

## **-SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL-JURISPRUDENCIA: LOCAL; PROVINCIAL; NACIONAL; CORTE IDH-**

### **Sistema de Responsabilidad Juvenil**

El sistema de Responsabilidad Penal Juvenil se encuentra atravesado por distintas “normativas” que lo hace distinto a cualquier otro sistema jurídico.- Como leyes de *fondo* se utilizan siguientes:

- 1) Ley Nacional 22.278<sup>1</sup>
- 2) La Ley 26.061<sup>2</sup>
- 3) El Código Penal<sup>3</sup>
- 4) Ley Nacional N 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad<sup>4</sup>
- 5) Otras que surgen del art.10 de la Ley 13.298 etc

Y paralelamente como leyes de *forma* se utilizan:

- 6) Ley 13.298<sup>5</sup> de Promoción y Protección de los Derechos del Niño”
- 7) Ley 13.634<sup>6</sup> que reestructura el Fuero de Familia y el proceso de Responsabilidad Penal Juvenil.-
- 8) La Ley 11.922<sup>7</sup> (Cód. Procedimiento Penal “de mayores”)
- 9) Ley N 12.256 Ley de Ejecución Penal<sup>8</sup>
- 10) Otras que surgen del art.10 de la Ley 13.298 etc

Esta falta de una “normativa específica que unifique el sistema juvenil” ha generado en la provincia de Buenos Aires un cruce de criterios interpretativos que derivó inevitablemente en resoluciones judiciales distintas, y en muchos casos antagónicas en los 18 Departamentos Judiciales que la componen.-

**Lo Anterior y lo Actual:** El martes 15 de julio del 2008 comenzó a funcionar el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en Necochea, La Plata, Quilmes y San Martín.- Dos meses después, en fecha martes 30 de septiembre de 2008 se puso en marcha en otros cuatro Departamentos Judiciales: Azul, Mercedes, Pergamino y San Nicolás. A los cuatro meses de su inicio en fecha viernes 28 de noviembre del 2008 comenzó finalmente en los restantes lugares de Junín, Bahía Blanca, La Matanza, Lomas de Zamora, Mar del Plata, Dolores, Morón, San Isidro, Trenque Lauquen y Zárate-Campana<sup>9</sup>.-

El comienzo escalonado fue resuelto conjuntamente entre la “*Suprema Corte de Justicia* de Buenos Aires” y “la *Procuración* de la Provincia Buenos Aires” en virtud de circunstancias presupuestarias.- En estas circunstancias, decidieron que conforme a condiciones mínimas de infraestructura arrancará en los Departamentos Judiciales que en mejores condiciones se encontraban, para después ir implementarlo gradualmente en el resto de la provincia.- Así Necochea fue uno de los 4 lugares en donde se comenzó, siendo motivo de consulta permanente por el resto de las Departamentales que lo hicieron con posterioridad.-

Este nuevo sistema<sup>10</sup> es el resultante de un camino comenzado 14 años antes con la reforma de la Constitución y la incorporación de la “Convención de los Derechos del Niño” (CDN en adelante) en su art. 75 inc. 22.- No obstante, aún antes de ser incorporada a nuestra constitución en

<sup>1</sup> Del 28 agosto del 1980 y modificada por la ley Nac. 22.803 del 9 de mayo 1983.-

<sup>2</sup> Del 26 octubre 2005 reglamentada por medio del Decreto Ejecutivo Nacional 415/2006 y 416/2006.-

<sup>3</sup> Ley Nacional 11.179 del 3 noviembre de 1921.-

<sup>4</sup> Sancionada 19/06/1996; Promulgada 08/07/1996 y Publicada 16/07/1996.-

<sup>5</sup> Sancionada por la Pcia. el 29 diciembre del 2004.- Promulgada por Decreto Ejecutivo Pcial.- 66/2005 y reglamentada por Decreto Pcial.- 300/2005.-

<sup>6</sup> Sancionada por la provincia de Buenos Aires el 28/12/2006.- Promulgada mediante Decreto provincial 44/2007.-

<sup>7</sup> Ley provincial del 23 enero del 1997.-

<sup>8</sup> Sancionada 22/12/1998; Promulgada 19/01/1999 y Publicada 29/01/1999.-

<sup>9</sup> [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2008/11/27/noticia\\_0005.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2008/11/27/noticia_0005.html)

