujeto activo de consentimiento, por lo cual debe proporcionársele la información clara y precisa, apropiada y accesible, en una forma y en un lenguaje que éste entienda, por el personal médico acerca del diagnóstico, pronóstico, tratamiento aconsejado, alternativas posibles, riesgos y beneficios esperados, y consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento (cf. art. 5 de la ley 26.529).

Se trata de un procedimiento de autonomía inclusivo, y si el usuario puede comprender el acto médico y sus consecuencias sobre la vida y la salud, la expresión de su voluntad debe ser especialmente tenida en cuenta, puesto que su opinión debe ser escuchada (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Recientemente, la Corte IDH ha señalado que

[...] no es posible una aplicación correcta del interés superior del niño sin respetar su derecho a ser oído, el cual abarca el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez²⁷.

Sin embargo, debemos destacar que en la práctica se advierte que, en general, el consentimiento informado que obra en la historia clínica no se encuentra integrado por la voluntad del niño/a y/o adolescentes, ello es un requerimiento que esta defensa efectúa directamente a la institución en la que se encuentre el NNyA y que, frente a la ausencia de respuesta favorable, se lo requiere por vía judicial.

Ahora bien, no es menos cierto que no

²⁶ Arts. 2 y 5 de la ley 26.529 y Dto. 1089/12, arts. 26 y 59 del Código Civil, art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 24 de la ley 26.061; art. 16 inc. c) de la ley 26.657 y art. 7 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁷ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros v. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351. Párr. 171.

en todos los supuestos²⁸ ni en todo momento (podría ser al inicio de la internación) el NNyA puede comprender el acto médico. Sin embargo, si a la postre puede realizarlo, el consentimiento informado deberá ser integrado en una instancia posterior. Es que el proceso de consentimiento informado debe ser continuo a lo largo del tratamiento²⁹.

IV. Niñez, salud mental y contextos de encierro

Por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permite salir a la persona menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública³⁰.

En el contexto de privación de la libertad son aplicables los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas³¹. Particularmente, respecto a los NNyA, las Reglas de Brasilia relativas al Acceso a la Justicia de las Personas que

se encuentran en condición de vulnerabilidad³² promueven acrecentar el nivel de protección y resguardo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad que se encuentran privados de su libertad ambulatoria.

Específicamente, respecto a las internaciones por salud mental, como bien señala Mariano Laufer Cabrera (2016, 14) “desde el derecho internacional de los derechos humanos no queda ninguna duda de que una internación involuntaria, coactiva o forzosa, aun por razones de ‘preservación de la salud mental’ es en efecto una restricción de la libertad”. Oportunamente lo dijo la CSJN en el fallo “R., M. J. s/ insania”³³ al señalar que “se debe tener en cuenta que, en la práctica, más allá de que la medida de internamiento posea un carácter terapéutico, se lleva a cabo una auténtica privación de la libertad de la persona”.

También, la CSJN en “P., A. C.”³⁴, remitiendo al dictamen de la Procuración Fiscal, se explayó considerando que la internación psiquiátrica

[...] es un escenario sumamente delicado, que puede presentar serias derivaciones en el plano de los derechos humanos. Al afectar principalmente la libertad ambulatoria, obliga al sistema judicial a extremar la protección de los derechos fundamentales vinculados con ella, en especial, la dignidad, la igualdad y la seguridad³⁵.

28 Debe tenerse en cuenta que esta Unidad interviene en internaciones de niños muy pequeños, siendo el más pequeño hasta la fecha de 4 años de edad; y con diferentes padecimientos en su salud mental.

29 Aquí cabe señalar que la protección de los derechos de los NNyA debe ser entendida “como un continuum y no como intervenciones aisladas y desconectas”, conforme CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de protección*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.206/17, 30 de noviembre de 2017. Cap. 6, párr. 120.

30 Cf. ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990. Regla 11 a.

31 CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Res. 1/08, 131º período ordinario de sesiones, 13 de marzo de 2008.

32 Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 a 6 de marzo de 2008 (específicamente Reglas 5, 22 y 23).

33 CSJN, “R., M. J. s/ insania”, rta. 19/02/2008, *Fallos* 331:211.

34 CSJN, “P., A. C. s/ insania”, rta. 11/12/2014, P. 698. XLVII. REX.

35 Para mayor entendimiento del contexto de internación se recomienda lectura de “Vidas Arrasadas. La segregación de las personas en asilos psiquiátricos argentinos” (CELS y MDRI 2007) y, particularmente referido a niñez, la nota periodística “Un chico encerrado en un depósito” escrita por Laura Musa en *Página/12*, Psicolo-

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

La Corte IDH en el caso “*Ximenes Lopes v. Brasil*”³⁶ destacó que:

[...] las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables (...) la vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación³⁷.

Por ello, y afortunadamente, la LNSM, en consonancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorpora el modelo social de discapacidad que, propiciando un modelo comunitario, de abordaje integral y que garantice los derechos de las personas, vino a echar por tierra el modelo hospitalario/asilar proponiendo un modelo de desinstitucionalización.

En particular, respecto de la internación de NNyA en instituciones especializadas, Alejandra Barcala (2014) ha señalado que se ha instalado un modelo de intervención en los NNyA con sufrimiento psicosocial que refuerza los procesos de internación y medicalización, de prácticas desubjetivantes que fomentan diagnóstico, etiquetas psiquiátricas, exclusión y la cosificación e institucionalización de los NNyA.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que se debe

[...] eliminar las respuestas del Estado propias del modelo tutelar y asistencialista con fuerte componente de institucionalización

y separación del NNA de su familia, siendo necesario que se adopte una aproximación integral desde un robusto SNP basado en una visión holística y multisectorial de las problemáticas que afectan a la niñez, y promover intervenciones a través de las políticas sociales de protección a la familia y de desarrollo social³⁸.

Coincidimos en que la internación importa una situación de aislamiento en la que los/as NNyA se alejan, por cuestiones de salud, de su medio familiar, social y comunitario, y ello trae consecuencias negativas. Incluso, las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente resultan dañosas y conllevan, en muchos casos, a la marginación, exclusión y maltrato. Con ello, no desconocemos la necesidad de que, frente al riesgo cierto e inminente y como *ultima ratio* (art. 20 de la LNSM), proceda la internación como medida de salud la que en principio se propicia en hospitales generales (art. 28 de la LNSM). Sin embargo, en nuestra experiencia, en muchos casos se sobre utiliza la hospitalización como única respuesta al padecimiento mental y, en general, ello obedece a la escasez y falta de dispositivos de atención ambulatoria y con enfoque comunitario. Es que la falta de turnos, las distancias a cubrir para obtener un tratamiento, la falta de profesionales de la salud –en particular, el recurso de psiquiatras infantojuveniles para abordar el padecimiento de NNyA es escaso o inexistente- y de dispositivos acordes a las necesidades de los NNyA conducen a la internación como único tratamiento. Con relación a ello, podemos señalar que de un recorte de 149 casos relevados de una semana de 2018, en el 42% la internación fue el primer contacto con el sis-

gía, 23 de febrero de 2012, <https://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-188140-2012-02-23.html>

36 Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

37 Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, párr. 106.

38 CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de protección*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.206/17, 30 de noviembre de 2017.

tema de atención de salud mental, sin haber realizado ningún tratamiento previo (investigación en curso).

También, podemos agregar que es esa misma falta de recursos la que, en general, demora las externaciones de los NNyA que se encuentran transitando una internación por salud mental.

En igual sentido, desde la práctica se advierte que pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la LNSM y lo expresamente previsto por el art. 28³⁹, se mantiene la resistencia de los hospitales generales a internar a niños/as con padecimientos en su salud mental y/o adicciones, pese a estar previsto que el rechazo de la atención de pacientes por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental “será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592”. En la misma investigación en curso antes mencionada y nuestras observaciones en la práctica registramos que la mayor parte de las internaciones se realizan en instituciones monovalentes.

V. A modo de conclusión

El trabajo de la Unidad de Letrados ha incidido eficazmente en las prácticas, en especial, en favor de medidas más inclusivas, respetuosas de los derechos de NNyA y de articulaciones interdisciplinarias que nos sorprenden a nosotros mismos. Y si bien en algunos casos presentan aun hoy resistencias, nos interpelan y nos posibilitan sostener la apuesta en pos de continuar garantizando y ampliando los derechos de NNyA.

Tal como se ha descrito, son imprescindibles la intersectorialidad y el trabajo articula-

do de los distintos operadores intervinientes con el objeto de mantener las internaciones por salud mental o consumo problemático durante el menor tiempo posible, garantizando al egreso los tratamientos que cada NNyA requiera en su zona de residencia.

Es dable destacar que la intervención del abogado/a del art. 22 de la LNSM permite garantizar al NNyA su calidad de parte en el proceso de control de internación, situación impensada diez años atrás. La posibilidad de llevar su voz -en la medida de lo posible-, de realizar peticiones en su nombre, entre otras, sostiene y refuerza su status de sujeto de derechos en consonancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos y lo previsto por nuestro CCyCN.

La posibilidad de contar con un equipo interdisciplinario en la Unidad, enriquece la labor diaria, favorece la interrelación con los equipos tratantes de los efectores de salud y facilita las intervenciones tanto con nuestros defendidos como con su grupo familiar o referentes afectivos.

Las situaciones y las realidades con las que nos enfrentamos en el trabajo cotidiano presentan múltiples dimensiones que, en la misma medida requieren de una pluralidad de perspectivas de abordaje.

Cuando nos referimos a abordajes no estamos hablando meramente de una serie de lecturas teóricas de la cuestión, ni que cada quien emita su opinión individualizada desde su eje disciplinar. El trabajo consiste en una intervención directa sobre esas realidades complejas, es decir, ejercemos una práctica en contacto con situaciones límite, muchas veces deshumanizantes que nos convocan a poner en juego lo mejor de nuestro quehacer profesional, sabiendo que esa identidad se encarna en las personas que somos. Por ello, el funcionamiento en equipo y en interdisciplina, incorporando distintos saberes y funciones, tiene este efecto de repartir en alguna medida

39 Art. 28: “Las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales. A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592”.

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

las cargas de esa tendencia mortificante, deletérea que nos encontramos en los casos abordados. Pero, además, como no se trata de una minimización de responsabilidades, más bien nos brinda la posibilidad de potenciar nuestra capacidad de respuesta, nuestros esfuerzos por intervenir apostando por los cambios, por la restitución de la dignidad.

Podríamos plantear como deseable el acompañamiento de este espíritu por políticas públicas adecuadas a cada NNyA.

Bibliografía

Abramovich Víctor y Christian Courtis. 2009. "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales". En: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (editores), *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Barcala, Alejandra. 2014. "Sufrimiento psicosocial en la niñez: el desafío de las políticas en salud mental". Proyecto UBACyT (2011-2014) Los procesos de atención en salud mental en la niñez desde la perspectiva de derechos: estudio de las jurisdicciones ciudad de Buenos Aires, provincia de Tierra del Fuego, y provincia de Jujuy. <https://gruposaludmentalfts.files.wordpress.com/2014/02/barcala-sufrimiento-psicosocial-en-la-nic3b1ez.pdf>

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Mental Disability Rights International (MDRI). 2007. *Vidas Arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental en Argentina*. Disponible en www.cels.org.ar/common/documents/mdri_cels.pdf

Famá, María Victoria. 2015. "Capacidad Progresiva de NNyA en el Código Civil y Comercial". *La Ley*, 20 de octubre.

Famá, María Victoria, Marisa Herrera y Luz María Pagano. 2011. *Salud mental en el derecho de familia. La salud mental desde la óptica de la ley 26.657: Addenda de actualización*. Buenos Aires: Hammurabi. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/239666962/Addenda-Fama>

Galende Emiliano y Alfredo Jorge Kraut. 2016. "La intervención estatal en defensa del paciente". *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 11.

Highton, Elena. 2015. "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial". *La Ley*, 13 de abril.

Iglesias, María Graciela. 2015. "Tutela judicial efectiva en la internación de niños y niñas. 'Para muestra, basta un botón'". En: *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo III, Silvia Eugenia Fernández (directora), 2960-2980. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kemelmajer De Carlucci, Aída, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, Silvia Fernández. 2015. "El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación". Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-principio-de-autonomia-progresiva-en-el-codigo-civil-y-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-por-aida-kemelmajer-de-carlucci-marisa-herrera-eleonora-lamm-y-silvia-e-fernandez/>

Kraut, Alfredo y Agustina Palacios. 2014. "Comentario a los arts. 31 a 50". En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Ricardo Luis Lorenzetti (dir.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Lansdown, Gerison. 2005. *Evolución de las facultades del niño*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Disponible en:

<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>

Laufer Cabrera, Mariano. 2011. "Reflexiones sobre la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657: su impacto sobre la administración de justicia, la Defensa Pública y el ámbito de la infancia". En: *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, 191-202. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación y Unicef. Disponible en: http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro_Ninos_UNICEF.pdf

Laufer Cabrera, Mariano. 2016. "Derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial". *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 11: 11-22.

Ministerio Público de la Defensa. 2015. *Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes internados por salud mental o adicciones. Testimonio 2012-2014*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Olmo, Juan Pablo. 2015. *Salud mental y discapacidad: Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994*. Buenos Aires: Editorial Dunken.

Pinto, Gimol. 2011. "Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica: El rol del/la abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal". En: *Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. Estrategias y buenas prácticas de la Defensa Pública*, 57-70. Ministerio Público de la Defensa y Unicef Argentina.

Jurisprudencia internacional

CIDH, *Caso Congo Víctor Rosario v. Ecuador*, Caso 11.427, Informe N° 63/99, del 13 de abril de 1999.

Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros v. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Documentos de organismos internacionales

AIDEF, *Principios y Directrices sobre la Defensa Pública en las Américas*, aprobados por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas el 3 de agosto de 2016.

CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de protección*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.206/17, 30 de noviembre de 2017, pág. 138, párr. 346.

CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Res. 1/08, 131° período ordinario de sesiones, 13 de marzo de 2008.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité DESC, Observación General N° 14 (2000) *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22° período de sesiones, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969; y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo

Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657

de San Salvador), adoptado por la Asamblea General (OEA), A-52, 17 de noviembre de 1988.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos y degradantes, adoptada por la Asamblea General (ONU), A/RES/39/46, del 10 de diciembre de 1984.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Resolución XXX, 1948.

Declaración de Caracas, adoptada por la Conferencia sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistema Locales de Salud (SILOS) convocada por la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud, Caracas, Venezuela, 14 de noviembre de 1990.

OMS, *Diez Principios Básicos de las Normas para la atención de la Salud Mental*, WHO/MNH/MND/96.9, Ginebra 1996.

ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990.

ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

ONU, *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*, adoptados por la Asamblea General, Resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores* (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General (ONU), Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General (ONU), Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Principios Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas (Principios de Brasilia), adoptados durante la "Conferencia Regional para la Reforma de los Servicios de Salud Mental: 15 años después de Caracas", convocada por la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud, Brasilia, 7 a 9 de noviembre de 2005.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 a 6 de marzo de 2008.

Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Informe A/63/175,

Asamblea General, 63º período de sesiones,
28 de julio de 2008.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “R.M.J. s/ insania”, rta. 19/02/2008,
Fallos 331:211.

CSJN, “S. de B., M del C. c/ Ministerio de
Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional”,
rta. 01/09/2009, *Fallos* 332:2068.

CSJN, “Tufano, Ricardo Alberto s/ inter-
nación”, rta. 27/12/2005, *Fallos* 328:4832.

Infancia y salud mental: su entrecruzamiento en el régimen jurídico argentino

María Cecilia Caputto

*Integrante de la Defensoría Pública Curaduría
N° 15*

Juan Pablo Olmo

Titular de la Defensoría Pública Tutoría N° 1

I. Introducción

Las normas internacionales en materia de derechos humanos y las modificaciones en la legislación argentina han avanzado en el reconocimiento y ampliación de los derechos de los grupos más vulnerables, entre ellos los niños, niñas y adolescentes (NNyA).

De la mano del derecho internacional de los derechos humanos comienza, tardíamente, el reconocimiento de los NNyA como sujetos de derechos. Superada la primera etapa de consolidación de los derechos humanos y una vez adoptado el conjunto de instrumentos conocidos como la Carta Internacional de los Derechos Humanos¹, se desarrolla lo que se conoce como la etapa de especificación de los derechos humanos que consiste en el paso gradual hacia una determinación o concreción de los sujetos titulares de esos derechos, es decir, la vinculación de esos derechos a las

1 Conformado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), sus dos Protocolos Facultativos referidos al procedimiento de denuncias individuales y la abolición de la pena de muerte, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

personas concretas de sus titulares, que es una respuesta a los problemas concretos derivados de su condición social, cultural o física.

Si bien los NNyA son, como todos los seres humanos, destinatarios de los derechos humanos, se reconocerá en esta etapa su especial situación de desprotección y vulnerabilidad, lo que justifica la adopción en 1989 de un tratado específico: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)², que da nacimiento a otra mirada y otro discurso sobre la infancia, desde los que se edifica un nuevo paradigma: el de la protección integral.

Este nuevo paradigma pretende sustentar la protección integral que considera a cada niño, niña y adolescente como titular de todos los derechos contenidos en la Convención y las normas derivadas de ella. Sobre la base de algunos principios como el interés superior, la autonomía progresiva, el derecho a la no discriminación, entre otros, propone crear un nuevo patrón de tratamiento jurídico.

La CDN implicó un giro fundamental en la forma en que se entiende la infancia, la adolescencia y sus derechos. El cambio de paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez significa que los NNyA deben ser considerados sujetos plenos de derecho y que son sus derechos los que merecen una protección especial. A su vez, esta perspectiva implica que deben ser protagonistas de su propia vida y que irán adquiriendo autonomía para la toma de decisiones de acuerdo con su evolución.

En el presente trabajo desarrollaremos el régimen de capacidad jurídica de los NNyA y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), para luego abordar algunos ejes temáticos que emergen de su entrecruzamiento con el campo de la sa-

lud mental, como ser: las restricciones a la capacidad, el consentimiento en materia del cuidado del propio cuerpo y las internaciones por salud mental y adicciones.

II. Niños, niñas y adolescentes en el CCyCN

Conforme lo prescripto por el artículo 25 del CCyCN “menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”. El tope o techo de la persona menor edad se mantiene, conforme al régimen anterior, en los dieciocho años. Toda persona, por debajo de dicha edad, es una “persona menor de edad”. El CCyCN mantiene el discernimiento como requisito del acto voluntario (art. 260), pero modifica su piso etario, estableciéndolo –en general– en los trece años para los actos lícitos. Así, se considera acto involuntario por falta de discernimiento, [...] el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales (art. 261 inc. c, CCyCN).

Este piso de los trece años es, entonces, la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de la infancia: niños y adolescentes. La denominación es, claramente, un avance respecto de la ya obsoleta del anterior Código Civil en lo atinente a la pubertad –condición del desarrollo personal–, que fue traducida y elevada a condición jurídica. Adoptar, en cambio, la distinción entre “niños y niñas” y “adolescentes” es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia, que ya empleaba estas denominaciones, atenta al efecto no neutral del lenguaje y a la necesidad de “nombrar” a las personas en su etapa de infancia por su propia denominación y no con referencia a una condición de desarrollo más despersonalizada.

² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

III. Capacidad jurídica de NNyA

En lo que refiere a la regulación de la capacidad jurídica, la regla es la capacidad y la excepción, la incapacidad. Por ello, luego de referirse a la capacidad de derecho y a la capacidad de ejercicio, el código enumera quienes son los incapaces de ejercicio. Es así, que el artículo 24 del CCyCN, en lo que aquí interesa, establece que “son incapaces de ejercicio: [...] b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2a de este Capítulo [...]”. De modo que, desde el nacimiento hasta los 18 años, el Código llama a las personas menores de edad. Son consideradas incapaces de ejercicio, en la medida que no cuenten con la edad y grado de madurez suficiente (art. 24 inc. b) para ejercer los actos que el propio ordenamiento jurídico les permite (arts. 26 y ccdtes.). Los padres ejercen la responsabilidad parental (art. 638) y son sus representantes legales (art. 101 inc. b).

En resumen: las personas menores de edad son consideradas incapaces de ejercicio y, por ende, sujetas a la representación legal de sus padres o de los tutores que se les nombren. Ahora bien, el ordenamiento jurídico prevé, según pautas de edad y grado de madurez, que podrá haber actos que realicen a través de sus representantes legales, otros que ejerzan por sí mismas bajo un régimen de asistencia y otros que podrán ejercer libremente en virtud de la capacidad de ejercicio que el propio Código les reconoce. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

IV. El principio de autonomía progresiva en el CCyCN

La CDN introduce por primera vez en un tratado internacional en materia de derechos humanos el concepto de “evolución de las facultades” del niño a través de su artículo 5, el

cual se interrelaciona, a su vez, con el concepto de participación contenido en el artículo 12. En efecto, el artículo 12 establece explícitamente que cuanto mayores son la edad y la capacidad del niño, tanto más atentamente deben ser consideradas sus opiniones. Al respecto, se han identificado cuatro niveles de participación en el proceso decisorio: 1) ser informado; 2) expresar una opinión informada; 3) lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; 4) ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones. El artículo 12 de la CDN prevé que todos los niños capaces de expresar su opinión tienen derecho a participar en los primeros tres niveles. Sin embargo, el artículo no extiende los derechos del niño al cuarto nivel. Es decir, el artículo 12 afirma el derecho del niño a intervenir en el proceso participativo de la toma de decisiones en todos los asuntos que le conciernen, pero los adultos conservan la responsabilidad de las consecuencias. El resultado será una decisión tomada por los adultos, pero informada e influenciada por las opiniones del niño. Ello así, sin perjuicio de las medidas que el niño pueda tomar por sí, ya sea en razón de su edad o por haberse comprobado que era competente para determinado acto –según corresponda en virtud del régimen de capacidades progresivas que puedan prever los distintos países- y asumiendo la responsabilidad por tal decisión (Olmo 2014).

Este esquema se advierte claramente en el CCyCN, donde la participación de las personas menores de edad es escalonada: 1) las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes (arts. 24 inc. b, y 26 párr. 1°); 2) la persona tiene derecho a ser oída en las decisiones sobre su persona, incluso en el marco del proceso judicial, aunque la decisión en definitiva la tome un adulto (art. 26 párr. 3° y demás ccdtes.); 3) a la persona, según pautas de edad y grado de madurez, se le permite el ejercicio por sí de determinados derechos aunque con la asistencia de sus repre-

sentantes legales (arts. 26 párr. 2º y 5º y demás ccdtes.); 4) según pautas de edad y grado de madurez, se le reconoce el ejercicio libre de sus derechos (arts. 26 párr. 2º y 6º y demás ccdtes.).

V. La escucha de niños, niñas y adolescentes: derecho y garantía

La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la previa escucha del NNoA de que se trate, frente a cualquier cuestión que lo involucre. Esta exigencia surge de la ley 26.061 que, al receptor el principio general del artículo 12 de la CDN, incorporó al art. 3 –como recaudo integrante del concepto de interés superior– el derecho de los niños a “ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”, respetando “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales”. También otros artículos de la norma especificaron este derecho: así, el artículo 24 contiene el derecho del niño a “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés [...] [en] todos los ámbitos [...] estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo” (concs. arts. 19 y 27 de la CDN).

La extensión o alcance del derecho a la escucha fue especificada en el plano convencional internacional por medio de la Observación General N° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño (en adelante, Comité DN)³, sobre el derecho del niño a ser oído. Para la OG 12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, adminis-

trativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera.

Dice así la Observación:

El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente [...].

Según la Observación, el ejercicio de este derecho-garantía no puede estar condicionado ni a pisos mínimos etarios ni a la presencia de cierto grado de madurez en el niño: todo niño o niña tiene derecho a ser oído. Así,

[...] los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad [...] el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan [...] (párrs. 19 y 21).

Diferente será el impacto que tal escucha

3 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51º período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

tendrá en la toma de decisión posterior, condicionada por su edad y madurez, de la que se afirma que:

Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio (Fernández 2015).

Por tratarse de un derecho constitucional que, a su vez, hace parte o se relaciona con el principio rector del interés superior del niño, toda decisión que se aparte de la expresión del niño deberá sortear un estricto test argumentativo. Si bien la opinión del niño no es determinante, en razón del peso que ella presenta en especial para la construcción del interés superior del niño, en los casos en que el juez decida apartarse de dicha expresión debe aportar argumentos de peso que justifiquen contradecirla:

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3°, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3°, párrafo

1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el artículo 3°, párrafo 1°, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida⁴.

En el CCyCN estas directrices convencionales son incorporadas, dándose así cumplimiento a una de las tantas obligaciones impuestas a los Estados por conducto de la OG 12 ya citada. Así, continúa el artículo 26: “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Por su parte, al regular cada institución del derecho familiar que involucre los derechos e intereses de niños y adolescentes, el CCyCN incorpora como requisito de efectividad este derecho-garantía constitucional.

VI. Entrecruzamientos con el régimen de salud mental

VI. 1. Restricción a la capacidad jurídica de adolescentes

Mediante una fórmula objetiva, el CCyCN define las personas pasibles de restricción a la capacidad: mayores de trece años, con padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad. El “piso” impuesto en los trece años guarda coherencia con la categoría de adolescente incorporada en el Código y la inexistencia –en general– de discernimiento para los actos lícitos por debajo de esa edad.

Como ya lo adelantáramos, el CCyCN mantiene la tradicional distinción entre capa-

⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

cidad de derecho (art. 22) y de ejercicio (art. 23), a la vez que enumera a los incapaces de ejercicio, entre ellos: “la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión” (art. 24 inc. c).

Tras enunciar reglas generales aplicables a las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica (art. 31), se prevén dos tipos de sentencias: de “capacidad restringida” (art. 32 párr. 1º), que es la regla, en cuyo caso se deben especificar los actos que se limitan y la consecuente designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 43), para los casos de personas que padecen una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad; y de “incapacidad” (art. 32 párr. 4º), por excepción, con la consecuente designación de curador (arts. 138 a 140), si es que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad.

Seguidamente, se regulan diversos aspectos procesales aplicables a ambos supuestos: los legitimados para promover la acción, entre los que se incluye al propio interesado (art. 33); las medidas cautelares que se pueden dictar durante el proceso, tanto para garantizar los derechos personales como patrimoniales (art. 34); se prevé la obligación del juez de entrevistar a la persona antes de dictar resolución alguna (art. 35); se le reconoce al interesado el carácter de parte en el proceso (art. 36 párr. 1º), se establece que el juez competente es el del domicilio de la persona o bien el del lugar de internación, y se prevé que el interesado debe intervenir con asistencia letrada desde el inicio de las actuaciones (art. 36 párr. 2º); se enuncian los aspectos vinculados a la persona sobre los que necesariamente debe expedirse el juez en su sentencia, para lo cual se requiere de un examen interdisciplinario como prueba necesaria, sin la cual no es posible el dictado de una sentencia válida (art. 37); si la sentencia es de “capacidad restringida”, se deberán especificar

los actos y funciones que se limitan, designar apoyos y señalar las condiciones de validez de los actos y la modalidad de actuación, y si es de “incapacidad”, la designación de curador y la modalidad de actuación, sobre todo si se tiene en cuenta que ahora se permite la pluralidad (art. 38); la sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento (art. 39); se prevén como dos instancias procesales diferenciadas la revisión de los alcances de la sentencia, al menos cada tres años (art. 40), y el cese de las restricciones (art. 47); se regulan reglas mínimas referidas a las internaciones no consentidas por las personas y la posibilidad de ordenar el traslado para la evaluación de la persona y eventual internación (art. 41 y 42); se definen los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y se regula su función y algunos aspectos vinculados con su designación (art. 43); en cuanto a la validez de los actos, se regula la posibilidad de declarar la nulidad de aquellos realizados con posterioridad a la inscripción de la sentencia (art. 44), los anteriores (art. 45) y los supuestos en que procede la impugnación post mortem (art. 46) (Olmo y Menossi 2015).

Ahora bien, respecto a la restricción a la capacidad de niños, niñas y adolescentes, el artículo 32 del CCyCN dispone:

El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias

de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Si bien solo se menciona en el primer párrafo y no así en el cuarto, corresponde interpretar que la limitación para iniciar acciones de restricción a la capacidad jurídica antes de los trece años de la persona (niños y niñas) se aplica tanto a los supuestos de capacidad restringida como a los de incapacidad.

Sin embargo, también hay que decir que en la práctica rara vez se promueven acciones antes de la mayoría de edad y si así se hace, es justamente por la proximidad a alcanzar la mayoría de edad. Durante la adolescencia, el ejercicio de la capacidad jurídica se resuelve a través del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641 y ccdtes. del CCyCN) o, de darse los supuestos legales, con la designación de un tutor (arts. 104 y 109). De todas formas, hay que tener presente que una eventual restricción al ejercicio de la capacidad jurídica debería versar, justamente, sobre los actos jurídicos cuyo ejercicio les es reconocido a los adolescentes, conforme el régimen de capacidades progresivas receptado en el CCyCN. De otro modo, la sentencia sería abstracta y sin ninguna implicancia práctica en concreto.

VI.2. Internaciones de NNYA por salud mental y adicciones

La internación de una persona por motivos de salud mental o adicciones es con-

siderada como un recurso más dentro de la estrategia terapéutica. Debe ser de carácter transitorio, lo más breve posible, con el fin de cuidar a la persona y facilitar la reorganización de los aspectos de su vida que se hayan visto gravemente alterados en la crisis. Está indicada cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social y cuando brinde cuidados y atención que no estén garantizados por fuera de la institución al momento de la evaluación. La regla es la internación voluntaria y la excepción, la internación involuntaria.

En el caso de internaciones por salud mental y adicciones de NNYA deberá brindarse una protección especial a este colectivo de personas, a los efectos de maximizar la protección y asegurar el debido contralor de las garantías. En razón de ello, la ley 26.657 reputa involuntarias las internaciones de NNYA, tal como lo establece su artículo 26:

En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

En un principio, esto generó en la práctica la creencia de que este grupo de personas no podía consentir sus propias internaciones y, lo que es peor, que su opinión tampoco tenía ninguna relevancia, por lo que muchas veces no era ni siquiera recabada. Sin embargo, esto obedeció a una interpretación errónea de la norma ya que la ley 26.657 no le quita importancia a ese consentimiento informado, solo que no le da la suficiente proyección para considerar voluntaria la internación tal como sí ocurre para el caso de las personas adultas

plenamente capaces. Lo que ha buscado la norma es que estas internaciones se vean rodeadas de todas las garantías del caso: control judicial inmediato y acceso a un defensor, revisiones periódicas, etc.

Ahora bien, mientras que el artículo 26 de la ley 26.657 establece que las internaciones serán reputadas “involuntarias”, por su parte el artículo 26 del CCyCN establece que el adolescente de entre 16 y 18 años es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Asimismo, el Código unificado regula la materia de internaciones, en cuyo artículo 42 establece requisitos “de mínima” para la procedencia de las internaciones “no consentidas” por las personas, para lo cual no hace distinciones en razón de la edad del sujeto.

A partir del panorama desarrollado anteriormente, se desprende a simple vista una primera dificultad, y es que la clasificación de las internaciones responde a dos variables parecidas pero diferentes: mientras el CCyCN refiere a internaciones consentidas o no consentidas, la ley especial –a la cual remite el Código– refiere a las internaciones voluntarias o involuntarias. En rigor, no es lo mismo una internación “involuntaria” (según la ley 26.657) que una internación “no consentida” por la propia persona (según el CCyCN), ya que, por ejemplo, puede haber internaciones consentidas pero que son involuntarias, como ser –justamente– las internaciones de personas menores de edad a pesar de contar con el consentimiento del propio interesado (art. 26 de la ley 26.657).

En segundo lugar, el artículo 26 de la ley 26.657 habla de personas menores de edad sin hacer distinciones entre franjas etarias, contrariamente a lo que ocurre con el artículo 26 del CCyCN, según el cual, en lo que aquí interesa, el adolescente que se encuentra en la franja entre los 16 y los 18 años es “considerado como un adulto” para los actos referidos al cuidado del propio cuerpo. Por lo tanto, la duda que se

plantea es si un adolescente de 16 o 17 años puede consentir su propia internación y, en caso de que lo haga, si ésta debe ser igualmente reputada como “involuntaria” a los fines de la comunicación al juez para su control, o bien se la considera “voluntaria” por asimilar su situación a la de una persona mayor de edad que presta el consentimiento (Olmo 2017, PÁGINA/S).

Así planteadas las cosas, la distinción genera no solo una mera disquisición de orden teórico o terminológico, sino que implica una sustancial diferencia: comunicarla o no al juez en forma inmediata para su control judicial con todas las demás garantías que las internaciones involuntarias implican: actuación de un abogado defensor desde el inicio, obligatoriedad de controles periódicos, etc. (conf. arts. 20 y ss. de la ley 26.657).

En nuestra opinión, las internaciones de personas menores de edad que han otorgado el consentimiento informado son internaciones “consentidas” (según el CCyCN) pero “involuntarias” (según la ley 26.657); de modo que serán controladas judicialmente, aunque más no sea por aplicación de la legislación especial. Ello así, sin distinción entre franjas etarias. Lo importante para tener en cuenta en este supuesto es que la solución se aplica incluso al caso de adolescentes de entre 16 y 18 años.

VI.3. El ejercicio de los derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo

El Código regula en forma expresa lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad. En este sentido, el artículo 26 del CCyCN, en sus párrafos 4º, 5º y 6º dispone:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos

que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En forma coherente con la distinción establecida entre niños y adolescentes, el ejercicio en forma personal de los derechos sobre el propio cuerpo se concede en favor de estos últimos. En efecto, el piso etario para la aplicación de la norma son los trece años de edad.

En el otro extremo, la edad de dieciséis años aparece como límite al régimen de infancia, puesto que desde entonces el adolescente es considerado –en general– como un adulto para la toma de decisiones relativa al cuidado de su propio cuerpo, excepto algunas regulaciones específicas que aparecen en la legislación especial.

