

“La reparación como primera vía administrativa en el sistema de responsabilidad juvenil”

O sobre cómo las normas internacionales ya escogieron el camino de la no judicialización y de la no aplicación de pena privativa de libertad a los niños.

*“Los funcionarios no funcionan.
Los políticos hablan pero no dicen.
Los votantes votan pero no eligen.
Los medios de información desinforman.
Los centros de enseñanza enseñan a ignorar.
Los jueces condenan a las víctimas”
(Eduardo Galeano “El libro de los abrazos”)*

**Autor: Alejandro Javier Osio,
Defensor Oficial en lo Penal y de Faltas,
Santa Rosa, La Pampa**

Introducción

Es difícil en los días que corren comenzar a esbozar una tesis para el abordaje de conflictos penales en que hubieren participado jóvenes y/o niños de manera más o menos violenta sin hablar de una respuesta hacia tales sucesos en concepto de pena de prisión, cárceles, reformatorios o institutos de menores, sin aludir a la posible –o no- re-socialización, re-educación, recuperación, re-etcéteras, sin que el pensamiento invitara de inmediato a imaginar a interlocutores alarmados por ello, como lo ha dicho Maier en una reciente disertación “la pena estatal aparece en el imaginario general como el remedio más natural para las enfermedades sociales”¹.

No obstante ello, trataremos en este aspecto de enrolarnos ab initio en una teoría negativa y agnóstica de la pena para luego hacer algunas consideraciones desde la criminología crítica y por último concluir en la posibilidad de la reparación, aunque de manera especial, como primera vía administrativa para el sistema de responsabilidad juvenil en Argentina y, especialmente, en la provincia de La Pampa.

Desmitificación de la pena.

El punto de partida, así como también la base, de lo que expondremos en este trabajo encuentra asidero en un punto de vista tanto negativo como agnóstico en relación a la pena tradicional del sistema punitivo, esto es, como enseña Zaffaroni² que no se le asigna ninguna función positiva en cuanto a su aplicación y sustento, en segundo término se obtiene por exclusión, ya que es la imposición coactiva del estado que no entra ni en el modelo reparador ni en el administrativo directo, y en tercer lugar, porque ha demostrado la realidad a lo largo de la historia que ninguno de los fines que se le han asignado han sido siquiera mínimamente cumplidos, y con esto aludimos a todas las teorías que han pretendido legitimar el castigo estatal, desde una visión positiva de la pena, tanto desde las llamadas teorías absolutas basadas en los postulados de Kant y Hegel, con sus diferencias entre sí, relacionadas con una idea de venganza; como a las relativas, las cuales asignan a la pena funciones políticas declaradas, tanto las llamadas de prevención general que tienen a la sociedad como destinataria, ya sea desde un aspecto negativo (atemorizar a la población) o positivo (mantener la fidelidad al derecho), como así también las llamadas de prevención especial que se incardinan hacia el individuo en conflicto, ya sea positivamente (para re-algo) como negativamente (para neutralizarlo o eliminarlo de la sociedad); teorías que merecerían un tratamiento en particular que excedería el marco del presente trabajo.

Amén ello, es necesario aclarar además que nuestra postura es agnóstica en relación a la pena por lo dicho en último término, es decir, porque se parte de un desconocimiento de función alguna de la pena, que desde este punto de vista aparece como una medio irracional de coacción

¹ Maier, Julio B. J. ponencia en el marco del Curso Intensivo de Posgrado “Temas Actuales del Derecho Penal. Segunda Edición” Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, 30/05/10 al 04/06/10, pág. 17.

² Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. EDIAR. Buenos Aires 2006, pág. 56

estatal que puja continuamente por expandirse, y que a veces lo logra, frente a lo cual el derecho penal –como teoría- debe parapetarse e impedir que esa irracionalidad se convierta en una pandemia social.

Selectividad y derecho penal del enemigo desde niño.

A lo dicho resta sumarle un dato no menor en relación a la pena, y es la verificable selectividad del sistema que la impone, que se materializa palmariamente no solo en nuestras latitudes sino en todo el globo, lo que visto sólo en relación hacia los conflictos en que participan niños/as³ arroja como resultado que la gran mayoría de criminalizados son -parafraseando a Franz Fanon- los condenados de la tierra, los que poco o nada tienen, económica, educativa, social, y/o afectivamente, los nadies en términos de Eduardo Galeano. Esto puede ser ilustrado claramente trayendo a colación al profesor pampeano Eduardo Aguirre, quien nos enseña que "Entre los factores más analizados sobre la delincuencia es la edad de los victimarios. El incremento de la delincuencia juvenil e infantil presenta un serio problema social; en Argentina el porcentaje de inculcados menores de 21 años creció en forma sostenida desde 1995. De igual manera, la proporción de inculcados menores de 21, ha crecido entre 1991 y 1997 en una tasa promedio anual de 2,1%, pero en el período 1995-97 este crecimiento adquirió rapidez alcanzando el 7,8 % anual (Cerro y Meloni, 1991, p. 21). ... Por otro lado, el nivel de instrucción de los delincuentes es una variable central a la hora de caracterizar a este grupo poblacional. En el período 1996-1999 el porcentaje de inculcados con nivel educativo inferior al secundario (analfabeto, escasa y primaria) superó el 91% en todos los años a nivel nacional y en las provincias (conf. Lucía Dammert: "La criminalidad en Argentina de los 90s, en Magazine N° 7, DHIAL, IIG, PNUD). Debe señalarse además que una de las sensaciones generalizadas que campea actualmente entre los argentinos es que existe una enorme cantidad de "nuevos pobres", y que la situación de millones de estos seres humanos sin trabajo, sin vivienda, sin acceso al consumo ni a los servicios fundamentales que históricamente prestó un estado que hoy se bate en franca y aventurada retirada, es un verdadero caldo de cultivo para la proliferación delictiva en una sociedad que ve diluirse sus lazos de solidaridad y disminuir ostensiblemente su capital social"⁴, a lo que yo agregaría teniendo en cuenta el relevamiento político-social, pero por sobre todo humano, efectuado por Daniel Miguez en su obra "Los Pibes Chorros", que la criminalización primaria, y posterior exclusión, de estos sectores ha crecido de igual o mayor manera sostenidamente a lo largo de los últimos 10 años en la Argentina.⁵

El dato de la selectividad del sistema penal se completa con la circunstancia de que, en nuestra región, éste se encuentra capacitado sólo para atrapar no sólo a los más vulnerables por su status social sino también por su torpeza, es decir que quienes delinquen de manera burda, evidente, grosera o desprovista de envolturas estratégicas será captado por el sistema penal, mientras que el que delinque bajo el paraguas del estado, con cobertura de los altos intereses económicos, políticos o

³ Así llama la Convención Internacional sobre los Derechos del niño –art. 1- a todo ser humano que cuente con menos de 18 años de edad.

⁴ Eduardo Aguirre "Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal juvenil" publicado en http://www.robertexto.com/archivo18/delinc_juven.htm.

⁵ Daniel Miguez "Los pibes chorros. Estigma y Marginación (claves para todos)". Editorial Granica. Buenos Aires, 2005.

de otra índole similar, o de manera inteligente, programada, encubierta, etc., no lo será, salvo excepcionálísimos casos; todo lo cual llevó a Carrara a motar de “schifosa scienza” (ciencia asquerosa) al derecho penal hace tiempo.