<sup>10</sup> Creado por medio del Decreto Pcial.- 151/2007.-

el año 1994, existían juristas que la aplicaban “directamente” en sus juzgados como consecuencia de la sanción de la Ley Nacional N 23.849<sup>11</sup>.- Innovadora, la Dra. Zullitta Fellini<sup>12</sup> la aplicó desde el año 1990 haciéndola desde ese momento “plenamente operativa”<sup>13</sup>.-

Este nuevo Sistema implementa una mirada distinta sobre el joven como “**sujeto de derecho**”. Se le reconoce el derecho a ser oído en toda situación en la que el mismo es parte [art. 12 CDN]; y es oído dentro de un “debido proceso” respetando su situación de *sujeto de derecho*.

Nos encontramos así, con una mirada completamente diferente.- Gráficamente se pasa de un “joven sometido” [anterior régimen] a un “joven que se para frente a un juez a reclamar sus derechos”.-

Este nuevo sistema es oral, público y transparente, en donde el joven “es un par”.- Las limitaciones a la publicidad están dadas en beneficio del mismo a los efectos de no sufrir *estigmatización*, situación que no se daba en el anterior sistema de neto corte inquisitivo.-

La nueva visión es diferente a la “Situación Irregular” [Patronato de Menores] en donde el joven resultaba un “objeto de control”; y por ende “**un objeto de derecho**”, “el cual necesitaba de la tutela del Estado” por ser “biológicamente incapaz”.

Era un “Sistema Asistencial” dentro de un “procedimiento represivo penal” de corte “inquisitivo”. Sistema en donde el Juez que “todo lo podía y todo lo sabía” endiosado por una normativa ambigua, hacía y deshacía a su gusto.

Esto se observa en el art. 1 ley 22.278 y en el art. 10 de la 10.067 que “hablan de riesgo o peligro moral o psicológico” como bases de la fundamentación del Sistema anterior.-

### **LEY 22.278 Régimen penal Menores (28/8/1980)**

**Art. 1.-** No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos [...] con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito [...] En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si [...] resultare que el menor se **halla abandonado, falta de asistencia**, en “**peligro material o moral**”, o presenta problemas de conducta, **el juez dispondrá definitivamente del mismo** por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

### **Ley 10.067 Art. 10º: Los Juzgados de Menores. Competencia. (Derogada por ley 13.298)**

**b)** *Cuando la salud, seguridad, educación y moralidad de menores de edad se hallare comprendida por actos de inconducta, contravenciones, o delitos de sus padres, tutores, guardadores, o terceros; por infracción a las disposiciones legales referentes a la instrucción y al trabajo; cuando por razones de orfandad o cualquier otra causa, estuviesen material o moralmente abandonados, o corrieren peligro de estarlo, para brindar protección y amparo, procurar educación moral e intelectual al menor y para sancionar, en su caso, la inconducta de sus padres, tutores guardadores o terceros, conforme a las leyes que rigen en materia de minoridad y a las disposiciones de la presente.*

**c)** *Para disponer todas aquellas medidas que sean necesarias para otorgar certeza los atributos de la personalidad de los menores bajo su amparo, y lograr su más completa asistencia...”*

<sup>11</sup> De fecha 27/09/1990.- La cual adopta a nivel interno la CDN.- (Esta última creada por la “Asamblea General de las Naciones Unidas” en Nueva York del 20 noviembre de 1989).-

<sup>12</sup> Especialista en minoridad; docente de la UBA hace más de 25 años; Ex jueza del Tribunal de Menores II de la Ciudad de Buenos Aires; Académica evaluadora de postulantes a Jueces, Fiscales, Defensores de Jovenes; realizadora de un sinnúmero de publicaciones referidas a la minoridad; etc...

