

Adolescentes: víctimas y victimarios

Una mirada filosófica a una problemática social compleja

Fabiola V. Piemonte¹

SUMARIO: I.- Visión filosófica del castigo y responsabilidad penal; II.- Criminalización de los jóvenes: vulnerabilidad, derecho penal y selectividad penal; III.- Teoría de la «*alienación legal*»: postulados y conceptualización; IV.- Vulneración de derechos vs. estándares internacionales en materia de Justicia Penal Juvenil; V.- El abordaje temprano en territorio o “*el deber ser del sistema de protección de infancias*”. VI.- Conclusiones; VII.- Bibliografía

RESUMEN: A lo largo de este breve texto intentaré dar respuesta, desde la mirada de la filosofía del Derecho penal, a un interrogante que se plantea cotidianamente en el fuero penal juvenil, donde los adolescente revisten simultáneamente un doble rol. Son victimarios –por haber cometido un delito– y víctimas –por el alto grado de vulnerabilidad en que suelen encontrarse–. En el contexto social actual, el grado de violencia territorial y la ausencia del Estado como operador eficaz en sectores de extrema pobreza ha permitido el avance y la instalación de estructuras delictivas complejas, que compiten con ese Estado ausente pareciera en el territorio, y captan a los adolescentes como mano de obra barata y eventualmente prescindible.

¹ Fabiola Piemonte. Abogada (UNR), medidora, Esp. en Magistratura Área Penal (UNR), Especializanda en Criminología (UNQuilmes) y en Derecho Penal (UCA). Prof. adscripta en las cátedras de Derecho Procesal Penal (UNR) y Derecho Procesal Penal (UCA). Ex Directora Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe. Ex Coordinadora Unidad Interdisciplinaria Abordaje en Medios de Prueba a Niñas, Niños y Adolescentes víctimas o testigos de delito (UIAMP).

En este breve aporte, analizaré algunas cuestiones referidas al castigo dentro del Derecho penal, y abordaré el modo en que, la búsqueda del castigo a quienes delinquen, repercute directamente en el sistema de administración de justicia. Sistema que, atento a los estándares internacionales, debe acudir al Derecho Penal como *ultima ratio* cuando hablamos de menores de edad. En este ámbito, deben primar la promoción y protección de derechos por sobre el castigo y la aplicación de pena, para evitar la hipervulnerabilidad y la criminalización innecesaria.

PALABRAS CLAVE: Filosofía jurídica penal – derecho penal juvenil – adolescentes – víctimas – victimarios

I.- Una visión filosófica del castigo y la responsabilidad penal

Partiendo de un interrogante que se viene planteando en el fuero penal juvenil: «¿por qué, y bajo qué circunstancias, un menor de edad punible sometido a proceso penal puede revestir el rol de victimario y víctima a la vez?», analizaré algunas cuestiones referidas al castigo dentro del Derecho penal, y abordaré el modo en que, la búsqueda del castigo a quienes delinquen, repercute directamente en el sistema de administración de justicia.

Entendiendo por “*quienes delinquen*” a los adolescentes sujetos a proceso, que revisten simultáneamente un doble rol: son victimarios –por haber cometido un delito–, y víctimas –por el alto grado de vulnerabilidad en que suelen encontrarse–. Por encontrarse ellos, inmersos en un contexto social actual, en el cual, el grado de violencia territorial y la ausencia del Estado en sectores de extrema pobreza, ha permitido el avance y la instalación de estructuras delictivas complejas, que compiten con ese Estado ausente en el territorio, captando adolescentes como mano de obra barata y eventualmente prescindible.

Nos encontramos entonces, ante un sistema que, atento a los estándares internacionales, debería primar la promoción y protección de derechos por sobre el castigo y la aplicación de pena, para evitar la hipervulnerabilidad y la criminalización innecesaria y que termina acudiendo al Derecho Penal – de *ultima ratio* o *mínima intervención* cuando hablamos de menores de edad-, por ser, a veces, la primer intervención posible.

Para dar inicio a este análisis desde una mirada filosófica, me remitiré a parte de la obra del filósofo del Derecho Penal argentino Marcelo Ferrante², abriendo un hilo para abordar el problema a tratar. Este autor resalta como una nota esencial del Derecho Penal su carácter de práctica social que ha dado lugar a investigación filosófica: desde la discusión sobre la justificación del castigo hasta la explosión del área de investigación denominada, precisamente, filosofía del Derecho penal.