La criminalización primaria, y la secundaria consecuente, dirigidas sistemáticamente ambas hacia sectores determinados, conduce no a otra cosa que a la asignación de un rol determinado a gente determinada, valga la redundancia. Esto es, en cuanto a los niños y jóvenes, a su posicionamiento como un otro en la sociedad y a su anclaje y reforzamiento en ese rol de otro, en ese status de excluido, de no ciudadano, que le permite al estado avasallar parte de las garantías constitucionales y convencionales con que cuenta como persona en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y aplicarle en consecuencia un derecho de máxima velocidad, al punto tal que en el caso de los niños con menos de 16 años de edad, no les da derecho siquiera a un debido proceso legal (Ley Nacional n° 22.278 con la modificación de la n° 22.803, y Ley Provincial de La Pampa n° 1270).

Este tratamiento como otro, como no ciudadano ha llevado a un tratamiento ya como enemigo, justificado en la razón de que ante el fenómeno de la delincuencia, más específicamente, en relación a los delincuentes, el estado tiene dos formas de reacción: o los trata como personas que han cometido un error o se han equivocado en cierta manera, o individuos a los que hay que impedir, mediante coacción, que destruyan el orden jurídico y social, y se dice individuo en esta última alternativa, debido a que no se los considera persona pero porque no merecen ser considerados personas, es decir, literalmente “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás”⁶. Disparate jurídico y filosófico, que sólo puede considerarse como un desesperado ataque a la humanidad de las personas para no confesar la incapacidad estadual y de la pena privativa de libertad para asegurar la permanencia de un orden y seguridad hipotéticos en un estado constitucional de derecho⁷.

Desde el punto de vista punitivo esto se tradujo, como es obvio pensar, en un aumento de penas para los reiterantes en el delito y/o reincidentes, pero en el derecho procesal penal se ha producido un fenómeno que Silva Sánchez ⁸ denominó de diferentes velocidades, esto es, que en el marco del ordenamiento jurídico penal se han diferenciado dos velocidades: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, en el que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos; la segunda velocidad está conformada por las infracciones que se encuentran conminadas con penas sólo pecuniarias en las que cabría flexibilizar esos principios y reglas básicos proporcionalmente a la menor gravedad de los hechos; mientras que en la tercera velocidad –o derecho penal del enemigo- coexisten la aplicación de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político-criminales y de las reglas de imputación, entiéndase en

⁶ Günther Jakobs “Derecho penal del enemigo” traducido por Manuel Cancio Meliá. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2007.

⁷ Y encima, ampliamente alimentado por los medios masivos de comunicación y las campañas partidarias proselitistas, en nuestros lares.

⁸ Jesús María Silva Sánchez “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Barcelona 1ª ed.1999, 2ª ed.2001, *passim*”

relación al proceso penal, flexibilización y/o vulneración de garantías constitucionales. El sistema punitivo para los niños en Argentina, pareciera que tiene caja de cuarta velocidad.

Enfoque del problema desde la criminología crítica.

Desde la criminología crítica, en relación al tema que nos ocupa hasta el momento, es decir, la pena privativa de libertad como medio de control social, se cuestionó “en contra del discurso instrumental manejado por la Criminología y la ciencia Penal tradicionales, la idea del consenso en la que se fundamentaba el orden social, advirtieron que las sustentaciones filosóficas y jurídicas de la pena se formulan en forma distanciada de una ponderación real del ejercicio del poder penal del Estado y evaluaron los costos sociales y materiales de la pena privativa de libertad y su fracaso como instrumento de intimidación y/o de resocialización.”⁹. Desde estas posturas se pregonó un cambio radical en la forma de control social, en sus políticas, tanto desde el punto de vista social como desde el sistema penal, mediante la combinación de ciencia y praxis dirigidas a que la criminología no funcione como auxiliar de un modelo legitimador sino que se ponga en crisis el sistema de coerción penal, promoviendo formas alternativas de resolución de conflictos.

Se asegura desde esta óptica deslegitimante y crítica del sistema penal tradicional, que si bien procurar las circunstancias y condiciones necesarias para un integral desarrollo humano es esencial en una postura que tome como base al pacto social, no puede derivarse necesariamente de ello, que puede ser el signo de la prevención delictiva o profilaxis social, debido a que se yerraría en las consideraciones iniciales, como por ejemplo, tomar como seguro que los excluidos son los únicos que delinquen; que eliminar los procesos de exclusión material y cultural lograría la eliminación de los conflictos penales; y que el mejoramiento de las condiciones de vida de la población, a partir de políticas integrales de prevención conduciría a la eliminación del delito; todo lo cual sería un reduccionismo simplista y parcial, además de interesado¹⁰.

¿Qué dicen los tratados internacionales, las leyes nacionales y nuestra ley provincial al respecto?

Si bien un análisis convencional, constitucional y legal –nacional y provincial- en detalle sería necesario en este tema, excedería el marco del presente aporte, por lo que remitiremos a lo dicho por Félix Martínez¹¹, Zulita Fellini¹², Hernán Gullco¹³ y Mary Beloff¹⁴, entre otros.

⁹ LEAL SUÁREZ, Luisa y GARCÍA PIRELA, Adela. Criminología crítica y garantismo penal. *Cap. Criminol.*, oct. 2005, vol.33, no.4, p.429-444. ISSN 0798-9598.

¹⁰ No abundaré demasiado en esto, para entenderse el marco me remito, entre otras, a las siguientes obras: Baratta, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal”. Editorial Siglo XXI. México, 1991; Pavarini, Massimo “Control y Dominación”. Editorial Siglo XXI. México, 1999; y Zaffaroni, Eugenio Raúl “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”. 2da. Edición. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia, 1990.

¹¹ Martínez, Félix A. “Derecho de Menores. Algunas cuestiones procesales y constitucionales”. Ed. Mediterránea. Buenos Aires, 2006.

¹² Fellini, Zulita “Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil”. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002.

¹³ Gullco, Hernán “Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño”

A nivel internacional el corpus iuris específico en materia de derechos de la niñez y adolescencia está conformado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), sancionada el 20/11/1989, e incorporada al artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional en 1994; el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados del 12/02/2002; el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía del 18/01/2002; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, del 29/11/1985; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad del 14/12/1990; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad del 14/11/1990; y la Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominada “Condición Jurídica y Derechos Humanos de Niño” del 28/08/2002

En el ámbito interno, la normativa que corresponde a la lógica del paradigma denominado “De protección integral de Derechos” es en el ámbito nacional la ley n° 26.061 denominada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, sancionada el 28/09/2005, y las siguientes leyes provinciales: n° 6354 de Mendoza “Régimen jurídico de protección de la minoridad” del 22/11/1995; n° 13298 de Buenos Aires “De la promoción y protección integral de los Derechos de los niños” del 14/01/2005 y en esta misma provincia n° 13.634 del 28/12/2006 modif. Por leyes 13.772 y 13.821, Decreto 151/07 que rigen el sistema de responsabilidad penal juvenil; n° 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Régimen Procesal Penal Juvenil” del 30/10/2007; n° 9053 de Córdoba “Protección judicial del niño y del adolescente” del 30/10/2002-; n° 4347 de Chubut “Protección integral de la niñez y adolescencia ” del 16/12/1997-; n° 9861 de Entre Ríos “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia” del 29/07/2008; n° 5288 de Jujuy “Ley de protección integral de la niñez, adolescencia y familia” del 22/11/2001; n° 7590 de La Rioja “Protección Integral del Niño y del Adolescente” del 20/11/2003; n° 3820 de Misiones “Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes” del 06/12/2001; n° 2302 de Neuquén “Ley de protección integral del niño y del adolescente” del 07/12/1999; n° 4109 de Río Negro “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes” del 08/06/2006; n° 7039 de Salta “Ley de protección de la niñez y la adolescencia” del 08/07/1999; n° 7338 de San Juan “Protección integral de los derechos de los niños y adolescentes” del 05/12/2002; n° 6915 de Santiago del Estero “Protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes” del 14/10/2008; n° 521 de Tierra del Fuego “Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias” del 10/05/2001; y la más nueva n° 12.967 de Santa Fe “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” del 19/03/2009.