<sup>13</sup> Lo cual resulta una interpretación acertada.- Años después la SCJN falla en idéntico sentido determinando que los derechos de una “Convención son operativos”, reconociéndole prioridad al derecho internacional sobre el derecho interno con basés en el Art. 31 de la C.N. y en lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.- “**Ekmekdjian, Miguel A. s/ Sofovich, Gerardo**”; 07/07/1992; LL 1992-C-543.-

Este Sistema era escrito, secreto, y justificaba bajo el ropaje de un de procedimiento tutelar el desconocimiento del “debido proceso”.- Comenzó en el año 1938 con la ley provincial N° 4.664 y fue perfeccionado con el Decreto-Ley 10.067.- Muy criticado por la Dra. Zullita Fellini y por la Dra. Mary Belloff<sup>14</sup> atento a que, a partir de dicha normativa “víctimas y victimarios” eran internados en un mismo lugar.- También encontró en el sistema una derivación de la Defensa Social del Positivismo Criminológico en donde trataba a los menores de una forma medico-paternalista.-

### **El actual Sistema de “Protección Integral”**

El mismo fue implementado entre dos leyes complementarias<sup>15</sup>: la ley 13.298 “Promoción y Protección de los Derechos del Niño” y la 13.634 “Ley de Responsabilidad Penal Juvenil”.

### **Principios Rectores que la movilizan.-**

- **Oralidad**
- **Especialidad** La CDN y otras normas internacionales de derechos humanos establecen que el Sistema de Justicia Penal que intervenga en los delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad “*debe ser especializado*”<sup>16</sup>. La Observación General N°10 del Comité de Derechos del Niño<sup>17</sup> [OG-10 en adelante] dispone que debe establecerse un “sistema amplio de Justicia de Menores”<sup>18</sup> que comprenda a policías, jueces, fiscales y defensores especializados<sup>19</sup>. El procedimiento debe tener características específicas previendo incluso estándares más exigentes en materia de garantías procesales si se compara con el régimen vigente para las personas adultas, o medidas específicas como la participación de los padres. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el procedimiento debe asegurar el asesoramiento psicológico para el niño, el control respecto de la manera de tomar el testimonio al niño y la regulación de la publicidad del proceso. Si bien se reconoce el ejercicio de facultades discrecionales, las autoridades judiciales deben estar preparadas y capacitadas en los derechos humanos del niño y la psicología infantil y sujeta a los criterios de idoneidad y proporcionalidad<sup>20 21</sup>.
- **El “interés superior del niño”** en todo proceso que el mismo sea parte [art.3 CDN]. El art. 3 de la 26.061 lo define como la “*Máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos reconocidos*”. En idéntico sentido, el art. 4 de la 13.298 y su Decreto reglamentario 300/05 le dan cuerpo a la “formula abstracta”, entendiéndola como la “*máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos para el logro del desenvolvimiento de sus potencialidades, en donde se deberán apreciar para ello en la situación concreta: a) su condición de niño como sujeto de derecho; b) su opinión; c) la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; d) y entre ellos y los que emanan de una sociedad justa y democrática y e) en caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños frente a otros derechos e intereses, prevalecerán el de los niños*”.-
- **Otro ppio, esta dado por el art. 33 de la Ley 13.634** el cual resulta ser la *protección integral del joven, su formación, que asuma una actitud constructiva y responsable en la*

<sup>14</sup> Abogada recibida de la UBA Máster en Leyes de la Univ. Harvard; EEUU, de trayectoria internacional reconocida perito y asesora de la “Corte Interamericana de Derechos Humanos” habiendo intervenido en el fallo “**Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay**” (2 de septiembre de 2004) y en la OC-17/2002 entre otros...

<sup>15</sup> Conforme el propio art. 98 de la Ley 13.634

<sup>16</sup> Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) art. 5.5; CDN art. 40, inc. 3; Reglas de Beijing, Regla 2.3; Directrices de Riad, Directriz 52; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directrices 13 (d) y 14 (a) y (d). En la Directriz 14 (d) se establece como alternativa la posibilidad de que los tribunales ordinarios tengan procedimientos especiales.

<sup>17</sup> Comité de los Derechos del Niño, 44° período de sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

<sup>18</sup> Párr. 90.

<sup>19</sup> Párr. 92.

<sup>20</sup> “**Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay**”, 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112, párr. 211.

<sup>21</sup> En idéntico sentido Dictaminó el **Sub-Procurador de la SCJ** Dr. Juan Angel de Oliveira en fecha 09/03/2012 en la **P-113.673**; “**S.,E.,M. S/ Recurso Extraordinario**”.

