

Fallo “H., A. O. s/ infracción ley 23.737” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¿Es contrario al procedimiento penal para personas no punibles regulado en la legislación entrerriana?

Pablo A. Barbirotto

a) Resumen del Fallo.

El 24 de junio del corriente año la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados “H., A. O. s/ infracción ley 23.737”¹, declaró procedente el recurso e hizo lugar a la impugnación de la defensa contra la resolución que ordenó la convocatoria a prestar declaración indagatoria a un adolescente de 15 años de edad.

Los ministros Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton revocaron el pronunciamiento apelado y devolvieron la causa al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo.

Las actuaciones se iniciaron a partir de datos obtenidos por una denuncia anónima. El juez federal interviniente dispuso autorizar el allanamiento de una vivienda de construcción precaria en la que se desarrollaban actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes, y en el lugar se encontró a un adolescente de 15 años.

¹ Fallo completo en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/06/fallos89274.pdf>

El magistrado dispuso convocarlo a fines de tomarle declaración indagatoria y, a la par, ordenó llevar a cabo la audiencia de conocimiento prevista en el artículo 1° de la ley N°22.278, dando intervención a la asesora de menores.

La decisión fue objetada tanto por la asesora de menores como por la defensora pública Oficial asignada al caso, sobre la base del límite etario marcado por el artículo referido como condición de **punibilidad**. Sin embargo, el juez rechazó los planteos y sostuvo que “la declaración indagatoria es un acto de defensa del imputado y una garantía del mismo y que, en términos de posibilidad, existe aquella que pueda resultar más beneficiosa que el sobreseimiento que corresponde por la situación derivada de la edad de H., por la cual resulta no punible”.

Luego, la Cámara Federal de Casación Penal mantuvo, en esencia, lo afirmado por el colega de grado, sosteniendo que no advertían un perjuicio de imposible reparación ulterior causado por la decisión de llamar a indagatoria al recurrente, “máxime cuando, al no ser posible de juzgamiento, todo lo que manifieste no puede causarle perjuicio alguno”.

La causa llegó a la Corte Suprema, donde los ministros advirtieron que, desde hace casi un siglo, la legislación penal de menores de nuestro país “ha mantenido, de modo invariable, la decisión de excluir del **régimen punitivo**² a aquellos individuos que aún no alcanzaron determinada edad”.

Los ministros rechazaron la justificación del acto apelado “bajo el ropaje del derecho del menor a ser oído, reconocido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño”, y descartaron también la hipótesis de que el avance de un proceso “dependa centralmente del conjetural aporte que eventualmente podría surgir de los dichos del adolescente que fue encontrado como solitario morador de la vivienda al momento de procederse al allanamiento”. Y agregaron: “Incluso si esto pudiera ser presentado de ese modo, (...) tampoco aparecería como una decisión ética valorable que el Estado persiga instrumentalizar a un sujeto al que expresamente preserva de su sistema represivo, reconociéndolo como merecedor de especial protección en razón de su condición, apelando a una medida que no

² La **punibilidad** es la posibilidad de imponer la pena merecida. La ley 22.278 ha fijado la edad de punibilidad a partir de los dieciséis (16) años de edad, garantizando que por debajo de ella no se habilitara la posibilidad de aplicar una pena.

contempla el régimen legal específico y frente a la expresa negativa de sus representantes legales³”.

b) Resumidos brevemente los antecedentes y fundamentos del fallo, corresponde analizar si el procedimiento penal con personas no punibles regulado en la legislación de la Provincia de Entre Ríos es contrario o no a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b.1) Proceso Penal con Personas No Punibles en la Ley N° 10.450.

En primer término cabe referenciar que ley N° 10.450⁴ es el resultado de la iniciativa del **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos**, que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 123° de la Constitución Provincial⁵, decidió remitir a la Honorable Cámara de Senadores un anteproyecto de ley procesal penal para personas menores de dieciocho años de edad⁶.

Cabe remarcar que previamente – Ac. Gral N°34/14- el Anteproyecto fue puesto en conocimiento y consideración de la **Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal**⁷, **Jueces** de la especialidad de toda la provincia y del **Copnaf**⁸. Es decir que fue fruto del consenso de los operadores del sistema.