Mientras que las leyes pertenecientes al paradigma “Tutelar o de la situación irregular”, en el ámbito nacional son las leyes 22.278 de 1.980 y 22.803 de 1983 “Régimen Tutelar del Menor”, y en la provincia de La Pampa la ley n° 1270 “Régimen de Protección a la Minoridad y Creación del Fuero de la Familia y el Menor en el Poder Judicial” del año 1990.

¹⁴ Bellof, Mary “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el ámbito interno” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. CELS/Editores del Puerto. Buenos Aires 1997.

Como puede verse, muchas provincias y la nación han adaptado su legislación a la CDN, pero otras tantas no, y de las primeras aún muchas no han adaptado las instituciones a las leyes respectivas –véase lo que ocurre a nivel nacional con la ley 26.061-, y ninguna ha logrado adaptar las prácticas de los actores –que es quizás la tarea más difícil, pero sin duda la más eficaz-. Es dable destacar que en esta materia la estructura federal de nuestro país conspira contra la adaptación de la legislación e instituciones a la CDN, que no será completa sino hasta tanto cada una de las provincias hayan dictado sus respectivas leyes¹⁵ y adaptado sus instituciones y prácticas, cosa que La Pampa ni siquiera planea hacer por el momento ni en un plazo más o menos corto.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, receptada en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, manda a que en caso de personas con menos de 18 años en conflicto con la ley penal, como mínimo y en última medida se los juzgue bajo el resguardo de todas las garantías constitucionales y convencionales reconocidas a las personas adultas (art. 40 de la Convención), y decimos como mínimo porque además le agrega un plus, ya que estipula la necesidad de flexibilizar el catálogo de sanciones en pos de una respuesta que no se centre en la privación de la libertad, y lleva a lo que se conoce como principio de subsidiariedad de la prisión: “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y **se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda**” (art. 37.a) –la negrilla me pertenece-, y además dispone que “Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños "a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) **Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales**, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales" (art. 40.3.b) –el resaltado es nuestro-.

Si a ello le agregamos una interpretación armónica con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing 1985), en cuanto establecen que incluso para los "**menores delincuentes**" **pasibles de sanción**, "[s]e **examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente**" (11.1) –la negrilla es nuestra-; las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomendación R (87) 20, sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil; la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989); y la OC 17 de la CIDH que establece que “*para la detención de niños deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida.*”- la negrilla me pertenece-; más el articulado garantista de nuestra constitución nacional y con lo ya dicho en relación a la inutilidad de la pena privativa de libertad, tal inteligencia sólo nos podrá conducir a una salida no punitiva para los niños y adolescentes.

¹⁵ A menos que se considere a la CDN como operativa y se aplique directamente prescindiéndose de las leyes tutelares. Ver lo dicho por Mary Beloff en “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. 2º reimpresión. Editores del Puerto. Bs. As. 2008, pág. 47 a 55. Empero ello, todo el diseño institucional deberá reestructurarse de acuerdo al nuevo paradigma.

Es dable agregar además, que dicha inteligencia es seguida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo “Maldonado” del 07/12/2005¹⁶, sosteniéndola en sus pronunciamientos posteriores, fallos “L., L.A.” del 18/12/2007¹⁷, “García Méndez y Musa” del 02/12/2008¹⁸ y por último en “G., J. L.” del 15/06/2010¹⁹.

La situación en la provincia de La Pampa

El día 20 de agosto de 2010, la Cámara de Diputados provincial sancionó la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial N° 2574 (B.O. 2906) en el marco del proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal –de tinte acusatorio- sancionado mediante ley 2287 del año 2006, que luego de varias prórrogas finalmente entró en vigencia a partir del 01 de marzo de 2011.

Cuando se pretendía un avance, pues esta era la ocasión propicia para crear un Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, o al menos en lo organizacional y distributivo, mejorar la confusión de roles y el sistema de patronazgo existente en materia de procesamiento de casos en que los involucrados son niños/as, la “nueva” diagramación orgánica mantiene la estructura del Juzgado de Familia y Menor en el estado en que ya se encontraba, aunque aumenta la cantidad de juzgados que hasta entonces era sólo uno para toda la provincia. Pero cada Tribunal sigue conformado por un solo Juez con competencia penal, civil, asistencial y de familia, con una Secretaría Penal y otra Civil, y no se crea un fuero penal juvenil específico, cuestión que desde el Colegio de Magistrados y Funcionarios de La Pampa, al enviársenos en consulta el proyecto, he propuesto personalmente.

Así disponen los artículos 83 y 84 de la Nueva Ley Orgánica -2574-:

“Artículo 83.- Habrá tres (3) Juzgados de la Familia y del Menor, uno con asiento en la ciudad de Santa Rosa, con competencia en la Primera Circunscripción Judicial, otro en la ciudad de General Pico, con competencia en la Segunda Circunscripción Judicial y otro en la ciudad de General Acha, con competencia en la Tercera Circunscripción Judicial.

En la Cuarta Circunscripción Judicial entenderán los respectivos Jueces que sean competentes de acuerdo con su fuero natural.

En la Cuarta Circunscripción Judicial la aplicación de las medidas tutelares y la competencia asistencial será del Juez Civil y Penal, respectivamente.”

“Artículo 84.- Los Juzgados de la Familia y del Menor son competentes:

a) Cuando aparecieran como autores o partícipes de un hecho calificado por la ley como delito, menores de 18 años de edad, en lo referente a las medidas tutelares;

b) Cuando la salud, seguridad, educación o moralidad de menores de edad se hallare comprometida por: actos de inconducta o delitos de los padres, tutor, guardador o terceros;

¹⁶ CSJN. M. 1022. XXXIX. RECURSO DE HECHO, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” Causa N° 1174C. 07/12/2005.

¹⁷ CSJN. L. 1157. XL. RECURSO DE HECHO. “L., L. A. s/ causa N° 5400”. 18/12/2007.

¹⁸ CSJN. G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”. 02/12/2008.

¹⁹ CSJN. G. 53, L. XLIV. RECURSO DE HECHO. “G., J. L. s/ Causa n° 2182/06”. 15/6/2010. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los extractos pertenecen al Dictamen del procurador pues la Corte resolvió textualmente “Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.”

c) Cuando por razones de orfandad de los menores o de cualquier otra causa, estuvieren material o moralmente abandonados o corrieren peligro de estarlo para brindarles protección y amparo, procurarles educación moral e intelectual y para sancionar en su caso la conducta de sus padres, tutor, guardador o terceros, conforme a las leyes que rigen en materia de minoridad y a las disposiciones de la presente;

d) Para disponer todas aquellas medidas que sean necesarias para otorgar certeza a los atributos de la personalidad de los menores bajo su amparo y lograr su más completa asistencia. En tal sentido podrán ordenar, entre otros actos, el discernimiento de la tutela, la concesión de la guarda, la inscripción de nacimientos, rectificación de partidas, obtención de documentos de identidad, emancipación y su revocación, habilitación de edad, autorización para viajar dentro y fuera del país, ingresar a establecimientos educativos o religiosos o ejercer determinada actividad;

e) En las causas referentes al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad, adopción, tenencia de menores, régimen de visitas o venia supletoria para contraer matrimonio;

f) Nulidad e inexistencia del matrimonio, divorcio y separación;

g) Alimentos;

h) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal;

i) Cuando actos reiterados de conducta de menores de edad obliguen a sus padres, tutor, guardador o educadores, a recurrir a las autoridades para corregir, orientar y educar al menor; y

j) Cuando el menor sea donante de órganos de transplante quirúrgico.”