De hecho, Ferrante dedica un capítulo de su libro a exponer los rasgos característicos de algunas de las manifestaciones más sobresalientes de esta investigación filosófica referida al Derecho penal.

Así comienza por hablar del *castigo*, entendido como el territorio probablemente más recorrido por la filosofía del Derecho penal, y de la *justificación* del castigo. Desde la filosofía antigua hasta nuestros días, la pregunta por la justificación del castigo ha estado siempre presente y sigue abierta. En un sentido profundo, la pregunta es: ¿por qué (y en su caso, bajo qué condiciones) puede ser correcto provocarle intencionalmente un mal a alguien que ha cometido otro mal? Puesto de otro modo –en una expresión que toma de H. L. A. Hart–, ¿cuál es la receta de *alquimia moral* que permite transmutar esos dos males (el mal hecho por el autor del crimen y el mal que hace un grupo de funcionarios estatales) en un bien, en algo que debemos fomentar?

Según el autor³, la concepción del Derecho penal como una práctica esencialmente retributiva abre la puerta al campo más amplio de la filosofía del Derecho penal: el de la elucidación de las condiciones generales de la responsabilidad penal. El campo es amplio, pues incorpora el área más general de la filosofía moral referida a la responsabilidad moral. En efecto, la concepción retributiva del derecho penal presupone que la responsabilidad penal implica responsabilidad moral y, por lo tanto, la investigación sobre las condiciones de la responsabilidad penal es en parte la investigación de las condiciones de la responsabilidad moral. Así, el estudio de las condiciones de la responsabilidad penal no se agota en el estudio de las condiciones que el derecho positivo fija para la imposición del castigo penal.

Antes bien, el estudio de la responsabilidad penal es –en parte– el estudio de las condiciones. Si las reglas sociales que administran esa forma de trato no se lo asignan son, en esa medida, incorrectas.

² FERRANTE, Marcelo, 2015, “*Filosofía jurídica penal*”, UNAM, México, cap. 57.

³ *Idem*.

¿Qué es entonces ser responsable? ¿Cuáles son las condiciones metafísicas de la responsabilidad? En particular, ¿implica la responsabilidad moral alguna clase de libertad? En ese caso, ¿cuál? ¿Es conceptualmente posible la responsabilidad moral si es verdadera la tesis determinista más fuerte (esto es, si todos los eventos del mundo, incluyendo todo lo que hacemos, está determinados por las leyes que gobiernan el mundo físico)? ¿Qué son las acciones, eso de lo que somos característicamente responsables? Si somos responsables por algunas de nuestras acciones (por cosas, esto es, que *hacemos*), ¿somos igualmente responsables por algunas de las cosas que *omitimos* hacer? En ese caso, ¿en qué condiciones acciones y omisiones son equivalentes? ¿Qué papel juega la causalidad? ¿Cuál es el papel de las creencias y otros estados mentales? Estas, así como muchas otras preguntas fundamentales de la responsabilidad moral, son el objeto del vastísimo campo de la filosofía moral que se convierten en preguntas relevantes de la responsabilidad penal una vez que ésta es concebida, en parte, en términos retributivistas.

En relación a la criminalización, el autor⁴ afirma que gran parte de las reglas que componen los Derechos penales consisten en reglas de criminalización: reglas que caracterizan clases de comportamientos y asignan penas a su realización. He aquí otro campo de la investigación filosófica sobre el Derecho penal dirigido a la evaluación de esas reglas. Más en particular, la teorización en este campo pretende determinar qué clase de razones deben guiar la labor legislativa penal (en particular al criminalizar *clases* de conductas); razones que, a su vez, han de aparecer también de modo central en la tarea interpretativa.

Por último, Ferrante menciona un área de la investigación filosófica sobre el Derecho penal que ha tenido muy escaso desarrollo en comparación con el que tienen las anteriores: la investigación sobre el proceso penal. En este terreno, el autor sostiene que la investigación de carácter filosófico se ha concentrado especialmente en la indagación de los fundamentos de algunos derechos fundamentales relacionados con los procedimientos penales.