3 Diariojudicial.com Consultado en línea el 30/06/2021

4 B.O. 25/10/2016.

5 Constitución de la Provincia de Entre Ríos, ART. 123: Las leyes pueden tener origen en cualesquiera de las cámaras, por proyectos presentados por sus miembros, por el Poder Ejecutivo, por el Superior Tribunal de Justicia cuando se tratare de materias vinculadas a la organización judicial, y por el pueblo ejerciendo el derecho de iniciativa popular. Todos los proyectos deberán tener tratamiento parlamentario.

6 Acuerdo General N°07/15 del 25-03-15. Pto Segundo mediante el cual se aprueba el Anteproyecto de ley Procesal Penal de Niños y Adolescentes y se remite a la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Entre Ríos, en ejercicio de la facultad de iniciativa legislativa –Art. 123 de la Constitución prov.

7 Comisión conformada por integrantes de la Sala Penal del STJ, Procurador General y Defensor General. Conforme surge del informe de estado de “Actuaciones Administrativas N° 36985” Fs. 59 “no hubo manifestación de desacuerdo y/o observación al proyecto”

8 Mediante Acuerdo General N°34/14 del 28/10/2014 Pto. 3°) se dispuso que la propuesta de Anteproyecto de ley procesal Penal de NyA se dé a conocer a 1) Jueces penales de NyA de la provincia, 2) Consejo Provincia de Niño, Adolescente y la Familia y 3) Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Ello a fin de recabar sugerencia y opiniones.

Esta norma incorpora a la ley provincial N° 9.861⁹, a partir del capítulo III, las normas fundamentales del procedimiento penal para personas menores de 18 años de edad imputadas y/o acusadas de la comisión de un delito, garantizando la plena vigencia de un proceso penal acusatorio.

Además, la legislación entrerriana regula un procedimiento penal para personas no punibles de 14 o 15 años de edad, el cual es de **excepción. La regla es la no intervención penal.** La norma establece que las personas no punibles de 14 o 15 años de edad únicamente podrán ser sujetos a proceso cuando se les atribuya la comisión de delitos muy graves¹⁰, tales como homicidios o abusos sexuales por ejemplo. En estos casos el proceso penal se realizará únicamente a los fines de determinar la participación o no en el hecho endilgado y no para imponer una pena.

Debe mencionarse que se encuentra **expresamente vedado en la ley provincial aplicar medidas de coerción procesal a las personas no punibles.** Tampoco, de conformidad a lo establecido en el artículo 1° de la ley N.º 22.278, aplicarles **penas.** Asimismo, debe mencionarse que la decisión de instar el procedimiento penal prevista en la ley es siempre una potestad del Ministerio Público Fiscal.

En resumen, la finalidad de la regulación del proceso penal con personas no punibles consiste en determinar su participación o no en hechos muy graves- taxativamente determinados-. Asimismo, aspira a garantizar el derecho de las víctimas a saber qué fue lo que sucedió –Derecho a la verdad- y facilitar procesos de responsabilización subjetiva a partir de la declaración de autoría o participación en el hecho.

b.2) Diferencias de la legislación entrerriana con el fallo de la Corte.

a) En primer término como puede apreciarse, la ley provincial pone un límite a la **discrecionalidad** de los operadores que permite el artículo 1° de la ley N°22.278 ya que expresamente establece cuales son los delitos por los cuales podría realizarse un proceso penal en esta franja etaria.¹¹

En el fallo que se comenta el juez interviniente decide convocar a declaración indagatoria a un adolescente de 15 años por un delito que no reviste la gravedad de

9 Ley Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia – B.O 10/09/2008-

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

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

los enunciados en la normativa provincial, y que por lo general resulta muy poco probable que una persona de esa edad pueda ser el propietario o comercializador de una gran cantidad de estupefacientes.

La **regla general** prevista en la ley entrerriana que excluye a los adolescentes no punibles del proceso penal, a diferencia de lo que ocurrió en el caso que se comenta, pretende impedir las posibles secuelas negativas y/o estigmatizante que supone el hecho de ser sometido a un proceso penal por la comisión de delitos que **no revisten gravedad**. En estos casos se considera que la investigación criminal podría ocasionarle a la persona menor de dieciséis años de edad un daño mayor que el que causó con la infracción. Por lo tanto, si la persona no punible se encuentra en especial estado de vulnerabilidad, el juez en la misma resolución que dispone el archivo de la causa deberá dar intervención al órgano administrativo de protección integral de la niñez y adolescencia –Copnaf- a efectos que el mismo adopte las medidas de protección respectivas, si correspondieran.

b) La decisión del máximo tribunal se centró en la orden emanada de un Juez de Instrucción de convocar a un adolescente de 15 años de edad para que **preste declaración indagatoria** en el marco de un proceso penal por tenencia y comercialización de estupefacientes.