Y el artículo 126 en relación a las Secretarías, lo siguiente:

“**Artículo 126.-** El Superior Tribunal de Justicia, la Procuración General, el Tribunal de Impugnación Penal, las Cámaras y los Juzgados Letrados de los distintos fueros, exceptuando el penal, tendrán las siguientes Secretarías:

h) Los Juzgados de la Familia y del Menor, dos cada uno:

1) Una Penal; y

2) Una Civil - Asistencial;”

Puede vislumbrarse de la sola lectura y sin necesidad de ser muy avezado en derecho, la necesaria confusión de roles, con la consiguiente superposición de competencias y atribuciones, la especialidad en todas –y por ende en ninguna- de las materias que exige la posición de Juez en este diagrama, y la esquizofrenia consecuente en el ejercicio debido a que debe este Magistrado-Padre disponer medidas sobre los niños (hasta la cárcel), controlar que se cumplan, readecuarlas, investigar los delitos, sancionarlos a los niños y a los padres, imponerles “reglas de conducta tutelares”, buscarles un hogar si no lo tienen, verificar sus identidades y hasta intervenir en su muerte si los niños son donantes de órganos.

Tal extensión en la competencias en una sola persona, sólo puede arrojar a nivel macro – entre muchos otros- los siguientes resultados: que el Juez se especialice en una sola área,

mientras que los dos Secretarios con que cuenta lo hagan en otras, y así habrá en la práctica tres jueces –por delegación de funciones- aunque sólo uno de ellos firme como decisor; que el Tribunal no pueda ser juez y parte, por lo que pasa a no ser ninguna de las dos cosas, invisibilizándose de esta manera las problemáticas de los niños/as; y que, en definitiva, el Estado con pretensiones de superpoderes sobre los “menores” aparezca en la realidad como ausente en las problemáticas de fondo, y como represivo y amplificador del poder penal, tratándolos peor que a los adultos –con menos garantías-.

Y ello es estructural, sistemático, propio del paradigma de protección contrario a la CDN y la Ley Nacional 26.061, más allá de la muy buena voluntad que tengan los actores judiciales, que en la provincia de La Pampa me consta por conocimiento directo tanto del Juez como de la Secretaria en lo Penal.

En relación al acusador público, la defensa y la Asesoría de Menores, la Ley que venimos reseñando dispone lo siguiente:

“Artículo 102.- Los Defensores tendrán las siguientes atribuciones y deberes:

c) En materia de derechos de niñas, niños y adolescentes:

1) Defender la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés o derecho, privilegiando siempre su interés superior;

2) Promover y ejercer las acciones para la protección de los derechos individuales e intereses de incidencia colectiva, difusos o colectivos relativos a la infancia;

3) Interponer acciones para la protección de los derechos individuales, amparo, hábeas data o hábeas corpus, en cualquier instancia o tribunal, en defensa de los intereses sociales e individuales no disponibles relativos a niñas, niños y adolescentes;

4) Velar porque en los actos judiciales donde participen menores, se evite todo formalismo innecesario a fin de facilitar la comprensión de las audiencias que deberán celebrarse en salas adecuadas a la edad y desarrollo integral de los mismos. Tendrán especial celo en efectivizar el derecho del menor a ser oído en todos los procesos judiciales en que estos estén directamente implicados y que puedan conducir a decisiones que afecten su esfera personal, familiar o social;

5) Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte a la persona o bienes de niñas, niños y adolescentes (en los términos del Artículo 59 del Código Civil), entablado las acciones o recursos que sean pertinentes;

6) En los mismos casos del inciso anterior, pero en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de niñas, niños y adolescentes, peticionando las medidas que hagan a la protección de su persona o bienes, en los casos expresamente previstos por el Código Civil cuando aquellos carecieran de asistencia o representación legal o resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho;

7) Tramitar las guardas preadoptivas y acciones de filiación paterna, derivadas del supuesto previsto por el Artículo 255 del Código Civil;

8) *Intervenir como parte legítima y esencial en todos los procesos de violencia familiar en la que existan niñas, niños y adolescentes y resulten ser víctimas directas o indirectas;*

9) *Asesorar jurídicamente a niñas, niños y adolescentes;*

10) *En todos los casos que sea posible realizará intervenciones alternativas a la judicialización del conflicto;*

11) *Dar intervención al Fiscal ante la eventual comisión de infracciones a las normas de protección a la niñez y adolescencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil, de los funcionarios del Estado, cuando correspondiere;*

12) *Inspeccionar las entidades públicas y particulares de atención y los programas, adoptando prontamente las medidas administrativas o judiciales necesarias para la remoción de irregularidades comprobadas que restrinjan derechos de niñas, niños y adolescentes;*

13) *Requerir la colaboración policial, de los servicios médicos, educacionales y de asistencia social, públicos o privados, para el desempeño de sus atribuciones; y*

14) *En las causas judiciales en las que deba intervenir lo hará en todas las instancias.*

En donde no exista Defensor con asignación específica en resguardo de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las funciones de éste serán ejercidas por el Defensor en materia civil correspondiente.”

Como puede verse claramente, más allá de la utilización de terminología propia del paradigma de protección integral, las disposiciones son insuficientes y están inmersas en una organización judicial propia del sistema de patronazgo –como ya vimos-, por lo puede concluirse que sólo son enunciados que no pueden plasmarse adecuadamente, o que directamente el primer deber impuesto a los defensores “1) *Defender la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés o derecho, privilegiando siempre su interés superior*”, los empuja a plantear la inconstitucionalidad tanto de la estructuración del Juzgado de la Familia y del Menor, como el proceso penal previsto en la Ley Provincial 1270 de protección de la minoridad, por ir ambas en contra de la CDN.

En materia de actuación del Ministerio Público Fiscal, no hay ninguna norma en la Ley Orgánica que regule su actuación específica en los procesos seguidos contra niñas/os.

Lo relativo a la Asesoría de Menores está previsto en el artículo 120 de la misma ley orgánica:

“Artículo 120.- *Los Asesores de Menores ejercerán su función ante los Tribunales del Fuero de la Familia y del Menor y tendrán las siguientes atribuciones y deberes:*

a) *Peticionar y promover, en ejercicio del Ministerio Pupilar, todas las acciones de protección de las personas y bienes de menores;*

b) *Promover las acciones tendientes a suspender o privar de la patria potestad;*

c) *Intervenir como parte, ejerciendo la representación promiscua de los menores, en todos los procesos judiciales donde se hallaren comprometidos las personas o bienes de los mismos;*

d) Fiscalizar la conducta de los representantes legales de los menores sobre la persona y los bienes de éstos;

e) Realizar las gestiones del caso para impedir los malos tratos dados a niñas, niños, adolescentes e incapaces por sus padres, tutores, curadores, guardadores o encargados, remitiendo las actuaciones a los Fiscales a efectos de que tomen medidas para evitar tales hechos;

f) Inspeccionar los establecimientos de internación, guarda, tratamiento de niñas, niños, adolescentes e incapaces, sean públicos o privados, verificando el desarrollo de las tareas educativas, el tratamiento social y médico dispensando a cada interno, como también el cuidado y atención que se les prodiga, instando el debido cumplimiento de un sistema de protección integral de niñas, niños, adolescentes e incapaces. De ello deberá informar al Defensor General con la periodicidad y los recaudos que éste instruya al efecto;

g) Ejercer el Ministerio Pupilar de Menores representándolos promiscuamente, en los procesos penales donde hubiere menores a los que se atribuye la autoría o participación en delitos y en aquellos en los cuales los menores resultaren víctimas de un accionar delictivo; y

h) Ejercer las demás atribuciones y deberes que las leyes les acuerden.”