*sociedad*<sup>22</sup>, *reintegración a la familia y sociedad, la subsidiaridad y la mínima intervención*<sup>23</sup>, *solución de conflictos y la participación de la víctima*<sup>24</sup>. -

- **El principio de “reserva”** consagrado por el art. 4<sup>25</sup>, 5<sup>26</sup> y 53<sup>27</sup> de la Ley 13.634.- El cual determina la imposibilidad de la publicidad del debate oral del joven.- Esto mismo es complementado por el art. 8.1 y en especial el art. 8.2<sup>28</sup> de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores” Res. 40/33 (Reglas de Beijing) las que se aplican en virtud del art. 10<sup>29</sup> de la 13.298.- Por consiguiente, resulta distinto y opuesto al sistema de mayores.-
- **Derecho a ser “oído”** el cual surge del art. 12 inc.2 CDN; art. 7.1 de las Reglas de Beijing; art. 3, 24 y 27 de la ley 26.061 y 3 de la 13.634.- Siempre este derecho será ejercido en relación al art. 18 CN y 308 y 310 de la 11.922 (no ser obligado a declarar, posibilidad de guardar silencio sin que sea usado en su contra etc.) A su vez, el art. 36.2 y 38 de la 13.634 prohíbe bajo sanción de nulidad que sea interrogado por autoridades policiales sobre el hecho o que se deje constancia de manifestaciones.<sup>30</sup> -
- **Que tendrá todos los derechos por su condición de ser humano más un “plus extra”** por su condición de persona en formación.- Art. 36 ley 13.634; Art.19 CADH; OC-17/02 y Fallo “Maldonado” (considerando 32 del voto Petracchi- Highton de Nolasco- Maqueda-Zaffaroni y Lorenzetti)
- **La Libertad del niño** siendo que la privación de libertad sólo puede disponerse excepcionalmente como medida de último recurso y por el tiempo más breve.- Ello conforme al art. 7 y 36.4 de la ley 13.634; art. 37 inc. b) de la CDN; art. 2 y 17 de las “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad” (res.45/113); art. 13 y 17 de las “Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” (Reglas de Beijing [Res.40/33]); art. 1.5; 2.6 y 6 de las “Reglas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad” (Reglas de Tokio [Res.45/110]; OC-17/2002 y OG 10.-
- **A NO ser separado de su grupo familiar con motivo de ausencia de recursos**

<sup>22</sup> En idéntico sentido art. 6 de la ley 13.634, art. 40.1 de la CDN; art. 1. 2de las “Reglas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad” (-Reglas de Tokio- Res.45/110) y Fallos CSJN “Maldonado” (consid. 22 del voto Petracchi- Highton de Nolasco- Maqueda- Zaffaroni y Lorenzetti).-

<sup>23</sup> **Art. 37 b de la CDN** “Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” **Art.40 inc.3 b) CDN** “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”

<sup>24</sup> En idéntico sentido la **Corte IDH “Mendoza y Otro c/Argentina”** del 14-05-13.-

<sup>25</sup> **Art. 4 de la Ley 13.634** “todo proceso que tramite ante estos Fueros tendrá carácter reservado, salvo para el niño, representantes legales o guardadores de hecho y las partes.”

<sup>26</sup> **Art. 5 de la Ley 13.634** “Queda prohibida la difusión de la identidad de los niños sujetos a actuaciones administrativas o judiciales, cualquiera sea su carácter y con motivo de dichas actuaciones, en informaciones periodísticas y de toda índole. Se consideran como informaciones referidas a la identidad: el nombre, apodo, filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma que permita su individualización.

<sup>27</sup> **Art. 53 de la Ley 13.634** “ No será aplicable lo normado por el artículo 342 del Código Procesal Penal, respecto a la publicidad de la audiencia de debate, la cual tendrá carácter de reservado. Excepcionalmente, podrán estar presentes aquellas personas expresamente autorizadas por el Juez. La decisión judicial es inimpugnable.”

<sup>28</sup> **Art. 8,2** “En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente”.

<sup>29</sup> **Art. 10** : “Se consideran principios interpretativos de la presente Ley, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución Nro. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Nac.Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (-Directrices del RIAD- Resolución 45/112)”

<sup>30</sup> En el sistema de mayores se suele encontrar en los expedientes las actas policiales en donde “sugestivamente” el mayor de edad relata por propia iniciativa lo sucedido.- La CSJN ha aceptado esos “datos” en virtud de ser “manifestaciones espontáneas que encaminan la pesquisa siempre y cuando no son el resultado de coacción” CSJN “Cabral, Agustín s/ Contrabando” del 14-10-92.-

**económicos:** Art. 9 de la 13.298; art. 9 del Decreto 300 reglamentario de la ley 13.298; OC-17/2002 y art.19 CADH.- En idéntico sentido podemos encontrar la prohibición expresa sobre la imposibilidad de “incomunicación”<sup>31</sup> procesal del joven. Mientras que en el sistema de mayores está permitido expresamente en art. 152 de la ley 11.922 la incomunicación del procesado<sup>32</sup>.