Es menester aclarar que la resolución del magistrado de grado se da en el marco de un **proceso mixto** – Etapa instructoria con rasgos inquisitivos, generalmente escrita y secreta- que exige al juez, **de modo imperativo**, que proceda a un interrogatorio cuando “hubiese motivo bastante para sospechar que una persona haya participado en la comisión de un delito” (Art. 294 Cód. Proc. Penal de la Nación)

El Máximo Tribunal nacional, citando las Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, consideró que el derecho a ser escuchado no es una obligación para el niño y tiene derecho a no ejercerlo. Por lo tanto, el hecho de ser interrogado obligatoriamente por el juez vulnera esta garantía.

Ante estas afirmaciones de la Corte, cabe mencionar que, a diferencia de lo establecido en el Código Procesal Penal de la Nación aplicado al caso resuelto por el máximo tribunal, la normativa procesal penal para personas menores de 18 años de edad de la provincia de Entre Ríos regula un procedimiento penal acusatorio, conforme lo establece la constitución nacional y provincial, definiendo claramente los roles procesales de cada una de las partes.

En este sentido, la ley provincial textualmente garantiza que la declaración de una persona menor de 18 años de edad – entre ellos los no punibles- de quien se sospeche que ha participado en la comisión un de un delito por los cuales puede ser sujeto a proceso, es un medio de defensa material y no una fuente de información privilegiada y absoluta para el fiscal o para el juez.

De conformidad al art. 91 inciso i)¹² la garantía procesal de expresarse libremente, implica el derecho de prestar declaración en el proceso penal **“exclusivamente”** en caso de ser solicitado expresamente por el adolescente sin poder ser llamado a prestar declaración por ninguna autoridad. Es decir, que conforme lo exige la corte, **es un derecho** que le corresponde a la persona menor de edad y **no una obligación** o carga procesal. Por ello, tiene derecho a no declarar si así lo quisiera, o a brindar su declaración, en cualquier momento del proceso, en forma verbal o escrita, debiendo ser ella recibida por el juez o fiscal en forma directa.

A los fines de garantizar aún más el derecho a ser oído, la ley provincial prevé además la posibilidad que la persona adolescente realice su declaración- en caso de querer hacerlo- de manera escrita. Esta modalidad le brinda la oportunidad de reflexionar sobre aquello que desea manifestar para defenderse correctamente de la imputación que se le formula, permitiéndole tomarse el tiempo que le sea necesario para ejercer más adecuadamente su derecho de defensa.¹³

Como puede claramente observarse, el fallo de cimero tribunal, no contradice o entra en conflicto con el proceso penal seguido contra adolescentes no punibles regulado en la legislación entrerriana -Ley 9861, modif. Ley 10.450-. Es más, cumple sobradamente con las exigencias de la Corte.

c) Sorpresivamente el procedimiento “penal” previsto por la derogada ley N°9324, no generó – en algunos operadores- tanto debate y oposición como lo hizo el procedimiento penal para personas no punibles regulado por la actual legislación provincial.

Cabe recordar que la ley provincial N° 9.324 fue inspirada en doctrina de situación irregular, cuya respuesta inmediata era la imposición de medidas de

12 Ley 10450. Artículo 91. inc i) Se garantiza a la persona menor de edad el derecho “a no declarar durante todo el proceso y a no ser llamado a tal fin por ninguna autoridad, pudiendo ser oído personalmente por el juez y/o fiscal interviniente y únicamente en caso de ser expresamente solicitado por el adolescente, contando para ello, bajo pena de nulidad, con la presencia de su defensor;

13 VITALE, Gustavo “Ley de Niños y Adolescentes de Neuquén”. Ob.cit. Comentario al artículo 62°inc 7. Pág.41.

“internación” – privación de libertad- por tiempo indeterminado o hasta la mayoría de edad y el desconocimiento de la mayoría de los principios derechos y garantías procesales reconocidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños.