II.- Criminalización de los jóvenes: vulnerabilidad, derecho penal y selectividad

Siguiendo esta línea de pensamiento, y aplicándola al Derecho Penal Juvenil, aparece conducente avanzar sobre un tema controvertido que se relaciona

⁴ *Ibidem*.

íntimamente con la criminalización de determinados grupos, en particular, de aquellos que revisten condiciones múltiples de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad –minoría de edad, género, pobreza y sometimiento al proceso penal–. Y también con la cuestión acerca de por qué, y bajo qué circunstancias, un adolescente –un menor de edad punible– sometido a proceso penal, puede adquirir en el devenir del proceso el rol de victimario y a la vez el de víctima.

Para ello es útil repasar las ideas que Roberto Gargarella⁵ ha desarrollado en su análisis de textos de Antony Duff y sus estudios sobre lo que llama «*alienación legal*».

Gargarella comienza su análisis con referencia a las *palabras* que pronuncia el Derecho, con pretensión de autoridad, sobre todos nosotros, los miembros de una cierta comunidad. Dice el autor que el derecho *habla* y cuando lo hace, no habla como todos nosotros, sino reclamando nuestra representación: se autoasigna el poder de poner en marcha el aparato de la coerción estatal. Y no se trata sólo de que el derecho se encuentra investido de dicho poder excepcional. Ocurre, además, que tal ejercicio de la coerción es el único que, en principio y salvo contadas excepciones, consideramos ejercicio legítimo de la fuerza.

Es, entre otras razones, por tal circunstancia –por esa capacidad que tiene para hacer uso legítimo de la coerción– que los justiciables debemos exigirle al Derecho que piense y justifique bien cada uno de sus movimientos. Es por ello, además, que las acciones que emprende o deja de lado merecen el máximo escrutinio de nuestra parte. Y es este hecho, entre otros, el que justifica depositar en los ciudadanos los más amplios poderes de control y reclamo: aquí reside, sin dudas, la defensa más importante de los derechos cívicos a la expresión crítica y la protesta.

Gargarella también hace referencia a un uso particular de la coerción: el que aparece cuando el derecho causa daño o inflige dolor sobre particulares individuos y grupos. Es decir, cuando el Derecho (penal) habla para disponer un castigo, contra quien(es) ha(n) cometido una cierta falta, y merecen ser reprochados por su omisión o conducta. Pero se centra en aquellos casos en los que el Derecho habla –imponiendo su fuerza– en el marco de un contexto definido por la pobreza y desigualdad. En estas situaciones –tan frecuentes– de profunda injusticia social, los problemas generales que se encuentran para justificar el castigo se tornan mucho

⁵ GARGARELLA, Roberto, 2011, “*El castigo como injusticia*”, Revista Derechos y Libertades, Universidad de Castilla, Madrid, n° 25.

más serios y obligan a preguntarnos sobre la validez misma de las normas –o la estructura de normas– vigentes, que se presentan socialmente como legítimas.

En casos de fuerte injusticia social se corre el riesgo de que el Estado comience a mimetizarse con –o a representar exclusivamente– a los sectores más favorecidos por la desigualdad, a asumir su voz y a hablar como ellos. Esta era la posibilidad que anticipaba y rechazaba Rousseau, quien imaginaba y deseaba un Derecho que la comunidad pudiera reconocer como propio, y en el que pudiera sentirse reflejada. Para él, en situaciones de fuerte desigualdad, las personas iban a dejar de compartir visiones, necesidades e intereses comunes. En tal situación, por tanto, iba a ser imposible alcanzar algo así como la «voluntad general» y el derecho ya no iba a poder constituirse en reflejo de las aspiraciones de todos.

En el mismo sentido de lo antes expuesto, Julio Maier ha descrito la selectividad del sistema penal como algo inherente a la limitación operacional de las agencias ejecutivas del poder punitivo.

De modo que su programa de ejecución se queda reducido a un grupo de personas que son elegidas y seleccionadas, y que muchas veces recae, estructuralmente, sobre los sectores más carenciados de la sociedad (lo que incluye grande parte de las minorías).