En esta franja etaria (entre 13 y 16 años) la cuestión relativa a la capacidad de ejercicio de los actos personalísimos por el adolescente se regula considerando la complejidad y/o efectos eventuales de los actos o tratamientos relativos al cuidado del propio cuerpo; todo ello, de acuerdo a un sistema de presunciones.

1. Respecto de la pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud del adolescente ni provocan riesgo en su integridad física –y psíquica–, la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar.

2. Frente a tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad. No se está hablando de representación ni de sustitución, sino de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante legal. Ante la posibilidad de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quien/es asienten, ello se resuelve judicialmente, para lo cual la decisión deberá considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y, por el otro –si bien se trata de un efecto que también se mide para delinear y adoptar la decisión que realiza tal interés superior–, la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto.

3. A partir de los 16 años el sistema se independiza de las previsiones, incapacidad y competencia, ya que lo considera como un adulto al efecto de la decisión de cuidado del propio cuerpo.

Llegados a este punto, cabe concluir que estas reglas se aplican a adolescentes respecto de los cuales no solo no se haya limitado el ejercicio de su capacidad jurídica respecto de los actos en cuestión, sino que tampoco sus posibilidades de comprensión se hayan visto menoscabadas por motivos de salud mental. Esto trae aparejadas dos implicancias:

1. La regla de la capacidad progresiva no es inalterable ante factores que pueden obstaculizar su pleno y libre ejercicio, como tampoco lo es la capacidad jurídica reconocida a las personas mayores de edad. Por lo tanto, si existe un padecimiento mental que limita el ejercicio de la capacidad jurídica, las reglas del artículo 26 párr. 4°, 5° y 6° ceden, incluso cuando no haya habido una sentencia de limitación de ese ejercicio, sea en forma parcial (art. 32 párr. 1° del CCyCN) o absoluta por la imposibilidad de interacción (art. 32 párr. 4°).
2. La regla de la capacidad progresiva no debe

ser dejada de lado por el solo hecho de la existencia de un padecimiento mental, aun cuando se dé en un contexto de internación. Es decir, la presunción de capacidad para el ejercicio de los derechos (por sí o con la asistencia del representante legal) no se altera en materia de salud mental, pero sí podría ceder ante una incidencia concreta sobre el grado de autonomía y comprensión del adolescente, de modo que la presunción legal quede desvirtuada.

VI.4. Resumen final

El reconocimiento del consentimiento informado en niños, niñas y adolescentes tiene distintas proyecciones, de acuerdo a la materia de que se trate y al régimen de capacidades progresivas que lo regule. En nuestro ordenamiento, es justamente ese reconocimiento el que habilita, como dos caras de una misma moneda, la posibilidad de restringir por motivos de salud mental ese grado de autonomía del que goza este segmento de la población (a partir de los 13 años de edad).

Asimismo, sea que se lo haya limitado o no, existen otros ámbitos de especial interés en los cuales se manifiesta la voluntad jurídicamente relevante. En materia de internaciones, corresponde aclarar que el hecho de que sean reputadas “involuntarias” según el artículo 26 de la ley 26.657, no implica la inobservancia del consentimiento informado. Siempre deberá ser otorgado por el interesado, sea que se trate de adolescentes, o incluso niños y niñas. En efecto, en el marco de las internaciones existen diversas instancias o ámbitos en los cuales las personas menores de edad pueden consentir, independientemente de la edad. Pero en cualquiera de los casos, si se refiere al consentimiento para internación, este no tendrá la misma proyección que el de un adulto. La solución se impone porque se trata de un sujeto que, a priori, se encuentra en una situación de mayor

vulnerabilidad que la de una persona mayor de edad y, por ende, requiere de una protección especial: control judicial, acceso a un abogado defensor, etcétera.

Finalmente, el régimen de progresividad receptado en el artículo 26 del CCyCN, genéricamente considerado, es decir dentro o fuera del ámbito de salud mental, se mantiene inalterable en tanto que criterio orientador que se sostiene a la luz de presunciones. La existencia de un padecimiento mental en un adolescente no cambia lo dicho como regla. Sin embargo, sí lo hará en casos concretos, donde se determine que el padecimiento tiene una concreta incidencia en el grado de comprensión para la toma de determinadas decisiones, de modo que la presunción de capacidad cede, como también lo haría en el caso de una persona adulta.

VII. Conclusiones

De lo expuesto, se desprende que nuestro sistema de capacidades progresivas, desde su reconocimiento formal, queda debidamente resguardado en el hecho de que los profesionales de la salud deben recabar el consentimiento del niño, niña o adolescente, no solo de acuerdo con pautas de edad y grado de madurez, sino incluso según las reales posibilidades de comprensión de los alcances del acto que se consiente, sin que el padecimiento mental impida *per se* la limitación de su ejercicio. La misma regla aplica a los actos jurídicos en general, en tanto su ejercicio les sea reconocido a las personas menores de edad, con la consecuente posibilidad –de darse el supuesto legal– de implementar mecanismos de apoyo para su ejercicio. Por lo tanto, se cumple con el criterio de especialidad debido al sujeto, esto es, con el mandato internacional de brindar una protección especial para las personas menores de dieciocho años de edad.

Bibliografía

Fernández, Silvia E. 2015. “Comentario al art. 26”. En: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I*. Caramelo, Gustavo; Sebastián Picasso y Marisa Herrera (dirs.). Buenos Aires: Infojus.

Olmo, Juan Pablo. 2014. *Salud mental y discapacidad*. Buenos Aires: Dunken.

Olmo, Juan Pablo. 2017. *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*. Segunda edición ampliada. Buenos Aires: Dunken.

Olmo, Juan Pablo y Menossi, María Paula. 2015. “Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo”. *RCCyC (La Ley)*. 01/07/2015, 61. Consultado en línea. AR/DOC/1588/2015.

Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Tomándose la despatologización del género en serio: el derecho a la identidad de género de niñxs y adolescentes (*)

Laura Saldivia Menajovsky

Doctora en Derecho, Yale Law School. Profesora UNLAM-UP-UBA.

En el año 2012 se sancionó la ley 26.743 sobre el derecho a la identidad de género (en adelante, la “Ley”). Esta ley irrumpe en el sistema jurídico con un modelo que jerarquiza la voluntad de la persona al establecer que su propia determinación del género es el único indicador válido. Esto implica la exclusión de la autoridad de jueces, autoridades administrativas y ciencias médicas como parámetro determinante del género de una persona. Para acceder a la adecuación de género en partidas de nacimiento y documentos de identidad como así también en el cuerpo solo basta con que xl interesadx invoque su voluntad en tal sentido¹. Uno de los efectos que provoca la recepción de este nuevo marco conceptual sobre el género consiste en la reconfiguración de entendimientos sobre la autonomía personal todavía existentes en normas y prácticas de ámbitos tradicionales del derecho (derecho civil, derecho de los niños, derecho a la salud, derecho a la igualdad y no discriminación, etc.).

Tal vez el extremo más notorio y novedoso de tal reconfiguración consiste en el reconocimiento que la “Ley” hace del derecho a la identidad de género de las personas menores de edad

(*) Este artículo fue publicado en noviembre de 2017 en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 82: 115-122. Abeledo Perrot

¹ Artículos 1, 2, 3 y 11.

conforme el género con el que se identifican. Este reconocimiento ha profundizado el entendimiento sobre el alcance de la capacidad progresiva de lxs niñxs y adolescentes (en adelante, NyA) lo que a su vez ha impulsado modificaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) en particular en el apartado sobre la capacidad de las personas menores de edad². El reconocimiento jurídico de la niñez trans ha tenido, y continúa teniendo, un gran impacto en la vida de muchxs NyA que finalmente ven reflejada su identidad de género en los documentos de identificación y registrales, lo que a su vez se traduce en el trato respetuoso de sus derechos humanos que maestros, vecinos, amigos, médicos, y familiares le dispensan. Al mes de marzo del año 2016 eran diez las personas menores de doce años que lograron adecuar su identidad de género en sus documentos, y muchas más mayores de dicha edad³.

De este modo, la “Ley” se suma y potencia la mirada sobre los derechos de NyA como sujetos de derecho enarbolada a comienzos de los 90 por la Convención internacional sobre tales derechos, con principios medulares tales como el “interés superior” y “capacidad progresiva” interpelando de esta forma viejas concepciones sobre los derechos de lxs NyA que lxs hacía receptores pasivos de protección. En la actualidad, tal interpelación adquiere un protagonismo novedoso de la mano del reconocimiento de su derecho a la identidad de género, circunstancia que obliga a la profundización de aquellos principios basales.

Antes de analizar específicamente aspectos jurídicos de la niñez trans, corresponde acercar un mayor entendimiento sobre el carácter

novedoso de la “Ley” basado en la preeminencia que adquiere la voluntad del individuo frente a saberes de la ciencia médica. Al respecto, sirve contextualizarla como parte de la política pública en materia de derechos humanos de los últimos años orientada a otorgarle mayor protagonismo a la voluntad de la persona, desplazándose para ello a las autoridades médicas, judiciales y administrativas. En pocos años (2009-2015), el Congreso, por medio de la sanción de varias leyes e, incluso, de la modificación al CCyC, contribuyó a instaurar tal mirada despatologizante del derecho.

La primera de estas leyes, referida al Derecho a la Protección de la Salud Mental⁴, prohíbe “la creación de nuevos manicomios o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados”. Esta ley promueve dispositivos alternativos como “casas de convivencia y hospitales de día”. Las internaciones involuntarias quedan restringidas y sujetas a control por un órgano de revisión. Contraponiéndose al esquema anterior, esta ley presume la capacidad de todas las personas. Asimismo, y al igual que la ley sobre el derecho a la identidad de género, la ley de protección de la salud mental establece que debe regir el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones (art. 10). Respecto específicamente de la orientación e identidad de género establece que en ningún caso puede diagnosticarse en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de dichos elementos (artículo 3º, inciso c). La ley de salud mental comparte con la “Ley” el objetivo principal de romper con una concepción psiquiátrica del padecimiento subjetivo. Consiste en un cambio de paradigma que deja de entender a las personas con discapacidad mental como objeto de asistencia para considerarlas sujetos de derecho. Para ello pone límites a la internación de personas contra su voluntad y apunta al reemplazo de los “neuropsiquiátri-

2 Capítulo II, sección 2da.

3 “Diez chicos trans menores de 12 años ya tienen su DNI con cambio de género”, *Perfil*, 6 de marzo de 2016, disponible en <http://www.perfil.com/sociedad/diez-chicos-trans-menores-de-12-anos-ya-tienen-su-dni-con-cambio-de-genero-0306-0053.phtml>

4 Ley N° 26.657, sancionada el 25/11/2010.

cos” por la atención de la salud mental en el marco de la comunidad.

Un año antes había recibido sanción por el Congreso una norma que refleja la indudable centralidad que la voluntad de la persona tiene para un nuevo entendimiento del derecho. La Ley sobre los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud⁵ rige el ejercicio de los derechos del paciente en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica. Esta ley hace especial hincapié en la autonomía de la voluntad del paciente, quien tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Además, regula de manera minuciosa su consentimiento informado. Tres años después de su sanción fue modificada por otra ley que detalla aún más el alcance de la autonomía de la voluntad del paciente hasta incluir su derecho a una muerte digna (ley 26.742, año 2012). El tratamiento consecutivo en el mismo día en el Senado del derecho a la muerte digna y del derecho a la identidad de género es una muestra más del cambio de concepción respecto de la relación entre la medicina, la autonomía personal y el propio cuerpo, donde las ciencias médicas están perdiendo terreno como tesoreros de la “verdad” de los cuerpos frente a la capacidad de cada persona para decidir sobre sus propios cuerpos.

La modificación del CCyC en el año 2015 también ha receptado el paradigma despatologizador en muchas de sus disposiciones⁶. Por su parte, la sanción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Dere-

5 Ley 26.529, sancionada el 21 de octubre de 2009.

6 Entre otras, véanse el capítulo 2 sobre capacidad, y los artículos 59 (consentimiento informado), 60 (directivas médicas anticipadas) y 69 (justo motivo identidad de género) vinculados a la identidad de género.

chos Humanos de las Personas Mayores en el mismo año, convención promovida y liderada por el gobierno argentino, también se suma a esta tendencia despatologizadora⁷.

Una suerte de inicio jurídico del modelo descripto puede rastrearse en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en el año 2006, la cual recepta la línea despatologizante en materia de discapacidad al abrazar el modelo social y desplazar el anterior modelo centrado en lo médico. Ese mismo año, se produce otro hito en el tema cuando un grupo de expertos adoptan los Principios de Yogyakarta sobre cómo debe aplicarse la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género citados precedentemente.

Las leyes comentadas, incluida la ley sobre el derecho a la identidad de género, privilegian la autonomía de la persona y su consentimiento informado, implicando un cambio radical respecto del modelo anterior fundado en la autoridad exclusiva de la ciencia médica y psiquiátrica sobre el paciente. Por ello, la “Ley” se inserta en un contexto más general de instauración jurídica de una bioética que tiene a la despatologización de identidades de género y de otras circunstancias personales como brújula que debe, a su vez, transversalizarse en los distintos temas afines.

Específicamente, corresponde enumerar las disposiciones jurídicas que reconocen el

7 Tal tendencia también se observa en materia de derechos humanos de parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU para erradicar el tratamiento forzoso y la privación de libertad por motivos de discapacidad (agradezco a Valeria Monópoli por hacerme notar otro campo en el que está teniendo lugar la despatologización). Asimismo, véase el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, que adopta el mismo ángulo respecto de los abusos en entornos de atención de la salud que deben considerarse una forma de tortura y de malos tratos (entre otros, las cirugías normalizadoras en personas intersex).

derecho a la identidad de género de NyA y que, interpretadas de forma armónica y con un conocimiento desprejuiciado del tema, confieren una protección sólida de la niñez trans. No es mi intención adentrarme en un examen pormenorizado de los distintos aspectos de las norma que a continuación se detallan -representación (Solarí 2012, 132), capacidad (Kemelmajer de Carlucci et ál. 2015)-, sino tan solo mostrar cómo se vinculan y complementan entre sí. En primer lugar, corresponde recordar el texto del artículo 5 de la ley sobre el derecho a la identidad de género, primera disposición en el mundo en reconocer el derecho a la identidad de género de lxs NyA sin límites de edad⁸:

Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley

8 Hasta ahora sólo la ley noruega en la materia del año 2016 también ha reconocido el derecho a la identidad de género de lxs niñas a partir de los seis años.

26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Respecto del acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad, a la identidad de género autopercibida, el artículo 11 de la “Ley” estipula que para obtener el consentimiento informado de lxs menores de edad debe estarse a lo que dice el artículo 5 de la misma ley. En caso de intervención quirúrgica total o parcial, además se deberá obtener la conformidad de la autoridad judicial correspondiente, la cual deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior dxl NyA.

Este artículo 11 debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 26 del CCyC, sancionado tres años después de la “Ley”, ya que brinda mayores precisiones respecto del alcance de la autonomía progresiva de lxs adolescentes. Una lectura dinámica de las cláusulas aquí examinadas indica que el artículo 11 de la “Ley” debe armonizarse con el más reciente artículo 26 del CCyC, el cual instaura un régimen específico respecto de lxs adolescentes de entre 13 y 16 años de edad, a quienes se les reconoce la capacidad de otorgar su consentimiento informado para, por ejemplo, seguir un tratamiento hormonal o cualquier otro tratamiento médico que no comprometa su salud⁹. Concretamente, el artículo 26 presume que

el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan

9 Para mayor abundamiento sobre cómo debe interpretarse el alcance y vinculación entre estas dos normas, véanse los puntos 4.2., 4.3., 4.4. del documento de acuerdos elaborado en la “Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos y Reproductivos”, que como Anexo I forma parte de la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud.

invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

A su vez, el reconocimiento del artículo 26 del CCyC de la capacidad de lxs adolescentes para tomar decisiones sobre cuestiones de tanta trascendencia permite inferir que el ordenamiento jurídico reconoce que dichx joven pueda adoptar una decisión libre e informada sobre el cambio de género en sus documentos de identidad sin intervención de los padres, jueces o médicos. Esto es muy importante ya que se estaría eliminando la intervención judicial sumarásima contemplada por el artículo 5 de la “Ley” cuando exista negación o imposibilidad de obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad. Conforme una interpretación integrada de los artículos 5 y 11 de la “Ley” y el 26 del CCyC, tal negativa o ausencia de consentimiento del progenitor ya no puede ser más un obstáculo para la voluntad dxl joven de entre 13 y 16 años. En consecuencia, cabe argüir que el artículo 26 agrega una categoría de menores de edad cuyas decisiones no pueden ser obstruidas ni siquiera por sus propios padres o representantes, entre ellas aquellas referidas a la adecuación del género en los documentos registrales y de identidad.

Sin lugar a dudas, el campo donde más se destaca el cambio propuesto por la nueva concepción despatologizadora del derecho es en lo referido a la autonomía progresiva de lxs NyA transgénero. Conforme se analiza a continuación, desde el reconocimiento jurídico de la identidad de género autopercebida de Luana en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, hasta el reciente reconocimiento de este tipo realizado a una nena trans de 5 años en Neuquén, la protección jurídica de la niñez trans se instala como temática ineludible y obliga a muchos actores distintos (dependencias de la Administración Pública,

el Poder Judicial y el Ministerio Público) a aplicar las nuevas disposiciones legales.

Argentina ya había marcado tendencia en el tema de la niñez trans antes de la sanción de la “Ley”. Ello fue en el primer caso del que se tenga noticias en el mundo donde una autoridad judicial ha autorizado la adecuación de género en documentos y en el cuerpo a una adolescente. “Nati”, una joven de catorce años, oriunda de Villa Dolores, provincia de Córdoba, solicitó, con el apoyo de sus padres, la autorización judicial para el cambio de nombre en su documento de identidad como así también la autorización para que se le practique una intervención quirúrgica feminizante de sus órganos genitales. El juez a cargo del caso demoró tres años en tomar una decisión, lo que finalmente hizo luego de que la Cámara de Apelación de Córdoba le ordenara que se pronunciara de alguna forma. Ello ocurrió cuando “Nati” ya tenía diecisiete años y luego de una audiencia donde el juez la conoció y decidió cambiar de parecer, circunstancia que la convirtió en la primera menor de edad a nivel nacional y mundial en obtener una resolución favorable a su pedido de reconocimiento de su derecho a la identidad de género¹⁰.

Cabe recordar que a pesar de la referencia positiva a la mejor calidad de vida de la adolescente y a su salud integral, esta victoria estuvo cargada de prejuicio, estigmatización y violencia. Además del retardo de justicia en el que incurrió el juez para evitar decidir el caso, la adolescente no estuvo exenta del escrutinio minucioso tanto médico como judicial, de su vida, de su identidad, de su cuerpo. Incluso, el juez insistió en llamarla como varón a pesar del pedido de “Nati” a que se reconozca su identidad femenina.

La experiencia de “Nati” pertenece a la época anterior a la “Ley” en la cual los jue-

¹⁰ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, “C. J. A. y otra”, rta. 21/09/2007.

ces, respaldados por distintas disciplinas médicas, determinaban la verdad del género de una persona con independencia de su propia voluntad. Por eso hizo falta que un juez verificara el género verdadero de “Nati” –todo esto luego de solicitar opinión a peritos y luego de “observarla” en persona. Al mismo tiempo, el caso de “Nati” es la antesala de la “Ley” dado que representa ese momento bisagra entre el modelo de la incapacidad absoluta de las personas menores de edad y la capacidad progresiva receptado por la “Ley”.

La experiencia de Luana, una niña de seis años de la provincia de Buenos Aires, inaugura la aplicación de la “Ley” cuando logra obtener el reconocimiento de su género autopercebido en su documento de identidad¹¹. La ausencia de un documento de identidad que reflejara su identidad de género implicaba la exposición de Luana a situaciones violentas que la frustraba y entristecía (discriminación en el vecindario, en los hospitales públicos donde los/as administrativos/as y médicos/as del hospital insistían en llamarla por el nombre masculino que figuraba en su documento de identidad y no por el nombre que ella eligió, en el jardín de infantes en particular la discriminación de parte de las maestras y de los padres de otros/as niños/as, etc)¹².

Empleando el marco jurídico de la ley sobre el derecho a la identidad de género que hacía muy poco había sido sancionada, la niña y sus padres se presentaron ante la autoridad administrativa con el objeto de obtener un nuevo documento de identidad que reconociera su género femenino. En el caso tomaron intervención un Asesor de Menores e Incapaces y la Directora del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, quien en una primera resolución, siguiendo la opinión del

Asesor de Menores, dispuso rechazar el pedido realizado por Luana y sus padres, por ser la niña “incapaz absoluta para otorgar su consentimiento a los fines pretendidos”, conforme los artículos 127, 54 y 921 del Código Civil¹³.

Luana y sus padres cuestionaron esta denegatoria por medio de un recurso de reconsideración donde fundamentaron que dicha resolución omitió toda referencia al artículo 5º de la “Ley” y a las normas de jerarquía superior en materia de infancia, tales como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19) que integran la Constitución argentina con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), así como también omitió la mención a leyes especiales y posteriores al CCyC que regulan el tema de la infancia (por ej. la ley 26.061 sobre protección integral de los niños, niñas y adolescentes), siendo estas normas las que proveen los fundamentos centrales del cambio de paradigma normativo respecto de la protección y capacidad jurídica de la infancia y adolescencia.

En el recurso de reconsideración Luana y sus padres solicitaron, primero, que se le otorgue a la niña la rectificación registral de su sexo, su cambio de nombre de pila e imagen en sus documentos de identidad conforme al género con el que se autopercibe según el procedimiento establecido por la “Ley”. También requirieron que sea tenida en cuenta la opinión experta de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación (SENAF)¹⁴. Finalmente, exigieron que se le ofrezca algún tipo de disculpas reparadoras a Luana por el trato indebido en el que incurrieron las autoridades públicas por haber utilizado el nombre masculino que figuraba en su documento de identidad para referirse a ella tanto en el dictamen de la Asesoría General de Gobierno, como en

11 Para un análisis más detallado de este caso, véase Saldivia Menajovsky (2017, Capítulo V).

12 Gabriela Mansilla, mamá de Luana, cuenta su historia en el libro *Yo nena, yo princesa* (2014).

13 Disposición 4421/12 del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires.

14 Resolución 1589/13, expediente SENAF 11281-2013.

la disposición resolutive del Registro número 4421/12, ello sin contemplar el hecho de que al inicio del trámite Luana había solicitado que se la llame con su nombre y su género femenino, apartándose las autoridades mencionadas de lo exigido por el artículo 12 de la ley 26.743 (que exige que deberá respetarse la identidad de género adoptada por lxs niñxs que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad).

Conjuntamente con la interposición del recurso de reconsideración, la madre de Luana recurrió a otras acciones de impacto público que contribuyeron a su resolución favorable. Para ello, dio a conocer la experiencia de su hija a la prensa¹⁵ y presentó su propia experiencia en varios organismos oficiales con injerencia en el tema¹⁶. Luego, hizo lo propio ante la SENAF, que emitió un dictamen favorable a su reclamo¹⁷. Finalmente, el 27 de septiembre de 2013, la autoridad del registro provincial aceptó rever su resolución denegatoria y hacer lugar a la solicitud de cambio registral¹⁸.

Sin dudas, la tremenda importancia de este caso radica en la implementación en una situación concreta de conceptos tales como el superior interés del niñx y la capacidad progresiva, términos que la mayoría de las veces tienen una resonancia meramente retórica dadas las dificultades para aplicarlos en la práctica. Es una experiencia que ha hecho de

la ley sobre el derecho a la identidad de género un material jurídico de efectos directos y vivenciales de cambio social y ha servido de guía a otras historias similares a las de Luana.

En este sentido, en gran parte gracias al camino inaugurado por Luana, Facha, un niño trans de 10 años, encontró el camino más allanado para lograr la obtención de sus documentos de identificación reflejando su identidad de género¹⁹. En consonancia con la letra de la “Ley”, el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires no puso obstáculos al pedido de Facha y reconoció su voluntad para determinar su género.

A su vez, estas experiencias, sumadas a las de otrxs NyA trans que exigieron el reconocimiento de su identidad de género²⁰, contribuyeron a que la solicitud de María en la provincia de Neuquén transcurriera por canales menos confrontativos que los que vivió Luana. De todos modos, esto no evitó que María y sus padres transiten varias oficinas públicas antes de ver reconocido su derecho a la identidad de género. Luego de concurrir al Registro Civil para iniciar el cambio del documento de identidad encontraron más dudas que respuestas²¹. Por ello recurrieron a la Dirección Provincial de Diversidad donde les brindaron la información que necesitaban, el apoyo psicológico y la asistencia jurídica para concretar el trámite. Además, se reunieron con autoridades provinciales hasta que, finalmente, bajo el amparo de la “Ley” lograron obtener un acta nueva de nacimiento con la que tramitó el documento de identidad

15 Véase la nota de la periodista Mariana Carbajal “Lo que devuelve el espejo”, *Página/12*, 28 de julio de 2013, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-225462-2013-07-28.html>.

16 “INADI respalda cambio registral de niña trans”, 29/7/2013, disponible en <http://inadi.gob.ar/2013/07/inadi-respalda-cambio-registral-de-nina-trans/>

17 “INADI respalda cambio registral de niña trans...”

18 “Luana, la nena trans de 6 años, ya tiene su nuevo DNI”, *La Nación*, 9 de octubre de 2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1627459-luana-la-nena-trans-de-seis-anos-ya-tiene-su-nuevo-dni>

19 “Un niño de 10 años cambió de género y ahora se llama Facha”, *Infobae*, 29 de octubre de 2014, disponible en <http://www.infobae.com/2014/10/29/1605058-un-nino-10-anos-cambio-genero-y-ahora-se-llama-facha/>

20 Véanse otras de estas experiencias en “Diez chicos trans menores de 12 años ya tienen su DNI...”

21 “Neuquén: tiene 5 años y es la primera nena trans en obtener una nueva identidad”, *Infobae*, 25 de junio de 2017, disponible en <http://www.infobae.com/sociedad/2017/06/25/neuquen-tiene-5-anos-y-es-la-primera-nena-trans-en-obtener-una-nueva-identidad/>

de María. A pesar de que la “Ley” no lo requiere, ya que establece un trámite muy sencillo, su solicitud requirió del trabajo en conjunto con diferentes áreas de gobierno de la provincia de Neuquén con el fin de garantizar “los derechos de la menor y su resguardo físico y moral”, circunstancia que lleva a pensar que todavía hay mucho trabajo por realizar para comprender el alcance de los derechos de lxs NyA trans.

Una muestra aún más tangible de la necesidad de que los distintos actores que entran en contacto con alguna experiencia de niñez trans profundicen su entendimiento sobre el alcance del derecho reconocido a lxs NyA a que decidan su propio género y que realmente actúen en consecuencia, se presenta en el caso N. Finalizando el año 2015, una jueza de la localidad de Junín resolvió a favor del reclamo de la joven N., de 14 años, relativo a la adecuación de su identidad de género en la partida de nacimiento y el respectivo documento de identidad²². La intervención judicial se originó en la oposición del progenitor biológico de N. a su petición. La magistrada, luego de escuchar a la joven, suplió la negativa paterna y autorizó la modificación de su partida de nacimiento conforme su libre identificación de género. La decisión judicial fue bienvenida por activistas y especialistas en la materia²³.

Sin embargo, el tipo de fundamentación y la actividad judicial concreta llevada a cabo para llegar a esta decisión estuvo basada en el análisis de ciertas “pruebas” sobre el género de N. típicas del modelo patologizador del género, circunstancia que muestra las dificultades que todavía perduran para tomarse la niñez

trans en serio. En el caso, ante la imposibilidad de lograr la presencia del padre y conocer los fundamentos de su rechazo a la adecuación de género solicitada por su hija, la jueza procede a suplir su autorización. Para ello, escucha a N. en una audiencia celebrada en presencia de la secretaria de la Asesoría de Incapaces, de su abogada y de la perito psicóloga del juzgado²⁴. Además, la jueza utiliza pericias e informes psicológicos que dan cuenta del sentir de N. como niña. El relato que se sigue de esta “prueba” presenta claros aspectos objetables.

Por un lado, no se explica la intervención de una perito psicóloga. La “Ley” confiere un lugar primordial a la voluntad de la persona, sea ella mayor o menor de edad, respecto de su identidad de género. Esto implica que tanto la jueza como sus auxiliares de justicia no debían analizar la voluntad de la adolescente, sino la objeción del padre y ver si la misma tenía algún fundamento que la hiciera viable. En cambio, el relato de la magistrada abunda en una detallada descripción de la vida personal de la adolescente y concluye con una referencia al diagnóstico psicológico de la perito psicóloga, quien indica que al momento de la audiencia N. se presenta lúcida, globalmente orientada y con las funciones de su psiquismo conservadas, agregando que no se advierten signos de psicopatología de mención. Todo esto en un juicio que la “Ley” indica debe ser sumarísimo.

En el análisis minucioso que realiza la jueza de la vida de N., lo que incluye una detallada

22 Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Junín, “N. J. R.”, rta. 10/12/ 2015.

23 Véase Diez, Magdalena y Laura Rodríguez (2016), y comunicado de Abosex, disponible en <https://abosex.com.ar/2016/05/02/abosex-logro-la-primera-sentencia-judicial-conforme-a-la-ley-26-743-de-reconocimiento-de-la-identidad-de-genero-de-una-nina-trans/>

24 Aunque la “Ley” no prevé la intervención del Ministerio Público -Asesor de Incapaces- el artículo 103 del Código Civil prevé la actuación en el ámbito judicial del Ministerio Público respecto de personas menores de edad cuando el ejercicio de su capacidad requiera de un sistema de apoyos. Ella puede ser complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. Y es principal, cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe ausencia o inacción de los representantes, en este caso, del padre.

descripción de los tratamientos psicológicos de N. y la mención del diagnóstico psicológico de la perito psicóloga, es posible observar los resabios de miradas que todavía dudan de la capacidad de lxs NyA para tomar decisiones centrales sobre su género. Todavía perdura la necesidad de que la “ciencia médica” avale la decisión de N., la de su madre, y la de la misma jueza. La supuesta autoridad que tendría esta ciencia es lo que la “Ley” le expropia cuando adopta el paradigma basado en la propia percepción del género como único criterio válido para determinarlo. Y esto, sostiene la “Ley” -como así también el Código Civil y Comercial de la Nación reformado en agosto de 2015 unos meses antes de la decisión en N. aunque no se lo mencione- se aplica tanto a personas mayores como a menores de edad. Este caso, independientemente de su resultado favorable para el derecho a la identidad de N., sirve para ilustrar la importancia no sólo del resultado de una decisión sino también del camino transitado para llegar a él, el cual puede ser otra fuente de patologización. Por ello es central que los operadores judiciales y sus auxiliares comprendan que el alcance del modelo despatologizador no se limita sólo a que el resultado esté en sintonía con la autonomía de la persona sino también a los mecanismos, dinámicas y prácticas utilizadas para llegar él.

Normas tales como la “Ley”, en conjunción con el artículo 26 del CCyC, jerarquizan la autonomía progresiva de NyA, destacando la importancia de su auténtico protagonismo. Para ello se exige que el actuar de operadores judiciales, funcionarios públicos, médicos, psicólogos, y cualquier otra autoridad que entre en contacto con unx NyA trans esté signado por la precaución y el respeto a los derechos fundamentales dxl menor de edad involucradx. Ello significa que todos estos actores deben primero, desprejuiciarse y amoldarse al nuevo paradigma despatologizador del género para modificar sus prácticas de forma tal de acomodarlas al derecho que tienen lxs NyA a ser la única

autoridad habilitada por la norma para decidir su propio género. Es cierto que la aplicación de una ley de avanzada como es la ley sobre el derecho a la identidad de género argentina, muchas veces queda a merced de los tiempos de las transformaciones culturales, las cuales pueden ser más lentas o moverse a distinto ritmo que la aprobación de una ley. De todos modos, este desfase entre la sanción de una ley que propone un cambio de paradigma y la capacidad de adaptación al nuevo paradigma de los distintos actores involucrados, no puede servir de excusa para incumplir con la ley.

Bibliografía

Diez, Magdalena y Laura Rodríguez. 2016. “Hacia el reconocimiento de la identidad de género de las personas menores de edad, a la luz del principio convencional de capacidad progresiva”. *Fundación Sur Argentina*, 19 de septiembre de 2016. Disponible en <http://surargentina.org.ar/noticias/fallos/hacia-el-reconocimiento-de-la-identidad-de-genero-de-las-personas-menores-de-edad-a-la-luz-del-principio-convencional-de-capacidad-progresiva/>

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Silvia E. Fernández. 2015. “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”. Id SAIJ: DACF 150461, 18 de agosto. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcanirtcod>

Mansilla, Gabriela. 2014. *Yo nena, yo princesa. Luana, la niña que eligió su propio nombre*. Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento.

LAURA SALDIVIA MENAJOVSKY

Saldivia Menajovsky, Laura. 2017. *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*. Editorial UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México) y Editorial UNGS (Universidad Nacional de General Sarmiento).

Solari, Néstor. 2012. “La situación del niño ante las leyes de muerte digna e identidad de género”. *La Ley*. Identidad de Género. Muerte Digna, Suplemento Especial: 132.

Documentos de organismos internacionales

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), 45 período ordinario de sesiones de la Asamblea General (OEA), 15 de junio de 2015.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 24 de enero de 2007.

Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Adoptados en Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006.

Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Juan E. Méndez, Informe A/HRC/31/57, Consejo de Derechos Humanos, 31° período de sesiones, 5 de enero de 2016.

Jurisprudencia nacional

Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Junín, “N. J. R.”, rta. 10/12/2015.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, “C. J. A. y otra”, rta. 21/09/2007.

Documentos de organismos nacionales

Ministerio de Salud de la Nación, Secretaría de Salud Comunitaria. Resolución 65/2015, 9 de diciembre de 2015.

Niñez y derecho a la vivienda

Gustavo Caramelo

Juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1.