Sébase además, que en el ámbito de la Provincia de La Pampa, respecto de los niños rige la Ley 1270 “Régimen de Protección a la Minoridad y Creación del Fuero de la Familia y el Menor en el Poder Judicial” que data del año 1990 y se enrola, en lo específico, en el paradigma del modelo tutelar, que regula, por ejemplo, la facultad al juez para disponer del menor en estado de abandono o peligro moral y material –art. 3, inc. a)- o que hubiere cometido un delito –art. 17-. Véase que esta ley nació vieja y a raíz de un profundo desconocimiento del estado de la cuestión en ese entonces, pues se ignoró por completo el proceso de reconocimiento de derechos de los niños y jóvenes a nivel continental desde hacía ya varios años, y la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño el año anterior -1989- que, recordemos, consiguió las firmas necesarias para entrar en vigencia más rápidamente que cualquier otra convención internacional.

Debo referir además, que en nuestro ámbito, en los procesos penales en que hubiera personas con menos de 18 años de edad involucradas, entienden en la investigación los Juzgados de Instrucción -1 juez- competentes en el lugar de producción del hecho, en su juzgamiento los Juzgados Correccionales -1 juez- en delitos con menos de tres años de prisión prevista en abstracto o las Cámaras en lo Criminal -3 jueces- para los que superen esa pena, competentes en el lugar de producción del hecho, quienes además declararán la autoría y responsabilidad penal y eventualmente, luego del tratamiento tutelar llevado a cabo por el Juez de Familia y del Menor, impondrán o no pena. Todos ellos, en sus procesos, deberán dar vista de las actuaciones a la Asesora de Menores -1 para toda la provincia- y fotocopia de los actos al Juzgado de la Familia y del Menor, Sala Penal, que entenderá en el tratamiento tutelar del menor. Pero en el sistema de transición que aplica el CPP ahora reemplazado, ese proceso se lleva a cabo sólo respecto de las causas radicadas en la Primera Circunscripción Judicial –Capital provincial-, puesto que las provenientes de las Segunda, Tercera y Cuarta Circunscripción Judicial, el juzgamiento del hecho con la consiguiente declaración de autoría en su caso, el tratamiento tutelar y la posterior

imposición de pena, lo hace todo el mismo Tribunal de Juicio. Sépase además, que salvo el Juzgado de Familia y del Menor –y con graves deficiencias-, los demás no cuentan con equipos técnicos ni personal interdisciplinario.

Ahora bien, amén la situación irregular en que se encuentra el Estado para con el abordaje de las problemáticas que llevan a niñas y niños a cometer algún delito, puede verse claramente de lo dicho hasta aquí que en definitiva, al final del camino, a los niños los espera la cárcel como única medida, igual que a los adultos aunque se le dé otro nombre. Y diría que al inicio también, puesto que los niños y niñas suelen ser institucionalizados –a modo de una suerte de prisión preventiva- en una institución totalizante –IPESA- muy pero muy parecida a una cárcel, hasta con celdas enrejadas y guardias de seguridad, horarios preestablecidos, etc., etc.²⁰

Debo destacar algo más en relación a la provincia de La Pampa, y es el aparente resurgimiento de la discusión en torno a la modificación de la legislación vigente en relación a la problemática de niñas, niños y adolescentes para adaptarla a los principios de la CDN y de la Ley Nacional 26.061. Este artículo periodístico que transcribo a continuación, titulado “Ley de Niñez: ni miras de adherir”²¹ da cuenta cabalmente del derrotero y del estado actual de la cuestión en nuestros lares: “**No hay ni miras de que La Pampa adhiera a la Ley 26.061 de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Los proyectos que propusieron la adhesión al nuevo régimen fueron archivados y perdieron estado parlamentario en la Legislatura provincial. El lunes, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos reclamó la adecuación de la legislación provincial porque “venimos con un atraso tremendo”. Los dirigentes de esa entidad estimaron que con esa normativa se hubieran evitado abusos como las celdas de castigo que se eliminaron ayer en el IPESA. No es la primera vez que se escucha un reclamo similar. Además de algunas voces desde la oposición, el año pasado retumbaron con fuerza las expresiones de un funcionario del Gobierno Nacional, que considera esta ley como uno de los ejes de su política social. En octubre de 2010, el secretario de Derechos de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación, Gabriel Lerner, afirmó que “no hay motivos para que La Pampa no haya adherido” a la normativa. El funcionario nacional participó del Encuentro Patagónico de Adolescentes en Conflicto con la Ley que se realizó en la sala del Concejo Deliberante de Santa Rosa. **Proyectos caídos:** La Pampa es una de las pocas provincias que mantienen vigente una ley de patronatos. Todavía no adhirió a la Ley 26.061 de Protección Integral y se mantiene vigente el sistema de patronato de la infancia, en el que se considera que los menores son objetos y no sujetos de derecho. “El año pasado se conformó una comisión y tuvimos un par de reuniones con el Ejecutivo. Se avanzó en algunos puntos. Seguramente se va a retomar este año. Son temas muy complejos. En dos o tres meses no se puede resolver”, le dijo a El Diario la diputada Patricia Lavín, presidenta de la Comisión de Legislación General. Sin embargo, no existe en la actualidad ningún proyecto con estado parlamentario en la Legislatura provincial para adherir a la Ley 26.061. En octubre del año pasado, fueron pasados a archivo todos los proyectos que no tuvieron tratamiento parlamentario. En octubre de 2009, la entonces diputada del PJ Sandra**

²⁰ Es destacable en este aspecto que el día 23/03/2011 con motivo de los actos oficiales por la semana de la memoria, se ha firmado un convenio en el Ministerio de Bienestar Social, conteniendo el compromiso de sustituir las actuales celdas enrejadas del Instituto Provincial de Educación y Socialización de Adolescentes –IPESA- por habitaciones. Esperemos que cambie radicalmente el régimen también o directamente se cierre.

²¹ Publicado en la edición virtual del diario “El Diario” del día 22 de Marzo de 2011 a las 21:18

Fonseca había presentado un pedido de informes sobre la primera comisión ad hoc que elaboró un anteproyecto para adherir a la ley años antes, pero se cayó por la mora en su tratamiento. En noviembre de ese año, la diputada del bloque radical independiente, Silvia Petitti, había presentado un proyecto de adhesión, pero fue archivado.