Estas minorías devienen siendo como chivos expiatorios a quien se criminaliza primariamente o por ser el camino más fácil de ejecución del programa del estado preocupado con lo que va a pensar la opinión pública y los medios masivos de comunicación. La discusión sobre la baja de edad de imputabilidad es un claro ejemplo de esto.

Maier⁶ sostiene que la selección está forzada por el propio sistema y que se manifiesta a través de estereotipos (generalmente alguien que tiene una característica externa o, agregaría, una condición de vulnerabilidad) construidos por prejuicios sociales existentes en cada época de la sociedad, provocado por la comunicación masiva que son reproducidos por las agencias ejecutivas del poder punitivo de la misma época.

El profesor Zaffaroni⁷ explica esos prejuicios de la siguiente forma: «[...] *los prejuicios (clasistas, racistas, xenófobos, sexistas) van configurando una fisionomía del delincuente*

⁶ MAIER, Julio, 2016, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Editorial Praxis Jurídica, Buenos Aires, tomo I.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, 2007, “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2da. Edición 1ra. Impresión.

en el imaginario colectivo, que es alimentado por las agencias de comunicación: construyen una cara de delincuente. Quien son portadores de rasgos de esos estereotipos corren serio peligro de selección criminalizaste, aunque no hagan nada de ilícito.».

III.- Teoría de la «alienación legal»: postulados y conceptualización

En contexto de las características antes mencionadas, podríamos concluir que la ciudadanía comienza a perder identificación con la ley y que se diluyen sus razones para sentirse obligada por ella. Se plantea así la revisión sobre la validez del Derecho penal en situaciones de profunda injusticia social.

Como expone Gargarella referenciando a Duff, este autor, hace una reconstrucción *rousseauniana* de esto dentro del mundo de la teoría penal, en su teoría de la alineación legal, y como reflexión sobre los modos en que el derecho moderno habla y castiga. Ha escrito Duff⁸:

«Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos.».

Partiendo entonces de la tradición republicana, *rousseauniana*, en la que Duff se apoya, se expone como idea, que el derecho es «la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos» y, la preocupación por aquellos habituales casos en donde encontramos «fallas persistentes y sistemáticas», en lo que hace al trato de individuos o grupos

⁸ DUFF, Antony, 2001, *“Punishment, communication and community”*, Oxford University Press, Oxford.

particulares. Haciendo una especie de conceptualización sociológica del fenómeno que intenta definir desde la concepción del derecho.

Gargarella⁹ realiza su propia conceptualización de alienación legal sobre la base de lo antes mencionado. Expresa que, con dicho concepto, se refiere a situaciones de sistemática violación de derechos básicos, que inevitablemente comprometen (por el ese carácter permanente en el tiempo de aquellos agravios) al sistema legal.

Para este autor, la forma de visualizar este concepto consiste en tomar a dicha situación como una directamente opuesta a la que Rousseau presentaba bajo la idea de «voluntad general»: si en este último estadio nos encontramos con una comunidad que se autogobierna y se ve reflejada en las normas que dicta (de modo tal que cuando obedece a aquellas se obedece a sí misma), en las situaciones de alienación legal (como las describe Duff), toda o parte de la comunidad tiene razones para ver al derecho como algo ajeno.

El derecho sería una especie de creación extraña que no viene a servir, sino que amenaza o ignora los propios intereses, en sus aspectos más fundamentales.

Conviene aquí detenernos a reflexionar sobre el caso de las normas penales originadas en sociedades marcadas por la pobreza y la desigualdad; es decir, comunidades socialmente injustas, en las cuales los niños nacen, crecen y se desarrollan en contextos sub-óptimos. En estos casos, –podemos asumir y anticipar, razonablemente– existe un riesgo muy alto de que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto.

Es decir, en estas situaciones existen fuertes chances de que un pequeño grupo –el más beneficiado dentro de ese contexto de desigualdad y pobreza– utilice su poder de influencia para apropiarse del proceso de creación normativa (o presionar indebidamente sobre el mismo) de modo tal de orientar el uso de la coerción estatal a su favor. En el peor de los casos, ese orden represivo puede utilizarse para custodiar la propia situación aventajada, persiguiendo y sancionando penalmente a aquellos que, de algún modo, osan ponerla en cuestión pero que previamente fueron «sancionados» por la desidia del accionar estatal que solo actúa –en algunos casos, cuando hablamos de infancias– desde su aparato represor y no desde la política pública preventiva.