I. Introducción

En las últimas décadas se ha producido un cambio sustantivo en los criterios fundamentales con los que se evalúa la situación jurídica y social de las niñas, niños y adolescentes —de los chicos, que es como los argentinos nos referimos genéricamente a ellos—. Esos cambios debieran proyectar efectos en todos los ámbitos vinculados con la vida de esas personas humanas, aun cuando a menudo ello no ocurre.

Uno de los tantos espacios jurídicos en los que se advierte la fricción entre los viejos y los nuevos criterios de decisión en materia de derechos de los chicos es el del derecho a la vivienda, cuestión que intentaremos analizar en los apartados siguientes.

II. Los chicos y sus circunstancias

II.1. Vulnerabilidad natural y necesidad de estabilidad habitacional

Pertenecemos a una especie cuyos cachorros no pueden sobrevivir sin cuidados especiales, biológicos, de nutrición y de abrigo, necesarios por un lapso mucho más extenso

que los requeridos por los de cualquier otra; a ello se agrega, luego, un proceso prolongado de asimilación cultural, imprescindible para posibilitar la vida en sociedad.

En ese contexto, la vivienda desempeña una función esencial, tanto porque posibilita la satisfacción de necesidades elementales de los núcleos familiares o sociales como porque constituye base para el despliegue de procesos y actividades imprescindibles para el desarrollo cultural de los individuos, como el educativo, que en su aspecto formal requiere de cierto orden vital que posibilite al estudiante asistir a clases en forma habitual y volver a un lugar en el que puede realizar con tranquilidad tareas u otras actividades formativas, como las lúdicas y las deportivas. A lo que se agregan las ventajas que una situación estable presenta para el cuidado y atención de la salud psicofísica de los chicos, que puede verse seriamente alterada por situaciones de desamparo o de riesgo, con efectos en sus vidas a largo plazo. Las limitaciones en esas áreas en los años primeros engendran exclusión y son luego muy difíciles, sino imposibles, de superar; operan casi como un mecanismo determinista con relación a la calidad de vida que podrá tener el sujeto en el futuro. Una vivienda adecuada es, por ello, presupuesto para generar las mejores posibilidades de una vida digna.

II.2. Protección especial de los chicos y chicas

La matriz patriarcal que históricamente presentaron las sociedades occidentales determinó que, por siglos, los niños se encontraran absolutamente subordinados a los intereses de sus padres o de otras personas a cuyos designios debían obedecer y que, como consecuencia de ello, los sistemas jurídicos no evaluaran sus derechos en forma autónoma sino en función de los derechos de los adultos con los que se encontraban relacionados.

La de los niños, niñas y adolescentes es una de las categorías de personas vulnerables reconocidas por nuestra Constitución Nacional. Tal reconocimiento da cuenta de la evolución del principio de igualdad, desde su concepción formal hacia una concepción estructural para la que son relevantes los datos históricos y sociales que tienen en cuenta el fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática que afecta a determinados sectores sociales (Saba 2007). A su vez, impone el dictado de leyes y la promoción de medidas de acción positiva que garanticen para los chicos igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, como lo prevé el artículo 75, inc. 23 de nuestra ley suprema.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹, que fue incorporada a nuestro sistema jurídico por la ley N° 23.849 de 1990, estableció una nueva mirada del sistema jurídico con relación a la situación de los chicos, la que surge en forma evidente en su artículo 3°, inciso primero, que establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

La Convención generó múltiples modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico, como la incorporación del criterio de capacidad progresiva, enunciado en el artículo 24 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N°

¹ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

26.061², luego también incorporado en el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este criterio establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales y, en lo que aquí interesa que, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, con derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su persona.

En similar sentido, se han orientado otros tratados internacionales con rango constitucional, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³, que en su artículo 10, inc. 3, establece que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición [...]”; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴, que en su artículo 7º impone a los Estados Parte tomar “1 [...] todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas [...]”, especificando que “[...] 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”. En el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos⁵ establece

2 Sancionada el 28 de septiembre de 2005.

3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General, resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

4 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006.

5 Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de De-

en su artículo 19 que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” y, en procura de sintetizar la confluencia de ambos sistemas —el de Naciones Unidas y el regional—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva N° 17, sobre Condición jurídica y derechos humanos del niño⁶.

Con base en tal principio, se procura dejar atrás la concepción asistencialista para avanzar hacia un paradigma de “protección integral”, según el cual los niños son poseedores de derechos propios, sin desconocer su condición de personas en desarrollo. De tal modo, toda decisión que se adopte con relación a la situación jurídica de niños, niñas o adolescentes, en especial si es tomada por un poder público, debe tener en cuenta el mejor interés del niño, lo que no necesariamente importa satisfacer sus deseos, sino escucharlo en todo lo que tenga que ver con sus intereses y argumentar con relación a ellos en forma adecuada y suficientes, tanto para admitir la conveniencia de lo que solicita o propone como para desestimarla.

Pero los chicos viven en un mundo de instituciones y de relaciones jurídicas establecidas por los adultos, a menudo por medio de relaciones entre particulares. La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ha saldado la discusión acerca de si el respeto del nuevo paradigma de reconocimiento de derechos de la infancia es exigible en las relaciones entre particulares y ello porque sus dos primeros artículos imponen que los casos regidos por el código sean resueltos e interpretados con sujeción, entre otras disposiciones, a los tratados de derechos humanos en los que la República es parte.

rechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

6 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

III. La operatividad de los derechos humanos de naturaleza económica, social o cultural

La penetración de las normas internacionales sobre derechos humanos revitalizó todas las áreas de nuestro sistema jurídico, no sin resistencias, y precipitó el proceso paradójico de constitucionalización —o en sentido estricto, de convencionalización— del derecho civil. Si bien nuestra población los conoce fundamentalmente por su relación con los juicios de lesa humanidad, los tratados internacionales de derechos humanos reconocen numerosos derechos de naturaleza económica, social y cultural, entre los que se encuentra el de acceso a una vivienda adecuada.

Es claro que las disposiciones de los tratados deben ser aplicadas como norma constitucional. No se trata de programas políticos ni de enunciados de buenos propósitos, sino de normas jurídicas que establecen derechos que deben ser garantizados por el sistema jurídico argentino. La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene por único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución, sino que condiciona el ejercicio de todo el poder público, incluido el judicial. Por lo que su violación no sólo genera un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino también la violación de la Constitución misma y, en el plano interno, la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de normas de rango constitucional (Abramovich y Courtis 2002).

Los derechos económicos, sociales y culturales, como parte de los derechos humanos contenidos en la Constitución, alcanzan no sólo a las relaciones de derecho público Estado/ciudadanos, sino también a las relaciones privadas entre ciudadanos, en lo que la doctrina ha denominado “efecto horizontal” (Tedeschi 2014).

IV. Concepto de vivienda adecuada

La vivienda tiene para las personas un valor que excede lo patrimonial; se trata de un espacio de intimidad, de protección, de desarrollo personal, de construcción de proyectos y afianzamiento de vínculos familiares, de disfrute, trabajo y reflexión, etc. El acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales pues un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes⁷.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional reconoce a la familia *latu sensu* como sujeto a proteger (Gelli 2006). El derecho a una vivienda adecuada es un derecho humano reconocido en la normativa internacional de los derechos humanos como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. Una de las primeras referencias a este derecho es la del párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, generalmente considerado como el instrumento central para la protección del derecho a una vivienda adecuada, reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuadas, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11). Y

7 CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, rta. 24/4/2012, Fallos 335:452 Voto del juez Enrique Petracchi, considerando 8.

8 Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General (ONU), Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano encargado de la interpretación originaria de las disposiciones del Pacto— emitió hasta ahora dos Observaciones Generales directamente vinculadas con el tema de vivienda, la OG4⁹, que establece los requisitos que deben reunirse para que una vivienda pueda ser calificada como adecuada en los términos del tratado; y la OG7¹⁰, referida a los desalojos forzosos, aunque ha sido objeto también de tratamiento en otras, como la dedicada a tratar “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”¹¹.

Dado el valor de los documentos internacionales en los que se interpretan las disposiciones de los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución, cabe señalar que, tal como lo ha definido el primer Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación, Miloon Kothari, “el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad”. Esta definición se encuentra en consonancia con los elementos fundamentales del derecho a una vivienda

adecuada tal como se define en la Observación General N° 4 del Comité DESC. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climáticos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta en cualquier contexto determinado; entre los que figuran: a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) accesibilidad; f) lugar, y g) adecuación cultural¹². Es claro por ello que cuando se adoptan medidas con relación a la previsión de vivienda de grupos familiares con niños, deben tenerse en especial consideración su posibilidad de acceso a escuelas próximas en las que puedan contar con vacantes.

En el artículo 27, inciso 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a ese derecho [nivel de vida adecuado] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda, lo que guarda coherencia sistémica con el propósito de garantizar las posibilidades de desarrollo de los chicos.

V. Acceso

La vida en sociedad exige que las personas puedan acceder a determinados derechos y estándares mínimos para su desarrollo humano, económico, social y cultural. Cuando

9 Comité DESC, Observación General N° 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, 6° período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 13 de diciembre de 1991.

10 Comité DESC, Observación General N° 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, 16° período de sesiones, U.N. Doc. E/1999/22, 1997.

11 Comité DESC, Observación General N° 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 34° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005.

12 Cfr. sitio web oficial del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, <http://www.ohchr.org>

se verifica que alguno de los integrantes de la sociedad se encuentra imposibilitado de ello con relación a un derecho básico, podemos establecer que sufre una situación de exclusión. Se considera que un niño o niña está excluido con respecto a otros cuando carece de un entorno que lo proteja contra la violencia, los malos tratos y la explotación o cuando no tiene posibilidades de acceder a servicios y bienes esenciales y ello amenaza de alguna manera su capacidad de participar plenamente algún día en la sociedad (UNICEF 2006). El derecho al acceso se encuentra condicionado por las circunstancias vitales y es, a su vez, condicionante de las posibilidades de despliegue vital futuro. Es altamente factible que quienes pertenecen a un grupo familiar o social en tales condiciones se encuentren en situación especial de vulnerabilidad y afronten mayores dificultades para acceder a una vivienda adecuada. Pero no está al alcance de los chicos la posibilidad de suplir los efectos de la inacción de los adultos que lideran sus grupos de pertenencia, cualesquiera que sean sus causas, las que los pueden dejar en situación de extrema vulnerabilidad. Por ejemplo, en “situación de calle”, los sujetos pierden prácticamente todos los beneficios de una sociedad civilizada y quedan expuestos a enfermedades, violencia, imposibilidad de desarrollo de procesos educativos adecuados, etc.

El carácter socioestructural de una desventaja es relevante tanto para definir la extensión de la obligación social de paliarla como para entender el tipo de remedios necesarios para hacerlo. Si la sociedad tiene una mayor responsabilidad frente a aquellas desventajas que pueden atribuirse más directamente a su estructura, esto quiere decir que los remedios deben enfocarse específicamente en tal estructura. El remedio debe ajustarse a la fuente de desigualdad, enervando los factores que afectan en forma desigual la capacidad de competir de los integrantes del grupo (Grossman 2007).

Resulta primordial que el Estado desarrolle planes para responder adecuadamente a la demanda de vivienda de grupos familiares o sociales con niños, ya en forma directa, ya por medio de factores de mercado, según las circunstancias.

V.1. Políticas en la materia

Fuera de situaciones de catástrofe, frente a las que los Estados suelen responder con políticas de emergencia y con el establecimiento de viviendas temporales o el alojamiento de población al abrigo común de grandes instalaciones, como estadios cubiertos, hangares, establecimientos escolares, etc., las autoridades suelen incorporar como parte de sus políticas de inclusión y desarrollo humano las vinculadas con la morigeración o desaparición del déficit de vivienda.

Diversas son las líneas de acción y las experiencias con las que por lo general se afronta ello y comprenden la construcción de viviendas sociales o de fomento público¹³, el otorgamiento de créditos blandos para la adquisición de viviendas construidas por el sector privado, la provisión de subsidios para posibilitar la locación de inmuebles, etcétera.

Los distintos componentes del sistema federal argentino deben desarrollar políticas concretas en materia habitacional; pero, aun cuando la obligación primaria recae en las provincias y en la Ciudad Autónoma —que deben adoptar las medidas de acción positiva

13 Por ejemplo, el Comité Europeo de Derechos Sociales determinó, en diciembre de 2007, que Francia había violado el artículo 31, párrafo 3, de la Carta Social Europea, debido al suministro insuficiente de viviendas sociales accesibles para sectores de bajos ingresos, lo que conllevó un avance insuficiente en la erradicación de viviendas inferiores al estándar considerado adecuado (*European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. Francia*, Petición 39/2006, 5 de diciembre de 2007)

necesarias para atender las necesidades habitacionales de la población de sus territorios, cuando se verifica la afectación de integrantes de alguna de las categorías mencionadas en el artículo 75, inc. 23 de la CN—, ello no libera al Estado federal de responsabilidad en la materia. Así lo dispone expresamente, para el ámbito regional, el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, a nivel global, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁴, elaborada en el ámbito de Naciones Unidas.

Las políticas a desarrollar en materia de vivienda pueden contemplar situaciones distintas, según la capacidad económica y condición social de los beneficiarios, y atender a la cobertura de situaciones críticas o a la previsión de mediano o largo plazo, de modo necesario pero carente de la urgencia de la extrema necesidad. Los programas pueden variar también según la situación del mercado, pues en caso de existir viviendas suficientes, el Estado puede encarar acciones destinadas a permitir que las personas accedan a ellas. Sin embargo, si no se cuenta con ese recurso material, es necesario que asuma medidas de construcción o de fomento. La ausencia de financiación puede ser suplida por vía de la afectación de fondos públicos o por la creación de productos destinados a derivar el ahorro de los particulares al desarrollo de líneas de crédito para la adquisición de inmuebles, como se intentó hacer aquí, sin éxito, con la ley 24.441, de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción.

Toda decisión vinculada con la atribución de un derecho social tiene costos y ellos quedan a cargo del Estado, ya por asunción directa, ya por vía de la implementación de políticas de subsidios a los particulares. Calificada doctrina

en materia de derecho financiero sostiene que el criterio a aplicar en el diseño de normas presupuestarias debe ajustarse al “principio financiero sustantivo de razonabilidad”, según el cual la actividad financiera pública debe ser un medio adecuado para asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales (Corti 2007).

La intervención del Estado en la materia resulta ineludible desde la consideración de una política general que procure satisfacer las exigencias establecidas por las normas constitucionales y convencionales, pues por finalidad y función el mercado no habrá de producir por sí soluciones habitacionales para quienes no cuentan con solvencia como para costearlas a precios de plaza, lo que dejaría marginados a los sectores estructuralmente más desaventajados.

También el Estado puede desarrollar líneas de aseguramiento que morigeren la aversión al riesgo de los locadores que exigen garantías que muchas personas no pueden proporcionar, por falta de disponibilidad en su medio, y que así se estimule la concreción de vínculos locativos.

En las grandes ciudades del país las soluciones habitacionales han sido atendidas por medio de un sistema de “hoteles” a los que se derivaban a las personas, línea de abordaje del problema hoy en gran medida abandonada por la deficiente situación de esos lugares y por los abusos de los que resultaban víctimas las personas allí alojadas. También se ha enfrentado el tema por vía de paradores nocturnos que, al igual que la solución hotelera, no resultan idóneos para dar una respuesta adecuada a la situación de familias con chicos, como lo estableció la Corte Suprema en el caso “Q”¹⁵.

Es claro que cuando se encara la asignación de vivienda a personas enfermas o con niños debe tenerse en especial consideración la ubicación de centros de salud en los que pueden recibir atención médica o de los establecimien-

14 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptada por la Comisión de Derecho Internacional (ONU), U.N. Doc A/CONF.39/27, suscrita el 23 de mayo de 1969, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

15 CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, rta. 24/4/2012, Fallos 335:452.

tos educativos a los que concurren, así como que la localización se haga en lugar sanitariamente apto, pues no resultaría razonable que, al tiempo que se alcanza una mejora en la satisfacción del derecho a la vivienda, se empeore la relativa a la salud o la educación de los chicos.

V.2. La “operatividad derivada” del derecho a la vivienda

El 24 de abril de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, por voto mayoritario, decidió revocar una decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, también por mayoría, había rechazado el amparo iniciado por una mamá de un niño con encefalopatía crónica no evolutiva —cuadro que le generaba incapacidad motriz, visual, auditiva y social—, para que se les proporcionara una solución habitacional que les permitiera dejar la situación de calle en la que se encontraban. La Corte finalmente revocó la decisión del tribunal porteño, pero en sus consideraciones dejó establecido que en materia de satisfacción del derecho a la vivienda se verificaba un esquema de “operatividad derivada”, por el cual la implementación de la garantía convencional requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que asegure un mayor debate sobre los derechos y recursos involucrados. La mayoría estableció que en estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva, soporta la carga y reclama derechos. También afirmó que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno; que las normas constitucionales de aplicación al caso no consagran una operatividad directa, por lo que los ciudadanos no pueden considerarse habilitados para solicitar

la provisión de una vivienda por la vía judicial. No obstante, consideró insuficiente la respuesta de la administración local, dada por alojamiento en paradores, hogares y refugios, carentes de habitaciones o baños privados, de renovación diaria y compartidos por varias familias, lo que los hacía incompatibles con la situación del niño, y estableció directamente las medidas que debían adoptarse, en el corto y en el mediano plazo, para dar una respuesta adecuada a la amparista en punto a la satisfacción de su derecho a una vivienda adecuada.

Es evidente que el criterio de operatividad derivada que fijó la Corte en el caso “Q” establece un amplio margen de discrecionalidad para las administraciones de los distintos componentes del sistema federal argentino. Esto puede conducir a respuestas (a la ausencia de ellas), inconstitucionales con relación a la obligación de cubrir hasta el máximo de los recursos disponibles las exigencias establecidas por los tratados internacionales de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; siguiendo los principios de razonabilidad, proporcionalidad y progresividad.

No obstante, cabe sí considerar que el Estado debe arbitrar tanto políticas destinadas a dar solución urgente y adecuada a situaciones críticas como otras orientadas a atender el déficit existente con relación a los sectores de la población frente a los que debe desplegar medidas de acción positiva, pues de no hacerlo puede incurrir en omisiones inconstitucionales justificables y en responsabilidad internacional.

VI. La cuestión en clave judicial

VI.1. El derecho a la vivienda de los chicos y el proceso judicial

Son numerosos los casos en los que se pueden dar debates relativos a la situación habitacional de niñas, niños y adolescentes en procesos judiciales. Estos pueden darse tanto

en el ámbito civil como en el penal y el contencioso administrativo.

Es habitual que ante los requerimientos formulados desde el sistema de justicia, las administraciones a cargo de los gobiernos locales planteen restricciones presupuestarias que no siempre están en condiciones de acreditar o que, por el contrario, no se compadecen con subejecuciones de las partidas disponibles para dar respuestas en materia de vivienda.

Para los órganos jurisdiccionales es a menudo dificultoso entrar en la evaluación de estas cuestiones. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece para el Estado la obligación de adoptar medidas de aplicación de los derechos en él consagrados “[...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos [...] reconocidos” (art. 2.1.), lo que determina que lo relativo a la afectación de recursos presupuestarios pueda ser considerado cuestión justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trata.

La cuestión de las limitaciones presupuestarias constituye la clave de bóveda de la construcción del sistema de derechos fundamentales. La asignación de recursos públicos es siempre problemática. Es lógico que los funcionarios electos por el voto popular tengan la prerrogativa en el diseño de las políticas públicas en la materia —y de allí la “operatividad derivada” de la que habla la Corte Suprema—, pero no pueden ejercerlas soslayando las exigencias establecidas en normas constitucionales.

Las normas presupuestarias tienen vinculación conceptual con el sistema de derechos humanos, en el que radica una de sus claves de sentido en grado tal que resulta inconstitucional si no cumple con el cometido de hacer efectivo el conjunto de los derechos humanos, criterio que puede encontrarse enunciado en

la letra del caso “Rubén Badín”¹⁶, en el que la Corte Suprema dijo que:

[...] las carencias presupuestarias, aunque dignas de ser tenidas en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)¹⁷.

Es por ello que la discusión relativa a la disponibilidad y asignación de recursos es materia justiciable.

Un juez que interviene en cuestiones civiles debe tener hoy un rol activo en la adopción de las medidas que resulten necesarias para maximizar y lograr un adecuado balance de las garantías constitucionales en los casos en los que le toca intervenir y, en especial, en aquellos en los que la violación de derechos afecta a vulnerables o proviene de los obligados a darles tutela. El denominado “activismo judicial” no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial. Es claro que la sociedad no quiere un modelo de juez burócrata o indolente, pero sí uno que tenga un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables¹⁸.

16 CSJN, “Badin, Ruben c/Provincia de Buenos Aires”, rta. 19/10/1995, *Fallos* 318:2002.

17 Considerando 9°. Esta doctrina fue luego sostenida en el caso “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, rta. 28/9/2005, *Fallos* 328:1147, considerando 28°.

18 Las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos como “Siri, Angel, s/ interpone recurso de hábeas corpus” (*Fallos* 239:459, rta. 27/12/1957);

El juzgado que advierta que en un proceso que puede concluir en un desalojo de un grupo familiar se encuentran niños debe adoptar tempranamente las medidas necesarias para dar una solución habitacional razonable para los menores, entendiendo por tal la que les posibilite cobijo en un grupo familiar o social, acceso a salud y continuidad del proceso educativo. En principio, debe explorarse primeramente la posibilidad de solución en el medio intrafamiliar; para ello es importante que se dispongan medidas de constatación o de censo de los habitantes de un inmueble, interrogándolos al respecto. De no existir tal posibilidad de solución en el medio intrafamiliar, debe comenzarse la evaluación de las alternativas posibles entre las políticas públicas dispuestas en el ámbito del que se trate. En ocasiones, las personas podrán calificar para obtener préstamos o adjudicaciones de organismos públicos, pues cuentan con ingresos suficientes como para afrontar las cuotas a pagar; en otras, ello no será posible y habrá que buscar otras alternativas, en ocasiones de carácter temporal hasta que se pueda encarar una solución de más largo plazo, como lo dispuso la Corte en el caso “Q”, al que nos hemos referido anteriormente.

Las medidas adoptadas por el juez no deberían estar limitadas por el paradigma de reparar daños pasados, sino que deberían guiarse por la obligación de revertir la causa estructural que provoca la afectación de los derechos en cuestión (Saba 2016).

Existe gran disparidad entre jurisdicciones y no es tampoco uniforme la respuesta de los tribunales frente a esta problemática, aunque por lo general tienden a soslayar o a

minimizar la existencia de un interés atendible de los chicos, desoyendo deliberadamente su voz, que el sistema convencional, constitucional y legal exige considerar. En algunos casos, incluso, se puede llegar al extremo de ni siquiera dar intervención en los procesos de desalojo a los defensores públicos de menores, quienes suelen contribuir en forma relevante a la construcción de soluciones respetuosas de las exigencias constitucionales y de una justicia humanizada.

En las medidas que se adopten en estos casos, en los que suele contraponerse un derecho de protección constitucional tradicional y fuerte como el de propiedad, con los derechos humanos sociales, económicos o culturales de los demandados, debe procurarse un adecuado balance de todos ellos. Es claro que cuando quien demanda un desalojo es un particular no puede imponérsele subvencionar una situación deficitaria en materia de vivienda, a cuya solución debe contribuir en todo caso el Estado, en su carácter de obligado directo en materia de derechos humanos cuya intervención adecuada se debe disponer. Las medidas se deben adoptar con la mayor celeridad posible, pues de lo contrario se puede generar un efecto contraproducente, como por ejemplo, si quienes disponen de viviendas que pueden facilitar en alquiler o comodato no contrataran con familias con chicos, en la inteligencia de una posibilidad de mayor demora o complicación en caso de intentar llevar adelante una acción de desalojo. El balance de derechos exige una composición del conflicto que tenga en cuenta tanto el derecho de propiedad de quien reclama, como los derechos humanos de naturaleza social de aquéllos contra quienes se demanda.

Por ello, es importante que los defensores públicos de menores que intervienen en procesos de desalojo en los que se da tal situación, colaboren en la rápida concreción de medidas efectivas de protección por vía de la búsqueda

“Kot Samuel S.R.L s/ recurso de hábeas corpus” (*Fallos* 241:291, rta. 5/9/1958); “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393” (*Fallos* 308:2268, rta. 27/11/1986) y “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo” (*Fallos* 332:111, rta. 24/2/2009), por mencionar algunos, son expresión clara de un encomiable activismo judicial.

da de soluciones alternativas al problema de vivienda que enfrenta el grupo familiar; dirigiendo los esfuerzos de su actividad a lograr una respuesta eficaz de los órganos del Estado.

Lejos estamos, no obstante, de contar con una buena coordinación entre órganos jurisdiccionales y de los poderes ejecutivos responsables del cumplimiento de las medidas que suelen ordenarse en procura de garantizar la tutela judicial efectiva de las personas involucradas en un proceso.

VI.2. Mejores soluciones son posibles

También es posible alcanzar soluciones mejores, superadoras, entendiendo por tales las que optimizan recursos y evitan los efectos negativos que para las personas más vulnerables puede tener la intervención del sistema de justicia. Así, entiendo que ocurrió en el caso “Castronuovo”¹⁹, en el que se logró que un pedido de desalojo de un conventillo del barrio de La Boca culminara con la compra del inmueble por una cooperativa de vivienda conformada por los vecinos que habitaban el lugar, quienes encararon luego una remodelación, con la colaboración de los equipos de docentes y alumnos del voluntariado de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Buenos Aires. Lo interesante del caso fue que para concretar esa adquisición se emplearon los mismos fondos que la Ciudad de Buenos Aires iba a destinar para que los distintos grupos familiares alcanzaran soluciones limitadas, transitorias. La organización de los recursos disponibles por medio de tiempo y el esfuerzo de diversos operadores del sistema de justicia, entre quienes trabajó intensamente la Defensora Pública de

Menores Ana González, permitió alcanzar una solución permanente, de esas que, con la energía que genera la sinergia, devuelven el brillo a las miradas de quienes lo habían perdido cuando se creyeron derrotados por las circunstancias de la vida.

VII. Conclusiones

Ninguna sociedad con pretensión de futuro puede soslayar la atención del desarrollo de sus chicos y éste no es posible si los niños, niñas y adolescentes no pueden contar con salud y educación adecuadas, para cuya satisfacción, como lo hemos expuesto en este trabajo, es necesario que cuenten con una vivienda estable, cuya concreción está determinada por una multiplicidad de variables.

Se trata de una cuestión de derechos humanos.

Nuestro sistema constitucional y el ordenamiento jurídico que de él se deriva prevén mecanismos para garantizar el derecho de acceso a vivienda adecuada para los chicos, aunque a menudo los operadores del derecho y del sistema de justicia soslayan tales circunstancias.

El Estado tiene la obligación constitucional de desarrollar políticas que garanticen de alguna forma razonable a los chicos vivienda adecuada, tanto en situaciones de emergencia como a mediano y largo plazo.

Ello debe ser exigido y debe ser garantizado. Se trata del futuro.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2002. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta.

Corti, Horacio. 2007. *Derecho Constitucional Presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Gelli, María Angélica. 2006. *Constitución*

19 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, “Castronuovo de Santandrea s.a. c/ Taccari Carlos Alberto y otros s/ejecución de alquileres”, Expte. N° 18141/1994, rta. 9/6/2014.

de la Nación Argentina, Comentada y Concordada. Buenos Aires: La Ley.

Grossman, Lucas Sebastián. 2007. “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”. En: *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 199-226. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Saba, Roberto. 2007. “(Des)igualdad estructural”. En *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 163-197. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Saba, Roberto. 2016. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.

Tedeschi, Sebastián, 2014. “El proyecto de Código Civil y la distribución de la riqueza”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 13 (1): 50-64

UNICEF. 2006. *Excluidos e invisibles, Estado Mundial de la Infancia*. Nueva York: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF.

Jurisprudencia internacional

Comité Europeo de Derechos Sociales, *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. Francia*, Petición 39/2006, 5 de diciembre de 2007.

Documentos de organismos internacionales

Comité DESC, Observación General N° 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, 6° período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 13 de diciembre de 1991.

Comité DESC, Observación General N° 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, 16° período de sesiones, U.N. Doc. E/1999/22, 1997.

Comité DESC, Observación General N° 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 34° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005.

Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptada por la Comisión de Derecho Internacional (ONU), U.N. Doc A/CONF.39/27, suscrita el 23 de mayo de 1969, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General (ONU), Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General, resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Badin, Ruben c/Provincia de Buenos Aires”, rta. 19/10/1995, *Fallos* 318:2002.

CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”, rta. 24/2/2009, *Fallos* 332:111.

CSJN, “Kot Samuel S.R.L s/ recurso de hábeas corpus”, rta. 5/9/1958, *Fallos* 241:291.

CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, rta. 24/4/2012, *Fallos* 335:452.

CSJN, “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”, rta. 27/11/1986, *Fallos* 308:2268.

CSJN, “Siri, Angel, s/ interpone recurso de hábeas corpus”, rta. 27/12/1957, *Fallos* 239:459.

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, rta. 28/9/2005, *Fallos* 328:1147.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, “Castronuovo de Santandrea s.a. c/ Taccari Carlos Alberto y otros s/ejecución de alquileres”, Expte. N° 18141/1994, rta. 9/6/2014.

SECCIÓN III

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

Estándares interamericanos y la especialidad del sistema de justicia penal para niños, niñas y adolescentes

Esmeralda E. Arosemena de Troitiño

Relatora sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ex magistrada del Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia de Panamá y de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

I. Introducción

Los niños, niñas y adolescentes (NNyA) de los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹ son sujetos plenos de derecho y titulares de todas las garantías procesales y penales inherentes a todo ser humano. Por su condición de persona en crecimiento y desarrollo, se les asegura una protección de manera especialmente reforzada. Así se consagra en muchas de las constituciones de los Estados de la región y en instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se establecen derechos y garantías a su favor durante todo el proceso penal juvenil, igualmente reconocidos en las leyes penales y procesales de la jurisdicción ordinaria.

Estos derechos, principios y garantías penales y procesales, fundamentales en los sistemas de corte acusatorio, son de obligatorio cumplimiento para los Estados parte de la CDN en la justicia penal para la adolescencia. Deben ser reconocidos, respetados y aplicados en cada etapa del proceso por parte de

¹ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

todas las autoridades, los sujetos procesales y los demás intervinientes que participen en la investigación preliminar, la fase de investigación, la etapa intermedia, durante el juicio y en la fase de cumplimiento de la sanción, si a ello hubiere lugar.

Para asegurar el respeto y acatamiento de estos derechos a través de un debido proceso, todos los actores están obligados a su cumplimiento. Deben destacarse tanto la actuación activa y eficaz de la defensora o defensor de adolescentes, como el derecho de defensa material y de defensa técnica en forma continua, desde el primer acto de investigación hasta la ejecución de la sanción, si fuera impuesta.

El Estado, en el ejercicio del poder punitivo para el caso de NNyA, no solo debe observar de manera estricta las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino, además, tomar en especial consideración la situación diferenciada en la que se encuentran los NNyA y sus necesidades especiales de protección, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Para la consecución de los objetivos de la justicia penal juvenil (JPJ), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la visión integral del *corpus iuris* de protección de derechos humanos², subraya como fundamental que los Estados tomen en consideración el principio del interés superior del niño (ISN) antes de regular el sistema de justicia juvenil o al aplicar penas o sanciones frente a la comisión de actos violatorios de la ley penal. En caso de judicializar la atención de las causas, los Estados también deben asegurar que todos sus esfuerzos estén dirigidos a garantizar la educación de NNyA como derecho. Esto a fin de promover su sentido de valor y dignidad, permitir

su efectiva inserción social, comunitaria y familiar, y que puedan cumplir un papel constructivo en ella³.

Se trata de un enfoque centrado en la prevención y no en la represión, que demanda una estrategia orientada a la inserción para la vida en sociedad con un abordaje socio-educativo en todas las instancias del proceso, ofreciendo oportunidades reales y efectivas para la formación y el desarrollo de todas las capacidades y potencialidades en busca de construir una ciudadanía responsable y productiva.

La CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Como tal, la CIDH atiende especiales temas a través de las Relatorías Temáticas para el estudio, monitoreo y seguimiento de la situación de los derechos humanos en la región. Así, la Relatoría temática sobre los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, creada en 1998 y que hoy me honro presidir, ha desarrollado una importante cantidad de informes temáticos en los cuales se han establecido estándares interamericanos en materia de derechos humanos para esta población.

En el campo de la justicia penal para la adolescencia se cuenta con un informe publicado en 2011, bajo el título *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, en el que se establecen estándares y recomendaciones a los Estados para atender de manera especial y reforzada los derechos humanos de NNyA que entran en contacto con la ley penal, según lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴ y la Declaración Americana de los derechos y deberes del

2 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A. No 17.

3 Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 29 y 40.

4 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

hombre, en conjunto con todo el *corpus iuris* internacional, reconociendo los principios fundamentales aplicables a esta materia.

A continuación, identificaré dentro de los principios y garantías del sistema de JPJ, algunos de los estándares interamericanos establecidos por la CIDH en el citado informe temático:

II. Los principios y garantías del sistema penal juvenil

II.1. Principios generales

II.1.1. Principio de legalidad en la justicia juvenil

Para aplicar el sistema de JPJ, se requiere que un NNyA (comprendido entre la edad mínima para infringir las leyes penales y los 18 años) incurra en una conducta previamente tipificada y sancionada por una norma penal.

Someter a un NNyA a la JPJ o privarlos de la libertad por enfrentar problemáticas estructurales, sociales o económicas, de pobreza o exclusión, no es acorde con un fin legítimo, ni razonable. Incluso, si el Estado, bajo la apariencia de legalidad, promulga una legislación que otorga discrecionalidad a las correspondientes autoridades, su aplicación se torna arbitraria o discriminatoria hacia estos NNyA, respecto a otros.

II.1.2. Principio de excepcionalidad

Este principio obliga a los Estados a que la detención, encarcelamiento o prisión de un NNyA se imponga sólo como medida de último recurso (artículo 37.b de la CDN). Este principio implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o sanción, como la excepcionalidad para aplicar el sistema de JPJ o la judicialización del asunto.