Pero la historia de demoras se inicia más atrás en el tiempo. En realidad, el 7 de diciembre de 2007 (tres días antes de dejar su lugar a Oscar Mario Jorge) el entonces gobernador Carlos Verna recibió del que era ministro de Bienestar Social, Sergio Ziliotto, el anteproyecto de Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia y Creación de la Justicia Civil y Penal de la Niñez, Adolescencia y Familia. El trabajo, que apuntaba a derogar la Ley 1.270, fue fruto de la tarea de una comisión interdisciplinaria “ad hoc” que se había constituido en 2004, convocada por el Ministerio de Bienestar Social, en la cual participaron representantes de distintos organismos del Poder Ejecutivo Provincial, Poder Judicial, el Ministerio Público, la Universidad Nacional de La Pampa y organizaciones de la sociedad civil. Se hizo un primer proyecto, el que fue remitido a la Legislatura provincial, se trató en comisiones pero no llegó al recinto. En 2006, se volvió a convocar a la comisión interdisciplinaria, ya que había sido sancionada a fines de 2005 la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. La comisión readecuó el proyecto anterior conforme a la nueva normativa nacional y provincial y tras un año y medio de trabajo se terminó el anteproyecto y se lo elevó al gobernador Verna, al concluir su mandato, para su posterior remisión a Diputados para su tratamiento. Con Jorge asumió Gustavo Fernández Mendía como ministro de Bienestar Social, pasaron casi dos años sin que se trate en la Legislatura el anteproyecto y Fernández Mendía dejó el MBS para hacerse cargo de la intervención a la Municipalidad de Santa Rosa, después volvió a la Provincia y tras un breve paso por otra repartición, retomó la conducción del Ministerio. La Ley 26.061 se basa en el espíritu de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, paradigma que viene a sustituir el antiguo modelo tutelar o “de patronato”, siendo uno de los ejemplos más representativos del mismo la Ley 1.270, que continúa en vigencia en La Pampa. El anteproyecto que quedó olvidado tenía en cuenta el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho y de su capacidad progresiva para ejercerlos; el interés superior de éstos; la valoración y responsabilidad de la familia como lugar natural de contención y educación y la desjudicialización de la problemática social, la protección de la familia y del vínculo de la niña, niño o adolescente a la autoridad parental y la necesidad de proveer medidas especiales de protección. También se hacía hincapié en la jerarquización de la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica y eliminando el procedimiento asistencialista que contempla la ley vigente (la 1.270); la eliminación de internaciones que no se vinculen a la comisión de delitos o contravenciones, debidamente comprobados; la igualdad ante la ley, la defensa en juicio y el debido proceso; la creación de Agencias Fiscales y Juzgados Penales de Juicio de la Niñez y la Adolescencia específicos y especializados, y la creación de los Juzgados de la Niñez, Adolescencia y Familia y la Justicia Penal de la Niñez y Adolescencia para la Tercera Circunscripción Judicial.”

La reparación como respuesta para la resolución de conflictos

Con lo dicho hasta aquí, podemos ver claramente que la legislación internacional nos empuja a darnos cuenta que la respuesta privativa de libertad no ha sido satisfactoria en ningún ámbito pero menos aún en el sistema penal juvenil, por lo que necios seríamos si pregonáramos mayor poder punitivo para crear más desigualdades aún y no resolver absolutamente ningún conflicto, sino sólo suspender el tratamiento de los que se nos presentan y enviar a seres seleccionados irracionalmente a depósitos de gente que sólo producirá en ellos una especialización en la delincuencia, la asignación de un rol de excluido en la sociedad y una estigmatización radical que gravitará en su pellejo desde los umbrales de la juventud y quizá por el resto de sus días, sin entrar en detalles sobre más efectos degradantes e indignos de la prisionización en nuestras latitudes, remitiéndonos en todo caso a lo dicho por Pamela Soto, Carolina Viano y Liliana Manzano en su trabajo “Acerca de la ley de responsabilidad penal adolescente”²² y por todos Francisco Muñoz Conde²³.

Ahora bien, en esta línea no es necesario inferir que por no cumplir la pena ninguna de las funciones que le han sido asignadas hay que probar con otra cosa para ver qué pasa, no es ese el sentido de la postura en favor de la reparación como primera vía en el sistema penal juvenil, sino que debe considerarse como una salida positiva en relación a la solución de los conflictos sociales que derivan en penales cuando los sindicados como responsables son seres humanos con menos de 18 años de edad, a quienes es necesario abordar desde una perspectiva no punitivista que los ayude a introyectar valores adecuados a la vida en sociedad, pero no a modo de tratamiento invasivo en el encierro sino desde la asunción por ellos de la necesaria responsabilidad por los actos propios y la composición y/o restauración con su esfuerzo personal de los resultados lesivos que pudieren haber causado, teniendo además en el proceso que desencadene en este resultado una participación activa, donde se los escuche debidamente y sean ellos quienes propongan los medios reparatorios en la medida de sus posibilidades, ayudados por instituciones u organismos del Estado, orientados hacia programas de alfabetización, por ejemplificar con algo. Es decir, un cambio de paradigma, un abordaje desde una base distinta a la que se viene utilizando en nuestros lares, un quiebre en el patronazgo tutelar, la utilización de métodos viejos –recuérdense los procesos compositivos y reparatorios anteriores a la inquisición- a nuevas problemáticas, los niños criminalizados arbitrariamente, cuando son producto de segregaciones sociales y familiares, ausencias estructurales, y crisis económicas y educacionales muy pronunciadas.

Ahora bien, este marco debería contar con alguna sanción de apercibimientos y un seguimiento estricto de sus evoluciones, porque no vamos a caer en la soncera de creer que en los días que corren los niños y jóvenes protagonistas de hechos delictivos, algunos –pocos por suerte- tan violentos como son de público y notorio conocimiento, provenientes de ámbitos marginales, dominados por los estupefacientes y sin instrucción escolar alguna, van a colaborar pacíficamente con el Estado que los empujó a ello, y van a cumplir con todas las pautas legales que se les puedan imponer sin asistencia o conminación de algún tipo. Pero es sustancialmente diferente

²² Pamela Soto, Carolina Viano y Liliana Manzano “Acerca de la ley de responsabilidad penal adolescente” párrafo “La privación de libertad. Efectos de la prisionización”, publicado en http://www.comunidadyprevencion.org/opinion_03.html

²³ Francisco Muñoz Conde “Derecho Penal y Control Social” Ed. Temis. Colombia 2004

seguir con ellos un modelo de vida, brindándoles todas las instituciones culturales a disposición del Estado, que tratar de imponerles uno mediante la fuerza bruta dentro de una jaula.

Aquí es donde comulga y se encuentra nuestra postura con la división propuesta por el profesor Maier en la ponencia citada al inicio de este trabajo, puesto que esta tarea que pretendemos se dé al sistema de responsabilidad juvenil, sólo puede llevarse a cabo mediante la articulación de instituciones que dependen de los poderes ejecutivos, nacionales y/o provinciales, mediante la utilización del derecho administrativo, con la articulación de diferentes áreas y funciones multidisciplinarias, y en última instancia con la coacción administrativa e imposición de diversas sanciones pero no privativas de la libertad en sede penal. Es decir, no ingresar inmediatamente al sistema punitivo tradicional los hechos, y hasta el procesamiento de los delitos, cometidos por niñas/os, sino abordarlos desde la administración, con intervención multidisciplinar²⁴, con excepción de los que presenten características tales que revelen la inadecuación e impertinencia de este sistema.

Como se dijo en la disertación citada de Maier “La discriminación de ámbitos, entonces, no se vincula al bien jurídico que la norma tiende a proteger, ni a alguna naturaleza específica de la norma protegida en su vigencia, sino que, por lo contrario, se vincula a la consecuencia jurídica, a la gravedad de la reacción –uso legítimo y racional de la fuerza- que el Estado utiliza para retribuir o prevenir.”²⁵

Un proceso administrativo entonces, y reparatorio, diremos además.