⁹ *Ibidem*

IV.- Vulneración de derechos vs. estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil

Teniendo en cuenta la reconstrucción que hemos alcanzado, podríamos decir que ante situaciones de sistemática vulneración de derechos fundamentales (alimentación, vivienda, salud y educación básica, desarrollo en un medio familiar alojante subjetiva y materialmente), y sin un adecuado abordaje temprano en territorio, debe presuponerse la existencia de condiciones de alienación legal. Es decir, de condiciones que socavan la autoridad de todo o parte del Derecho vigente. Y esta presuposición nos insiste en que pongamos bajo sospecha la validez de las normas penales vigentes en sociedades socialmente injustas y, más aún, en relación a las adolescencias que son sometidas a proceso penal.

Esta especial atención a las adolescencias no es un posicionamiento caprichoso, sino que está fundado convencional y constitucionalmente. Nuestro país ha adherido a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que contempla a los menores de edad como sujetos plenos de derecho y –en sus artículos 37 y 40– marca el rumbo en relación al sistema de justicia penal adecuado para los menores de edad. También enmarca los principios rectores y garantías procesales de ineludible cumplimiento, y es posible complementarla con instrumentos de *soft law* como las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio o las Directrices de Riad.

No obstante ello, cuando un menor de edad delinque queda claro que siempre estamos hablando de «Derecho penal» o, como resalta el prof. Raúl H. Viñas, «de un ‘verdadero derecho penal’ –cuya finalidad apunta con más énfasis a la reeducación y a la reinserción social del menor– que en sustancia se caracteriza porque sus normas y principios jurídicos abarcan las imposiciones de penas, medidas de seguridad y otras consecuencias accesorias originadas en la comisión de delitos, pero que, en este caso, son específicamente perpetrados por menores»¹⁰

Como señalaba Zaffaroni¹¹ ya en la década de los ochenta, aún dentro del paradigma de la tutela del menor «*no pueden negar(se) todos los derechos del sometido a ella, puesto que en tal caso llegaría a ser más tremenda que la pena. Esta consideración se ha impuesto*

¹⁰ VIÑAS, Raúl H., 2011, “*La responsabilidad penal de los menores en el tercer milenio*”, Editorial Suarez, Mar del Plata, página 9.

¹¹ *Ibidem*

como una reacción lógica ante los abusos del criterio tutelar y ha llevado a una mayor 'judicialización' del derecho del menor de edad en el derecho comparado de los últimos años».

Sin perjuicio de mantener el recordatorio en obras más recientes, ahora lo señala como el punto de inflexión a partir del que se inicia un movimiento de judicialización del derecho penal de niños y adolescentes que está en pleno apogeo y que, como señala Bobbio, afirma la idea de que «*el futuro de la democracia no está ligado al niño como ciudadano futuro sino como ciudadano actual, en el sentido pleno de la palabra*».

En esta línea, Esteban Righi resalta que en el derecho contemporáneo se han expresado puntos de vista que pugnan por reinstalar al menor de edad en el escenario del «derecho penal criminal», no para tornar más represivo al sistema, sino todo lo contrario: «Lo que se procura es asegurar las garantías del menor en las instancias de control estatal, advirtiendo que el fin tutelar que orienta el sistema que los rige (se está refiriendo a la Ley 22278) pone de manifiesto escasa incidencia correctiva y se traduce en cambio en una flexibilización de derechos, que es consecuencia de una consideración unidimensional y por los mismo inaceptable, de puntos de vista preventivo- especiales»¹².

Postulado con el cual coincido sólo en parte puesto que, atento la dificultad que se advierte desde hace años por parte del Estado para garantizar derechos básicos a grupos determinados, se produce una dicotomía manifiesta entre la protección procesal *pretendida* y la desprotección social *cierta*. Debería primar claramente la protección social en materia preventiva, y el Derecho penal operar como *ultima ratio*, para de esta forma evitar encontrarnos con adolescentes que delinquen por ser ella la única forma de supervivencia dentro del contexto social que los ha atravesado subjetivamente desde su primera infancia.