En este sentido es menester enfatizar que la ley N° 9.324 también **regulaba un procedimiento para adolescentes menores de dieciséis (16) años de edad – No punibles-**.

La derogada ley disponía que ante la simple acreditación de estar en presencia de una persona **no punible** a la que se le imputara la comisión de **cualquier delito**, el Juez de “Menores” en audiencia oral, en presencia de sus representantes legales, fiscal y defensor le informaba el hecho imputado, lo interrogaba sobre su intención de declarar y posteriormente dictaba un sobreseimiento por no punibilidad (Art. 21° y 41°) procediéndose al archivo de la causa en forma automática e inmediata.

Con esta forma de intervención establecida en ley N° 9.324, la mera imputación de una persona adolescente no punible bastaba para dar por sentado que había sido el autor del hecho que se le endilgaba y sin posibilidad alguna de defensa. Independientemente de ello, el juez estaba facultado para disponer medidas tutelares, tales como cambiar de domicilio, asistir a terapia psicológica, a presentarse ante la autoridad que lo requiera, estudiar, realizar talleres e internaciones en centros o residencias socioeducativas de las cuales no podían salir por su propia voluntad, es decir privarlos de libertad.¹⁴

Claramente puede apreciarse que la intervención con personas menores de dieciséis (16) años de edad regulada por la derogada ley se desarrollaba en el marco de un proceso penal, con la citación y presencia de la persona adolescente, su defensor y el fiscal, con el desarrollo de una audiencia y una resolución judicial que ponía fin al mismo. **Un proceso penal, claro está, sin derechos y garantías, con los riesgos concretos que ello implica.**

14 De conformidad con las **Reglas de las NN UU para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad –11 inc. b)-** por privación de la libertad debe entenderse toda forma de detención o encarcelamiento, así como internamiento o alojamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de dieciocho años de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública. En igual sentido se encuentra establecido en la ley N° 26.061, en su art. 19.

c.1) El Falso Paraíso.

Muchos operadores prefieren que las personas no punibles de 14 o 15 años de edad que han sido sindicadas como posibles autores de delitos gravísimos sean captadas por un **régimen tutelar**, en vez de un sistema procesal penal dotado de todas las garantías¹⁵, en el cual se encuentra expresamente vedada la posibilidad de imponer medidas de coerción procesal.

Un modelo de protección de derechos o tutelar, **no penal**, que al decir de Germán Martín¹⁶ ofrece un **“Falso paraíso”**, en el que se observa corrientemente que las posibilidades de intervención coactivas en la vida, la libertad e intimidad del adolescente es mayor en el ámbito proteccional que en el proceso penal especializado, alertando que “no siempre la realidad o el destino de la despenalización o desincriminación, aún bien intencionada, son un lugar progresista o auspicioso sino que, muchas veces, es todo lo contrario. Recordemos que la historia de la “despenalización” en el ámbito penal adolescente ha sido perjudicial y hasta tenebrosa. De hecho, actualmente, el sistema de protección es un espacio jurídico institucional donde existe mucha más discrecionalidad y aún arbitrariedad respecto a la intervención con niños, niñas y adolescentes que en el propio sistema penal especializado (Clara Martínez García, 2015). Por eso la “huida” o salida al sistema de protección –allí donde existe- no siempre significa ese lugar ideal y respetuoso que nos prometen”.

Quizás por ello, pueda explicarse el hecho que en los últimos años la provincia de Entre Ríos tenga un número muy alto de niñas, niños y adolescentes con medidas excepcionales de protección de derechos alojados en Residencias Socioeducativas e inversamente una cifra muy baja de adolescentes privados de libertad en centros de régimen cerrado dependientes del mismo organismo – Copnaf-

15 Al margen de ello, muchos operadores siguen insistiendo en que la mejor respuesta para los adolescentes no punibles imputados de hechos muy graves es la intervención tutelar, modelo que entro en crisis en la década del 60 con el Fallo **“GAULT”** de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que hace alusión al **fracaso del modelo tutelar**. Lo paradójico es que EE.UU. sin haber ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ha generado sin embargo este fallo, hito jurídico que nuestra comunidad latinoamericana -incluida nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos- aún no iguala. La sentencia de la Corte Suprema Norteamericana en este fallo sentencio que los niños de edad no incriminables deben gozar de tantas garantías procesales y jurídicas como los incriminables”. Claro está que para garantizarles un debido proceso no es necesario bajar la edad de punibilidad y prueba de ello es el modelo entrerriano.