Son evidentes las consecuencias adversas, de someter a una persona a la justicia por infringir las leyes penales, las que se acentúan tratándose de NNyA por su condición de personas en desarrollo, razón suficiente para limitar el uso del sistema de JPJ, en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de la libertad.

Este principio tiene especial impacto en la regulación del plazo de prescripción de la acción, recomendando que, dentro del sistema de JPJ, sea más breve que la regulación en la justicia penal ordinaria respecto de las mismas conductas punibles, acorde con la excepcionalidad de la judicialización.

II.1.3. Principio de especialización

Dos normas relacionadas con este principio son los artículos 5.5 de la CADH y el 40.3 de la CDN, los cuales exigen que los NNyA acusados de infringir leyes penales sean sometidos a un sistema especializado de justicia. Y cuando son procesados, deben estar separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible.

Este principio se extiende a todo aquel que integra el sistema de justicia juvenil, incluyendo el personal auxiliar de los tribunales, los peritos, el personal encargado de la implementación o supervisión de las medidas alternativas a la privación de libertad.

II.1.4. Principio de igualdad y no discriminación

Los Estados deben modificar las políticas de “seguridad pública”, en especial al abordar lo relativo a NNyA, vinculados a “maras” o “pandillas” en tanto promueven medidas represivas y sancionadoras. Por el contrario, los Estados deben desarrollar políticas públicas en materia de derechos humanos de la ni-

ñez, desde una perspectiva de respeto de los principios generales de “protección integral, especial y reforzada” del “interés superior del niño” y de “la seguridad humana”.

II.1.5. Principio de no regresividad

Los progresos alcanzados en la protección de los derechos humanos son irreversibles, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección, pero no restringirlo. Importante es señalar que las obligaciones de los Estados frente a NNyA, según el artículo 27.2 de la CADH, no están sujetas a suspensión bajo circunstancia alguna.

II.2. Las garantías del debido proceso aplicables a la JPJ

Los mecanismos de efectividad para el debido proceso se le deben asegurar a todos los NNyA, para la defensa y vigencia de todas las garantías procesales y penales como sujetos de derechos, junto a determinadas garantías específicas en cualquier proceso que pueda afectar su libertad u otro derecho, incluyendo procedimientos administrativos.

II.2.1. Juez natural

Atendiendo el principio de especialidad en la JPJ, todos los procesos en los que estén involucradas personas con menos de 18 años deben ser conocidos por **un juez especializado** en la materia como parte del derecho de toda persona a ser juzgada por un órgano judicial competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

II.2.2. Presunción de inocencia

Es obligación de los Estados garantizar que todo NNyA acusado de haber infringido una ley penal se le presuma **inocente** y no sea

sometido a medidas de “protección”, a menos que se haya establecido su responsabilidad en el marco de un proceso de aplicación de la JPJ.

II.2.3. Derecho de defensa

Los Estados deben asegurar el derecho a la defensa de NNyA sometidos a procesos ante la JPJ, prever su participación en los procedimientos, asegurar disponibilidad del servicio de defensa pública especializada en todo el territorio, con estándares de calidad del servicio. Adicionalmente, para asegurar la calidad de la defensa es preciso adoptar modelos de supervisión de las prácticas profesionales, permitiendo a NNyA, sus padres o representantes, presentar quejas acerca de la asistencia legal recibida.

II.2.4. Principio de contradicción

Para la efectividad de este principio, los Estados deben asegurar que su sistema de JPJ permita la intervención del NNyA acusado, por sí mismo o por intermedio de sus representantes, la aportación de pruebas, el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros⁵.

II.2.5. Derecho a ser oído y a participar del proceso

La CIDH y el Comité de los Derechos del Niño señalan como prerrequisito para ejercer el derecho a participar en el proceso que los NNyA cuenten con información sobre su situación. Para garantizar una participación efectiva en el procedimiento deben ser informados de los cargos, sobre el propio proceso en la JPJ y de las medidas que se pueden adoptar. Debe comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y penas, que sus repre-

5 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

sentantes legales puedan impugnar testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a pruebas, testimonios y medidas que se impongan.

Las autoridades deben asegurar estos derechos, en especial, que cuenten con abogado defensor desde el primer momento, para estar bien informados, explicarles las consecuencias de ingresar al sistema de justicia juvenil en un lenguaje adecuado para su edad. A su vez, esto incluye la designación de personal o intérpretes que se comuniquen en el idioma de los NNyA, particularmente niños indígenas o provenientes de otras culturas, o que esté entrenado para trabajar con NNyA con capacidades especiales.

II.2.6. Participación de los padres o responsables en el proceso

Cuando un NNyA es sometido al sistema de JPJ es necesario notificar a los familiares o responsables. Se ha señalado que: “[...] la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el NNA, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada”⁶.

II.2.7. Publicidad y respeto a la vida privada

El principio de publicidad del proceso, establecido en el artículo 8.5 de la CADH, tiene limitaciones especiales en la JPJ, donde debe prevalecer la confidencialidad de los expedientes penales y la prohibición de difundir cualquier información que permita identificar a NNyA acusados de infringir leyes penales. En el marco de los procesos penales juveniles se debe garantizar en todo momento

el respeto a su vida privada. Así lo establecen también las Reglas de Beijing⁷ 8.1 y 21.1 y la regla 3.12 de las Reglas de Tokio⁸.

II.2.8. Duración del proceso

La importancia de la razonabilidad del plazo en los procesos ante el sistema de JPJ no se limita a casos de privación de libertad al NNyA acusado, puesto que, independientemente de la prisión preventiva, la duración del proceso afecta otros derechos humanos del NNyA. En razón de la edad de los NNyA sometidos a esta justicia especializada, las decisiones deben ser tomadas en forma rápida, sin que ello implique negar las garantías del debido proceso.

II.2.9. Doble instancia y derecho al recurso

En todos los casos, el derecho al recurso debe garantizar un nuevo examen integral de toda la decisión recurrida, lo que implica que este recurso debe incluir la posibilidad de impugnar la adopción de medidas cautelares y de sanciones, así como toda resolución judicial relevante.

II.2.10. Non bis in ídem y cosa juzgada

Este principio cobra relevancia en la JPJ, tomando en cuenta que el sistema contempla medidas alternativas a la judicialización o a la privación de la libertad y que, una vez aplicadas, como sostiene el Comité de los Derechos del Niño, implica el cierre definitivo del caso, sin equipar la decisión a una condena. Si el caso es cerrado atendiendo estas formas, es necesario

⁶ Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 130.

⁷ ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

⁸ ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

que los Estados cuenten con registros administrativos, en el primer caso, o de antecedentes ante la justicia juvenil; en el segundo caso, con la información confidencial de los NNyA sujetos a dichas medidas, a fin de evitar que autoridades del sistema JPJ procesen e, incluso, los condenen nuevamente por los mismos hechos. Para los delitos continuados cometidos por NNyA, se recomienda a los Estados tomar en consideración este principio, al valorar hechos sancionados por la justicia juvenil mientras el NNyA era menor de edad a efectos de no volver a responsabilizar a la persona penalmente por los mismos hechos ante la justicia penal ordinaria.

II.3. Medidas cautelares durante los procedimientos judiciales

El principio de la privación de la libertad como último recurso en la JPJ es especialmente importante durante la etapa previa al proceso, puesto que debe presumirse la inocencia del NNyA, como un derecho humano protegido, hasta que se haya demostrado lo contrario.

No obstante este principio, la medida cautelar privativa de libertad es la que se utiliza con mayor frecuencia. Al respecto, hay que tener en cuenta que son medidas privativas de libertad todas las formas de detención, institucionalización o custodia mediante las cuales se encierra en instituciones públicas o privadas a los NNyA acusados de infringir leyes penales, disponiendo de su libertad ambulatoria mientras dura el proceso en su contra.

Para ser legítimas, las medidas cautelares privativas de la libertad deben cumplir con exigencias procesales y principios mínimos aplicables para todas las personas privadas de su libertad sin que exista una sentencia de por medio.

II.3.1. Excepcionalidad de la prisión preventiva

El carácter excepcional de la prisión pre-

ventiva en el caso de personas menores de edad se encuentra reconocido en múltiples normas internacionales, incluyendo el artículo 37.b. de la CDN, la regla 13 de las Reglas de Beijing, la regla 6 de las Reglas de Tokio y la regla 17 de las Reglas de La Habana⁹.

II.3.2. Duración de la prisión preventiva

El artículo 7.5 de la CADH establece que toda persona que haya sido detenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Al respecto, la CIDH ha advertido que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo a la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.

II.3.3. Revisión periódica de la prisión preventiva

Si la persona es sometida a una medida de prisión preventiva, los Estados están obligados a asegurar el carácter temporal de la medida, estableciendo un mecanismo de revisión periódica que permita resolver su cese o sustitución, cuando se constate un cambio de circunstancias que incida en los fundamentos por los que fue establecida.

II.4. Principios para la aplicación de sanciones en la JPJ

A fin de cumplir con el principio de excepcionalidad, que impone restringir la libertad del NNyA, como medida de último recurso, los Estados tienen la obligación de establecer

⁹ ONU. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* (Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

alternativas a la privación de la libertad como sanción al ser declarados culpables de infringir leyes penales. Obligación claramente prevista en el artículo 40.4 de la CDN.

En caso de aplicar medidas que representen alguna forma de justicia restitutiva, para la compensación a las víctimas por el daño causado, aunque dicha compensación sea simbólica, es necesario que no implique la violación a otros derechos o exponerlos a formas de vulnerabilidad.

La utilización de medidas privativas de libertad debe decidirse luego de que se haya demostrado y fundamentado la inconveniencia de utilizar medidas no privativas de libertad y luego de un cuidadoso estudio, tomando en consideración los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, entre otros aspectos relevantes.

II.5. Límites a la sanción privativa de la libertad

Para ser legítima, toda sanción privativa de la libertad que se aplique a NNyA responsable de infringir una ley penal debe cumplir con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, debe ser aplicada durante el plazo más breve posible y debe garantizar a NNyA privados de su libertad de todos sus derechos y protecciones acordes a su edad, sexo y características individuales.

II.5.1. Excepcionalidad de la sanción privativa de la libertad

Así establecida en el artículo 37.b de la CDN, la privación de libertad es excepcional y se llevará a cabo de conformidad con la ley, se utilizará como último recurso y durante el período más breve que proceda.

Es imperativo considerar que constituye la *ultima ratio*, y es necesario dar preferencia a medidas de otra naturaleza, sin recurrir al

sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado. Más aún, entre las distintas sanciones privativas de libertad, debe elegirse aquella que respete el principio de mínima intervención.

II.5.2. Proporcionalidad de la sanción privativa de la libertad

La normativa internacional aplicable exige que la respuesta frente a NNyA responsables de infringir las leyes penales respete el principio de proporcionalidad de la pena. Proporcionalidad entre la gravedad del hecho cometido y la reacción punitiva que éste suscita. Conforme el artículo 40.4 de la CDN, la proporcionalidad de la pena se relaciona con las circunstancias del NNA y la infracción.

II.5.3. Duración de la sanción privativa de la libertad

Cuando un Estado, en estricto respeto de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, decida imponer a un NNyA una medida de privación de libertad por haber infringido una ley penal, debe además asegurar que esa medida tenga un plazo máximo de duración, el que deberá ser razonablemente breve.

La CIDH reitera que las penas excesivamente largas en el caso de personas menores de edad atentan contra el principio de brevedad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y contra las protecciones especiales a las cuales los Estados se encuentran comprometidos de conformidad con el artículo 19 de la CADH.

II.5.4. Revisión periódica de la sanción privativa de la libertad

La privación de la libertad como medida de último recurso y durante el período más breve posible exige que los Estados implementen

mecanismos de revisión periódica de estas medidas. Si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados ponerlos en libertad aun cuando no hayan cumplido el período previsto para cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada.

II.5.5. Contacto con la familia y la comunidad

El contacto con su familia, amigos y comunidad es especialmente relevante al momento de garantizar la integración social, familiar y comunitaria de los NNyA que han sido privados de su libertad, por ello en la ejecución de las medidas privativas de libertad se debe respetar su derecho a permanecer en contacto con su familia, comunidad y amigos.

III. Consideración finales

La reseña de estos principios nos advierte sobre la necesidad de realizar un enfoque diferenciado al trabajar con NNyA en conflicto con la ley penal. En el cumplimiento de los objetivos de la especialidad de la JPI, un principio central en el derecho internacional de los Derechos Humanos se dirige a procurar que las penas que suponen restricciones de los derechos fundamentales de NNyA, se limiten únicamente a las infracciones más severas, de forma que se considere la pena privativa de la libertad como *ultima ratio* o que se tienda a su abolición.

Teniendo en cuenta que una de las metas del sistema de justicia juvenil es la integración de los NNyA a su familia y su comunidad, los Estados deben establecer programas y servicios para alcanzarla, de modo que puedan reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo.

Para concluir es importante señalar que toda política pública destinada a trabajar pre-

ventivamente con adolescentes en contacto con la ley penal debe abordar las causas primarias que colocan a NNyA en factores de alta vulnerabilidad. Es necesario un abordaje articulado entre el fortalecimiento de las políticas públicas y sociales, y la vigencia efectiva de un sistema de garantías para la protección integral de los derechos desde el enfoque de la prevención, promoviendo la inclusión, la igualdad de oportunidades en el acceso a todos los derechos económicos, sociales, civiles y políticos.

Bibliografía

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A. No 17.

Documentos de organismos internacionales

CIDH. *Justicia juvenil y Derechos humanos en las Américas*, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 de julio de 2011.

CIDH. *Violencia Niñez y Crimen Organizado*, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15, 11 de noviembre de 2015.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, CRC/C/ GC/10, 25 de abril de 2007.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser*

escuchado, 51º período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

ONU. *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

ONU. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, aprobadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

ONU. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

ONU. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana)*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

Sistema penal juvenil y políticas de prevención

Jaime Couso

Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales.

I. Introducción

Hace casi 10 años fui invitado a exponer a Buenos Aires sobre el tema que sirve de título a este trabajo, en un seminario organizado por la Defensoría General de la Nación, entre otras instituciones¹. Por eso, la invitación que ahora recibí para escribir sobre este sistema penal juvenil y políticas de prevención es una oportunidad para revisar la vigencia de las tesis que postulé en esa ocasión (Couso 2011).

El abordaje que propuse entonces, y que me parece, en lo esencial, plenamente vigente, consistió en reformular la pregunta acerca de qué puede y debe hacer el sistema penal juvenil por la prevención delictual de la siguiente manera: ¿qué puede y debe hacer, y qué puede y debe evitar hacer la justicia penal juvenil, por la prevención delictual? Pues hay bastantes indicios de que es más significativo lo que la justicia penal juvenil puede y debe evitar hacer en contra de la prevención delictual, que lo que podemos

¹ Seminario Internacional sobre Sistema Penal Juvenil, organizado por Unicef Argentina, la Defensoría General de la Nación de Argentina y la Secretaría Nacional de Niñas, Adolescencia y Familia (SENNAF), y celebrado en Buenos Aires, Argentina, el 26 y 27 de noviembre de 2009.

esperar que ella efectivamente haga a su favor. De hecho, cuando se ha intentado hacer un balance a nivel global de los más de cien años de existencia de una jurisdicción separada para menores de edad infractores, el principal (acaso, el único) rasgo positivo que se le reconoce –y que los sistemas penales juveniles, en mayor o menor medida, han procurado preservar – son sus “virtudes pasivas” (Zimring y Langer 2015, 389); es decir, no su promesa de “rehabilitar” a niños y adolescentes por medio de instituciones correccionales especiales, sino su relativa capacidad para evitar la intervención penal².

Voy a explicar esta tesis y voy a intentar justificarla. Para ello formularé unas pocas hipótesis fácticas (acerca de qué sucede en la realidad con la justicia juvenil y la prevención), que pueden o no corresponder con la realidad, dependiendo del país en el que estemos. Se trata, en general, de hipótesis que forman parte, por así decirlo, de un cierto “sentido común internacional” sobre la relación entre justicia juvenil y prevención delictual.

¿En qué sentido?

En el sentido de que algunas de ellas están explícitamente tenidas en cuenta como fundamento de las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a la materia. En efecto, las Reglas de Beijing³, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁴, las Directrices de las Naciones Uni-

das para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)⁵, se basan todas, en buena medida, en unos determinados supuestos empíricos acerca de cómo es la delincuencia juvenil, cuáles son sus causas y qué efectos tienen sobre ella las medidas que tradicionalmente se implementan por la justicia juvenil.

Por esto, y reconociendo cierta autoridad técnica a estos instrumentos internacionales, considero que algunas de estas hipótesis fácticas las podemos tomar, por lo menos *prima facie*, como verdaderas hasta que no nos conste lo contrario en cada uno de nuestros países; lo que por supuesto podría ser el caso (el “sentido común internacional” podría estar equivocado, en general, o bien podría estar en lo correcto sólo para ciertas sociedades y no para otras). Ello no nos exime de la responsabilidad de fundar nuestras políticas de prevención delictual en conocimientos bien respaldados, y actualizados, sobre la delincuencia juvenil y sobre el efecto que sobre ella tienen las formas de intervención de la justicia penal juvenil. Pero, dado lo fragmentario de esa información, no parece la peor de las fuentes recurrir a este “sentido común internacional”, basado también en ciertos planteamientos de la criminología teórica y empírica sobre cuáles son las consecuencias que, en general, han tenido esas medidas.

II. Hipótesis acerca de la relación entre justicia penal juvenil y prevención delictual, y consecuencias político criminales

A continuación expondré, entonces, esas

2 Si bien ello muchas veces ocurrió al costo de criminalizar la marginalidad social, en la medida que la capacidad y voluntad de los tribunales tutelares de apartar a los niños del control penal fue mucho menor respecto de los más marginales, asignando a las condiciones del sujeto y de su entorno un papel decisivo en la selección de quienes no se beneficiarían de esas virtudes pasivas.

3 ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

4 ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la*

protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

5 ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General, Resolución N° 45/112, 14 de diciembre de 1990.

hipótesis fácticas compartidas por el “sentido común internacional” que inspira a los instrumentos internacionales vigentes en la materia. Además indicaré, muy brevemente, las consecuencias político-criminales que se desprenden de esas hipótesis.

La **primera hipótesis** fáctica sostiene que una prevención eficaz debe ser integral y extrapenal. Una prevención eficaz de la delincuencia juvenil debe ser integral, en el sentido de abarcar todas las áreas relevantes de la vida de un adolescente, de su familia y de su entorno social; y extrapenal, en el sentido de proyectarse más allá de las posibilidades del sistema penal, alcanzando la política social – asociada a la política económica– en particular, la educación, la salud, la protección social de la familia y otras políticas de infancia y juventud. Esa hipótesis está recogida especialmente en los principios 2, 5 y 9 de las Directrices de Riad. Varios años después, el Comité de los Derechos del Niño de NU, al formular la Observación General N° 10, sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*, asumió completamente esta hipótesis⁶.

La consecuencia político criminal que se desprende de esa hipótesis es que no se debe esperar que la justicia juvenil, por sí sola, haga una aportación muy significativa a la prevención delictual –objetivo que depende más de esas otras políticas públicas– y tampoco se puede evaluar a la justicia juvenil únicamente (ni siquiera, principalmente) por la evolución que experimente en la sociedad la delincuencia juvenil –evolución que refleja más bien fallas o aciertos en aquellas otras políticas–.

La **segunda hipótesis** afirma que la mayor parte de la criminalidad juvenil tiene un carácter episódico, se corresponde con una etapa de

la vida y –como corolario de ello– remite espontáneamente con el paso del tiempo, sin necesidad de una intervención formal e institucional de parte del Estado o de los organismos que colaboran con él. Ambas afirmaciones son parte de los supuestos de las Directrices de Riad, en particular del principio 5, letra e.

De esas dos suposiciones se puede desprender, como consecuencia político criminal, que la mayor parte de la delincuencia juvenil (o de “adolescentes”, es decir, de los catorce a los dieciocho años) y de la delincuencia de niños, al ser episódica y remitir espontáneamente, no necesita de una intervención del sistema penal para ser prevenida. Ello justifica, según ha insistido el Comité de Derechos del Niño de UN⁷, un amplio recurso a la remisión de casos, prescindiendo de la intervención de la justicia juvenil y, en caso necesario, reorientando el asunto a los servicios sociales.

Una **tercera hipótesis** fáctica dice relación con que la primera intervención, o las primeras intervenciones penales formales de la justicia y la policía de las que es objeto un niño o adolescente, al sindicarlo públicamente como delincuente, producen un riesgo de estigmatización o de repetición de la experiencia delictual. Así lo entienden también las Directrices de Riad en el principio 5, letra f. Esta hipótesis tiene una cierta base en los conocimientos de la criminología, en particular en la teoría del interaccionismo simbólico, que explica que una el aprendizaje y la asunción de los roles delictuales en parte tienen su origen en el etiquetamiento de un niño como un delincuente. El Comité de Derechos del Niño de UN también ha asumido que este efecto estigmatizante es un riesgo serio de las primeras intervenciones de la justicia juvenil⁸. La hipótesis cuenta con algún res-

6 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 18.

7 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño...*, párr. 24.

8 Comité de los Derechos del Niño, Observación Gene-

paldo empírico que correlaciona directamente las experiencias de detención en la fase de la adolescencia con una mayor probabilidad de conductas delictuales en la adultez (Kalb y Williams 2002, 16). Estudios más recientes han aportado nueva evidencia a esta hipótesis, asociando tal efecto estigmatizante y criminógeno no sólo a la intervención formal de la justicia, sino también a otras formas de control social, como la colocación residencial en instituciones de protección de la niñez (Boyd y Small 2015; Baidawi, Mendes y Snow 2014) y aún aquellos programas preventivos de base comunitaria que dirigen su acción sobre sujetos seleccionados por su perfil pre-delictual (Hinton 2015, 813-814).

La consecuencia político-criminal de esta hipótesis fáctica es la siguiente: una intervención formal de la justicia no sólo es innecesaria sino, además, contraindicada: no sólo es superflua, sino que es, derechamente, contraproducente.

La **cuarta hipótesis** fáctica sostiene que la internación, particularmente aquella que se cumple en régimen cerrado, desocializa y es criminógena. Esta hipótesis, probablemente, ya está más instalada en el “sentido común internacional”. Las Reglas de Beijing, en el comentario a la Regla número 19, se refieren claramente al efecto criminógeno y perjudicial del encierro. Por su parte, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, dan cuenta, en su Regla número 3, de los perjuicios que produce la privación de libertad en la integración social de los niños.

Aunque las estadísticas de reincidencia suelen subrepresentar el fenómeno –pues no captan la “cifra oscura”, o porque consideran períodos de seguimiento muy bajos–, registros relativamente recientes, de diversos países, dan cuenta de que el porcentaje de adolescentes que reincide tras egresar de una sanción

privativa de libertad no baja del 65 por ciento –así, en Chile⁹, alcanzando tasas más altas aún cuando el período de seguimiento es mayor: 69,5 por ciento en España (Bravo, Sierra y Valle 2009) y hasta 80 u 85 por ciento en Alemania (Eisenberg 2017, § 17 nm 15-16).

Una consecuencia político criminal obvia que se desprende de esta hipótesis es que la privación de libertad debe ser el último recurso y por el tiempo más breve posible. Así es como, justamente, lo han formulado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁰ y otros instrumentos internacionales.

Una **quinta hipótesis** fáctica es que los delitos graves (homicidios, violaciones, robos violentos) generan una necesidad preventivo general de sanciones visibles, necesidad que la sociedad manifiesta de forma tan enérgica, que el legislador generalmente se hace cargo de ella permitiendo (en ciertos casos, incluso, prescribiendo) el uso de la cárcel. Y esta medida es adoptada por los legisladores, a pesar de que –como lo sostiene la cuarta hipótesis– la cárcel produce más delincuencia.

Esa hipótesis, que es más bien de “sentido común” propiamente tal –y no de lo que he llamado “sentido común internacional”– refuerza y especifica la consecuencia político criminal apuntada en el punto anterior: la cárcel debe reservarse para casos límite (último recurso) y, esos casos límite se deben caracterizar fundamentalmente por la gravedad del delito cometido (y no por la necesidad de “tratamiento” del infractor). Es decir, el fundamento específico para el uso de la cárcel debe ser la gravedad del delito y no la nece-

9 Tal es el caso en Chile; ver Servicio Nacional de Menores del Ministerio de Justicia de Chile 2015. *Reincidencia de jóvenes infractores de ley RPA. Estudio 2015*. Consultado el 6/6/2018. http://www.sename.cl/wsename/images/IFR_2015v2.pdf

10 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

ral N° 10 (2007), *Los derechos del niño...*, párr. 25.

sidad de reinserción social, rehabilitación o como queramos llamarle. Esto pareciera ser una consecuencia obvia derivada del perjudicial efecto de la cárcel desde el punto de vista preventivo especial positivo. Es por esto que el único fundamento comprensible para enviar un adolescente a la cárcel es el serio conflicto que surge cuando comete un delito grave. Ello se puede formular en términos de teoría penal de distintas formas: necesidad de prevención general, positiva y negativa, o, para algunos, derechamente, justa retribución. Pero, teniendo en cuenta la cuarta hipótesis, es claro que el recurso a la cárcel no se podría justificar desde el punto de vista de la necesidad de entregar al adolescente a un tratamiento rehabilitador o apoyo para su inserción social.

Una **sexta hipótesis** es que el empleo del encarcelamiento de los adolescentes como instrumento de prevención especial *negativa* –para su “incapacitación” o “inocuidación”– es contraproducente para la prevención delictual. Esa hipótesis se desprende de la relación entre la cuarta hipótesis y un dato empírico, conocido en algunos países, y que habría que examinar si acaso también es efectivo en los nuestros: la duración de la privación de libertad promedio de los adolescentes es corta. Así, por ejemplo, en Estados Unidos de América la duración promedio de la estadía de un adolescente en privación de libertad es 8,4 meses (González 2017, 76). Y esto ocurre en un país cuyas leyes de justicia juvenil¹¹, en algunos Estados, tienen penas de hasta veinte años de duración (muy por encima de los máximos de las leyes penales de adolescentes de América Latina). Este es un dato muy importante, que da cuenta de que la respuesta penal bajo

la forma de encarcelamiento, impuesta con finalidad de protección a la sociedad frente a la comisión de nuevos delitos, es una respuesta que, en promedio, mantiene “fuera de circulación” al sujeto por menos de nueve meses. Hasta donde pude indagar, no tenemos datos sobre la duración promedio en los países de América Latina; pero si el fenómeno descrito se da en un país cuyas penas máximas alcanzan a los veinte años, entonces es razonable suponer que en países con máximos legales más bajos, la duración promedio también es también muy baja. Las explicaciones se basan, seguramente, en que la mayoría de los delitos castigados con privación de libertad no son muy graves, y por ello, las condenas son mucho menores al máximo legal, además, las sanciones a veces son impuestas bajo la forma de penas mixtas (que combinan un tiempo de cárcel con un tiempo en libertad asistida) y muchas veces son sustituidas anticipadamente por sanciones en libertad. Todo ello hace que el tiempo efectivo de estadía en la cárcel sea, en promedio, bajo.

Si, además, se tiene en cuenta que ese tiempo que los jóvenes permanecen en promedio en la cárcel no es inocuo, sino que acarrea el peligro del inicio de carreras delictuales y de la producción de más delincuencia (cuarta hipótesis), entonces el empleo de la cárcel con la finalidad de “sacar a un adolescente de circulación” no se justifica. Esta finalidad, que no suele plantearse abiertamente como justificación del uso de la cárcel, parece ser más importante de lo que se suele admitir, en las decisiones del legislador y los fiscales (¿y de los jueces?) de recurrir al encarcelamiento. La reflexión parece ser la siguiente: “no sabemos si lo vamos a conseguir rehabilitar, no sabemos si esto va a intimidar a los futuros delincuentes, lo único que sabemos, de forma segura, es que mientras esté en la cárcel no va a cometer otros delitos”. Esa es la llamada función de “incapacitación” (o

¹¹ Es decir, las que se aplican especialmente a los menores de edad. No se tiene en cuenta, en cambio, las penas que se les impone en el caso de las waiver laws, que permiten condenarlos como adultos, con penas de adultos (presidio perpetuo y, hasta hace unos años, pena de muerte).

“inocuidación”) que se entiende como una de las manifestaciones de la finalidad penal de prevención especial negativa¹².

Pero la expectativa de un efecto preventivo de esta estrategia no se justifica, ya por razones puramente empíricas, pues es contraproducente utilizar el sistema carcelario para sacar de circulación a los adolescentes que cometen delitos, de manera que la sociedad no esté expuesta a los “delincuentes” por períodos que en promedio no pasarán de 9 meses, con el costo de favorecer el paso por la cárcel para un grupo importante de la población infantojuvenil, con las consecuencias criminógenas ya señaladas.

Además, hay razones normativas, no utilitarias, para oponerse a un sistema que justifica el uso de la cárcel exclusivamente para sacar de circulación al condenado. Los adolescentes tienen derecho a que el objetivo fundamental de la intervención penal sea darle más oportunidades para una vida futura sin delitos, integrados a la sociedad, y a no ser utilizados simplemente como un sujeto peligroso, que hay que neutralizar a través de su encierro, para que “mientras tanto” no cometan delitos. Por lo demás, la propuesta de prevenir la delincuencia sacando de circulación a los delincuentes ignora que también ellos mismos son víctimas de delitos al interior de las cárceles, cometidos por otros jóvenes internos (y, no pocas veces, por la administración penitenciaria), ignorancia que oculta, probablemente, una cierta desvaloración de los propios adolescentes como víctimas “legítimas”.

La consecuencia político-criminal que se deriva de todo ello es que no se puede justificar el recurso al encierro por supuestas necesidades de prevención especial negativa de inocuidación, sino sólo –y con muchas pre-

venciones y límites, como el que se desprende de la siguiente hipótesis– por la necesidad preventivo-general (o retributiva) de pena que crea la comisión de delitos muy graves por parte de los adolescentes.

Una **séptima hipótesis** empírica es que el acceso progresivo y acompañado del adolescente encarcelado a espacios y situaciones de vida en libertad, disminuye la probabilidad de futuras reincidencias. Es decir, una vez que ya estamos en presencia de un caso de encarcelamiento, y ante la pregunta de qué puede hacer o dejar de hacerse por parte del sistema penal juvenil para la prevención delictual, esta hipótesis fáctica sostiene que no da lo mismo cuánto tiempo dure el encarcelamiento ni cómo y en qué condiciones se sale de la cárcel. Por el contrario, puede esperarse un efecto de disminución del riesgo de futura reincidencia si el adolescente tempranamente accede, a través de beneficios penitenciarios, a salidas acompañadas al mundo exterior y a la sustitución de su sanción privativa de libertad por una que inicie en ese momento un trabajo de acompañamiento y guía en el exterior. Esta hipótesis tiene sustento en la Regla 59 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, conforme a la cual el contacto con el exterior, incluso las salidas al exterior, “es indispensable para preparar la reinserción de los menores en la sociedad”.

Por esto, la consecuencia político criminal que se desprende de lo anterior es que una parte fundamental del sistema de ejecución de sanciones penales juveniles es la existencia de oportunidades, mucho más amplias que las que ofrece el sistema penal a los mayores de edad, para sustituciones tempranas, revisiones del resto de condena y acceso a beneficios penitenciarios. Esta propuesta está formulada tanto en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 2, 59 y 79, como en

12 Que fue formulada ya a fines del siglo XIX por la Escuela Moderna y que en el caso del derecho penal juvenil también tuvo una cierta expresión, por ejemplo, en Alemania, con la pena basada en las “tendencias nocivas” (*schädliche Neigungen*) del adolescente.

las Reglas de Beijing, regla 28 y 29, particularmente en el comentario a la regla 28 y 29. El mismo principio parece haber inspirado al Tribunal Constitucional Federal alemán, cuando en 2006¹³ declaró que entre el fin de integrar socialmente al adolescente y el fin de proteger a la sociedad de futuros delitos no hay una situación de igualdad, sino de subordinación, de manera que, siendo por cierto legítimo e importante proteger a la sociedad de la comisión de futuros delitos, ese fin sólo puede ser alcanzado legítimamente a través de la integración social del adolescente, prioridad que debe tenerse en cuenta fundamentalmente a la hora de decidir cuántos riesgos deben asumirse con adolescentes que ya están encarcelados ofreciéndoles de forma temprana salidas al exterior y sustituciones de pena acompañadas para generar mejores oportunidades, puesto que sin ellas resulta irreal la idea de reintegración social (Goerdeler y Pollähne 2007).

Una **octava hipótesis** empírica consiste en que las alternativas consistentes en la imposición de medidas o sanciones en el medio libre orientadas a insertar socialmente al infractor, o en la conciliación y reparación a la víctima, encuentran mayor respaldo en la población tratándose de infractores niños y adolescentes que cuando se trata de infractores penales adultos. Esta es una hipótesis que en una oportunidad se puso a prueba en una encuesta nacional realizada en Chile¹⁴, poco antes de la aprobación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (vigente desde 2007). En esa encuesta se aprecia una diferencia significativa en la opinión de las personas encuestadas acerca de si la cárcel

es o no la mejor forma de castigar un delito, según si la pregunta se refiere a un adulto o a un menor de edad (53 por ciento versus 34 por ciento para la respuesta “Sí”, respectivamente); y también llama la atención que un 61 por ciento de los encuestados manifestaba que estaría dispuesto a “encontrarse con un joven delincuente para acordar una forma de reparación”¹⁵. Ello confirma intuiciones de la doctrina penal acerca de la menor necesidad de castigo como forma de brindar “seguridad normativa” frente al delito, cuando la expectativa de un efecto “resocializador” ofrece suficiente “seguridad cognitiva” (Jakobs 1995, Ap. 1 nm 13c); así como acerca de la eficacia preventivo general de la conciliación y reparación agresor-víctima (Roxin 1997, § 3 nm 64).

La consecuencia político criminal es que debe darse amplia cabida a estas formas alternativas de resolver los conflictos penales de adolescentes, especialmente si ello no choca con necesidades preventivo-generales (o retributivas) de pena que no pueden ser resueltas sin un proceso penal y, en su caso, sanción penal.