La Observación General N° 24¹³ del Comité de los Derechos del Niño –que sustituye a la observación general núm. 10 (2007), relativa a los derechos de los niños en la justicia de menores– refleja los cambios que se han producido desde 2007 como resultado de la promulgación de normas internacionales y regionales, la jurisprudencia del Comité, los nuevos conocimientos sobre el desarrollo en la

¹² RIGHI, Esteban, 2007, “Manual de Derecho Penal Parte General”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 1° edición, página 318.

¹³ Comité de los Derechos del Niño, 2019, “Relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil”, Observación General Nro. 24, Naciones Unidas.

infancia y la adolescencia, y la experiencia de prácticas eficaces –como las relativas a la justicia restaurativa–.

La observación general abarca cuestiones concretas, como las relativas a los niños reclutados y utilizados por grupos armados no estatales, incluidos los clasificados como grupos terroristas, y los niños en sistemas de justicia consuetudinaria, indígena o de otra índole no estatal.

Manifiesta el Comité que los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo, tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.

El Comité reconoce además que el mantenimiento de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial, incluido el sistema de justicia juvenil. Sin embargo, los Estados partes deben cumplir ese objetivo con sujeción a sus obligaciones de respetar y aplicar los principios de la justicia juvenil consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Según se indica claramente en el artículo 40 de la Convención, *“todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe recibir siempre un trato acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor”*. Las pruebas demuestran que la prevalencia de los delitos cometidos por niños tiende a disminuir tras la adopción de sistemas acordes con esos principios.

Ante lo expuesto, se agenda poner especial atención en la situación de los niños víctimas de explotación en todas sus formas. Ello pues, –como surge de un informe realizado con asidero en postulados internacionales, por la Defensoría Pública de la Justicia Federal en Rosario, en abril del 2014, según el cual 150 adolescentes fueron detenidos por trabajar en búnkers, informe en virtud del cual la PROTEX elaboró un dictamen en el que planteaba la hipótesis de que fuera trata con la finalidad de obligarlos a vender ‘sustancias estupefacientes’– el sometimiento desde edades tempranas a condiciones de injusticia social conlleva la identificación y participación en grupos determinados dentro del territorio cercano y constituye, por tanto, un presupuesto de la trata de personas.

Estos grupos, que conforman micro-estructuras delictivas, en la práctica requieren la comisión de delitos por parte de sus miembros como forma de supervivencia dentro de la estructura delictiva, lo que suprime toda forma de

elección libre, o deja a la muerte como única opción ante la negativa a delinquir o la falla en el resultado esperado.

Las Naciones Unidas han verificado y determinado que lo expuesto configura reclutamiento y explotación de niños por parte de estos grupos delictivos, incluidos los clasificados como grupos terroristas o de crimen organizado, no solo en zonas de conflicto sino también en zonas no conflictivas, pero de altos niveles de violencia territorial.

Cuando están bajo el control de esos grupos, los adolescentes pueden ser víctimas de múltiples formas de vulneración a sus derechos como ser reclutados; recibir instrucción en el uso de armas; ser utilizados en hostilidades y/o actos de intimidación pública; llevar a cabo ejecuciones; ser utilizados para el transporte o la venta de drogas. Violaciones a sus derechos que sólo reeditan las situaciones de vulneraciones de derechos básicos sufridos previamente por el contexto de injusticia social en cual nacieron y se desarrollaron.

V.- El abordaje temprano en territorio o “*el deber ser del sistema de protección de infancias*”

Claro es, a treinta y cuatro años de la Convención sobre los Derechos del niño, no puede desconocerse que los niños poseen los derechos de todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado¹⁴.

Pero, asimismo, estos derechos especiales que tienen las personas menores de edad por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento es un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial, de la norma de *ut supra* mencionada y del Pacto de San José de Costa Rica, además de Reglas de Brasilia, Reglas de Tokio y Beijing, y, Directrices de Riad, entre otros.

Por otra parte, no puede obviarse que la ley 26061 proyecta una trascendencia fundamental, en la medida que, recepciona todo este plexo normativo convencional, anqué constitucional, ampliándose en la normativización interna,

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, “*Condición jurídica y derechos humanos de los niños*”, Opinión Consultiva Nro. 17, párrafo 54.

derechos y garantías de las infancia, con el fin de cumplimentar lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “*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...*”. Debiendo, además, los Estados Parte comprometerse a asegurar la protección y cuidado de los niños que sean necesarios para su bienestar.