16 Martín German D. “Argumentos para el abordaje en el proceso penal del adolescente no punibles”

En palabras del ex Ministro de la C.S.J.N Eugenio Zaffaroni “...como no se puede tratar al no punible dentro del derecho penal y se lo trata peor, en un régimen que es totalmente arbitrario, que intenta tratar al infractor como al abandonado o vulnerable”. El ex ministro afirma que “en primer lugar esto es discrecional, segundo que es inconstitucional y tercero que da lugar a todo tipo de confusiones, porque en definitiva se puede tener internado – privado de libertad- a alguien que no hizo nada y no intervenir con alguien que hizo algo muy grave. Es decir, todo es arbitrario por que el juez lo decide y lo hace de manera discrecional. Lo primero que hay que probarle a una persona no punible es que realmente hizo lo que se le imputa, pero si no se puede probar con al menos las mismas garantías que a un adulto, no se puede disponer arbitrariamente de la libertad de una persona como lo habilita la legislación nacional bajo el eufemismo de la tutela”¹⁷

d) ¿Por qué debería realizarse un proceso penal con adolescentes no punibles de 14 o 15 años de edad sindicados como posibles autores de delitos muy graves?¹⁸

En primer lugar, debe destacarse que lo que no puede valorarse en una persona adolescente menor de dieciséis (16) años de edad es lo relativo a la penalidad de su conducta -**Punibilidad**-. En este sentido se hace necesario recordar que la **punibilidad**, en stricto sensu, es la posibilidad de coerción penal, es decir, de imponer la pena merecida. **Ello no implica que no deba probarse su autoría y participación.**

1) Porque lo exige la letra de la ley N° 22.278: Artículo 1°: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. (...). Si existiere imputación contra alguno de ellos (No Punibles) la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito...”.

Como claramente puede observarse, la ley hace referencia a la comprobación de un **delito**, no de un hecho¹⁹. En este sentido es preciso recordar que jurídicamente el

¹⁷ Entrevista al Dr. Zaffaroni en Documetal “Inseguros, ¿Quiénes son? Ver en (minuto 14) <https://www.youtube.com/watch?v=cjkMkyKfs9o&t=848s>

¹⁸ Para profundizar sobre el proceso penal con no punibles ver: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47043.pdf>

¹⁹ Si la ley en su texto hubiera expresado que “se procederá a comprobar la existencia del hecho”, bastaría con comprobar, por ejemplo que se dio muerte a una persona sin necesidad de analizar los demás elementos **del delito (acción típica, antijurídica y culpable) Lo cual clausuraría cualquier posibilidad de realizar un proceso penal con no punible**

“**DELITO**” es una *acción típica, antijurídica y culpable*. Por lo tanto, acorde lo prescripto por la ley sustantiva, en el caso de las personas no punibles se debe proceder a la comprobación del delito, lo que necesariamente conduce a determinar si existió una **conducta** (acción u omisión), en caso de acontecer, si es **típica** (coincidir con la descripción de un artículo del Código Penal), de serlo, si es **antijurídica** (Contraria a derecho o hubo alguna causa que justificara esa conducta) y si esa conducta es típica y antijurídica, ¿se le puede reprochar a su autor?, ¿es **culpable** de esa conducta?. Si la conducta de la persona no punible es típica, antijurídica y culpable, habrá **delito**.

Por lo tanto, la única manera de comprobar el delito, en los términos de la citada ley, **es por medio de un proceso penal**, pues las personas adolescentes, aún las no punibles, son titulares de los derechos y garantías que toda persona posee ante una persecución penal.

2) Porque las personas de 14 y 15 años de edad que cometen hechos muy graves son no punibles, no inimputables: Hoy es opinión dominante que la culpabilidad requiere que el autor, al momento del hecho haya podido actuar de otra manera. La expresión “**poder actuar de otra manera**” quiere significar poder seguir la norma. De allí se afirma que con el juicio de culpabilidad que se le formula al autor se le reprocha que no ha seguido la norma, a pesar de que habría podido hacerlo.