En relación con lo anterior, quisiera plantear una **novena hipótesis** empírica que, en este caso, tomo de John Braithwaite (2006), uno de los líderes intelectuales del movimiento por la justicia restaurativa. La hipótesis, apoyada en una serie de investigaciones comparadas mediante meta-análisis (Latimer, Dowden y Muise 2005), se expresa en la siguiente afirmación: en relación con una medida orientada a que el adolescente que comete delitos de forma reiterada supere las dificultades que condicionan su comportamiento delictual, la posibilidad de que el adolescente se comprometa con y cumpla efectivamente la medida

13 Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), 116, 69, 31 de mayo de 2006.

14 Primera Encuesta Nacional de Opinión Pública, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales ICSO-UDP 2005. Consultado: 6 de junio de 2018. <http://encuesta.udp.cl/publicaciones/>

15 Ciertamente es que ese tipo de encuesta, al aplicarse en abstracto y “en frío”, parece apelar más a una actitud racional de los encuestados, que no siempre se mantiene ante situaciones de alarma social frente a un caso concreto, que afecta personalmente al encuestado, que tal vez generaría respuestas más emocionales.

es aproximadamente un 30 por ciento mayor si esa medida fue asumida por él a través de lo que Braithwaite denomina “responsabilidad activa” –es decir, como parte de un compromiso asumido por el adolescente con la víctima como resultado del proceso de justicia restaurativa– que si esa misma medida, con el mismo contenido, es sólo expresión de “responsabilidad pasiva” –es decir, como una imposición obligatoria por parte del tribunal al condenar al adolescente-. La misma consecuencia cuenta con niveles de compromiso y de eficacia significativamente distintos cuando es el resultado de un proceso de justicia restaurativa.

Esto también resulta importante desde el punto de vista de la política criminal, ya que plantea la necesidad de experimentar, precisamente, con modelos de justicia restaurativa y no sólo, ni principalmente en los casos menos graves, sino incluso (y especialmente) en los casos de complejos conflictos interpersonales, que son los que mejor aprovechan el potencial de esta forma de resolución de tales conflictos (Masters 2002).

Una última, la **décima hipótesis** empírica indica que los programas orientados a reducir la reincidencia de adolescentes sólo alcanzan eficacia cuando se dirigen a infractores con alto riesgo de reiteración o reincidencia (*high risk offenders*), con estándares de implementación muy altos (profesionales de máxima competencia y formación, de diversas especialidades) y siempre que se basen en una filosofía terapéutica –como los programas de acompañamiento o de desarrollo de habilidades– y no, en cambio, si se basan en una lógica de control (Lipsey 2009, 143-145). Bajo esas tres condiciones, las investigaciones dan cuenta de una reducción de la reincidencia de hasta 20 puntos porcentuales; una cifra alentadora, me parece, pues si un programa puede asegurar que de cada cien personas que tienen problemas claros de multirreincidencia, hasta 20 de ellas van a dejar de reincidir gracias a su

paso por el programa, no es poco decir en un contexto en el que tenemos tan pocas certezas acerca de la eficacia de nuestros programas.

La consecuencia que uno puede sacar, político-criminalmente hablando, es que en materia de medidas o sanciones en el medio libre los esfuerzos deben focalizarse en unos pocos adolescentes –de alto riesgo– y concentrando en ellos (casi) todos los recursos, de modo de poder ofrecerles programas de alta calidad. Y si ha de cumplirse con una filosofía terapéutica, y no de control, esas medidas deben concebirse y organizarse preferentemente como parte de una oferta asociada a la “remisión” de la causa, y no como una sanción que es consecuencia de la declaración de responsabilidad penal del adolescente.

La evidencia aportada por Lipsey (2009, 137-138), en todo caso, no arroja diferencias significativas en el impacto en reducción de la reincidencia según la intensidad de la intervención en cuyo contexto se ejecuta el programa. Es decir, incluso si ello ocurre como parte de una sanción ambulatoria, o en un centro de internación, la ejecución de programas de alta calidad, con filosofía terapéutica y enfocados en infractores de alto riesgo, muestra resultados positivos, salvo por una menor eficacia relativa de los programas de acompañamiento cuando se ejecutan en situación de encierro, y una mayor eficacia de los programas de desarrollo de habilidades cuando son ejecutados en el medio comunitario y sin supervisión de la justicia (143). El desafío, entonces, para las sanciones formales que buscan un efecto de reducción de la reincidencia –como las de libertad asistida–, es desburocratizarlas para que en el marco de su ejecución sea posible ofrecer programas de alta calidad con filosofía terapéutica. Ello supone renunciar a plazos mínimos de duración fijados rígidamente, que son incompatibles con una intervención de alta calidad, pues los costos son insostenibles, y porque una vez cumplidos los objetivos

la sobre-intervención sólo produce riesgo de efectos contraproducentes; teniendo en cuenta, además, que prolongar su duración en atención a la mayor gravedad del delito es un poco absurdo, en la medida que ese tipo de sanción no tiene ninguna eficacia preventiva general y no satisface en absoluto a las víctimas (al menos no está destinada a ello). También es necesario superar la inercia hacia una intervención estandarizada e indiferenciada. Al parecer, se asume erróneamente que los adolescentes que cometen delitos tienen todos, más o menos, el mismo tipo de problemas (problemas escolares, de falta de inserción familiar, dificultades para acceso laboral, en medio de marginalidad social, etc.). Eso muchas veces no es así, y las medidas organizadas de esa forma estandarizada parecen responder más bien a la necesidad de contar con un programa estatal de respuestas no privativas de libertad, que cumple una función un poco simbólica, en el sentido de dar la señal de que respecto de los adolescentes que no vayan a la cárcel, algo positivo se va a hacer con sus vidas; y no responden, en cambio, a un diseño más diferenciado, atento a los factores criminógenos que influyeron en este adolescente y respecto de los cuales se necesita intervenir también de manera diferenciada, que es lo que se necesita.

III. Conclusión

Para terminar propongo la siguiente conclusión: para discutir a fondo sobre la relación entre sistema penal juvenil y prevención delictual tenemos que ponernos de acuerdo en cuáles son las asunciones fácticas fundamentales cuya veracidad o falsedad tenemos que contrastar. Es necesario investigar de manera seria cuál es la situación de nuestros países en relación con esas asunciones fácticas, de manera de extraer las consecuencias correctas en el ámbito de la política criminal. Creo, de todas formas, que las hipótesis

que he propuesto al menos explican por qué planteé la tesis de partida, conforme a la cual para caracterizar la relación entre el sistema de justicia penal con la prevención delictual probablemente hay que hablar mucho más de lo que tiene que evitarse que de lo que debe hacerse. Si esas hipótesis, fundadas en un cierto “sentido común internacional”, cuentan ya con algún respaldo empírico y no son desvirtuadas por medio de otras evidencias, entonces creo que aquella tesis de partida se vuelve cada vez más plausible.

Bibliografía

Baidawi, S., Mendes, P., y Snow, P. 2014. “Setting Them up to Fail - System Responses to Dual Order Child Protection and Youth Justice Clients”. 39 *Alternative L.J.* 31 (1): 31-35

Boyd, J., Fast, D. y Small, W. 2015. “Pathways to criminalization for street-involved youth who use illicit substances”. *Critical Public Health*, 26:5: 530-541.

Braithwaite, John. 2006. “Accountability and Responsibility through Restorative Justice”. Paper consultado por última vez el 6 de junio de 2018. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.608.6902&rep=rep1&type=pdf>

Bravo, A., Sierra, J., y Valle, J. 2009. “Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal de menores. Reincidencia y factores asociados”. *Psicothema*, 21 (4): 615- 621.

Couso, Jaime. 2011. “Sistemas de justicia penal juvenil y políticas de prevención”. *Derecho Penal Mínimo (México)*, 5/2011: 155-168.

Eisenberg, Ulrich. 2017. *Jugendgerichts-gesetz*, 19ª Edición. München, Alemania: Verlag C.H. Beck.

Goerdeler, Jochen y Helmut Pollähne. 2007. "Das Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 31. Mai 2006 als Prüfmaßstab für die neuen (Jugend-) Strafvollzugsgesetze der Länder". En: *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?*, editado por Goerdeler & Walkenhorst, 55-76. Mönchengladbach, Alemania: Forum Verlag Godesberg.

González, Thalia. 2017. "Youth Incarceration, Health, and Length of Stay". *Fordham Urban Law Journal*. 45 (1): 45-82.

Hinton, Elizabeth. 2015. "Creating Crime. The Rise and Impact of National Juvenile Delinquency Programs in Black Urban Neighborhoods". *Journal of Urban History*. Volume 41 (5): 808-824.

Jakobs, Günther. 1995. *Derecho Penal, Parte General*. Traducción de la 2ª edición por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

Kalb, Guyonne y Jenny Williams. 2002. "The Relationship between Juvenile and Adult Crime". *Melbourne Institute Working Paper* No. 4/2002, University of Melbourne. Consultado en octubre de 2009. <http://melbourneinstitute.com/wp/wp2002n04.pdf>.

Latimer, Jeff; Craig Dowden y Danielle Muise. 2001. "The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis". Ottawa: Department of Justice, Canada.

Lipsey, Mark W. 2009. "The Primary Factors that Characterize Effective Interventions with Juvenile Offenders: A Meta-Analytic Overview". *Victims and Offenders*, 4:124-147.

Masters, Guy. 2002. "Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional de la Justicia restaurativa". *Revista de Derechos del Niño*, 1.

Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.

Servicio Nacional de Menores del Ministerio de Justicia de Chile. 2015. *Reincidencia de jóvenes infractores de ley RPA. Estudio 2015*. Consultado el 6/6/2018. http://www.sename.cl/wsename/images/IFR_2015v2.pdf

Zimring, Franklin E. y Langer, Máximo. 2005. "One theme or many? The Search for a Deep Structure in Global Juveniles Justice". En *Juvenile Justice in Global Perspective*, editado por Franklin E. Zimring / Máximo Langer / Daniel S. Tanenhaus, 383-412. New York – London: New York University Press.

Jurisprudencia extranjera

Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), 116, 69, 31 de mayo de 2006.

Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44º período de sesiones, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General, Resolución N° 45/112, 14 de diciembre de 1990.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Uni-*

das para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

Hacia un sistema de indicadores sobre justicia penal juvenil. El caso uruguayo

Lucía Vernazza

Socióloga y Magister en Desarrollo Humano. Encargada de Protección de la Oficina de UNICEF en Uruguay.

I. Introducción

El monitoreo de los sistemas penales juveniles ha estado tradicionalmente centrado en el control y supervisión de las instituciones de privación de libertad. Con mayor o menor profesionalismo, independencia y presencia, han existido a lo largo de la historia diferentes mecanismos de monitoreo de las condiciones en las que los adolescentes que han cometido una infracción, transcurren la privación de libertad.

Sin embargo, pese a la enorme trascendencia que estos instrumentos tienen para garantizar los derechos humanos de los adolescentes durante la privación de libertad, la información que producen no es suficiente para construir una visión completa de la administración de las penas y menos aún para informar sobre la dimensión del fenómeno, sobre el funcionamiento del sistema en su conjunto o sobre el respeto de los derechos humanos de los adolescentes durante todo el proceso penal (desde la detención hasta el cumplimiento de la pena). Para ello, es necesario construir sistemas de información interinstitucionales con indicadores específicos para cada una de las etapas por la que transitan los adolescentes.

La producción de información cuantitativa confiable se ha vuelto trascendental por razones de distinto tipo, razones políticas, normativas y técnicas.

En materia política, los adolescentes que cometen infracciones han estado, en varios países de la región latinoamericana, en el centro de los debates públicos sobre la inseguridad. Así suelen ser colocados como los principales culpables del aumento de la violencia. En ese contexto, la falta de información cuantitativa confiable que dimensione en su justa medida el fenómeno, ha sido tierra fértil para la proliferación de propuestas de endurecimiento penal y disminución de garantías en los procesos¹.

Además, en aquellos pocos países donde existe información relativamente confiable, los datos muestran que los delitos cometidos por los adolescentes representan una pequeña porción del total. Enfocarse en los adolescentes como prioridad en la respuesta a la inseguridad es un error en términos de política criminal. De hecho, la falta de información cuantitativa sobre la dimensión del fenómeno es, además, un problema para la política pública. Es imposible diseñar una política pública razonablemente eficiente sin saber a ciencia cierta cuál es el volumen de población con el que vamos a trabajar. Es impensable que esto suceda en otros ámbitos de la política pública como la educación o la salud, pero es muy frecuente en las políticas de justicia y seguridad. En ese sentido, son claras las razones técnicas que justifican la creación de sistemas de información para la justicia penal en general y, en particular, la destinada a los adolescentes.

Por último, hay claras razones normativas que justifican la necesidad de desarrollar sis-

temas de información. ¿Sabemos realmente si la ley se cumple? Los datos cuantitativos objetivos pueden darnos mucha información al respecto, por ejemplo, nos dan insumos sobre la legalidad de las detenciones, sobre el cumplimiento de las garantías, sobre la proporcionalidad de las penas y sobre el respeto de los derechos humanos durante la ejecución de la sanción, etcétera.

El artículo que se presenta desarrolla la fundamentación sobre la pertinencia de tener un sistema de información común e interinstitucional sobre justicia penal juvenil, explica el alcance de los datos producidos por cada una de las organizaciones del sistema y presenta el caso uruguayo como un ejemplo posible.

II. El sistema y el marco para construir sistemas de información

La incorporación de la visión sistémica en la construcción de indicadores de justicia penal juvenil es fundamental para cumplir con su objetivo: administrar con justicia la respuesta penal que los Estados se han impuesto frente a los adolescentes que cometen infracciones.

Adoptar esta visión sistémica nos permitirá identificar con mayor certeza dónde se producen los desvíos y cómo darles solución. La noción de sistema nos remite a un conjunto de unidades recíprocamente relacionadas. Un sistema siempre se compone de varias partes entrelazadas que buscan un propósito común. Como señala Bunge (2012), un sistema posee una composición, un entorno (un ambiente) y una estructura determinada. La composición es el conjunto de sus partes; el entorno, el conjunto de elementos con los cuales está relacionado; y la estructura son las relaciones de los componentes del sistema, así como entre estos elementos y el entorno.

El sistema penal juvenil es un sistema compuesto por al menos tres partes fundamentales: la policía o fuerzas de seguridad, la justicia y los

¹ Ejemplo de ello ha sido la campaña para la baja de la edad de aplicación del código penal de adultos en Uruguay y las reformas legales que implicaron la reducción de garantías y el aumento de penas a los adolescentes.

ejecutores de las sanciones penales. Es un sistema reglado por la ley, y es allí donde se establecen las funciones de cada una de las partes.

Sus partes están claramente entrelazadas: la actuación de la policía tendrá influencia en la actuación de la justicia y esta, en el sistema de ejecución de sanciones. El entorno o el ambiente podría estar compuesto por los parlamentos, por las políticas de seguridad ciudadana en general, por las dificultades en las políticas sociales, etcétera.

Cada uno de nuestros componentes es, a su vez, un sistema con sus relaciones y sus reglas, y es más o menos permeable al ambiente. En ese sentido, cada una de las partes (organismos de seguridad, la justicia, ejecutores de sanciones) debe tener su propio sistema de datos, pero es imprescindible que existan algunos datos comunes y acordados que permitan tener una idea del funcionamiento del sistema penal en su conjunto. Tener información completa sobre el pasaje de los adolescentes por el sistema penal juvenil es especialmente relevante para aproximarnos a la dimensión del fenómeno. Aunque evidentemente no es la manera más eficiente de medir la prevalencia de un fenómeno (ya que solo contaremos con información sobre los casos captados), como veremos más adelante tener información solo de la policía podría llevar a sobredimensionar el fenómeno y, a su vez, contar con información solo de la justicia o de quienes ejecutan sanciones llevaría a subestimarlos. La falta de información completa y sistemática sobre el sistema penal juvenil ha conducido a una mala interpretación.

Para la selección de indicadores y construcción de un sistema común de información relevante es importante objetivar el propósito de cada una de las partes y el punto de enlace con la siguiente. Para ello, un orientador privilegiado es la Convención sobre los Derechos del Niño², allí se explicita el consenso interna-

cional sobre las funciones que cada parte de los sistemas penales juveniles debería cumplir. En sus artículos 37 y 40, la Convención nos brinda un norte sobre cómo deberían actuar cada uno de los estamentos del sistema frente a aquellos adolescentes a los que se acuse de haber cometido una infracción. Por tanto, sus preceptos son un norte mínimo para construir sistemas de información cuantitativa y cualitativa basados en derechos.

En resumen, un buen sistema de indicadores sobre justicia penal juvenil deberá, como mínimo, basarse en una lógica sistémica, que permita reconstruir e identificar dónde se producen desvíos, y una visión basada en la Convención que permita evaluar el ajuste a derecho de su funcionamiento.

En el siguiente apartado analizaremos las características de la información que puede producir cada una de las partes (de ahora en más, fuentes) y su alcance.

III. Las fuentes y su alcance

Es importante aclarar que medir la participación de adolescentes en el delito –o, incluso, medir el delito– es probablemente una utopía. Todos los datos y los indicadores producidos por los organismos que integran el sistema penal juvenil tienen problemas en ese sentido.

La explicación es bien simple: no todos los delitos se denuncian, no todos los delitos se detectan y menos aún se esclarecen. Hay una *cifra negra* del delito que solo es posible estimar (solo estimar) mediante encuestas de victimización. Estas encuestas pueden dar una idea aproximada de los delitos que se cometen y quedan sin denunciar, como también de algunas de sus características, pero la información que se obtenga sobre la edad de

2 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),

adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

quien cometió el delito es extremadamente imprecisa y, por tanto, poco confiable.

La información con la que contamos, o con la que podríamos contar, no tiene valor para medir a ciencia cierta la prevalencia del fenómeno, para ello es necesario recurrir a otros instrumentos de investigación. Nuestra información se compone básicamente de registros creados para administrar y no para “medir” la prevalencia de un fenómeno. Estos registros sí nos brindan información sobre la dimensión de asuntos que administra el sistema y sobre cómo lo hace.

III.1. La Policía y los cuerpos de seguridad

Los datos que provienen de la Policía pueden ser denuncias o referirse a sujetos intervenidos en determinado período.

Las denuncias implican la voluntad de los ciudadanos de acercarse a realizarlas. En ese sentido, es posible señalar al menos tres limitaciones para utilizar las denuncias en un sistema de información penal juvenil:

- Las denuncias están influidas por la confianza que se tenga en la agencia policial.
- La clasificación de delitos realizada por la Policía puede variar luego del proceso judicial.
- La edad establecida en la denuncia puede corregirse luego del proceso.

Por tanto, la asociación frecuente entre el número de denuncias y el de delitos cometidos no es correcta.

Otro dato que comúnmente generan los cuerpos de seguridad es el “número de personas intervenidas” o “número de personas detenidas”. Las intervenciones o detenciones solo pueden utilizarse para evaluar el volumen de trabajo o, incluso, la efectividad de una determinada política policial, nunca para determinar la participación de un grupo poblacional en los delitos. No está de más aclarar, que las intervenciones policiales pueden

responder a operativos específicos y que en la persecución de un acto delictivo puede detenerse a más de una persona.

Para dimensionar el delito y la participación adolescente, tomar como única fuente los registros policiales tiene muchos problemas, entre ellos el sobredimensionamiento del fenómeno.

Sin embargo, los datos son muy útiles para conocer cómo actúa la Policía. Por ejemplo, podemos comparar el número de detenidos versus el número de procesados en un año.

III.2. La información del sistema de justicia

Los datos de la justicia se construyen a partir de los expedientes judiciales, que refieren al trámite de los procesos formalizados o iniciados.

Una vez más, aunque suelen confundirse, el número de sentenciados por la justicia en un año no es equivalente al número de delitos que se han cometido ese mismo año. Las sentencias representan los casos que llegan al sistema judicial e, incluso, puede haber más de un sentenciado por el mismo acto delictivo. Este aspecto es sumamente relevante en el caso del número de delitos cometidos por adolescentes, ya que es sabido que estos cometen delitos en grupo con más frecuencia que los adultos. Por tanto, utilizar el número de sentenciados podría llevar a sobreestimar el número de delitos que cometen los adolescentes.

Los datos del Poder Judicial son sí muy útiles para evaluar el tono de la política criminal y el ajuste a derecho del sistema de justicia que se aplica en un país. Un buen sistema no es el que tiene más o menos adolescentes privados de libertad, sino aquel que administra con racionalidad los conflictos y lo hace en observancia de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con un sistema de información basado en expedientes judiciales podremos saber, entre otras cosas, cuántos adolescentes son priva-

dos de libertad como medida cautelar y cuántos como sanción, por qué delitos son privados de libertad, cómo ha actuado la Defensa, los tiempos del proceso, etcétera.

III.3. Las instituciones que administran sanciones

Estos datos nos informan sobre el número de adolescentes que cumplen una u otra sanción en determinado momento. Este es un indicador que se utiliza mucho para la comparación internacional. En el caso de los adultos, los países se clasifican según el número de personas privadas de libertad que tienen, en un momento dado, con relación a su población.

Obviamente, estos datos no deben utilizarse para tratar de cuantificar el delito; incluso no sirven para evaluar si los jueces están privando de libertad más o menos que antes. Para formular alguna afirmación al respecto hay que saber por qué delitos se los privó de libertad, cuándo se los privó de libertad y cuál es la duración de la pena.

Estos organismos nos brindan mucha información respecto al respeto de los derechos de los adolescentes mientras cumplen la sanción penal. Como veremos más adelante, pueden ser incluidos en el sistema indicadores sobre salud, educación, acceso al esparcimiento, etc.

Cada uno de los componentes del sistema penal juvenil admite un sistema de información en sí mismo que le permita autoevaluarse y regularse. Sin embargo, serán unos pocos indicadores los que nos permitan tejer una idea conjunta de la dimensión del fenómeno y del funcionamiento del sistema.

IV. Antecedentes en la construcción de indicadores sobre el sistema penal

Para el desarrollo de sistemas de indicadores sobre justicia existen al menos tres antece-

dentos internacionales, dos sobre justicia en general y uno específico para adolescentes.

- *Manual para la elaboración de un sistema de estadísticas sobre justicia penal*³. Este manual fue preparado en respuesta a una resolución del Consejo Económico y Social de 1997. Su objetivo principal fue ayudar a los ejecutivos y directivos de los sistemas de justicia penal a planificar, ejecutar y mantener técnicamente actualizados sus sistemas de información sobre la justicia penal. El documento contiene un marco general para la elaboración de un sistema nacional de estadísticas sobre justicia penal.
- *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*⁴. Este material muestra un panorama general de la información disponible sobre justicia penal y delincuencia, explica el alcance y los contenidos de las estadísticas administrativas sobre justicia penal y desarrolla una serie de indicadores para medir la eficacia y la eficiencia de los sistemas penales. Entre ellos menciona una serie de 11 indicadores sobre el sistema de justicia penal juvenil.
- *Manual para cuantificar los indicadores de justicia de menores*⁵. En este manual, UNICEF y UNDOC desarrollan una propuesta de 15 indicadores para cuantificar y presentar información específica sobre la situación de los sistemas penales juveniles. Esa información se refiere tanto a

3 Naciones Unidas, *Manual para la elaboración de un sistema de estadísticas sobre justicia penal*. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Estudios de Métodos, Serie F No 89, Nueva York, 2004.

4 UNODC, *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*, Cuestiones Intersectoriales, Información sobre la justicia penal, Nueva York, 2010.

5 UNODC y UNICEF, *Manual para cuantificar los indicadores de justicia de menores*, Nueva York, 2008.

valores cuantitativos –por ejemplo, el número de adolescentes privados de libertad en una fecha dada– como a la existencia de políticas pertinentes. Los indicadores no tienen el propósito de proveer información completa sobre todos los aspectos posibles del sistema de justicia penal juvenil; más bien proporcionan un conjunto básico de datos y un instrumento comparativo que ofrece un punto de partida para la evaluación, el desarrollo de servicios y la elaboración de políticas públicas. Cada indicador se presenta con una definición, se le asigna un grado de prioridad, se explica por qué es útil medirlo y cómo, y se detalla cuáles son las normas internacionales relacionadas.

Estos tres manuales han sido la base del trabajo hacia la construcción de un sistema común de indicadores del sistema penal juvenil uruguayo.

V. Marco común de indicadores sobre justicia penal juvenil del Uruguay

En Montevideo, el 5 de abril de 2018, la Suprema Corte de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio del Interior, el Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (INISA), y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) suscribieron un acuerdo interinstitucional para la producción de un marco común de indicadores sobre justicia penal juvenil.

El acuerdo fue fruto del trabajo de un grupo de técnicos y estadísticos de las instituciones participantes que analizaron la información disponible de cada uno de los organismos, la calidad de los sistemas de información, la información a construir y la posibilidad real de que su institución pudiera producirla⁶. El trabajo del grupo implicó

también una discusión profunda sobre la información que cada institución requería de la otra para un mejor funcionamiento conjunto y la pertinencia de los datos para monitorear el estricto cumplimiento de la ley y de los derechos en ella garantizados.

El acuerdo establece una serie de indicadores interrelacionados (34 indicadores) que están siendo construidos, procesados y relevados por cada una de las instituciones a partir de la firma del acuerdo.

- El Ministerio del Interior: recolectará y procesará la información referida a la actuación policial.
- La Suprema Corte de Justicia: recolectará y procesará la información referente a la actuación judicial en materia de adolescentes a nivel nacional.
- La Fiscalía General de la Nación: recolectará y procesará la información disponible sobre la actuación del servicio en materia de adolescentes a nivel nacional.
- El Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente: recolectará y procesará la información sobre el sistema de ejecución de sanciones a adolescentes a nivel nacional.

Se establece que cada institución suministrará la información dentro de los 120 días inmediatos siguientes a la finalización de cada ejercicio anual, de forma periódica e ininterrumpida. A su vez, se acuerda la continuidad de la Mesa de Trabajo interinstitucional que se conformó en el 2017 para el trabajo en los indicadores con el fin de generar un espacio de articulación que colabore en el estudio y evaluación integral del Sistema de Justicia Penal Adolescente.

Además de dar cuenta de la gestión del sistema de justicia penal adolescente del Uru-

tos (Ministerio del Interior), Eugenia Caggiani, María Laura Ormaechea (Poder Judicial), Gilberto Rodríguez (Fiscalía General de la Nación), Gabriela Garbarino, Valeria Juncal (INISA), Martín Fernández, Alejandro Retamoso y Lucía Vernazza (UNICEF).

⁶ Integraron el Grupo de trabajo: Nancy de los San-

guay, la conformación de este Sistema de Indicadores tiene el cometido de ser en un insumo para la planificación de acciones y mejora del sistema de justicia penal adolescente.

La tabla que se presenta a continuación contiene la información que cada una de las instituciones se ha comprometido a recabar y proporcionar sistemáticamente. Esta información, a su vez, puede ser utilizada por cada institución o combinada para el análisis conjunto de todas las

instituciones. De este modo, se pueden combinar datos de fuentes diferentes para monitorear el funcionamiento de los enlaces institucionales y obtener conclusiones sobre el funcionamiento transversal del sistema. La información contenida en la tabla, si se mide con regularidad, es útil para aproximarnos a la dimensión del fenómeno, a sus características y, principalmente, al ajuste a derecho de cada una de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Tabla: Marco Común de Indicadores de Justicia Penal Juvenil. Uruguay

Nº	INSTITUCIÓN	DATO	DESAGREGACIÓN
1	Ministerio del Interior	Número de adolescentes detenidos en un año por supuesta comisión de infracción	Sexo, edad y departamento
2	Fiscalía	Número de adolescentes notificados a fiscalía	Sexo, edad y departamento
3	Fiscalía	Número de formalizaciones a adolescentes en un año	Sexo, edad y departamento
4	Fiscalía	Número de solicitudes de medida cautelar a adolescentes en un año	Tipo de medida (privativa-no privativa)
5	Fiscalía	Número de solicitudes de mecanismos alternativos de solución de conflictos	Sexo y edad
6	Fiscalía	Número de adolescentes con acusación en un año	Sexo y edad
7	Poder Judicial	Número de adolescentes a los cuales se les inicia un proceso penal en un año	Sexo, edad y departamento
8	Poder Judicial	Número de adolescentes con medidas cautelares en un año	Sexo, edad y tipo de infracción
9	Poder Judicial	Número de adolescentes con medida cautelar privativas de libertad en un año	Sexo, edad y departamento
10	Poder Judicial	Cantidad de días transcurridos hasta el dictado de la sentencia en 1era instancia	
11	Poder Judicial	Número de procesos a adolescentes que exceden los 90 días para el dictado de la sentencia en 1era instancia en un año	Sexo, edad y departamento
12	Poder Judicial	Número de adolescentes con sentencia en un año	Sexo, edad y departamento
13	Poder Judicial	Número de adolescentes con sentencias privativas de libertad en un año	Sexo, edad, departamento y tipo de infracción
14	Poder Judicial	Número de adolescentes con sentencias privativas de semi libertad en un año	Sexo, edad y tipo de infracción

Nº	INSTITUCIÓN	DATO	DESAGREGACIÓN
15	Poder Judicial	Número de adolescente con sentencias NO privativas de libertad en un año	Sexo, edad, departamento, tipo de infracción y tipo de no privativa
16	Poder Judicial	Duración de la privación de libertad impuesta en la sentencia (en meses)	Sexo, edad, departamento y tipo de infracción
17	Poder Judicial	Número de recursos interpuestos por el defensor contra las sentencias interlocutorias de inicio de proceso en un año	Tipo de defensor
18	Poder Judicial	Número de recursos interpuestos por el Defensor contra la sentencia definitiva en un año	Tipo de defensor
19	Poder Judicial	Número de adolescentes cuyo proceso culminó por sentencia definitiva de allanamiento	Tipo de defensor
20	Poder Judicial	Número de sentencias absolutorias en un año	Tipo de defensor
21	INISA	Número de ingresos de adolescentes en un año (se contabiliza al adolescente tantas veces como haya ingresado en el año)	Sexo, edad, departamento y tipo de infracción y tipo de medida
22	INISA	Número de adolescentes que ingresaron en un año (se contabiliza al adolescente una sola vez)	Sexo, edad, departamento y tipo de infracción y tipo de medida
23	INISA	Número de egresos de adolescentes en un año	Sexo, edad, departamento y tipo de medida. Tipo de medida según sexo y edad
24	INISA	Número de sustituciones de privación de libertad solicitadas en un año	Sexo y edad
25	INISA	Número de sustituciones de privación de libertad obtenidas en un año	Sexo y edad
26	INISA	Número de licencias solicitadas en un año	Sexo, edad y tipo
27	INISA	Número de licencias obtenidas en un año	Sexo, edad y tipo
28	INISA	Número de adolescentes en INISA al 30 de noviembre	Sexo, edad y departamento
29	INISA	Número de adolescentes privados de libertad al 30 de noviembre	Sexo, edad, departamento y tipo de infracción
30	INISA	Número de adolescentes cumpliendo medida cautelar al 30 de noviembre	Tipo de medida (privativa o no privativa), tipo de infracción. Tipo de infracción según tipo de medida
31	INISA	Número de adolescentes que por sentencia se encuentran privados de libertad al 30 de noviembre	Sexo, edad, departamento y tipo de infracción

Nº	INSTITUCIÓN	DATO	DESAGREGACIÓN
32	INISA	Número de adolescentes que por sentencia se encuentran cumpliendo una medida no privativa de libertad al 30 de noviembre	Sexo, edad, departamento y tipo de infracción
33	INISA	Número de adolescentes cumpliendo una medida privativa de libertad que asisten a educación formal	Sexo y edad
34	INISA	Número de adolescentes muertos durante el cumplimiento de una medida de privación de libertad en un año	Sexo, edad y causa

VI. A modo de cierre

La construcción de sistemas de información sobre justicia penal juvenil es una deuda de muchos países de Latinoamérica. Si bien algunos países de la región cuentan con sistemas de información o bien de sus sistemas judiciales o de ejecución de sanciones, son muy pocos los que producen y manejan información sistémica sobre su funcionamiento.

En el debate público, la desinformación ha conducido a importantes confusiones sobre la dimensión del fenómeno y la caracterización del tipo de infracciones que cometen los adolescentes. A nivel de política pública, la falta de información del sistema no ha permitido planificar y desarrollar con certeza estrategias que aseguren que el sistema cumple con su objetivo y respeta los derechos de quienes lo transitan.

El acuerdo establecido en Uruguay es perfecto, pero constituye un avance muy significativo para la construcción de una política informada sobre justicia penal juvenil. El trabajo en la construcción y discusión de cada uno de los indicadores ha permitido revelar las debilidades y fortalezas de cada institución, construir una visión conjunta sobre lo que sucede y reflexionar interinstitucionalmente sobre lo que debería suceder.

Este acuerdo debe ser la base para que las instituciones continúen construyendo conjuntamente un sistema de justicia cada vez más

ajustado a derecho, con mejores resultados para los adolescentes y la sociedad en su conjunto.

Bibliografía

Arroyo, Álvaro; Gustavo De Armas; Alejandro Retamos y Lucía Vernazza. 2012. *Observatorio de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en Uruguay*. Montevideo: Unicef. Disponible en: <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/observatorio-2012-web20121030.pdf>

Bunge, Mario. 2012. *Ontología II: Un mundo de sistemas*. Buenos Aires: Editorial GEDISA.

Cillero Bruñol, Miguel. 1990. "Administración de justicia juvenil y Convención sobre los Derechos del Niño". *Conflicto: Vida y Derecho*, 2 (6).

Cillero Bruñol, Miguel. 2003. "De la tutela a las garantías: consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes". *Revista de Derechos del Niño*, 2.

Equipos Consultores, UNICEF. 2016. "Seguridad ciudadana, adolescentes en conflicto con la ley y opinión pública". Ponencia en el seminario Derechos de la infancia, seguridad ciudadana y penas no privativas de libertad. Dimensión socio-jurídica y comunicacional, Montevideo, agosto. Disponible en: <http://www.sonadolescentes.org.uy/documentos.html>

LUCÍA VERNAZZA

García Méndez, Emilio. 1994. *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Santa Fe de Bogotá: Forum Pacis.