En este orden de ideas, es menester destacar que las investigaciones llevadas a cabo por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, plasmadas en su última observación consultiva, han demostrado que los programas intensivos de tratamiento basados en la familia y la comunidad, diseñados para introducir cambios positivos en aspectos de los diversos sistemas sociales (hogar, escuela, comunidad, relaciones entre iguales) que contribuyen a crear graves dificultades de comportamiento en niños, reducen el riesgo de que éstos entren en los sistemas de justicia juvenil.

La Convención en los artículos 17 y 18, exige que los Estados parte presten la asistencia necesaria a los padres (u otras personas encargadas del cuidado de los niños) para que estos cumplan sus responsabilidades relativas a dicha crianza. Existe una correlación entre la inversión realizada en la atención y la educación de los niños en la primera infancia y unas tasas más bajas de violencia y delincuencia en el futuro, que requiere necesariamente de mayor y mejor presencia de los actores del primer nivel de intervención, es decir, con presencia cercana en el territorio al centro de vida del niño, para acompañar este desarrollo de las infancias en la familia y en la escuela.

La Observación general núm. 24¹⁵ relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil enmarca lo antes mencionado, enunciado como postulado inicial y por tanto de especial atención para los Estados a la “*Prevención de la delincuencia infantil, incluida la intervención temprana dirigida a los niños que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal*” como parte de los Elementos Fundamentales para una política integral de justicia juvenil.

Se prioriza, por tanto, la intervención temprana para los niños que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal recomendándose, dar respuestas multidisciplinarias y adaptadas a las necesidades de los niños cuando se dan los

¹⁵ *Ibidem*

primeros indicios de un comportamiento que, si la niña o el niño superara dicha edad mínima, se consideraría un hecho delictivo.

Se sugieren, intervenciones precedidas de una evaluación integral e interdisciplinaria de las necesidades del niño, siendo la prioridad absoluta, que les niños reciban apoyo en sus familias y comunidades. En los casos excepcionales en que se requiera un acogimiento fuera del hogar familiar, esta modalidad alternativa de cuidado debería producirse preferiblemente en un entorno familiar, aunque en algunos casos puede ser apropiada la asistencia residencial, a fin de proporcionar la variedad de servicios profesionales necesaria. Utilizándose como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y debe estar sujeta a revisión judicial conforme a lo establecido en la Ley 26061.

La citada Observación¹⁶ refiere, además, que un enfoque sistémico de la prevención incluye también evitar el acceso al sistema de justicia juvenil mediante la despenalización de delitos leves, que a menudo son consecuencia de la pobreza, la falta de vivienda o la violencia familiar. Recomendación que en nuestro sistema interno deviene en abstracta, atento el sostenimiento como legislación de fondo en la materia, de una ley sancionada y modificada durante el último gobierno de facto – Ley N° 22.278- que mantiene vigentes los postulados de un modelo tutelar y un sistema de juzgamiento penal inquisitivo desajustados ambos al plexo normativo convencional concerniente a las infancias y adolescencias.

Por lo expuesto, resulta incorporado al derecho interno, con plena operatividad, un conjunto de instrumentos internacionales que precisamente tienen por finalidad limitar el poder punitivo del Estado en los casos de delitos cometidos por personas menores de edad. Surgiendo de lo reseñado, inequívocamente que, de los principios que rigen en relación a las adolescencias, el derecho penal juvenil debe operar como “ultima ratio”, de manera subsidiaria y siempre atendiendo al *interés superior del niño*, siendo la principal obligación de los Estados parte dotar de los recursos necesarios al Sistema de Protección con el fin de garantizar derechos inherentes al fortalecimiento de las familias y las instituciones que alojan material y subjetivamente a los niños en su primera infancia, generando de esta forma dispositivos que permitan abordar tempranamente el delito en el territorio. (cfr. voto de la Dra. Ledesma en “M., C. A. y otros s/ rec. revisión”, Cám. Fed. Casación Penal, Sala II, 21.08.2012).