La profesora de Girona, Teresa Armenta Deu, resalta que en Cataluña (España) la reparación es “utilizada en forma suficientemente satisfactoria, sobre todo en su modalidad de acuerdo con los efectos de evitar el correspondiente proceso y, por ende, la imposición de la pena.” Sostiene que la integración de la reparación al sistema jurídico penal de sanciones se reclama ampliamente en los países de su área cultural, y ofrece múltiples variedades, tales como: reparación como sustitución de la pena, como condición para la suspensión de la pena, o como requisito para atenuar la pena, siendo la primera de ellas la más novedosa desde el punto de vista dogmático-material y simultáneamente la que incide en mayor medida y con mayor eficacia en el sistema de enjuiciamiento criminal. Todo lo cual debe ir paralelamente acompañado de la incorporación de mecanismos de conciliación, mediación o arbitraje, con independencia de que terminen o no en la imposición de una pena, todo lo cual supone un quiebre del principio de necesidad de ésta.²⁶

El jurista alemán Claus Roxin en su obra “Fundamentos político-criminales del Derecho Penal”²⁷ se hace la misma pregunta que Maier ¿tiene futuro el Derecho Penal? Y señala que el derecho penal tradicional se encuentra en franca retirada, pero profetiza un gran futuro a la reparación del daño en este campo del saber jurídico, aunque no al modo de acumulación de la acción civil a la penal (action civile francesa o compensation order inglesa) sino como una

²⁴ Cosa que además de las normas internacionales citadas ut supra, manda a hacer también la ley nacional n° 26.061.

²⁵ Conferencia del Dr. Maier citada, pág. 19

²⁶ Teresa Armenta Deu “Estudios sobre el proceso penal”, Colección Autores de Derecho Penal. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2008, pág 51.

²⁷ Claus Roxin “Fundamentos político-criminales del Derecho Penal”, Hammurabi. Buenos Aires, 2008, pág. 355.

segunda sanción orientada a la voluntariedad en un proceso penal en que antes de la apertura del principal la reparación voluntaria funcione como atenuación obligatoria de la pena, suspensión de la pena en la condena condicional o directamente como sustitución de la sanción penal, con excepción de los delitos más graves.

Señala como dos ventajas de este tipo de proceder, las siguientes: le ofrece al autor un gran aliciente para la reparación del daño, y a la víctima una rápida y desburocratizada indemnización. Asimismo, destaca que desde el punto de vista de la reinserción social del reo estos procesos significarían un rotundo y nuevo impulso por la reparación del daño que se consigue en definitiva, ya que desde una visión preventivo-general la perturbación social que genera el hecho violento sería zanjada radicalmente con la restauración del estado de cosas al momento anterior, y desde una óptica preventivo-especial el efecto también sería positivo ya que el modo reparativo coloca al autor frente a su hecho y la víctima, debiendo enfrentarse interiormente con su conducta pasada y encontrar una manera de repararla.

Nuestra propuesta

De lo dicho hasta aquí extraeremos nuestra propuesta en relación al sistema de responsabilidad juvenil que consideramos más adecuado a las problemáticas que en él se ventilan y que él aborda, tanto respecto de los actores que juegan distintos roles en el proceso de criminalización primaria y secundaria de los niños y adolescentes, como también teniendo en cuenta el ofrecimiento a éstos de al menos la posibilidad de un desarrollo integral en el ámbito social que no los excluya aún más de la vida societaria mediante sanciones de encerramiento en instituciones totales. Además, por último y no por ello menos importante, producir la relación entre los infractores y las víctimas para que, entre muchas otras cosas, puedan ver los primeros que las segundas necesitan una reparación a consecuencia de sus actos, y para que vean las ocasionales víctimas que los infractores no son un “otro monstruoso” a los que hay que esquivar, discriminar y tener sumo cuidado de ellos en la creencia de que acechan en las sombras para en la primera oportunidad que tengan causar daños cada vez con mayor violencia, o lisa y llanamente eliminarlos por incorregibles.

Pues nuestra propuesta es la reparación como primera vía administrativa en el sistema de responsabilidad juvenil, como *prima ratio* de un proceso que circule primero y principal por una vía administrativa, que permita la interacción de varias áreas y el abordaje multidisciplinar de la problemática que rodea a los niños, separada de lo estrictamente penal. Esta rama jurídica administrativa y sancionatoria en última instancia, debería separarse de la penal, y por ello, aunque “sin negar el Estado de Derecho, puede responder con garantías de aplicación más laxas, adecuadas a consecuencias jurídicas de menor gravedad, factibles de reparación sencilla en caso de error en la aplicación.”²⁸

Esta sistemática es, por lo relevado más arriba, el camino que han escogido las normas internacionales directamente aplicables en nuestras esferas de intervención, y respecto de las cuales la Argentina se ha comprometido internacionalmente, con todo lo que ello implica.

También lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “**García Méndez y Musa**” de la siguiente manera: “La Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños "a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) **Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales**, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales" (art. 40.3). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los "**menores delincuentes**" pasibles de sanción, "[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente" (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la "mejor respuesta", y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las "**diversas medidas**" ajenas a los procedimientos judiciales, y a "**otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones**", que debe prever el Estado.”

En la provincia de La Pampa no existe ninguna resolución judicial de este tenor, ni proveniente del Juzgado de la Familia y del Menor, ni de los otros Tribunales que entienden en casos con personas de menos de 18 años de edad en conflicto con la ley penal.

Nuestro aporte procura un sistema de responsabilidad juvenil en el que desde el inicio del proceso del conflicto, éste se aborde de una manera inter y multidisciplinar en la que especialistas de diversos saberes contengan y ayuden al niño infractor a hacerse responsable por sus actos, junto con sus padres, tutores o familia con que cuente, y una vez que se coadyuve en el proceso de asunción de responsabilidad se lo ponga frente a la víctima para que por mediación u otro proceso alternativo lleguen a un acuerdo sobre la reparación del daño causado, que no necesariamente debe ser económica, pues su modalidad dependerá de múltiples variables, entre ellas fundamentalmente dos: el bien jurídico afectado y las necesidades de la víctima surgidas a partir del hecho, o también trabajos en favor de la comunidad si el dañado es el estado o la víctima particular no quiere o no le interesa participar del proceso.

Este tipo de procedimiento, educador de por sí, por su manera y sus efectos en relación a los intervinientes, cuando los infractores son menores cumpliría mejor aún esta función, máxime cuando, en todo caso, la sanción que se prevea para el incumplimiento de lo pactado sea de carácter ambulatoria, y no en institutos totales –reformatorio y/o prisión²⁹–, sino en los organismos propios de la educación formal y no-formal de los sujetos no excluidos, es decir, en el seno familiar, en escuelas, clubes socio-culturales, deportivos, centros artísticos, de recreación literaria, de enseñanza laboral, etcétera, etcétera, bajo la asistencia y vigilancia de determinadas personas u organismos que aseguren el entrenamiento social del individuo y su integración.

²⁹ La equivalencia terminológica proviene de la realidad, véase lo dicho por la Corte Suprema en el considerando 10 del fallo “L., L. A.” (18/12/2007) sobre el embuste de etiquetas en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil.

Que quede claro, nuestra propuesta de un sistema reparatorio se formula como sustitución del proceso judicial y de la pena privativa de libertad para niños –con menos de 18 años de edad, art. 1 CDN-, exceptuando hechos graves que releven la impertinencia o inaplicabilidad de este régimen.