García Méndez, Emilio. 2001. *Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia*, 2ª ed. corregida, actualizada y ampliada, México D. F.: UNICEF y Fontamara.

Vernazza, Lucía. 2013. "Adolescencia y delito. Seis contra argumentos al aumento del castigo". *Espacio Abierto* 19: 59-67.

Vernazza, Lucía. 2014. "El sistema penal juvenil en jaque". En: *Próximos pasos hacia una política penitenciaria de derechos humanos en Uruguay. Ensayos de seguimiento a las recomendaciones de 2009 y 2013 de la Relatoría de Naciones Unidas contra la tortura*.

Vernazza, Lucía. 2016. "Adolescentes y sistemas penales juvenil en América Latina: una reflexión a partir de la información cuantitativa disponible". Disponible en: <http://www.sonadolescentes.org.uy/files/Adolescentes-y-sistemas-penales.pdf>.

Documentos de organismos internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas, *Manual para la elaboración de un sistema de estadísticas sobre justicia penal*. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Estudios de Métodos, Serie F No 89, Nueva York, 2004.

UNODC, *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*, Cuestiones

Intersectoriales, Información sobre la justicia penal, Nueva York, 2010.

UNODC y UNICEF, *Manual para cuantificar los indicadores de justicia de menores*, Nueva York, 2008.

Documentos de organismos de Uruguay

Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay. Estudios sobre procesos infraccionales de Adolescentes. Disponible en: <http://poderjudicial.gub.uy/estadisticas/9-uncategorised/276-adolescentes.html>

Derecho a la educación y privación de libertad: estándares y desafíos para los sistemas de justicia penal juvenil en América Latina*

Javier Palummo

Director de Investigación y Gestión de la Información del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH).

I. Los sistemas de justicia penal juvenil

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ha implicado un cambio sustancial respecto de la manera de abordar el tema de la infancia por parte de las políticas públicas. Esta transformación, que se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, ha significado pasar de una concepción que coloca a niños, niñas y adolescentes como objeto de tutela y represión, a considerarlos como titulares de derechos, con la particularidad de tratarse de sujetos en desarrollo.

Este cambio ha provocado importantes modificaciones en la legislación y en la institucionalidad de los países de la región. Las formas en las cuales se desarrollaron los procesos de adecuación de la normativa interna a los estándares internacionales en los diferentes países han sido diferentes: leyes especiales, códigos integrales e incluso la consagración de algunas características de los sistemas por intermedio de reformas constitucionales. Pero no todos los Estados de la región han armonizado sus legislaciones internas con los principios establecidos en la CDN, y los que lo han hecho han enfrenta-

*El presente artículo implica una revisión y continuación del trabajo emprendido anteriormente (Palummo 2014a).

do dificultades para la adecuación e implementación de su normativa interna. Existe en muchos casos una importante brecha entre el discurso normativo y la realidad de los sistemas de justicia penal juvenil¹.

En forma más reciente, se han identificado en varios países de la región una serie de reformas normativas de carácter regresivo en relación con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, que han implicado un endurecimiento de los sistemas de justicia. Todo esto en el marco de una tendencia relativamente generalizada de responsabilizar a los niños por el incremento de la violencia (Palummo 2014b). En este contexto, la situación de los sistemas de justicia penal juvenil en la región se encuentra lejos de presentar rendimientos aceptables desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

El presente artículo, que aborda específicamente el tema del cumplimiento del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, se enmarca en el funcionamiento de sistemas de justicia juvenil que periódicamente han dado lugar a diagnósticos negativos. Aún cuando es posible identificar en varios casos avances por parte de los Estados para lograr una mejor adecuación de su normativa y de sus prácticas institucionales a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, es inevitable mencionar que el contexto general de la justicia penal juvenil en la región dista de ser el ideal.

II. La especialidad y los objetivos de la justicia penal juvenil

Las personas menores de edad que han infringido o han sido acusadas de infringir leyes penales no sólo deben recibir las mismas

garantías que los adultos, sino, además, una protección especial. Asimismo, las condiciones en las que participan niñas, niños y adolescentes en los procesos penales, y la forma en la que impactan sobre sus vidas las medidas y sanciones impuestas, son muy diferentes a las condiciones y formas que corresponden a las personas adultas. No reconocer estas circunstancias implica desconocer la realidad y omitir la adopción de medidas especiales para la protección, generando un grave perjuicio. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en los procedimientos y cuyas conductas son abordadas por los sistemas de justicia penal juvenil².

Los países deben consagrar y aplicar un sistema especializado de justicia penal juvenil. Esto implica el reconocimiento de ciertas normas, principios y garantías que los Estados deben observar. La especialización requiere leyes, procedimientos, instituciones y servicios específicos para los niños. Estos requisitos de especialización se aplican a las personas que en él se desempeñan, en especial a quienes ejecutan las medidas y sanciones ordenadas por los tribunales, así como a todo el personal de los centros de privación de libertad, incluido el personal docente³.

Las exigencias de especialidad y trato diferenciado, como se ha expresado, responden en primera instancia a la necesidad de reconocer a los niños como sujetos en desarrollo, diferentes de los adultos a la hora de ser sometidos a un proceso de responsabilización. Pero, además, refieren al objetivo de limitar el carácter punitivo y retributivo de la respuesta penal.

¹ Ver, por ejemplo: CIDH, *Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 78, 13 julio 2011, párr. 10.

² Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 96.

³ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 112.

En cuanto al propósito de la justicia penal juvenil, la CDN en su artículo 40, al describir los derechos de todo niño de quien se alegue ha infringido las leyes penales o quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, refiere a la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. En consecuencia, un sistema de justicia penal juvenil cuya política criminal esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en la materia⁴. De conformidad con la CDN y demás instrumentos internacionales aplicables, los países deben procurar que las penas que imponen graves restricciones de los derechos fundamentales de los niños, se limiten únicamente a las infracciones más graves. La privación de libertad de un niño sólo podría ser adoptada como medida de último recurso, por el período más breve que proceda y sólo en casos excepcionales⁵. La excepcionalidad de la privación de libertad implica el reconocimiento normativo de que tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad, por lo que su utilización debe encontrarse rigurosamente limitada⁶.

4 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 31.

5 CDN, art. 37, inc. b; ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* (Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990, regla 2; ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores* (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985, reglas 13 y 19; entre otras disposiciones.

6 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *Los derechos del niño en la justicia de meno-*

El Relator Especial sobre el derecho a la educación de Naciones Unidas ha sido muy claro al identificar que las políticas referidas a la privación de libertad se ven influidas por muchos factores, entre los cuales las normas internacionales de derechos humanos y las obligaciones resultantes para los Estados deberían ser de primera importancia. Sin embargo, existe aún una brecha inquietante y creciente entre las normativas internacionales, su aplicación y la opinión de algunos sectores que pugnan por un endurecimiento de los sistemas de justicia penal juvenil⁷.

III. La garantía de derechos en la privación de libertad

La CDN dispone que niñas, niños y adolescentes privados de libertad sean tratados con la humanidad y el respeto que merece “la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad”⁸. En el mismo sentido, las Reglas de Beijing disponen que los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano⁹.

Es claro que la privación de libertad tie-

res, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 11. Corte IDH, *Caso Instituto de Reeduación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 154.

7 Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, *El derecho a la educación de las personas privadas de libertad*, Informe, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, párr. 13.

8 CDN, Artículo 37, inc. c).

9 Reglas de Beijing, regla 26.2.

ne como consecuencia la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal, como ser las restricciones a los derechos de privacidad y de intimidad familiar, que constituyen un efecto colateral de la propia privación de libertad. Pero la afectación de esos otros derechos debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el derecho internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática¹⁰.

El Estado, al privar de libertad a una persona, no importando su edad, se coloca en una posición de garante de sus derechos y debe adoptar todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan, naturalmente, en tales circunstancias, los niños privados de libertad¹¹.

Por lo antes expuesto, los Estados deben garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes privados de su libertad, no sólo con el cumplimiento de obligaciones negativas como la prohibición de las torturas y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, sino especialmente adecuando la gestión de la privación de libertad de forma de garantizar el cumplimiento de los derechos de quienes se encuentran en los centros. Esto es particularmente importante en relación

con el derecho a la educación y como parte indispensable de la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Los países deben garantizar el derecho a la educación de conformidad con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos¹².

IV. Derecho a la educación en la privación de libertad

En tanto los Estados deben garantizar a niñas, niños y adolescentes privados de libertad el ejercicio de todos los derechos que no se encuentren estrictamente limitados por el encierro, es claro que las autoridades tienen la obligación de adoptar medidas positivas orientadas a garantizar el derecho a la educación, entre otros derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado esta idea afirmando que el Estado tiene, respecto de niños privados de libertad, la obligación de proveerles educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida¹³.

Desde la entrada en vigencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴, la educación es considerada un derecho de todas las personas sin distinción de nacionalidad, sexo, raza o etnia. Este instrumento internacional estipula que la educación primaria debe ser accesible a todos de manera obligatoria y gratuita, y que la en-

10 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay...*, párr. 154. Ver también: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 100, párr. 108; *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 87; *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 96; *Caso Cinco Pensionistas v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 116.

11 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay...*, párrafos 152, 153 y 160. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126.

12 Ver, por ejemplo: CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, principio XIII.

13 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay...*, párrafo 161. Ver también: Vid nota 4, párrs. 80-81, 84, y 86-88.

14 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

señanza secundaria, incluso la técnica y profesional, debe ser promovida y su gratuidad debe ser garantizada en forma progresiva.

Por su parte, la CDN en los artículos 28 y 29 reconoce el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a la educación. También reafirma la obligación de los Estados de garantizar la educación primaria gratuita y ratifica, a su vez, el fomento de la enseñanza secundaria y el aumento de su acceso, ya sea a través de oferta gratuita o bajo la modalidad de becas para aquellos grupos sociales que así lo requieran, fomentando políticas que aseguren la asistencia efectiva a los centros de enseñanza y el respeto de la diversidad (Nieves Rico y Trucco 2014, 9-10). En cuanto a los propósitos de la educación, la CDN los define conforme al potencial de cada niño, niña y adolescente, estableciendo claramente que la educación debe ser un proceso preparatorio del fomento y el respeto de los derechos humanos. Es así que el Comité de los Derechos del Niño ha exigido que la educación gire en torno al niño, le sea favorable y lo habilite, y que la educación sea más que una escolarización oficial, incluyendo un amplio espectro de experiencias vitales por intermedio de las cuales pueda desarrollarse en forma positiva:

El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto la «educación» es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad¹⁵.

15 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 1, Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001, párr. 2.

En la actualidad es un hecho aceptado que el derecho a la educación, en términos generales, incluye la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad de la educación¹⁶. Pero a los efectos del presente trabajo, es necesario tener en cuenta no sólo que las autoridades asumen obligaciones especiales en relación con el cumplimiento de este derecho respecto de la infancia, sino que además existen obligaciones específicas que deben ser tenidas en cuenta cuando se trata de niños privados de libertad y bajo su custodia. En el caso de la educación en los centros de privación de libertad, el cumplimiento de este derecho debe examinarse teniendo en cuenta los objetivos de la justicia juvenil y las tensiones que implica en la práctica el ejercicio de dicho derecho en instituciones inherentemente coercitivas¹⁷.

En el mismo sentido, la CIDH ha expresado que el modelo educativo que adopten los Estados en relación con las personas privadas de libertad no debe estar determinado únicamente a tratar las posibles deficiencias psicológicas de los delincuentes, o de su desarrollo moral, o concebirse solamente como un medio para la capacitación laboral; sino que la preocupación fundamental en la educación en dicho entorno debería ser la dignidad humana. La dignidad humana presupone el respeto de la persona, tanto en su actualidad, como en su potencialidad. Por ello, la educación debería estar orientada al desarrollo integral de la persona¹⁸.

16 Véase: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, 21° período de sesiones, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, entre otros instrumentos.

17 CDN, artículo 37, inc. c).

18 CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.64, 31 diciembre 2011, párr. 616. Vid

Los objetivos de las sanciones en la justicia juvenil exigen la implementación de programas de educación, incluida la escolarización formal, la formación profesional y para el trabajo, y las actividades recreativas y deportivas¹⁹. Por esta razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado expresamente dentro de las medidas especiales de protección de los niños, al derecho a la educación. En tanto favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el niño y la propia sociedad²⁰.

El imperativo de desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades es especialmente trascendente en el marco de intervenciones de la justicia juvenil orientadas a promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad²¹. Esto significa, conforme la opinión del Comité de los Derechos del Niño, que los niños privados de libertad deben recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad²². El incumplimiento de estas obligaciones, además de implicar una violación del derecho a la educación, consti-

tuye una clara limitación a las posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y al desarrollo de los proyectos de vida de los niños privados de su libertad en el marco de las intervenciones de la justicia juvenil²³.

Por estas razones, el derecho internacional de los derechos humanos, y en especial las Reglas de La Habana, han establecido que la educación en el contexto de la justicia penal juvenil debe estar orientada al desarrollo integral del niño e incluir, entre otras cosas, el acceso a la educación formal e informal, programas de alfabetización, educación básica, formación profesional, actividades creadoras, religiosas y culturales, educación física y deportes, educación social, educación superior y servicios de bibliotecas²⁴.

V. Servicios socioeducativos o educativos

El abordaje de la temática del cumplimiento del derecho a la educación de los niños privados de libertad requiere, además, la realización de algunas precisiones conceptuales. En el ámbito de la justicia juvenil suele identificarse “lo educativo” o “socioeducativo”, con la finalidad de las medidas y las sanciones que son dispuestas por las autoridades judiciales. Son usuales las referencias al principio educativo como un contenido de dichas medidas y sanciones. Esto es posible observarlo tanto en la legislación interna de los países como en la literatura especializada (Couso 2006).

Esta noción, si bien tiene puntos de contacto con el cumplimiento del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, no se confunde con el contenido de este derecho. El cumplimiento

nota 9, párrs. 17 y 18.

19 Este tema es ampliamente desarrollado por la CIDH en su *Informe justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, ver especialmente párrs. 474 a 517. ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, reglas 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 45, 46, 47 y 48.

20 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 84; Corte IDH, *Caso Mendoza y otros v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 317.

21 CDN, artículos 29.1 y 40.1.

22 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10..., párr. 77.

23 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay...*, párr. 174.

24 *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad...*, reglas 38 y 39, y CDN, artículo 37, inc. c).

del derecho a la educación tiene relación, por ejemplo, con la existencia y el funcionamiento de programas de alfabetización, el acceso a escuelas primarias y secundarias, en especial para asegurar la terminación de los niveles educativos obligatorios, así como las ofertas de educación no formal y formación profesional.

Lo expresado no implica desconocer que la tarea educativa con los niños privados de libertad en el marco de la justicia penal juvenil debe involucrar espacios y estrategias más amplias para intervenir, que exceden la escolaridad y la oferta educativa en los términos referidos. Esos contenidos también son fundamentales para asegurar la reinserción social.

VI. Adecuación normativa

Los Estados, al haber ratificado la CDN entre otros instrumentos internacionales, se encuentran jurídicamente obligados a cumplir con los estándares incluidos en dichas normas y en el derecho internacional de los derechos humanos. En cumplimiento de ello, deben adecuar y armonizar su normativa interna al contenido de los diversos tratados internacionales. Esto implica, en el caso concreto, que los Estados deben contar con un sistema normativo mediante el cual se garantice la protección del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de libertad.

Los diferentes países de la región suelen tener normativa referida a la temática objeto del presente estudio. Es posible identificar normas constitucionales aplicables, que suelen ser complementadas por las leyes generales de educación, así como a la legislación específica referida a la educación de los niños privados de libertad, contenida en capítulos de leyes integrales o códigos, así como en leyes específicas referidas a la justicia penal juvenil.

En Argentina, donde la CDN tiene rango constitucional, encontramos la temática regulada por la Ley de Educación Nacional, que

contiene un capítulo referido a la educación en contextos de privación de libertad y dispone que todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren privados de libertad en instituciones de régimen cerrado tienen derecho al acceso, permanencia y tránsito en todos los niveles y modalidades del sistema educativo. Las formas de implementación de este derecho responderán a criterios de flexibilidad y calidad que aseguren resultados equivalentes a los de la educación común²⁵.

En el caso de Ecuador encontramos, también, normas constitucionales que abordan la temática y que resultan complementadas con lo dispuesto, en este caso, por el Código de la Niñez y la Adolescencia, el que refiere, explícitamente, al derecho de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad de recibir servicios educativos adecuados a su edad y condiciones²⁶.

En el caso de Costa Rica, existe una Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles que aborda, específicamente, el derecho a la educación y la formación profesional. En este caso, la formación profesional o educación técnica es planteada como una alternativa para los casos en que la educación formal no sea factible o conveniente²⁷.

La Ley Federal de Justicia para Adolescentes de México, así como las leyes Estatales en la materia, también reconocen el derecho de los niños, niñas y adolescentes que están privados de su libertad a cursar el nivel educativo que les corresponda, hasta la preparatoria, y a recibir instrucción técnica o formación práctica sobre un oficio, arte o profesión, además de recibir o continuar con la enseñanza e ins-

²⁵ Ley de Educación Nacional N° 26.206, sancionada el 14 de diciembre de 2006, artículo 5.

²⁶ Constitución de Ecuador, artículos 26, 35 y 51. Ley 100, Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003, artículo 37 y en especial el artículo 377.

²⁷ Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, artículo 77.

trucción en otras áreas del conocimiento y, en su caso, recibir terapias o educación especial²⁸.

En Chile fue promulgada, en el año 2003, una reforma constitucional que dispone la enseñanza media obligatoria y gratuita y establece la obligación del Estado de garantizar el acceso a este nivel educacional para todos los chilenos hasta los 21 años de edad. Esta normativa se complementaría con lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente del 2007, la que señala que a los jóvenes privados de libertad se les debe garantizar “la continuidad de los estudios básicos, medios y especializados, incluyendo su reinserción escolar, en el caso de haber desertado del sistema escolar formal, y la participación en actividades de carácter socio-educativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal”²⁹.

En términos generales, prácticamente todos los países de la región disponen de normas orientadas a garantizar el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad. No obstante, existen diferencias muy importantes en relación con la extensión del reconocimiento de este derecho. No es usual encontrar en la normativa interna de los países los diferentes estándares contenidos en las Reglas de La Habana y los demás instrumentos aplicables³⁰. Por el contrario, en la mayoría de los casos la legislación refiere en términos muy generales al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad.

VII. Consideraciones finales

Existe una clara relación entre los objetivos de la justicia penal juvenil y los propósitos de

la educación. Los objetivos de las sanciones en la justicia juvenil exigen la implementación de programas de educación, incluida la escolarización formal, la formación profesional y para el trabajo, y las actividades recreativas y deportivas. El incumplimiento del derecho a la educación de los niños privados de libertad, constituye una clara limitación a las posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y al desarrollo de sus proyectos de vida.

Los países de la región registran avances en lo que refiere al reconocimiento normativo del derecho a la educación en el marco de la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes. Aún cuando en la mayoría de los casos el reconocimiento de este derecho se encuentra contemplado en forma muy general. No obstante, los desafíos de los países de la región en relación con este aspecto son muy importantes. En el marco del reconocimiento normativo del derecho a la educación de los niños privados de libertad, se requiere el desarrollo de estándares específicos que hacen a la garantía de este derecho, tomando en consideración a las Reglas La Habana y los demás instrumentos aplicables. Los Estados, en relación con este derecho, tienen obligaciones concretas y las mismas deben dar lugar a soluciones específicas. No basta con la mera enunciación de este derecho en términos generales sino que es necesario establecer garantías concretas para su cumplimiento. En forma ideal, ello debería desarrollarse en el marco de una armonización de la legislación referida a la temática penal juvenil con la que aborda la temática educativa y el sistema de educación pública.

Pese a la escasa información en relación con el nivel educativo de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, los datos disponibles pueden ser útiles para fundamentar acciones enérgicas para el cumplimiento del derecho a la educación (Universidad Diego Portales y UNICEF 2017).

La mayoría de los países de la región han

28 Ley Federal de Justicia para Adolescentes, artículo 11, fracción X.

29 Ley N° 20.084, título 1, párrafo 3°, artículo 17.

30 Ver, por ejemplo, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad...*, reglas 38 a 42.

desarrollado servicios educativos para garantizar el derecho a la educación en el marco de la privación de libertad de la justicia penal juvenil. Las modalidades que han implementado para la gestión de estos servicios son diversas y no en todos los casos aseguran un acceso universal e igualitario. En algunos casos, tampoco se asegura que los programas educativos se encuentren integrados en el sistema de instrucción pública o adaptados a las necesidades de los niños privados de libertad. Más allá de las diversas opciones que pueden tomar los Estados a los efectos de implementar los servicios educativos, parece claro que las modalidades más adecuadas son las que aseguran el compromiso de las autoridades educativas de cada país en este aspecto.

Pensar a los centros de privación de libertad como entidades autónomas del resto de las instituciones públicas, con sus propios servicios, acentúa el aislamiento de quienes allí se encuentran, no favorece la transparencia, ni el control social, ni la participación social en sentido amplio. Pero además tiene como consecuencia que los servicios que allí se brindan, por lo general, sean de peor calidad que los que funcionan en la comunidad. En el caso de los servicios educativos, la circunstancia de que la educación de los niños privados de libertad quede exclusivamente en manos de los propios centros puede llegar a dificultar tanto el reconocimiento oficial de los estudios impartidos, como la continuación de los cursos luego de cumplida la medida o sanción privativa de libertad.

Resulta fundamental que todos los niños, niñas y adolescentes privados de libertad puedan finalizar su educación y que ella no se vea interrumpida por la aplicación de una sanción. Por esta razón, es indispensable asegurar el compromiso de las autoridades educativas en lo que refiere a la prestación de los servicios. Esto requiere de articulaciones, interacciones, acuerdos y coordinaciones, ade-

más del desarrollo de una política intersectorial en la que instituciones públicas, privadas, así como las organizaciones de la sociedad civil puedan contribuir al cumplimiento del derecho a la educación.

En cuanto a que los programas educativos se encuentren adaptados a las necesidades y al contexto de los niños privados de libertad, es claro que se trata de un aspecto que representa varios riesgos que deben ser abordados por las autoridades. Pensar contenidos específicos y metodologías especiales para el desarrollo de los servicios educativos con niños, niñas y adolescentes privados de libertad, no debe conducir a prestaciones educativas de una calidad inferior a la de los servicios que son prestados en la comunidad. Además, no es razonable asimilar esta adaptación a la implementación de los modelos de “educación para adultos” o “educación a distancia”.

Contar con programas adaptados y con un modelo pedagógico adecuado a las necesidades de los niños privados de libertad no es asimilarlos a los adultos que pretenden reinsertarse al sistema educativo o con otras modalidades diseñadas para el ámbito comunitario. Esto no significa que no tenga sentido buscar alternativas curriculares y organizacionales más flexibles. Pero la oferta y los programas deben adaptarse a las necesidades educativas de la población privada de libertad, y no a las dificultades de las autoridades para implementar los servicios que puedan garantizar el derecho a la educación de los niños privados de libertad.

El desarrollo de una enseñanza y de programas adaptados debe acompañarse del establecimiento de estándares de calidad para los servicios educativos, de forma de asegurar el cumplimiento adecuado del derecho a la educación en forma similar a los servicios educativos en la comunidad. Los programas educativos deben cumplir con los mismos requisitos de contenido y carga horaria establecidos por

las autoridades educativas para los niños que no se encuentran privados de libertad³¹.

El acceso a servicios educativos de calidad, en condiciones apropiadas durante la privación de libertad, además de proporcionar herramientas para el desenvolvimiento en la vida, es fundamental para asegurar la continuidad de los estudios luego de cumplida la pena. Asegurar el acceso igualitario a la educación requiere una fuerte inversión por parte de los Estados, la superación de las deficiencias de infraestructura, personal y materiales, además del desarrollo de una política que enfatice los aspectos educativos dentro de la lógica de funcionamiento de los centros de privación de libertad. La creación de cargos en cada uno de los centros, con la responsabilidad de desarrollar tareas de coordinación educativa y velar por el cumplimiento del derecho a la educación, constituye una forma de limitar los enfoques de trabajo centrados exclusivamente en la contención y la seguridad.

Los Estados también deberían remover todos los obstáculos normativos que dificulten la posibilidad de que, atendiendo a las circunstancias del caso, los niños privados de libertad puedan acceder a servicios educativos fuera de los centros. Pero como se ha observado, aun en los países en los cuales no existen ese tipo de barreras, en la práctica los niños privados de libertad no suelen acceder a dichas escuelas. Por esta razón, deben desarrollarse herramientas programáticas y de gestión. El trabajo con las autoridades judiciales y con las propias instituciones educativas de la comunidad es fundamental para lograrlo.

La garantía de acceso a los distintos tipos de programas debe dar lugar a ciertas particularidades en el caso de grupos específicos. Ello implica que, entre otros aspectos, la prestación de servicios educativos debe contribuir

a la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino, contemplar las necesidades especiales de los niños, niñas y adolescentes, como ser el caso de los niños de origen extranjero, con necesidades culturales o étnicas particulares, con problemas cognitivos o de aprendizaje, o con discapacidad, entre otras circunstancias.

Muchos de los países de la región, como respuesta al aumento de la población privada de libertad, se encuentran realizando importantes inversiones en infraestructura. Estas inversiones deben contemplar el aspecto educativo: se requiere que los centros tengan un espacio físico seguro, con ambientes para el desarrollo de actividades educativas, laborales y de esparcimiento. El diseño arquitectónico de los centros debe tener en cuenta la propuesta socioeducativa del sistema de justicia juvenil y el cumplimiento del derecho a la educación. También es indispensable, para garantizar el cumplimiento del derecho a la educación, que las autoridades provean a los niños de los insumos educativos, herramientas y materiales necesarios para el desarrollo de los cursos.

En cuanto al personal docente, debería respetarse el principio de especialización que rige en el marco de la justicia penal juvenil. En efecto, los servicios educativos deben contar con profesores vinculados con la educación convencional, pero calificados para trabajar con niños, niñas y adolescentes privados de libertad. Garantizar el cumplimiento del derecho a la educación de los niños privados de libertad requiere de políticas adecuadas a sus necesidades, para que puedan como mínimo alcanzar los logros educacionales de sus pares que acceden a instituciones educativas en la comunidad.

Finalmente, es muy importante la inclusión en los procesos de cambio educativo mencionados anteriormente, de todos los actores necesarios. La comunidad, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones educativas y, principalmente, los niños, niñas

31 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*

y adolescentes privados de libertad y sus familias, son actores que deben participar en el proceso de cambio, así como en el desarrollo y la implementación de los servicios educativos.

Bibliografía

Couso, Jaime. 2006. "Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil". *Justicia y Derechos del Niño*, 8: 15-64.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y UNICEF. 2007. *Estándares de derechos humanos para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil*. Buenos Aires.

Nieves Rico, María y Daniela Trucco. 2014. *Adolescentes: Derecho a la educación y al bienestar futuro*. Santiago de Chile: UNICEF - CEPAL.

Palummo, Javier. 2014a. *Estudio sobre el logro educativo y los sistemas de justicia penal juvenil en América Latina y el Caribe*. Panamá: UNICEF LACRO.

Palummo, Javier. 2014b. *Justicia Penal Juvenil. Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*. Panamá: UNICEF LACRO.

Universidad Diego Portales y UNICEF. 2017. *Situación educativa de las y los adolescentes privados de libertad por causas penales en América Latina y el Caribe*. Panamá: UNICEF LACRO.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98

Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 100.

Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

Corte IDH, *Caso Mendoza y otros v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Documentos de organismos internacionales

CIDH, *Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, doc. 78, 13 julio 2011.

CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 diciembre 2011.

CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, El

JAVIER PALUMMO

derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 21º período de sesiones, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 1, *Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación*, CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* (Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores* (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General., Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, *El derecho a la educación de las personas privadas de libertad*, Informe, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009.

El derecho a una educación escolar en la niñez indígena: una breve retrospectiva histórica*

Adriana Francisca de Medeiros

Pedagoga, Doctora en Desarrollo Regional y Medio Ambiente y profesora de la Universidad Federal del Amazonas.

Andreza de Fátima Medeiros e Gois

Pedagoga y profesora de enseñanza básica.

Neiva Cristina de Araújo

Abogada, Doctora en Desarrollo Regional y Medio Ambiente y profesora de la Universidad Federal de Rondônia.

I. Introducción

Durante siglos las prácticas educativas en las escuelas indígenas brasileñas procuraban la dominación e integración del nativo a un modelo de vida cultural y económica ajeno a las especificidades indígenas. Los objetivos que orientaban esas prácticas eran transformar al indígena en aquello que no era: blanco, cristiano y trabajador productor de riquezas.

Sin embargo, en las últimas décadas fue posible visualizar progresivas conquistas, a partir de la aprobación de la Constitución Federal que garantizó el derecho a una educación bilingüe y diferenciada, y del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establece en su artículo 26 que “deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional”.

Este artículo pretende analizar la trayectoria educativa de los pueblos originarios desde el Brasil colonial hasta el advenimiento del nuevo paradigma de reconocimiento de las identidades étnicas diferenciadas de los pueblos originarios normativizado por la Carta

* El texto original fue presentado en portugués. Su traducción estuvo a cargo de Federico Giedzinski y Daniel Meza, integrantes de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación

Magna de 1988 y por el Convenio N° 169 de la OIT.

II. La educación escolar indígena brasileña en tres tiempos

El modelo brasileño de educación escolar indígena puede ser estudiado a partir de tres perspectivas históricas: de **dominación**, de y de **reconocimiento**.

El primer período corresponde a la llegada de los colonizadores en conjunto con una acción evangelizadora católica, que tenía como principios la conversión religiosa y el uso de la mano de obra indígena. En este período, la educación seguía un modelo tradicional, caracterizado por la transmisión de informaciones consideradas como verdades absolutas e incuestionables, lo que se configuraba en una acción de aniquilamiento de los saberes, creencias y valores de los dueños de la tierra. O sea, se utilizaba la educación como estrategia de dominación, abdicación y sumisión. Los religiosos tenían total poder sobre los indígenas, tal como lo establecía el Regimiento de las Misiones de 1686¹, que definía en su primer párrafo que: “Los Padres de Compañía tendrán el gobierno, no sólo espiritual que antes tenían, sino también político y temporal sobre las aldeas de su administración”. Esa ley provocó la expansión de colegios religiosos en muchos lugares de Brasil.

Ese modelo de educación se perpetuó por siete décadas, hasta la expulsión de jesuitas en 1759 como consecuencia de una ruptura entre la corona y la iglesia, cuando quedó prohibida cualquier intervención religiosa en la administración de las aldeas indígenas.

En ese período fue editado el “Directorio de los Indios”, también llamado Directorio

Pombalino. Mientras que los religiosos privilegiaban la catequesis y la conversión de las almas, el Directorio se orientaba hacia la idea de civilización con el fin de transformación “pacífica” de los indígenas, de **integración**.

[...] el famoso Directorio de Pombal y las leyes que antecedieron de inmediato. La expulsión definitiva de los jesuitas del territorio brasileño, en 1759, la transformación de las aldeas indígenas en pueblos y lugares, y la promoción de mestizaje físico y cultural de los pueblos originarios fueron parte tanto de una política de modernización del Estado portugués y de definición de sus fronteras, como de la eliminación hipócritamente pacífica de los pueblos originarios como sociedades autónomas, como naciones o etnias específicas (Gomes 2012, 85).

En las escuelas creadas bajo las normas del Directorio fue impuesta la obligación de enseñar la lengua portuguesa y la prohibición de la lengua guaraní. Las instituciones educativas destinadas a los niños y niñas indígenas funcionaban en regímenes de internado, separados por género. Los niños eran recibidos en estas escuelas a partir de los seis años, cuando aún no hablaban fluido su lengua materna. García (2007) describe la rutina de los niños y niñas indígenas en estos internados:

A la salida del sol, debían levantarse y realizar su higiene personal para luego orar. Después de los rezos, las niñas indígenas irían para el trabajo, que podría ser de costura, de hilvanar o tejer. Luego comerían, tendrían un tiempo de reposo y retornarían al trabajo. Después tendrían la cena, seguida nuevamente de oraciones, y debían acostarse. Según el reglamento, dos objetivos eran los buscados con las niñas: la aptitud para la lengua portuguesa, no estando permitido que hablasen en guaraní, y el aprendizaje de

¹ Este documento otorgaba el derecho de tutela sobre los indígenas capturados por los misioneros portugueses y certificaba el derecho de posesión del 20% de los esclavos a la corona portuguesa.

todos los servicios domésticos necesarios para el buen funcionamiento de una casa. En la escuela, por su lado, los niños también tenían su día rígidamente organizado, del cual poseían un horario específico para cada actividad. Debían levantarse a la mañana, realizar la higiene personal y almorzar. Luego del almuerzo, permanecerían desde las ocho hasta las once en la escuela, donde aprenderían a hablar, leer y escribir en portugués, a rezar y argumentar. Almorzarían al mediodía y tendrían un descanso hasta las dos horas, cuando retornaban para la escuela y allí se quedaban hasta las cinco, excepto en el verano, que entraban a las tres y salían a las seis. Luego de las clases, orarían, cenarían y se acostarían (García 2007, 29).

Los presupuestos que orientaban la práctica educativa en la época del Directorio eran los que regían en la sociedad en general, las niñas debían ser educadas para los servicios de la casa y debían casarse en seguida, de ser posible con un no indígena, para que ocurriese el mestizaje, objetivo principal del proyecto pombalino.

Al final del siglo XIX, nace bajo el “signo de ‘la orden y del progreso’, la República Federativa de Brasil, un Estado positivo, con una sociedad reformada política, económica y culturalmente” (Pérez 2008, 192). En ese contexto, la educación gana relevancia como una de las utopías de la modernidad, como lo describe Mortatti (2004, 55).