¹⁶ *Ibidem*

VI.- Conclusiones

A modo de corolario en este intento de esbozar una respuesta al interrogante planteado sobre «¿por qué, y bajo qué circunstancias, un menor de edad punible sometido a proceso penal puede revestir el rol de victimario y víctima a la vez?», debo decir que entiendo que la norma –el Derecho penal en este caso– ha operado como un límite inválido e ineficaz desde el Estado para con algunos grupos sociales expuestos a injusticia social o *alienación legal* desde temprana edad, cuyas condiciones de vulnerabilidad repercuten conjuntamente en un mismo sujeto: menoría de edad, pobreza, sometimiento a proceso penal, eventualmente la condición de mujer¹⁷.

A partir de estas especiales circunstancias –signadas por un cuasi arrasamiento de los derechos básicos en contextos territoriales con altísimos índices de violencia interpersonal– que fungen como nicho para el crecimiento de grupos delictivos afines al delito complejo y a la narco criminalidad, nos encontramos con adolescentes que ingresan al delito y se encuentran con el Derecho penal como primera forma de intervención estatal.

El delito es para ellos una condición *sine qua non* para pertenecer o permanecer en sus grupos –con los cuales se identifican identitariamente, ante la ausencia de otras formas de identificación garantizadas tempranamente por parte del Estado a través de políticas públicas de abordaje preventivo en territorio–. Se trata de adolescentes sometidos a proceso penal por hechos dañosos contra terceras personas muchas veces sin opción de elección ante el requerimiento de delinquir –vida de otros, muerte propia– y, muchas otras, sin la subjetividad suficiente para consentir libre y voluntariamente la pertenencia que les impone para la permanencia, ese accionar violento el cual no pueden interpelarse por ser lo único conocido desde la temprana edad.

La consecuencia de las circunstancias expuestas es la criminalización de menores de edad, reclutados por el delito, víctimas primero de un Estado que pareciera ausente y luego, de organizaciones criminales. Adolescentes que

¹⁷ Tema que decidí no abordar en el presente trabajo atento a que reviste suma complejidad el fenómeno que se viene relevando en relación a la participación delictiva de las jóvenes dentro de las estructuras de delito complejo que abarcan la narcocriminalidad y la explotación sexual, y cuyo sometimiento a proceso pone en crisis a los operadores debido al estándar convencional sobre especialidad –perspectiva de infancia– y perspectiva de género en clave de derechos humanos.

delinquen y son sometidos a proceso penal como victimarios por el daño producido a otros.

Surge por tanto como urgente la efectivización de políticas públicas que doten eficazmente de recursos a los operadores del sistema de protección de infancias y adolescencias creados legislativamente para garantizar todos los derechos reconocidos convencional, constitucional y legalmente a estos sujetos de derechos, cuya hipervulnerabilidad requiere de un abordaje temprano en territorio cierto y palpable para acompañar un desarrollo pleno de las infancias a través de una contención social adecuada que se traduzca en una intervención real de *mínima intervención* del Derecho Penal como receptor excepcional de adolescentes vulneradores de derechos de otros, vulnerados previamente en sus derechos. Adolescentes victimarios y víctimas, víctimas y victimarios.

VI.- Bibliografía

- FERRANTE, Marcelo, 2015, “*Filosofía jurídica penal*”, UNAM, México, cap. 57.
- GARGARELLA, Roberto, 2011, “*El castigo como injusticia*”, Revista Derechos y Libertades, Universidad de Castilla, Madrid, n° 25.
- MAIER, Julio, 2016, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Editorial Praxis Jurídica, Buenos Aires, tomo I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, 2007, “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2da. Edición 1ra. Impresión.
- DUFF, Antony, 2001, “*Punishment, communication and community*”, Oxford University Press, Oxford.
- VIÑAS, Raúl H., 2011, “*La responsabilidad penal de los menores en el tercer milenio*”, Editorial Suarez, Mar del Plata, pagina 9.
- RIGHI, Esteban, 2007, “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 1° edición, página 318.
- Comité de los Derechos del Niño, 2019, “*Relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*”, Observación General Nro. 24, Naciones Unidas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, “*Condición jurídica y derechos humanos de los niños*”, Opinión Consultiva Nro. 17, párrafo 54.