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

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

20

En este sentido, podemos afirmar que la ley 22.278 al expresar que no son punibles los adolescentes por debajo de los dieciséis (16) años de edad, en modo alguno ha

20Dictamen del Sr. Procurador Gral. de la Prov. Dr. García. de E.R en "ROMERO DANTE E." del 24/09/2013.

establecido un supuesto de inimputabilidad. Considerar lo contrario, sería asimilar la condición de persona menor de dieciséis años de edad al padecimiento de una enfermedad mental, conforme lo expuesto, por un déficit de la inteligencia derivada de la calidad de sujeto en formación. De este modo, la ficción jurídica de inimputabilidad establecida como presunción *juris et de jure* implica el desconocimiento de un mínimo de autodeterminación en las personas adolescentes por el sólo hecho de no haber alcanzado determinada edad.²¹

Desde esta perspectiva, cuando el estado resigna su pretensión punitiva por razones etarias o en relación a determinados delitos de escasa trascendencia social, **no es por una causal de incapacidad psíquica de culpabilidad**, sino por una causal personal de no punibilidad que se funda en las razones político-criminales propias del Derecho Penal Juvenil.²²

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

En otras finalidades, el proceso penal busca establecer la verdad histórica. El derecho a la verdad es un derecho de todas las personas –víctimas y acusados-. El procedimiento penal con personas no punibles aspira también a que el sujeto tenga la posibilidad de demostrar su inocencia, “limpiar” su nombre, el de su familia y librarse de los estigmas.²³

En síntesis. si por la sola circunstancia de comprobarse la edad de la persona no punible se procede al cierre mecánico de la causa, sin siquiera investigar su participación en el hecho, la mera sindicación del sujeto menor de dieciséis (16)

21 ZURZOLO SUÁREZ, Santiago, “Niños, niñas y adolescentes: ¿inimputables o no punibles? Consultado on line en www.infojus.gov.ar en 18/09/2018. Id SAIJ: DACF120097.

22Cfr. ROMERO DANTE E." del 24/09/2013.

23 "...si no se le da lugar a la palabra en el escenario judicial, no solo se arrasa con la posibilidad de la defensa en juicio, sino que se contribuye a **procesos de estigmatización social, ya que un sobreseimiento por no punibilidad nada dice acerca del estado de inocencia de un sujeto**. Además, es práctica común que cuando acontece un hecho grave se tomen medidas de protección excepcional con argumentos que disfrazan una respuesta, que en el fondo no es más, que de aquietamiento a la conmoción social. SARMIENTO Luciana “Proceso Penal para personas adolescentes” Ley 10.450. Comentada. Pág. 167 Ed. Abogar. 1° Edic. Paraná, 2020.

años de edad como posible autor bastaría para endilgarle el delito, vulnerándose su derecho constitucional de inocencia y defensa en juicio, estigmatizándolo como delincuente y en muchos casos privarlo de libertad por motivos o razones “tutelares”, conforme estaba previsto en la derogada ley 9.324.

4) Porque procesalmente no es posible dictar un sobreseimiento automático por no punibilidad: De conformidad al artículo 397° del Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, no es posible técnicamente dictar un sobreseimiento -en este caso por no punibilidad-, sin antes investigar la materialidad del hecho, la intervención del sujeto en él, la tipicidad de la conducta y su antijuridicidad. Recién una vez acreditados estos extremos podrá procederse a dictar el mismo. De lo contrario, si no se comprueban los presupuestos mencionados corresponde sobreseer por cualquiera de las causales previstas en el artículo mencionado (inocencia, causa de justificación, etc).²⁴

5) Porque en muchas ocasiones, una persona no punible asume la responsabilidad de hechos muy graves para lograr la impunidad de un adulto: No es poco común que abogados u otras personas del entorno aconsejen al adolescente no punible o a su familia la autoincriminación o responsabilización de éste, argumentando su “inimputabilidad” y por lo tanto la ausencia de consecuencias penales por los hechos enrostrados. Es decir, **se acusa a un inocente y se deja impune al verdadero culpable.**

6) Porque es necesario darle una respuesta a las víctimas de delitos o a sus familiares: La víctima reaparece en la actualidad como una preocupación central de la legislación y la política criminal. Prueba de este interés resulta, sin lugar a dudas, la ley N° 27.372 de “*Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos*” que promueve su mayor participación y protección en el proceso penal.