Con la proclamación de la República en 1889, se intensificó la necesidad de intervención institucional en la formación de los ciudadanos, sobre todo las nuevas generaciones, por medio de la educación y la instrucción primaria, con el objetivo de revertir el “atraso del imperio” y fundar una “civilización en los trópicos”.

La primera fase de ese período está marcada por la creación, en 1910, del Servicio de Protección al Indígena y Localización de los Trabajadores Nacionales (SPLITN), que más tarde tuvo la función y la denominación específica de Servicio de Protección al Indígena (SPI). Esta fase quedó caracterizada por un intenso proceso de escolarización que buscaba la “integración de los indígenas a la comunión Nacional” que se extendió por casi todo el siglo pasado.

En ese período la educación escolar desempeñó un papel privilegiado, no sólo “amansando” a los indígenas, sino principalmente, “a) integrando a los indígenas a la estructura económica del país como trabajadores rurales conocedores de determinadas técnicas agrícolas e b) inculcando el sentimiento de comunidad nacional, sobre todo en regiones fronterizas, consideradas como estratégicas en la geopolítica del país” (Oliveira y Nascimento 2012, 769).

Es importante remarcar que el objetivo del SPI, a pesar de destacar en su propia nomenclatura la protección del indígena, era la integración de los indígenas a la sociedad nacional, o sea, una continuidad de los programas de reforma pombalina.

En diciembre de 1967, el SPI es sustituido por la FUNAI (Fundación Nacional del Indígena). Este órgano vinculado al Ministerio de Interior fue creado con el objetivo de innovar la política indigenista en Brasil. Sin embargo,

[...] obedeciendo a una fórmula ya presente en las políticas indígenas anteriores, la FUNAI organizaría sus acciones de acuerdo con la lógica según la cual el desarrollo social, asociado al crecimiento económico, daría como resultado el proceso deseado de civilización de los indígenas (Oliveira y Nascimento 2012, 771).

Al final de los años 70, aún durante el período militar, comenzaron a surgir en el escenario político nacional, organizaciones no

gubernamentales enfocadas en la defensa de la causa indígena. Fue en ese período en el que el General Presidente Emilio Garrastazu Médici firmó la ley N° 6.001/73 que dispone sobre el Estatuto del Indígena. Más allá de que el objetivo era la integración, “extiende a la población indígena, con las necesarias adaptaciones, el sistema de enseñanza en vigor del país” (art. 48) y determina que “la alfabetización de los indígenas deberá ser en la lengua del grupo al que pertenecen y en portugués, salvaguardando el uso de la primera” (art. 49).

III. La educación escolar indígena diferenciada, intercultural y bilingüe: tiempo de reconocimiento

Fruto de los movimientos en defensa de la causa indígena, la historia de las relaciones entre el Estado brasileño y las sociedades indígenas comienza a cambiar de hecho. El Estado pasa a reconocer a los pueblos indígenas, ya no como una categoría social en vía de extinción, sino que empieza a respetarlos como grupos étnicos diferenciados, con derecho a mantener su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones. Lo que fue reconocido a partir de la Constitución Federal de 1988, que garantizó a esos mismos pueblos la enseñanza fundamental regular diferenciada impartida en lengua portuguesa y en sus lenguas maternas, estableciendo también procesos propios de aprendizaje (artículos 210 y 231 de la Constitución Federal de 1988)².

Podemos afirmar que la Constitución Federal constituye un verdadero cambio de paradigma normativo. Su artículo 215, inc. 1, indica: “El Estado protegerá las manifesta-

ciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y de otros grupos participantes del proceso civilizatorio nacional”. En ese sentido, se supera la idea colonialista.

La regulación de los artículos previstos en la carta magna de 1988, que garantizó a los pueblos originarios una educación escolar diferenciada, específica, intercultural y bilingüe, tuvo como consecuencia la transferencia de la FUNAI al Ministerio de Educación y Cultura (MEC).

En 1991, el Decreto Presidencial N°26/91 retiró de la FUNAI –con mucha resistencia– la exclusividad de administrar los procesos educacionales escolares en pueblos indígenas. La responsabilidad fue transferida al Ministerio de Educación y Cultura, mientras que la ejecución de las políticas fue conferida a los estados y municipios.

En la opinión del profesor Luciano (302, 5), esa transferencia trajo avances para la educación indígena escolar.

En el ámbito político institucional también ocurrieron varias conquistas importantes. La primera fue la transferencia de responsabilidad de la oferta de educación escolar a los pueblos originarios, del monopolio de la FUNAI hacia los sistemas de enseñanza (Unión, Estados y Municipios), ocurrida en 1991. Este cambio político institucional, asociado al nuevo marco jurídico inaugurado por la Constitución Federal de 1988, posibilitó el surgimiento inmediato de innumerables experiencias innovadoras de escuelas indígenas por todo Brasil, aparte de la expansión de la oferta. Si en 1990 (un año antes de la transferencia de responsabilidad de la FUNAI al MEC) había 754 escuelas atendiendo a 40.000 alumnos indígenas (CNE, 2007), en 2012 esos números se cuadruplicaron en 2.954 escuelas indígenas y 234.569 alumnos indígenas matriculados en la educación básica (INEP, 2012).

² Constitución de la República Federativa de Brasil. Texto con las modificaciones adoptadas por las enmiendas constitucionales números 1/92 a 64/2010 y por las enmiendas constitucionales de revisión números 1 a 6/94.

Como consecuencia de ese proceso, otras leyes fueron elaboradas y sancionadas a partir de los principios expresados en la Carta Magna, en el sentido de construir una educación escolar específica y diferenciada. Entre ellas, destacamos estas:

- La Ley de Directrices y Bases a la Educación Nacional (LDBN) 9394/961 que garantiza a los pueblos originarios el derecho a una educación escolar diferenciada y de calidad. En su artículo 78, afirma que el Sistema de Enseñanza Unificado, con el auxilio de las agencias federales de fomento a la cultura y de asistencia a los indígenas, desarrollará programas integrados de enseñanza e investigación para la oferta de educación escolar bilingüe e intercultural a los pueblos originarios;
- La Referencia Curricular Nacional para las Escuelas Indígenas (1998) que establece los principios y las propuestas pedagógicas y curriculares para las escuelas indígenas, al mismo tiempo que orienta los sistemas de enseñanza para la construcción y el desenvolvimiento de políticas de EEI, pautadas en los ideales de especificidad, diferenciación, interculturalidad, bilingüismo y la escuela comunitaria.
- Las Directrices Curriculares Nacionales para la Educación Escolar Indígena en la Educación Básica, definidas por el Consejo Nacional de Educación (CNE) y homologadas por el MEC en 2012.

Sin necesidad de un profundo análisis, notamos que hubo un avance considerable sobre la situación anterior a la Constitución Federal de 1988.

Todas las leyes educativas citadas anteriormente son aplicadas a la educación básica, que en Brasil corresponde a la Educación Infantil (de 0 a 5 años), Enseñanza Fundamental (de 6 a 14 años) y Enseñanza Media (de 15 a 17 años). En relación con la atención a los niños y niñas menores de 6 años, la Resolución N°

5, de 17 de diciembre de 2009, establece que la Educación Infantil es opcional, siendo potestad de cada comunidad indígena decidir lo que le conviene. La mayoría de las etnias consideran que en ese período el niño necesita vivir su infancia al lado de sus familiares, para aprender las cosas relacionadas a su cultura.

En la línea de reconocimiento de las especificidades de los pueblos indígenas, en 2004 Brasil ratifica³ el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, que apunta a la necesidad de asegurar la participación de los pueblos indígenas en las políticas de Estado que le conciernen.

El Convenio 169 dedica seis artículos, del 26 al 31, al derecho a la educación de los pueblos indígenas, entre ellos la necesidad de enseñanza de la lengua materna y una currícula diferenciada con la participación de la comunidad. En los artículos citados está previsto el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y sus sistemas de educación (art. 27.3), la transferencia progresiva de la ejecución de los programas de educación (27.2), y la garantizándoles la educación en sus lenguas de origen (art. 28). Además, se explicita el objetivo que debe perseguir la enseñanza para esos pueblos: "Art. 29: Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartir conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional".

Otro decreto importante que vino a reafirmar la necesidad de efectivizar una educación escolar indígena diferenciada fue el Decreto N° 6.861, del 27 de mayo de 2009, que creó los Territorios Etnoeducativos (en adelante TEE). En palabras de Luciano (2013, 241)⁴,

³ Decreto N° 5.051, del 19 de abril de 2004.

⁴ Indígena baniwa, profesor de la Universidad Federal de Amazonas, doctor en antropología social por la Universidad Federal de Brasilia, Coordinador general

los TEE pueden ser definidos así:

[...] son áreas territoriales específicas que dan visibilidad a las relaciones interétnicas construidas como resultado de la historia de luchas y la reafirmación étnica de los pueblos indígenas, para la garantía de sus territorios y de políticas específicas en las áreas de salud, educación y etnodesarrollo. Funcionan como una mesa de diálogo por medio de una comisión gestora, que elabora diagnósticos, planes de acción y acompaña el desarrollo de las acciones.

La idea que parece orientar a los TEE es la de crear una organización educativa en conformidad a la territorialidad de pueblos vecinos, independiente de la división política entre estados y municipios. Las acciones posibilitan la discusión sobre territorio, lengua, costumbres y creencias, teniendo a la educación como principio rector.

El origen legal del documento se basa en la concepción de las tierras indígenas expresada en la Constitución Federal de 1988 y en la noción de territorios indígenas formalizadas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tratado internacional ratificado por el gobierno brasileño en 2002, que entró en vigor en el año 2003 y fue promulgado por decreto presidencial en 2004. También acompaña la tendencia política del período, en la que varias políticas federales pensaban el “territorio” como categoría de sistematización y gestión de sus acciones (Sousa 2016, 101).

El decreto intentó hacer operativo lo que ya estaba previsto en las legislaciones y documentos anteriores, especialmente en lo que se

de Educación escolar indígena del Ministerio de Educación (MEC) de 2008 a 2012, autor del proyecto.

refiere a la organización y participación de los pueblos indígenas en la elaboración de una currícula específica y en la creación de una escuela diferenciada. Así, en el primer artículo establece que “la educación escolar indígena será organizada con la participación de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta su territorialidad y respetando sus necesidades y especificidades” (párrafo primero).

Es notorio que algunas categorías avanzaron más que otras. Conforme lo identifica el profesor Luciano:

En el campo jurídico y político las conquistas avanzaron en tres direcciones: en el establecimiento de una estructura jurídica y normativa que reconoce y garantiza las autonomías pedagógicas y de gestión de los procesos educativos de los pueblos indígenas, superando la vieja visión y la práctica política colonial de educación integracionista y tutelar; el reconocimiento político y jurídico de la educación escolar específica y diferenciada como derecho colectivo que orientó la expansión de la atención de la oferta escolar en el ámbito del sistema nacional de enseñanza, superando la visión asistencialista y paternalista del indigenismo colonial, y el reconocimiento de la importancia del protagonismo indígena en todo el proceso educativo de las comunidades indígenas con el surgimiento de profesores y técnicos indígenas en el magisterio y gestión de sus escuelas (Luciano 2013, 2).

De acuerdo con este autor (2013), uno de los mayores desafíos de la educación indígena en la actualidad está en el campo pedagógico, es decir, poner en práctica los conceptos político-pedagógicos innovadores de la educación escolar indígena. Estos desafíos están relacionados con diversos factores, los principales son los sistemas de enseñanza que se resisten a los cambios conceptuales y la falta de equipos

calificados para atender las demandas de las escuelas indígenas, lo que da como resultado un trabajo insatisfactorio en los programas de construcción de escuelas, formación de profesores, elaboración de material didáctico, transporte y alimentación escolar.

Es necesario discutir cómo se instituye una escuela específica y diferenciada para los niños y niñas indígenas. Comprendemos que el primer paso para esa construcción es el rompimiento con la linealidad del tiempo tan común en las escuelas de los no indígenas.

[...] el nuevo modelo de escuela indígena presupone, entre otras cosas, la construcción de un calendario escolar culturalmente específico: en época de cosecha y de los rituales asociados a ella, por ejemplo, las actividades tienen que ser interrumpidas en la escuela para permitir que los alumnos puedan acompañar a los adultos en esta importante esfera de socialización (Maher 2005, 95).

En Brasil existen diversas sociedades indígenas, cada una con tradiciones y culturas específicas, hablando lenguas y dialectos también específicos. Esas sociedades comparten un conjunto de elementos básicos que son comunes a todas ellas y que, al mismo tiempo, las diferencian de la sociedad no indígena. Cada una de ellas tiene una identidad propia, fundada en la propia lengua, en el territorio habitado y explorado, en las creencias, costumbres, historia y organización social, lo que hace necesario formas propias de enseñanza y aprendizaje, basadas en la transmisión oral del saber colectivo y de los saberes de cada individuo⁵.

Esa configuración de educación intercultural exige una currícula pensada y elaborada

por muchas manos y cabezas: educadores indígenas y no indígenas entre otros miembros de las comunidades, niños y niñas, mujeres, jóvenes y ancianos de modo de garantizar que el proceso de enseñanza y aprendizaje se inserte en un contexto en el que, al mismo tiempo que posibilite el acceso a una nueva cultura, también ayude a preservar y valorar la riqueza cultural de su pueblo. Es lo que vino a establecer la Resolución N° 5, del 22 de junio de 2012, de la Cámara de Educación Básica del Consejo Nacional de Educación, que definió las directrices curriculares nacionales para la educación escolar indígena en la educación básica.

Sin embargo, todavía configura un gran desafío,

[...] porque la escuela que conocemos tiene como base la homogeneización: en la que se enseña para todos, en que se agrupan por edades similares, se igualan y disciplinan conocimientos y saberes, modos de actuar, sintetizados en la homogeneización de los tiempos y espacios. [...] ¿Cómo hacer una escuela que no cumpla los días lectivos instituidos para todas las escuelas por el Ministerio de la Educación? ¿Cómo enfrentarse a los tiempos escolares estandarizados y controlados de la vida, con un horario fijo y casi innegociable? ¿Cómo vivenciar el control escolar que exige una asiduidad que desconocen la organización familiar y comunitaria de cada persona o grupo? Del mismo modo, puedo indagar acerca del espacio escolar, cuyos edificios que alojan la institución se confunden con la propia escuela y sugieren un enseñar y un aprender entre cuatro paredes. Con certeza, los desafíos para la constitución concreta de las escuelas específicas y diferenciadas, son grandes (Bergamaschi 2012, 51).

5 Directrices para la Política Nacional de Educación Escolar. Elaborado por el Comité de Educación Escolar Indígena. 2. ed. Brasilia: MEC/ SEF/DPEF, 1994. 24 p. (Cuadernos de Educación Básica. Serie Institucional; 2)

IV. Notas para una conclusión

Este trabajo presentó de forma resumida la trayectoria histórica de la educación indígena en Brasil, sus avances en la legislación y el letargo en las prácticas pedagógicas.

Fue realizado a través de una investigación documental. Seleccionamos para nuestro análisis los principales documentos que orientaron las políticas educacionales dirigidas a la atención de los niños indígenas. Vimos que la Constitución Federal y el Convenio 169 de la OIT se configuran como marcos importantes en el reconocimiento del derecho a la educación diferenciada, bilingüe e intercultural.

Normativamente, el paradigma de dominación e integración que orientó las políticas educativas indigenistas hasta la aprobación de la Carta Magna de 1988 fue suplantado. Pero debemos avanzar para que las leyes efectivamente sean aplicadas y nuestros niños y niñas indígenas accedan a una educación realmente diferenciada, bilingüe, intercultural y de calidad.

Bibliografía

Bergamaschi, Maria Aparecida. 2012. "Povos indígenas: conhecer para respeitar". En: *Povos indígenas e educação*, Bergamaschi, Maria Aparecida; Zen, Maria. Izabel; Habckost Dalla; Xavier, Maria Luisa Merino de Freitas (org.), 7-16. Porto Alegre: Mediação.

Comitê de Educação Escolar Indígena. 1994. "Diretrizes para a Política Nacional de Educação Escolar". Cadernos de Educação Básica. Série Institucional 2. Brasília: MEC/SEF/DPEF.

Garcia, Elisa Frühauf. 2007. "O projeto pombalino de imposição da língua portuguesa aos índios e a sua aplicação na América meridional". *Tempo*, 12 (23): 23-38. FapUNI-FESP (SciELO). Disponible en <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-77042007000200003>

Gomes, Mercio Pereira. 2012. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. Sao Paulo: Contexto.

Luciano, Gersem dos Santos. 2013. "Educação escolar indígena no Brasil: avanços, Limites e novas perspectivas". 36º Reunião Nacional da ANPED, 29 de setembro a 2 de outubro. Goiânia-GO.

Maher, Terezinha de Jesus Machado. 2005. "A criança Indígena: do falar materno ao falar emprestado". En: *O mundo da escrita no universo da pequena infância*. Faria, Ana Lúcia Goulart de; Mello, Suely Amaral (Org), 74-107. Campinas, SP: Autores Associados.

Ministério da Educação e do Desporto. 1998. *Referencial curricular nacional para as escolas indígenas*. Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF.

Mortatti, Maria do Rosario Longo. 2004. *Educação e letramento*. São Paulo: Editora UNESP.

Oliveira, Luiz Antonio y Nascimento, Rita Gomes. 2012. "Roteiro para uma história da educação escolar indígena: notas sobre a relação entre política indigenista e educacional". *Campinas: Cedes*, 33 (120). Disponível em: www.cedes.unicamp.br

Perez, Carmen Lúcia Vidal. 2008. "Alfabetização um conceito em movimento". En: *Alfabetização: reflexões sobre saberes docente e saberes discentes*. Leite, Regina Garcia (org). São Paulo: Cortez.

Sousa, Fernanda Brabo. 2016. "Territórios etnoeducacionais: contextualização de uma política de educação escolar indígena no Brasil". *Políticas Educativas*, 10 (1): 97-111.

El principio de especialidad en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y su adecuación a la realidad chilena

Pablo Aranda Aliaga

Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas de la Defensoría Penal Pública.

I. Introducción

En el año 2005 producto del impacto que tuvo la Convención de Derechos del Niño (CDN), se dictó la ley 20.084 que estableció un “Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la Ley Penal” que entró en vigor dos años más tarde. Esta reforma vino a sustituir el antiguo sistema tutelar y el modelo de discernimiento por el denominado modelo de responsabilidad o doctrina de la protección integral de los derechos del niño.

Este artículo abordará el impacto que la reforma ha tenido en la defensa penal de infractores juveniles, y la adecuación del modelo de responsabilidad adoptado con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial, con la Convención sobre los Derechos del Niño¹ y el principio de especialidad que de él emana.

Con el fin de permitir una adecuada comprensión, es necesario referir brevemente algunas de las modificaciones más relevantes que esta ley introdujo, así como algunos ele-

¹ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

mentos que permitan comprender el proceso penal chileno.

Luego, se confrontará lo proclamado por la ley con la realidad del proceso penal en Chile para determinar su adecuación a los estándares internacionales.

II. El principio de especialidad

La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA) nace frente a la necesidad de ajustar la legislación penal para jóvenes infractores de ley mayores de 14 años y menores de 18 a la fecha de comisión del delito, a las obligaciones adquiridas por Chile al momento de ratificar instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Cillero Bruñol 2006, 106), en especial, la CDN. Así quedó consignado en el mensaje de la LRPA, de acuerdo con el cual la ley sería un “reflejo de los especiales principios reconocidos en la CDN”.

Conforme al mismo mensaje, la LRPA se basa en una responsabilidad especial que sirve de fundamento al establecimiento de un “sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento y durante el control de ejecución de la sanción”.

Así, la LRPA vino a establecer, fundamentalmente, diferencias en la aplicación de penas en contra de los adolescentes y los procedimientos establecidos para ello. No obstante lo anterior, respecto de los procedimientos, si bien hay algunas modificaciones importantes, la ley mantiene, lamentablemente, un apego a las normas generales de enjuiciamiento propia de los adultos.

En cuanto a las diferencias en la aplicación de penas, estas se traducen en sanciones diferentes a las aplicables a los mayores, preferentemente no privativas de libertad, menos severas que la de los adultos y orientadas a fines socioeducativos (Couso Salas 2008, 98). Estas diferencias en el tipo de sanciones que pueden imponerse a los adolescentes, así

como su forma de cumplimiento y el control de su ejecución, constituyen el principio de especialidad reconocido expresamente en la CDN² y derivado, asimismo, de los principios generales del derecho consagrados en instrumentos internacionales (100).

El principio de especialidad ordena, en definitiva, el establecimiento de estándares diferenciados de juzgamiento y aplicación de garantías para los adolescentes (Couso Salas 2012, 270).

III. Manifestaciones del principio de especialidad en la LRPA

Varias son las modificaciones procesales y penales introducidas por LRPA, a fin de dar una respuesta penal especializada a los adolescentes en comparación con los adultos.

En relación con los aspectos procesales derivados de la CDN, existen algunas modificaciones que hablan decididamente del especial trato que le ha brindado el legislador a los jóvenes, según veremos a continuación.

Respecto de las faltas, la ley ha previsto su despenalización para el grupo etario de 14 a 15 años, y respecto de los adolescentes de 16 a 17 ha mantenido solo algunas, todo lo anterior, en pos de evitar el contacto criminógeno.

En materia de prescripción, los plazos han sido reducidos para los crímenes a 5 años y los simples delitos a 2 años, lo cual obedece a la necesidad de tener a los jóvenes vinculados el menor tiempo posible al proceso penal.

En cuanto al procedimiento aplicable, la LRPA establece un alteración a las reglas del procedimiento simplificado (aplicable para los adultos solo en simples delitos), amplian-

² Artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimiento, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declara culpable de haber infringido esas leyes [...]”.

do la posibilidad de aplicación para cualquier hecho. Procediendo, incluso, en la comisión de crímenes para el caso de los adolescentes.

Respecto de las medidas cautelares, se introdujo la denominada internación provisoria, de similares características que la prisión preventiva pero con diferencias materiales como el lugar de cumplimiento, el organismo encargado del mismo -el Servicio Nacional de Menores (SENAME) en vez de Gendarmería-, a la vez que una alteración en las reglas de procedencia.

Por último, se establece en materia de detención que los adolescentes detenidos deben ser puestos a disposición del juez de garantía de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder 24 horas. Además, la audiencia judicial que se celebre a este respecto deberá gozar de preferencia en su programación. Por último, se establece una norma de procedimiento a favor de los adolescentes, quienes solo podrán declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad.

Ahora bien, en materia de sanciones también se advierten modificaciones sustanciales. Estas se dividen en dos grandes grupos, a saber, las penas privativas de libertad y las no privativas de libertad. Las primeras son comprendidas por la ley como medidas excepcionales³, por lo que poseen una duración máxima de 5 o 10 años, según el tramo de edad al que pertenezca el condenado⁴. Se establecen

en este grupo las penas de: i) Internación en Régimen Cerrado con programa de reinserción social y; ii) Internación Semi Cerrado con programa de reinserción social.

El primero de estos regímenes obliga al adolescente a estar en un centro especializado -dependiente del SENAME-, bajo un régimen que garantice la continuidad de sus estudios básicos, medios y especializados, incluyendo su reinserción si ha desertado del sistema escolar, y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal. También busca asegurar la rehabilitación en el consumo de drogas para quienes lo requieran.

El segundo, esto es, el semi cerrado, obliga al joven a residir en el centro, debiendo desarrollar actividades en el medio libre por un mínimo de ocho horas, las que no pueden realizarse entre las 22 y las 7 horas. El centro prepara para "reintegrar" al joven a la sociedad por medio de un programa que se realiza dentro y fuera del recinto, con especial énfasis en el cumplimiento de la educación formal.

Respecto de las penas no privativas de libertad, la ley establece las siguientes: i) *Libertad Asistida*: consiste en la sujeción del adolescente al control de un delegado, conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social; ii) *Libertad Asistida Especial*: consiste en la asistencia de un adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en la educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o

3 Artículo 47. Excepcionalidad de la privación de libertad. Las sanciones privativas de libertad que contempla esta ley son de carácter excepcional. Sólo podrán aplicarse en los casos expresamente previstos en ella y siempre como último recurso.

4 Artículo 18. Límite máximo de las penas privativas de libertad: "Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán

exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad".

adulto responsable; iii) *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad*: El condenado debe realizar actividades no remuneradas a favor de la comunidad o en beneficio de personas en situación de precariedad; iv) *Reparación del daño causado*: consiste en la obligación de resarcir directamente a la víctima el perjuicio causado con la infracción, mediante dinero, la restitución o reposición del objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor, en este último caso, se requerirá de la aceptación previa del condenado y la víctima.; v) *Multa*; y; vi) *Amonestaciones*: Consiste en la represión enérgica por parte del juez, en forma oral, clara y directa, para hacerle comprender la gravedad de los hechos al adolescente y las consecuencias que han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para él mismo, instándole a cambiar de comportamiento y formulándole recomendaciones a futuro.

Como se observa, el sistema está pensado para que la mayor cantidad de condenas sean cumplidas en un entorno libre, siendo la condena privativa de libertad la excepción. Sin embargo y no obstante el matiz garantista planteado, la configuración básica de la ley hace que ésta dependa o se encuentre directamente vinculada con el proceso penal establecido en el Código Procesal Penal, donde si bien éste último resulta idóneo para la satisfacción del debido proceso, no es necesariamente el más adecuado para regular la situación de los adolescentes, debido a que dicho Código no contempla los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, el principio de especialidad (Duce Julio 2003, 103).

Desde el punto de vista orgánico, como ha sostenido Cillero:

Se plantean dudas respecto a la suficiencia de las exigencias legales sobre la especialización de los operadores del sistema de justicia, que quedan condicionadas a la

distribución de la carga de trabajo. No obstante, esta insuficiencia puede ser mitigada mediante directivas del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública (2006, 111).

IV. La Defensoría Penal Pública

En el año 2005, la Defensoría Penal Pública creó –en el marco de la promulgación de la LRPA- la Unidad de Defensa Penal Juvenil, con el fin de generar las directrices que orientarían la defensa penal de jóvenes imputados y condenados, por cuanto esta requería de un nivel de especialización mayor.

En este contexto, la Defensoría Penal Pública dispuso la contratación de 50 abogados especializados en materia penal juvenil para asumir la defensa de jóvenes imputados y, a su vez, dispuso la contratación de 11 trabajadores sociales dedicados al ámbito juvenil quienes realizan, entre otras funciones, un trabajo de colaboración y coordinación entre el defensor y el Servicio Nacional de Menores. Con este equipo multidisciplinario, la Defensoría Penal Pública cubre más del 75% de la demanda de defensa especializada del país⁵.

Los defensores juveniles asumen la defensa de las causas a través de un sistema de turnos. Habitualmente, el defensor juvenil comparece a la audiencia de control de detención (y en algunas ocasiones logra entrevistarse con su defendido en el lugar de detención que dispone las policías antes de la primera audiencia). Para el defensor juvenil termina la causa cuando el adolescente ha cumplido completamente su pena.

La Defensoría Penal Pública dispone anualmente la realización de una academia de defensa juvenil y un taller para asistentes so-

⁵ Datos extraídos del Sistema Informático de Gestión de Defensa Penal (SIGDP).

ciales juveniles, con la intención de capacitar y actualizar periódicamente al grupo de trabajo. A su vez, anualmente también, se realizan cursos avanzados de especialización con la participación de profesores nacionales y extranjeros con el fin de entregar herramientas jurídicas a los defensores, para de esta manera, otorgar una defensa de calidad a los adolescentes imputados de la comisión de un delito.

V. El perfil del infractor juvenil

En Chile, así como en gran parte de Latinoamérica, los acusados de la comisión de actos delictuales pertenecen, en su inmensa mayoría, a estratos económicos bajos. La pobreza y la pobreza extrema se hacen más evidentes en casos de menores de edad, ya que ellos no poseen las herramientas necesarias para hacer frente a sus requerimientos materiales básicos de manera independiente.

De acuerdo a las cifras oficiales, los jóvenes mayores de 14 y menores de 18 años que viven en Chile son más de 1.070.000, sin embargo, durante el año 2014 se vieron involucrados en infracciones a la ley penal 49.131⁶ jóvenes, lo que equivale al 4,5% del total de jóvenes de ese tramo etario. Se trata en su mayoría de adolescentes pobres, desescolarizados o con desfase escolar que provienen de centros urbanos y que se han visto envueltos en dinámicas delictivas atribuidas a diferentes causas, donde destaca la falta de cuidado debido de parte de un adulto responsable, el tiempo de ocio derivado de la deserción escolar, las horas de permanencia en la calle a propósito de algún tipo de trabajo infantil, la socialización con pares negativos vinculados al consumo de drogas y la comisión de infracciones penales, etc.

6 Cifra oficial entregada por el Ministerio Público de Chile en el Boletín Anual 2014, que considera los adolescentes ingresados al sistema penal desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 2014.

Del total de jóvenes que han sido perseguidos penalmente durante el año 2014 en Chile, el 32,4% corresponde a jóvenes cuyas edades fluctúan entre los 14 y 15 años, y un 67,5% al grupo etario de 16 y 17 años⁷.

VI. El proceso penal desde la defensa

El sistema procesal penal chileno está integrado por jueces y fiscales que no tienen dedicación exclusiva a la responsabilidad penal juvenil, por ende, el sistema juvenil utiliza intervinientes del sistema general, los que excepcionalmente están capacitados de la manera adecuada para asumir este tipo de causas, todo lo cual dificulta la labor del defensor.

En la primera entrevista, el defensor penal juvenil debe revisar que en el procedimiento adoptado por las policías al detener al joven, se hayan respetado los derechos y garantías que la Constitución, la ley 20.084 y los instrumentos internacionales ratificados por Chile (en especial la Convención sobre los Derechos del Niño) otorgan a los adolescentes. Resulta fundamental que no se hayan realizado diligencias investigativas que excedan de la mera acreditación de identidad, sin presencia del defensor. La presencia del defensor es indispensable en cualquier diligencia que se requiera al joven. El adolescente no podrá declarar ante la policía. Sólo puede hacerlo ante el fiscal y en presencia de su defensor⁸.

A menudo son vulneradas las garantías de los adolescentes y desobedecidos los mandatos de la LRPA. Así se colige de entrevistas realizadas a varios adolescentes privados

7 De los 49.131 jóvenes imputados, 15.942 son del grupo de 14-15 años y 33.189 de 16-17 años.

8 Artículo 31 de la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal de los Adolescentes. Esta norma, pretende evitar la autoincriminación no informada ni voluntaria y, al mismo tiempo, es la materialización del derecho a defensa técnica.

de libertad⁹, quienes señalaron que durante el proceso no fueron informados de la posibilidad de tomar contacto con su defensor público, que sí firmaron el acta de lectura de derechos, que en algunos casos se practicaron diligencias de investigación, que pasaron hambre, que se les restringió la posibilidad de ir al baño y que, en algunos casos, fueron golpeados y maltratados.

Pues bien, luego de ser detenidos, los adolescentes –una vez realizadas las primeras diligencias de investigación– deben ser puestos a disposición del juez de Garantía, encargado de revisar y controlar la detención, en un plazo que no puede superar las 24 horas¹⁰.

En el tiempo previo a la audiencia de formalización de cargos, los adolescentes pueden contactarse con su defensor, quien los asesorará sobre las eventuales situaciones judiciales a las cuales pueda verse enfrentado el adolescente, etc. Lamentablemente, los cuarteles policiales de Chile, salvo alguna excepción, no están acondicionados en términos de permitir una conversación adecuada entre el adolescente y su defensor.

Una vez controlada la detención, formalizada

la investigación y en caso de que no sea procedente alguna forma de salida alternativa, el Ministerio Público suele solicitar algún tipo de medida cautelar durante el período de investigación. Las medidas cautelares son, en gran parte, mecanismos para asegurar los actos del procedimiento, la seguridad del ofendido o la seguridad de la sociedad¹¹; sin embargo, en caso de delitos graves suelen aplicarse medidas gravosas como la privación de libertad de manera tal que pasa a transformarse en un cumplimiento anticipado de la pena.

En el caso de los adolescentes, existe una medida cautelar ambulatoria que suele asociarse a la señalada en el literal b) del artículo 155, esto es la sujeción a la vigilancia del SENAME. En esta medida cautelar el adolescente está obligado a cumplir con algunas reuniones con un delegado del Servicio Nacional de Menores, que realiza un encuadre de la medida y, posteriormente, trata de ir interviniendo en ámbitos diferenciados como el familiar, escolar, social, etc. Para ello, el SENAME tiene un programa de medidas cautelares ambulatorias, las que intentan mantener vinculado al adolescente al proceso y, a su vez, trabajar con el adolescente en el fortalecimiento de las conductas y factores protectores y a evitar los factores de riesgo (consumo de droga, desescolarización, socialización con pares negativos, tiempo libre mal utilizado, cumplimiento de roles que no corresponden a un joven de su edad, etc.). La sujeción a la vigilancia del SENAME, al ser una medida cautelar inexistente para los adultos, está pensada para evitar que los imputados adolescentes sean privados de libertad, es decir, es una alternativa a la privación de libertad. Sin embargo, su utilización es mucho más extensa, ya que existen jueces que ven en la medida cautelar una instancia de protección para el adolescente, negando o minimizando el contenido de control de la medida cautelar.

9 Entrevistas realizadas por Pablo Aranda, Paola Troncoso y Carla Naranjo, trabajadoras sociales de la Defensoría Penal Pública durante el segundo semestre de 2015 y el primer semestre 2016, en el Centro de Régimen Cerrado Metropolitano Sur, el Centro de Régimen Cerrado Metropolitano Norte y el Centro de Régimen Cerrado Santiago, a 30 jóvenes, 24 hombres y 6 mujeres, que cumplían sus condenas privados de libertad.

10 La Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente señala lo siguiente: "Artículo 31: Detención en caso de flagrancia. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas [...]". La referencia a los arts. 129 y 131 del Código Procesal Penal debe entenderse respecto de la detención y los supuestos de flagrancia.