Todo esto no es más, ni menos, que derecho penal de última ratio y reparación como primera vía no judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Eduardo Luis “Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal juvenil” publicado en http://www.robertexto.com/archivo_18/delinc_juven.htm.
- Armenta Deu, Teresa “Estudios sobre el proceso penal”, Colección Autores de Derecho Penal. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2008,
- Baratta, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal”. Editorial Siglo XXI. México, 1991.
- Beloff, Mary “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual” (Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002)
- Beloff, Mary “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el ámbito interno” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. CELS/Editores del Puerto. Buenos Aires 1997.
- Beloff, Mary - José Luis Mestres, “Los recursos en el ámbito de la justicia de menores”, en Maier, Julio B. J. (comp.) “Los recursos en el procedimiento penal”, Bs. As., Ediciones del Puerto, segunda edición actualizada, 2004.
- Beloff, Mary “Constitución y Derechos del Niño” Separata de “*Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*”. David Baigún *et al.*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Beloff, Mary “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. 2º reimpresión. Editores del Puerto. Bs. As. 2008;
- Bidart Campos, Germán “El Derecho y los Chicos”, Espacio Editorial. Bs. As., 1995.
- Bidart Campos, Germán “Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la convención sobre los Derechos del Niño”, en Bianchi, María del Carmen (comp.) “El Derecho y los chicos”. Editorial Espacio. Bs. As., 1995.
- Binder, Alberto M. “Introducción al Derecho Penal”. Editorial Ad-Hoc. 1ª ed. Bs.As. 2004.
- Bourdieu, Pierre “Elementos para una sociología del campo jurídico” en Bourdieu, Pierre y Teubner Gunther “La fuerza del Derecho”. Ediciones Uniandes. Santa Fe de Bogotá, 2000.
- Bourdieu, Pierre “Poder, Derecho y Clases Sociales”. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao, 2000.
- Carranza, Elías “Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina”, en legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado, Estudios de Derecho Judicial, nº 18, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.
- Crivelli, Ezequiel “¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del régimen penal de menores en la provincia de Mendoza”. Publicado en Lexis Nexis, N° 0003/013206.
- Crivelli, Ezequiel ¿Un pronunciamiento a la altura de los tiempos? Nota al fallo “García Méndez, E., Musa, L. C.” de la CSJN. Publicado en elDial.Express, del día viernes 19 de diciembre de 2008, Año XI, Número 2682.
- Devoto, Eleonora “Sobre la mediación penal. Algunas consideraciones relativas a su justificación teórica”, publicado en <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/devoto-sobre-med-penal.pdf>.
- Díaz de León Fernández, Laura y González Placencia, Luis “La justicia de niños y niñas en conflicto con la ley penal. Aproximación empírica a su funcionamiento” en Revista “Delito y Sociedad”, nº 20, págs. 29 a 60. Bs. As., 2004.
- Duschatzky, Silvia y Corea, Cristina “Chicos en banda”. Editorial Paidós. Bs. As. 2002.
- Fellini, Zulita “Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil”. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002.
- Ferrajoli Luigi “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” 3ª edición. Editorial Trota. Madrid 1998.
- Finochietti, María Dolores “Mediación, conciliación y sistema penal”. Publicado en “Cuadernos de Derecho Penal del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Neuquén”. Cuaderno N° 1, año 2004. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/neuquen.php>.
- Foucault, Michel “Vigilar y Castigar”. Editorial Siglo XXI. Bs. As. 1976. Capítulo ilegalismo y delincuencia, págs. 261 a 314.
- Foucault, Michel “Los anormales”. Traducción de Horacio Pons. Edición Fondo de Cultura Económica. Bs. As., 2000.
- Gandur, Antonio “Actividad del Poder Judicial frente a los adolescentes en conflicto con la ley penal”,

- publicado en www.laleyonline.com.ar
- García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.) “Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990/1998)”. Editorial Temis/Depalma. Bogotá, 1998.
 - García Méndez, Emilio y Carranza, Elías “Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa”. Publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=8127:garcia-mendez-emilio-y-carranza-elias-del-reves-al-derecho-la-condicion-juridica-de-la-infancia-en-america-latina-bases-para-una-reforma-legislativa&catid=276:doctrina&Itemid=46.
 - Gomez da Costa, Antonio Carlos “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente”, en AA.VV., Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Editorial Galerna. Bs. As. 1992
 - Guemureman, Silvia “La contracara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social judicial” en Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel (comps.) “Violencias, Delitos y Justicia”. Editorial Manantial. Bs. As. 2002, págs.169 a 189.
 - Gutiérrez, Patricia A. y Gulminelli, Mariana “Sistema de justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires”. Publicado en LLBA 2007 (octubre), 957.
 - Highton, Elena; Álvarez, Gladis; Gregorio, Carlos “Resolución alternativa de disputas y sistema penal” Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 1998.
 - Hulsman, Louk “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”. en “Criminología Crítica y Control Social” Editorial Juris. Rosario, 2000.
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída “Justicia restaurativa”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Bs.As., 2004.
 - Kessler, Gabriel “Sociología del delito amateur”. Editorial Paidós. Bs. As., 2004.
 - Kunz, Ana y Cardinaux, Nancy “Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesisistas” Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires.
 - Laino, Nicolás “Mediación Penal y Justicia Restaurativa. El naufragio del Régimen Penal del Niño”. Publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=747:laino-nicolas-mediacion-penal-y-justicia-restaurativa-el-naufragio-del-regimen-penal-del-nino&catid=448:mediacion&Itemid=64.
 - Leal Suárez, Luisa y García Pirela, Adela. Criminología crítica y garantismo penal. *Cap. Criminol.*, oct. 2005, vol.33, no.4, p.429-444. ISSN 0798-9598.
 - Llobet Rodríguez, Javier “Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil”. Pacheco, Máximo (Editor) (1987). Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1159:llobet-rodriguez-javier-costa-rica-derechos-humanos-y-justicia-penal-juvenil&catid=276:doctrina&Itemid=46.
 - Maier, Julio B. J. “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, Rev. Justicia y Derechos del Niño N° 2, UNICEF.
 - Martínez, Félix A. “Derecho de Menores. Algunas cuestiones procesales y constitucionales”. Ed. Mediterránea. Buenos Aires, 2006.
 - Merklen, Denis “Vivir en los márgenes: la lógica del cazador. Notas sobre la sociabilidad y cultura en los asentamientos del Gran Buenos Aires hacia fines de los 90” en “Desde Abajo. La transformación de las identidades sociales” Svampa Maristella (editora). Editorial Biblos. Bs. As. 2000.
 - Míguez, Daniel “Los pibes chorros. Estigma y Marginación (claves para todos)”. Editorial Granica. Buenos Aires, 2005.
 - Pavarini, Massimo “Control y Dominación”. Editorial Siglo XXI. México, 1999.
 - Taylor, I.; Walton, P. y Young, J. “La nueva criminología”. Editorial Amorrortu. Bs. As., 1977.
 - Soto, Pamela; Viano, Carolina y Manzano, Liliana “Acerca de la ley de responsabilidad penal adolescente” párrafo “La privación de libertad. Efectos de la prisionización”, publicado en http://www.comunidadyprevention.org/opinion_03.html.
 - Teragni, Martiniano “Nuevos criterios en la jurisprudencia penal juvenil argentina, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”. Ed. Lexis Nexis. N° 06/2007 sección Justicia Juvenil, págs. 1113/1122. Bs. As., 2007.
 - Tonkonoff Constantín, Sergio “Juventud, exclusión y delito. Notas para la reconstrucción de un problema”. Artículo publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/01032010/criminologia01.pdf>.
 - UNICEF y SENNAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) informe “Procedimientos penales juveniles. Estado de adecuación de la reforma legal a nivel provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño”. Bs. As., noviembre de 2009.
 - Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General”. 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008.
 - Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte General” Editorial EDIAR. Bs. As. 2002.

Alejandro Javier Osio
Santa Rosa, La Pampa