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

24 CPPER. Artículo 397 - Procedencia. El sobreseimiento procederá cuando: 1) El hecho investigado no ha existido. 2) El hecho atribuido no encuadra en una figura legal. 3) El delito no fue cometido por el Imputado. 4) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria. 5) Agotadas las tareas de investigación, no existiese razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hubiese bases suficientes para requerir de manera fundada la apertura del juicio. 6) La acción penal se ha extinguido. 7) Se hubiera aplicado un criterio de oportunidad, mediación, conciliación o reparación. En los casos de los incisos 1, 2, 3, 4 y 5, el Juez de Garantías hará la declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el Imputado.”

Asimismo, la norma fija una serie de objetivos y principios rectores tendientes a reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito. Entre ellos se le reconoce y garantiza el derecho a la **“verdad”** (art. 3.a.). Sabido es que el proceso penal no sólo busca aplicar penas, sino también establecer una verdad histórica - ¿qué fue lo que sucedió? -. Esta función puede aún ser cumplida aunque medien causas que impidan la punibilidad²⁵. En este sentido, el proceso con personas adolescentes no punibles por delitos muy graves previstos en la ley entrerriana, ***aspira a dar una respuesta a la víctima del delito, haciendo hincapié en la averiguación de la verdad como acto fundamental de reparación simbólica a las víctimas, lo cual a la vez genera paz social.*** De allí que las sentencias de la Corte IDH en cuanto a violaciones a derecho fundamentales utilicen en su parte resolutive la fórmula: “Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.”²⁶

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

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

Declarada la autoría, se podrán trabajar, desde el Órgano Administrativo de Protección de Derechos, procesos de responsabilización subjetiva en un marco de coherencia simbólica y no como ocurría en el pasado en donde se realizaban

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

26 KIERSZEMBAUM, Mariano, Ibidem. Pag.4

intervenciones invasivas de la intimidad de las personas a partir de un juicio de sospecha acerca de la culpabilidad.”²⁷

8) Porque es funcional al reclamo de bajar la edad de punibilidad: No abordar la problemática de las personas adolescentes no punibles que cometen hechos gravísimos es funcional a los discursos que fomentan la baja de la edad de punibilidad como única opción frente a sus conductas transgresoras a la ley penal.²⁸

9) Porque esta forma de intervenir con personas adolescentes no punibles, prevista en la legislación entrerriana, no es improvisada. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre Justicia Juvenil en las Américas ha expresado que “*el sacarlos del sistema de justicia juvenil no debe implicar el desconocimiento de la responsabilidad de sus acciones y tampoco implica negarles el debido proceso para determinar si lo alegado contra ellos es verdadero o falso.*”²⁹

Colofón. -

A modo de síntesis podríamos afirmar que el procedimiento penal con adolescentes no punibles sindicados como posibles autores de delitos muy graves es más acorde a las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño, destacando el valor del proceso penal como escenario privilegiado para el ejercicio de los derechos y garantías.

Si bien se ha cuestionado este procedimiento mencionando que resulta inconstitucional realizar un proceso penal a personas no punibles (de 14/15 años de edad) por la comisión de delitos gravísimos, más allá de la prohibición expresa de aplicárseles medias de coerción o la imposibilidad establecida en la ley 22.278 de imponer pena alguna –sin argumentar que norma constitucional o artículo de la CDN se ve lesionado- en realidad lo que resulta contrario a nuestra constitución nacional y a la Convención Sobre los Derechos del Niños es archivar un proceso por no punibilidad –por hechos gravísimos-, sin investigación sobre la autoría, adoptar medidas tutelares privativas de libertad sin tener acreditada la participación

27 SARMIENTO Luciana ob.cit. Pág. 169.

28 Martin German D. ibidem

29 Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de julio de 2011. Párr 59.

en el hecho, desconociéndoles todas las garantías del debido proceso (3, 37 y 40 C.D.N), cercenando el derecho a ser oídos (12 C.D.N) y vulnerar su derecho constitucional de inocencia, verdad y defensa en juicio.