11 Código Procesal Penal, artículo 139.

Ahora bien, respecto de la internación provisoria –la medida más gravosa del sistema– existen serios problemas a la hora de determinar su procedencia o no. El Ministerio Público solicita la internación provisoria, prácticamente en los mismos casos en que solicita la prisión preventiva para un adulto a pesar de existir una alteración en las reglas de procedencia. Los jueces, por su parte, suelen decretar de la misma forma, sin tener en cuenta la proporcionalidad, la mínima intervención y el carácter excepcional establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Otro de los problemas se relaciona con el juicio oral en lo penal y la determinación de la sanción. La ley 20.084 en su artículo 24¹² señala que uno de los elementos a tener en cuenta para elegir la naturaleza de la sanción, es la idoneidad de la misma para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. Estas materias se alejan del ámbito jurídico en cuanto a los conocimientos y habilidades requeridas, ya que jueces, fiscales ni defensores son expertos en reinserción social.

A lo anterior, se suma el hecho de que los centros privativos de libertad en ocasiones presentan una infraestructura que no es la adecuada y en casos graves, ni siquiera están las condiciones mínimas relacionadas a la dignidad humana (sobrepoblación o hacinamiento, falta de espacios comunes en buen estado, carencia

de talleres o programas, falta de profesionales tanto en el área social como médica, etc.). A toda esta carencia, se debe señalar que el perfil de los jóvenes que se encuentran internos es muchas veces un perfil complicado debido a un cúmulo de situaciones sociales, familiares, sociales, etc. En los centros cerrados de Chile se produce un gran número de violaciones a derechos de los internos, cometidos muchos de ellos por otros internos, por funcionarios de SENAME o por funcionarios de Gendarmería.

VII. Estadísticas de la Defensoría Penal Pública

Datos estadísticos extraídos del Sistema Informático de Gestión de Defensa Penal (SIGDP) de la Defensoría Penal Pública pueden entregar información sobre algunos de los problemas que aquí se han sugerido.

En relación a las medidas cautelares, la prisión preventiva, que para el caso de los adolescentes es llamada internación provisoria, fue decretada a nivel nacional en el 6,6% de los casos¹³. Dicho porcentaje baja en 0,5% cuando se trata de adolescentes.

En relación a los delitos cometidos por personas que fueron defendidos por la Defensoría Penal Pública, durante el año 2014, el de mayor impacto fue el de lesiones (con un 19,7%), seguido del delito de hurto (13,6%), delitos contra la libertad e intimidad de las personas (12,7%) -constituido en su gran mayoría por el delito de amenazas-, delito de la Ley de Tránsito (10,3%). Entre estos cuatro delitos se llevan más del 56% del total de los investigados¹⁴. Sin embargo, al analizar el delito juvenil, el hurto constituye el 21,8% del total de causas, se-

12 Artículo 24. "Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios: a) La gravedad del ilícito de que se trate; b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal; d) La edad del adolescente infractor; e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social".

13 Sobresale el caso de las regiones de Tarapacá (16,2%) y Antofagasta (11,9%).

14 En relación al delito de mayor gravedad, los robos no violentos constituyen el 5,6%; el robo el 4,4%; Ley de drogas 4,1%; delitos sexuales 1,3% y homicidios 0,4%.

guido de los robos no violentos con el 14,6%, los robos con el 14,4% y otros delitos contra la propiedad con el 14,2%. Es decir, la amplia mayoría del delito juvenil atenta contra la propiedad, la que es considerada como un bien jurídico de gran importancia por la Constitución Política del Estado de 1980 y, por ende, infringir este derecho lleva asociado penalidades altas y la posibilidad de que se decrete durante la investigación la medida cautelar privativa de libertad: la internación provisoria.

En la práctica, un 76% de los adolescentes defendidos por la Defensoría Penal Pública a quienes se les decretó la internación provisoria, no fue condenado a una pena de régimen cerrado. Lo que es indicativo del mal manejo de la proporcionalidad exigida en el artículo 33 de la ley 20.084 por parte de los intervinientes¹⁵.

En relación a la reincidencia, las cifras existentes pertenecen al Servicio Nacional de Menores¹⁶, y demuestran una tasa de reincidencia general que tiene algunas variaciones con el correr del tiempo, pero no hay cambios significativos.

Cohorte* \ Tiempo	2 meses	24 meses
2009	40,83%	54,9%
2010	36,78%	50,85%
2011	35,49%	49,89%
2012	38,95%	53,75%
2013	38,62%	**

* Cohorte se refiere a la totalidad de sujetos que egresan de sanciones de justicia juvenil dentro de un año determinado.

** Aún no existen cifras oficiales

¹⁵ Cifra obtenida del SIGDP para el período 2016.

¹⁶ Estudio 2015: reincidencia de jóvenes infractores de la LRPA. Se contabiliza el total de jóvenes que egresa después de cumplir su condena, considerándose sus condenas por delitos cometidos en un lapso de 12 y 24 meses. Disponible en www.sename.cl

Del total de reincidentes, el 80% tenía más de 18 años, un 18% tenía entre 16 a 17 años y sólo un 2% pertenecía al tramo de 14 y 15 años. Sin embargo, los jóvenes reincidentes de 14 a 15 años presentaron una tasa de reincidencia del 61,2% a los 12 meses de egresados y de un 77% a los 24 meses. Los jóvenes del grupo 16-17 años presentaron una tasa de reincidencia de 54,2% a los 12 meses y de 67,6% a 24 meses. Finalmente, los mayores de 18 años presentaron una tasa de reincidencia de 33,8% a los 12 meses y de un 49% a los 24 meses.

De lo anterior, podemos señalar que, en términos de tasa de reincidencia, los jóvenes sometidos a sanciones de régimen cerrado y semicerrado “presentan las más altas, siendo quienes más contribuyen al aumento en la tasa de reincidencia general, aun cuando son la minoría”¹⁷. En contrapartida, los programas de libertad asistida especial obtienen los mejores resultados en términos de reincidencia ponderando un 32,6% a los 12 meses y un 46,7% a los 24 meses.

VIII. Hacia perspectivas de reinserción

De lo expuesto, se evidencia la precariedad material y la falta de especialidad del sistema penal juvenil chileno. Si bien es cierto que la actual legislación es un avance en comparación al sistema imperante hasta el año 2007, es evidente que el sistema requiere de algunas modificaciones, tanto de fondo como de forma.

Existe una gran brecha entre lo que señalan las leyes con respecto al trato que debe recibir todo adolescente imputado de haber cometido algún delito, en comparación al trato que efectivamente recibe.

¹⁷ Estudio 2015: reincidencia de jóvenes infractores de LRPA. Se contabiliza el total de jóvenes que egresa después de cumplir su condena, considerándose sus condenas por delitos cometidos en un lapso de 12 y 24 meses. Disponible en: www.sename.cl

Urge la especialización de las policías, toda vez que la realización de procedimientos investigativos al margen de la ley o con inobservancia de garantías y derechos que poseen los jóvenes y que se encuentran consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley nacional, devienen en procedimientos viciados que son objeto de control judicial. No sólo existe un mal procedimiento que hace caer la investigación, sino que, además, se violan derechos y garantías de los adolescentes. Se produce un doble daño, al joven en primer lugar y luego a la investigación (persecución penal) como efecto colateral.

En el caso del Ministerio Público, el hecho de no contar con equipos multidisciplinarios encargados de la pretensión punitiva en el ámbito de responsabilidad penal juvenil, se traduce en una persecución penal que no contempla suficientemente las especificidades de la adolescencia consagradas en diversos instrumentos internacionales. Un fiscal, cuyo trabajo se concentra mayoritariamente en el mundo penal de adultos, no puede ejercer un trabajo especializado y menos, tener en cuenta las diferencias psicológicas entre jóvenes y adultos, las necesidades de reinserción de los adolescentes, el impacto que provoca la persecución penal en la vida de un joven, la idoneidad de una sanción determinada, etc. Se requiere que el Ministerio Público tenga fiscales especializados para realizar una persecución penal acorde a parámetros internacionales, que sea respetuoso de los derechos y garantías que se consagran para este grupo etario.

El Poder Judicial, por su parte, debe especializarse de manera urgente en Chile, es la única manera de revertir malas prácticas que entorpecen el sistema penal juvenil y que no contribuyen en los procesos de reinserción de los imputados adolescentes. El ejemplo más claro se vislumbra en el uso desproporcionado de la medida cautelar de internación provisoria, donde la privación de libertad se uti-

liza sin tener en cuenta la proporcionalidad de la pena, lo que llega a triplicar la cantidad de internos provisorios en comparación a los condenados a régimen cerrado con programa de reinserción social. La internación provisoria se gatilla casi automáticamente y por los mismos delitos que habitualmente quedan privados de libertad los adultos. Esta réplica del sistema general en el ámbito juvenil ha causado un número excesivo de internos provisorios que finalmente no son condenados a penas privativas de libertad. En estos casos, la medida cautelar resulta ser mucho más gravosa que la pena.

La Defensoría Penal Pública, durante el año 2016, tuvo un 72% de adolescentes privados de libertad durante la etapa de investigación que quedaron finalmente absueltos, con formas de término que no implicaban una condena o condenados a penas no privativas de libertad¹⁸.

No es de extrañar, entonces, que parte importante del contenido de la ley 20.084 no sea aplicado por falta de conocimientos técnicos en materia de infancia y adolescencia por parte de los intervinientes, en especial fiscales y jueces.

Por otra parte, es evidente cómo el sistema de justicia juvenil recurre al sistema de justicia general para dar solución a temas no tratados expresamente en la ley especial. Lamentablemente, la ley penal y procesal penal general se utiliza para resolver problemas jurídicos que, teniendo una solución específica en la ley 20.084, entran en colisión con la forma en que el sistema de justicia de adultos lo soluciona.

Debemos avanzar rápido en un cambio cultural que sea respetuoso de la dignidad de todos los jóvenes de este país. Un sistema de justicia penal juvenil especializado es la única garantía, precisamente, de justicia.

¹⁸ Dato extraído del Sistema Informático de Gestión de Defensa Penal.

Bibliografía

Cillero Bruñol, Miguel. 2006. “Comentario a la Ley Responsabilidad Penal de Adolescentes”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, 8: 106-112. Santiago, Chile: UNICEF.

Couso Salas, Jaime. 2008. “Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal de adolescentes: El caso de la ley chilena”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, 10: 98-112. Santiago, Chile: UNICEF.

Couso Salas, Jaime. 2012. “La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII: 270.

Duce Julio, Mauricio. 2003. “El Proceso en el Proyecto de Ley que crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Avances y Problemas”. *Revista de Derechos del Niño*, 2: 103. Universidad Diego Portales - UNICEF.

Documentos de organismos internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

SECCIÓN IV

ENTREVISTAS

La experiencia de Miguel Cillero Bruñol

Miguel Cillero Bruñol

Abogado de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Profesor Titular de Cátedra de Justicia Penal Juvenil de la Universidad Diego Portales, Investigador Cátedra Derecho y Menores Universidad Pontificia Comillas de Madrid y Director General del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI).

Por Damián R. Muñoz

Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales de Menores N° 2, co-titular de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación.

Damián Muñoz (DM): Teniendo en cuenta su especialidad en la materia, ¿qué recuerdos tiene de su infancia y adolescencia? ¿Tuvo alguna experiencia que le haya servido o le sirva para reflexionar, en tanto especialista, sobre esa etapa tan particular de la vida?

Miguel Cillero Bruñol (MCB): Mis experiencias infantiles, como las de todas las personas, marcan la vida entera. Crecer bajo el amparo y cariño de una familia, participar de un ambiente escolar que fomentaba mi desarrollo y conciencia social, tener respaldo frente a situaciones o acontecimientos que nos muestran la vulnerabilidad de la salud, fueron para mí experiencias relevantes.

Asimismo, mi país en las décadas de los 70 y 80 estuvo afectado por graves crisis políticas y sociales de las cuales todos nos hacíamos conscientes. Creo que lo vivido en esa época me enseñó a valorar conjuntamente el valor de la protección y de la autonomía, así como la necesidad de protegernos del abuso y de la violencia, y la relevancia del Derecho y la democracia.

DM: ¿En qué momento y por qué motivaciones se inclinó hacia el estudio de la abogacía?

MCB: Yo tuve una vocación jurídica tardía, ya que primero me incliné por estudiar medicina, estudios que abandoné para dedicarme

al Derecho. Creo que tras ambos intereses se encontraba una marcada vocación social, que terminé por consolidar a través del estudio y la práctica de la justicia y los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

DM: ¿En su formación universitaria tuvo materias vinculadas a la cuestión de la infancia y la adolescencia? ¿Qué motivos lo llevaron a especializarse en estas cuestiones?

MCB: Prácticamente no tuve estudios sobre la materia. Mi acercamiento al tema se produjo al iniciar con un grupo de personas un trabajo de voluntariado en una cárcel de adultos, en que se encontraban privados de libertad personas menores de edad. Fue en 1985, el último año de mis estudios. Descubrir el grado de indefensión jurídica en que se encontraban y el total desprecio y abandono en que el derecho de la época tenía a las personas menores de edad fue el aliciente para dedicarme prácticamente toda mi vida profesional y académica a contruir un marco jurídico de reconocimiento de los niños como sujetos de derecho y de las garantías que ellos deben tener para lograr su desarrollo integral y protegerse de toda forma de abuso, vulneración de derechos y malos tratos, incluidos los que sistemáticamente se desarrollaban en el marco de la justicia de menores de los años 80 en mi país.

DM: ¿Cuáles fueron los temas que más le sorprendieron o preocuparon cuando comenzó su aproximación a las cuestiones de infancia y adolescencia?

MCB: La falta de garantías sustantivas y procesales de los niños privados de libertad por razones “penales”, así como la situación jurídica de los niños que se encontraban bajo protección del Estado en instituciones públicas y privadas.

Me impactaba el total desequilibrio de poder entre unos jueces omnipotentes y unas facultades de los defensores prácticamente inexistentes.

Intentar ser “abogado del niño” en el marco de esas legislaciones tutelares de menores era muy difícil y desafiante porque no existían herramientas procesales, había que crearlas y en la litigación se fueron ganando espacios que luego fueron plasmándose en la legislación. Fue un gran esfuerzo de fundamentación.

Éramos abogados de derechos humanos de los niños, antes de la aprobación de la Convención.

DM: ¿Algunos de esos temas considera que, en la actualidad, fueron resueltos o continúan vigentes?

MCB: Ciertamente son temas que han mejorado. La Convención sobre los Derechos del Niño generó un proceso de transformación importante de esta legislación. Si bien se ha avanzado mucho, todavía quedan enormes temas pendientes.

DM: De esos temas pendientes ¿cuáles cree que son los más importantes?

MCB: Creo que en los temas de defensa jurídica todavía hay una deuda importante a nivel de América Latina. En el caso de Chile, si bien hemos avanzado mucho en la representación en juicio, tenemos un grave déficit durante el período de ejecución.

Igualmente preocupante es la falta de especialización de los operadores del sistema y los déficit en el desarrollo normativo de los sistemas penales juveniles.

DM: ¿Qué experiencias rescata de su desempeño como abogado defensor? ¿Cuáles son las características principales que debe tener un defensor especializado de niñas, niños y adolescentes?

MCB: Primero que nada, debe saber derecho. Conocer todo el derecho y las especificidades del derecho de infancia. En el caso que no haya normas específicas, ser capaz de elaborar razonamientos que provienen del derecho público, del derecho penal o de fami-

lia, según el caso. Se trata de integrar múltiples perspectivas dogmáticas para el caso concreto y esforzarse por que los tribunales apliquen el corpus iuris de protección internacional de los derechos de los niños, que sigue siendo un marco más avanzado y completo que la legislación nacional, especialmente en países como Chile donde todavía no termina de adecuarse la legislación interna a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia.

DM: Y más allá de la capacitación jurídica específica, ¿existen otras particularidades no vinculadas al derecho? Me refiero, concretamente, a la exigencia o conveniencia de que el defensor especializado posea una escucha, un lenguaje y una empatía particulares para poder ejercer una defensa técnica eficaz de los adolescentes.

MCB: Los abogados defensores deben formarse específicamente para atender y entender los intereses de sus representados. Esto genera más desafíos en el caso de representar adolescentes infractores y un entrenamiento especial interdisciplinario que favorezca la relación entre abogado y adolescente de modo que el abogado pueda efectivamente asegurar la participación del adolescente en el juicio y favorecer siempre sus intereses y autonomía. Es fundamental que el abogado se aleje de cualquier forma paternalista de comprender su función.

DM: Uno de los temas en los que fue pionero y analizó en profundidad fue el principio del interés superior del niño, propiciando una dogmática desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. ¿Considera que ha existido una evolución favorable, en líneas generales, en su interpretación y aplicación? ¿Se ha logrado imponer, al menos mayoritariamente, una operatividad de garantía del principio?

MCB: Uno de los aportes más relevantes de la CDN fue la consagración de un conjun-

to de principios valorativos formalizados que deben guiar todo el derecho de la infancia. Entre ellos, uno de los más relevantes es el interés superior del niño.

Al valorar lo que ha pasado en los últimos 30 años con la comprensión y aplicación de ese principio, creo que no cabe duda que se ha logrado pasar desde una interpretación unilateralmente paternalista del interés superior del niño -que se identificaba con entregar poderes discrecionales a los jueces o autoridades-, a una interpretación más limitada y garantista donde lo central es la consideración del niño como sujeto de derecho y la realización y protección de sus derechos como la cuestión central de la justicia de infancia y adolescencia.

DM: Sin perjuicio de la dificultad que toda generalización supone, ¿qué evaluación puede hacer de la vigencia de la CDN en la región? ¿Es posible afirmar que la niñez y la adolescencia latinoamericana se encuentran efectivamente más protegidas y resguardadas, más allá de la enunciación normativa?

MCB: Esta pregunta es siempre complicada porque supone asumir un supuesto contrafáctico: ¿qué habría ocurrido en la región si no se hubiera ratificado la CDN?

Creo que en el ámbito de la justicia juvenil, por ejemplo, es evidente que la CDN ha servido como orientación de reformas positivas pero también como límite al autoritarismo penal y a diversas formas de populismo punitivo. ¿Qué habría pasado con la justicia penal adolescente sin la Convención? Creo que tendríamos un sistema mucho más autoritario y punitivo en el marco de una justicia de menores que habría querido seguir utilizando las sanciones penales al margen de las exigencias de los principios de legalidad, de culpabilidad y de las garantías del debido proceso.

Creo que si bien no se ha logrado poner término a la discrecionalidad injustificada, que

era la base del antiguo derecho de menores, se han impuesto relevantes contrapesos como, por ejemplo, la vigencia del principio de estricta legalidad con todas sus garantías en la justicia penal adolescente, que en este ámbito es –de un modo insólito– una conquista que recién se empieza a construir después de 1989.

A nivel de libertades y derechos de participación también las transformaciones son relevantes, así como en la progresiva aplicación del derecho del niño a ser oído.

En el ámbito de las relaciones de familia, también la CDN ha tenido un impacto relevante.

Sin CDN, estoy seguro que la situación jurídica de los niños sería peor y estoy convencido de que, también, sus condiciones materiales de vida se habrían visto afectadas. A casi 30 años de la CDN, hago una valoración positiva de su influencia aunque ciertamente habría aspirado a transformaciones más rápidas y más profundas.

DM: En la región, y también en el mundo, suelen presentarse cíclicamente campañas de determinados sectores políticos y mediáticos con propuestas de endurecimiento punitivo hacia los adolescentes. ¿Existen patrones comunes en estas campañas, más allá de los países donde se presentan? ¿Está sobredimensionada la cuestión penal adolescente?

MCB: Todo indica que el fenómeno de la cuestión penal adolescente ha sido tomado como una privilegiada bandera de lucha del populismo punitivo y de su compañero de ruta: el reemplazo progresivo de las políticas sociales por el control penal, especialmente de los jóvenes más excluidos del sistema social en los sectores urbano populares de las grandes ciudades. La ecuación menos protección social, más penalidad y una justificación ideológica de la expansión del poder punitivo marca a todas las sociedades occidentales, no sólo a América Latina.

Por su parte, la inexistencia de una cuan-

tificación científicamente rigurosa del fenómeno delictual permite instalar valoraciones inadecuadas basadas en percepciones más que en la realidad.

A partir de esta valoración interesada, se plantean soluciones simplistas que transitan por dos dimensiones paralelas pero concurrentes: intensificación del poder punitivo y debilitamiento de las garantías sustantivas y procesales de la justicia penal adolescente contenidas en la CDN.

En este ámbito de la disminución de las garantías se dan dos grandes corrientes, que muchas veces se combinan en un objetivo común: hacer desaparecer o impedir el nacimiento de la justicia penal adolescente.

La primera corriente a la que Hassemer caracterizaba como tendencia hacia la indiferenciación promueve que la reacción respecto a ciertas formas de aparición del delito juvenil se asimile a la respuesta punitiva que se da en el caso de los adultos, afectando la garantía de la especialidad, característica ineludible de la justicia penal adolescente. Un ejemplo extremo fue el intento de bajar la mayoría de edad penal en Uruguay para ciertos delitos que habría permitido juzgar y sancionar como adultos a personas menores de 18 años.

Un ejemplo menos radical es permitir que en sede penal juvenil se abandonen las garantías y se establezcan penas que por su intensidad, duración y modo de ejecución sean propias de los adultos. Se trata de lo que en Estados Unidos se denomina *blend jurisdiction*, sistemas híbridos en que en el marco formal de la justicia penal de adolescentes especializada se aplican penas de adultos o juveniles de larga duración y, normalmente, en procesos dotados de menores garantías.

La segunda corriente, que en muchos aspectos remite a lo que se ha denominado el neomenorismo, recurre a la vieja idea de que no son necesarias las garantías penales, que podríamos prescindir en lo sustantivo del

principio de culpabilidad y que es más relevante la protección que las garantías formales.

Estas ideas, en general, tienden a cuestionar la idoneidad protectora/garantista y reductora del poder punitivo del sistema penal adolescente contenido en la CDN; comprenden en ocasiones la especialidad como un alternativa a las garantías penales sustantivas y procesales, y favorecen una limitación de la aplicación del sistema penal adolescente o, derechamente, su superación por otros mecanismos como la justicia restaurativa o la imposición de medidas de protección restrictivas de libertad a edades muy tempranas en el marco de procesos tutelares que no se basan en la responsabilidad penal, ni se limitan por las garantías del debido proceso penal.

En general, estas posiciones tienden a aumentar la discrecionalidad judicial y el valor de los precedentes judiciales, por sobre las garantías derivadas del principio de legalidad y del debido proceso. Se trata de sistemas que no renuncian al castigo penal, pero sí a las garantías que el sistema constitucional e internacional le impone como límite al poder punitivo.

En este caso el centro del debate se encuentra en la edad mínima de responsabilidad penal y, en consecuencia, sobre la franja de edad en que se aplicaría la justicia penal adolescente. Mientras más estrecha sea la franja de edad, los artículos 37 y, especialmente, el 40 de la CDN pasan a ser letra muerta. Por ello creo que el sistema debe extenderse entre los 14 y 18 años, aceptando siempre la posibilidad de excluir de responsabilidad penal a quienes se encuentren en dicha franja de edad, pero que carezcan de capacidad de culpabilidad.

En el ámbito de la ejecución, el sistema especializado debe hacerse cargo de la total ejecución de las sentencias, particularmente de las privativas de libertad.

Es de notar, que el riesgo mayor hoy día parece ser una combinación de las dos posiciones: derecho penal de adultos para los

adolescentes de mayor edad o que cometan delitos graves; y para el resto, un sistema de protección altamente desformalizado y con amplia discrecionalidad judicial para utilizar instrumentos coercitivos privativos de libertad al margen de las garantías que imponen los artículos 37 y 40 de la CDN. Este sistema de protección con componentes punitivos se aplica de preferencia a los sectores afectados de una mayor vulnerabilidad social.

DM: Usted tuvo una participación muy destacada en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” de la Corte IDH. ¿Qué balance puede hacer de su intervención en este caso? ¿Qué evaluación hace de la sentencia dictada por la Corte IDH?

MCB: Creo que ese proceso ante el Sistema Interamericano fue una experiencia profesional muy relevante. Comparecí en el juicio como perito y traté de exponer varios puntos principales que creo que fueron recogidos en la sentencia. El primero, que es el mismo que he sostenido en varias respuestas anteriores, es la vigencia del principio de legalidad y la ilegitimidad para el derecho internacional de la aplicación de cualquier pena de adulto a personas que son condenadas por hechos realizados antes de los 18 años.

La segunda cuestión era sostener argumentos que permitieran a la Corte afirmar que las penas perpetuas aplicadas a adolescentes argentinos violaban la prohibición del artículo 37 de la CDN y que no era posible alegar, de acuerdo a los estándares internacionales de interpretación, que esas penas admitían posibilidades ciertas de excarcelación.

La tercera idea fundamental, que se desprende de las dos anteriores, era que el sistema penal adolescente en aplicación en Argentina debía ser reformado por contravenir el orden jurídico internacional y que eso exigía una reforma legislativa.

Por supuesto, también argumenté sobre la grave vulneración de derechos que una sen-

tencia perpetua inflige a los codenados adolescentes y sobre las condiciones en que esas sentencias fueron ejecutadas.

La sentencia creo que recogió los aspectos centrales del conflicto, pero sus efectos reales, en el ámbito de las reformas estructurales al sistema, han sido limitados.

Creo que el hecho que el Ministerio Público de la Defensa de Argentina haya promovido esta causa en el sistema interamericano fue para mí también una circunstancia muy relevante, porque es una demostración de la fortaleza institucional y de la relevancia de la defensa pública para garantizar los derechos de los adolescentes.

DM: Su intervención en el caso “Mendoza” le permitió conocer en profundidad la compleja y deficitaria situación del sistema penal juvenil argentino. ¿Cuáles son los problemas más graves que observa? ¿Y, concretamente, cuál es su opinión de la defensa pública especializada en materia de niñez y adolescencia en este particular contexto?

MCB: La situación del sistema penal para las personas menores de edad en Argentina es, de acuerdo a mi lectura de lo resuelto por la sentencia de la Corte Interamericana, contraria a las exigencias del derecho internacional. Sin embargo, al no existir consenso sobre el sistema de reemplazo y no haber una voluntad política e institucional por dar cumplimiento a las exigencias que la CDN determina, hay una situación de empantanamiento que sólo favorece el inmovilismo y la continuidad de un sistema que no tiene legitimidad.

El déficit de legalidad del sistema impone al sistema judicial una carga adicional que en algunos casos es resuelto aplicando la CDN y en otros, violándola directamente. El régimen penal de la minoridad no tiene ninguna legitimidad y su aplicación constituye en sí misma una violación de la CDN, que violenta la conciencia de los operadores del sistema judicial

que se ven obligados a regirse por sus normas. En este sentido, creo que la defensa pública debe mantener una constante y permanente denuncia de este marco jurídico inicuo.

Desde un punto de vista conceptual, me parece fundamental promover un consenso sobre los pilares del sistema que no pueden ser otros que las garantías derivadas del principio de legalidad, la plena vigencia del debido proceso penal y el conjunto de garantías adicionales contenidas en la CDN. Se debe reconocer que el sistema de justicia penal adolescente contenido en la CDN responde a un derecho penal de culpabilidad o responsabilidad de carácter especial, limitado y orientado hacia la protección del desarrollo de los adolescentes, que debe ejecutarse en el marco de una protección integral de sus derechos y orientarse hacia la inclusión social.

Respecto a la cuestión más debatida, la de las edades, me parece que el aspecto clave es definir, a partir de los criterios ya dichos en el párrafo anterior, que ningún adolescente puede ser juzgado o condenado como adulto –aspecto que hoy no se cumple de acuerdo a la sentencia Mendoza– y que nadie que se encuentre por debajo de la edad mínima de responsabilidad que se establezca pueda recibir sanciones penales, en el marco de procedimientos judiciales o administrativos de protección, que no cumplan con los presupuestos sustantivos y procesales que limitan el poder punitivo, es decir que sean impuestas fuera de lo que internacionalmente conocemos como el sistema de justicia penal adolescente contenido en la CDN.

En este contexto, el Ministerio Público de la Defensa tiene una tarea complicada. Por una parte, se encuentra frente a penas de adultos impuestas a personas que eran adolescentes al momento de la comisión del delito, penas que debe atacar por su ilegitimidad, tanto desde el punto de vista sustantivo como por los procedimientos en los que se dictaron.

Por otra, existe el riesgo que los procedimientos de protección –policiales, administrativos o judiciales- se desborden e terminen imponiendo formas de coacción que tienen legalmente vedados, porque serían materialmente parte del poder punitivo.

En este sentido, me parece que el Ministerio Público de la Defensa al haber impulsado el Caso Mendoza como un caso de violación de derechos humanos a nivel nacional e internacional, marca la pauta a seguir. Sugeriría que la defensa pública en materia de niñez y adolescencia debe -junto con utilizar todas las herramientas procesales disponibles en los ámbitos de su actuación- construir estos casos como de violación de derechos humanos; levantar información y supervisar la aplicación de penas encubiertas en sistemas de protección, vigilar las actuaciones policiales relativas a menores de 16 años y considerar un ámbito de actuación de la defensa que abarque toda la actividad punitiva del Estado, independientemente del marco formal –penal, de control o de protección– en que pudiera desarrollarse.

En mi experiencia y conocimiento, esa fue la labor de la defensa en aquellos países donde el ámbito de lo penal y lo proteccional se encontraba confundido o tenuemente delimitado.

DM: Quiero detenerme aquí en un tema al que hizo referencia y que resulta extremadamente sensible en nuestro país: la edad mínima de responsabilidad penal juvenil. Ud. mencionó recién la necesidad de promover un consenso sobre los pilares de un nuevo sistema y la situación de empantanamiento en la que nos encontramos. El año pasado el Ministerio de Justicia de la Nación convocó a distintos organismos, especialistas y operadores para discutir esos acuerdos básicos para un nuevo régimen. De esas mesas, en las que participó activamente la Defensoría General de la Nación, surgió un notable consenso (casi unánime) a favor de la reforma sin necesidad de disminuir la edad

de punibilidad y, al mismo tiempo, fortaleciendo y jerarquizando los sistemas de protección para delimitarlos tajantemente de las intervenciones punitivas. Ante este innegable consenso, que incluye un abanico muy extenso de organismos, actores institucionales y académicos, pero muy especialmente de los operadores especializados, ¿no deberían brindarse razones fuertes, por ejemplo, estadísticas serias y confiables, que justifiquen la intención de duplicar la franja etaria de los adolescentes punibles?

MCB: Lo fundamental en este aspecto es crear un sistema penal juvenil que se funde en una responsabilidad por el acto y en la garantía de culpabilidad, y que asegure el establecimiento legal de una edad mínima que respete esos criterios y que impida cualquier respuesta punitiva bajo esa edad, cuestión que, en mi opinión, la actual normativa no garantiza.

El problema no es estadístico sino de habilitación legítima a utilizar instrumentos punitivos de un modo sustantivo. Este es un problema valorativo y fáctico. Mientras no se renuncie de una manera real y no solamente discursiva a la utilización del recurso punitivo bajo la actual edad de punibilidad, es necesario regular todas esas respuestas por la única alternativa compatible con el derecho internacional y seguida por todos los países de América Latina y de Europa, que es la creación de un sistema penal juvenil.

DM: Considerando los avances logrados y las cuestiones aún pendientes para garantizar efectivamente los derechos de las niñas, niños y adolescentes, ¿cuáles considera que son los temas principales para una agenda para la niñez y adolescencia del siglo XXI?

MCB: Creo que el tema central será construir un sistema de garantías para el que todos los niños, niñas y adolescentes pueden ejercer sus derechos, protegiéndolos de toda forma de interferencia, abuso y dependencia arbitraria, removiendo los obstáculos que

encuentren para ejercer sus derechos y desarrollando un marco de garantías normativas, institucionales y financieras que aseguren la satisfacción de sus derechos.

Asimismo, creo que los temas de responsabilidad penal juvenil seguirán siendo importantes especialmente en América Latina. En particular, porque uno de los objetivos de un sistema penal de adolescentes adecuado a los estándares de la CDN es permitir dejar un amplio espacio a los sistemas de protección y garantía de derechos y poner límites estrictos al populismo punitivo y al intento de reemplazar la falta de políticas públicas de protección de los derechos de la infancia por medio de la ampliación del control penal. Un sistema penal de adolescentes diseñado de acuerdo a la CDN limita la aplicación del sistema penal y exige el despliegue de otras políticas de promoción y protección de los derechos.

DM: Muchas gracias por su tiempo y predisposición. Ha sido un placer conocer más de su trayectoria y seguramente todas sus palabras serán una gran motivación para todos operadores del Ministerio Público de la Defensa que trabajan con niñas, niños y adolescentes.

**Revista del Ministerio Público de la
Defensa de la Nación**

N°13. Noviembre 2018

Editora:

Stella Maris Martínez

Director:

Gabriel Ignacio Anitua

Escriben:

Damián R. Muñoz

María Carolina Paladini

Virginia Sansone y Santiago Ferrando Kozicki

María L. García Morabito

Viviana A. Schweizer

Germán Darío Martín

Silvia Guemureman

Patricia Arias

Gonzalo Andrés López

Marisa Graham

*Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 Ley
26.657) de la Defensoría General de la Nación*

María Cecilia Caputto y Juan Pablo Olmo

Laura Saldivia Menajovsky

Gustavo Caramelo

Esmeralda Arosemena de Troitiño

Jaime Couso

Lucía Vernazza

Javier Palummo

Adriana Francisca de Medeiros Andreza de Fátima Medeiros y

Gois Neiva Cristina de Araújo

Pablo Aranda Aliaga

Coordinación:

Julieta Di Corleto

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Diseño y diagramación:

Subdirección de Comunicación Institucional

Ilustración de tapa:

*“Juanito Laguna remontando su barrilete” de Antonio Berni
(1973)*

*Óleo, latas, telas, plástico, madera, cuerda y papel sobre madera,
192 x 109 cm*

Colección particular. Copyright Luis Emilio de Rosa, Argentina

*El contenido y opiniones vertidas en los artículos de esta revista
son de exclusiva responsabilidad de sus autores.*