- **Derecho a “la identidad del joven”** de conocer quiénes son sus padres<sup>33</sup>, pertenencia a un grupo familiar<sup>34</sup>, a un nombre, un estilo de vida, ello se encuentra amparado en los art. 8 CDN; OC-17/2002; art. 10, 11, 12 de la Ley 26.061 y su decreto reglamentario entre otros...
- **No llevar registros de antecedentes policiales o penales sobre jóvenes.-** (art. 36.inc.6 y 39 de la ley 13.634 y art. 21.2 de “Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” [Reglas de Beijing-Res.40/33])
- **Lo asistencial se separa del Sistema Penal.-**

**A) Se crea el “Servicio Local de Protección de Derechos”** (art. 18 y Ss de la Ley 13.298 [SLPD en adelante]) el que pertenece al Órgano Ejecutivo<sup>35</sup> y será el encargado en adelante de tratar las situaciones de vulneración de derechos de los jóvenes por fuera del Sistema Penal.- El SLPD y el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos pertenecen al Ejecutivo Municipal y Provincial, separándose de esta manera del Órgano Judicial.- El SLPD es un órgano con recursos propios, creado a los efectos de ayudar a un joven que se encuentra en situación de riesgo sin separarlo de su grupo familiar.- El mismo posee un equipo interdisciplinario (psicólogo, médico, abogado y asistente social) dedicado a intervenir con los jóvenes en situación de riesgo.- El mismo debe de estar las 24 hs<sup>36</sup> al servicio del Sistema, motivo por el cual debe de poseer un tel de referencia al cual llamar en cualquier momento, debiendo contar con programas a los efectos de paliar las necesidades de los jóvenes en situación de riesgo<sup>37</sup> En Necochea dicho instituto funcionó con dificultades o con una operatividad cuasi-nula.- Nunca tuvo un teléfono al cual se pueda acudir fuera del horario de ley, por ejemplo para hacerle entrega de un joven aprehendido por un delito por no existir un familiar mayor de edad responsable<sup>38</sup>. No tenía los programas de ley.- No tenía recursos económicos ni humano

<sup>31</sup> Art. 45 de la Ley 13.634.-

<sup>32</sup> No obstante, la “incomunicación” es una figura muy poco utilizada también en el proceso de mayores de toda la provincia, y en Necochea es nula su utilización.-

<sup>33</sup> **Art. 10 de la ley 26.061** “...tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares [...] Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados...”

<sup>34</sup> **Art. 7 Dec. Reglamentario de la Ley 26.061:** “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. En idéntico sentido el art. 3 del decreto 300 que reglamenta la ley 13.298; art.5 CDN, art. 12 de las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (-Directrices del RIAD- Resolución 45/112) y OC-17/2002.-

<sup>35</sup> Dependiente del Ministerio de Desarrollo Humano. Decreto 300 que regula la ley N 13.298.-

<sup>36</sup> Art 20.2 del decreto 300 reglamentario de la ley 13.298.-

<sup>37</sup> Art. 30 y 31 de la Ley 13.298 determina los programas que deben de poseer los SLPD.- Programas de Promoción : **a)** Programas de identificación. **b)** Programas de defensa de derechos. **c)** Programas de formación y capacitación. **d)** Programas recreativos y culturales. **e)** Programas de becas y subsidios. Programas de Protección : **a)** Programas de asistencia técnico jurídica. **b)** Programas de localización. **c)** Programas de orientación y apoyo. **d)** Programas socio-educativos para la ejecución de las sanciones no privativas de la libertad. **e)** Programas de becas. **f)** Programas de asistencia directa, cuidado y rehabilitación”.

<sup>38</sup> Como sucedió recientemente en la **IPP 011-003733/13 “M.,C.,E. s/Hurto Tentado”** en donde la Defensoría en fecha sábado 14/09/13 en horas de la mañana, lo retiró de la Comisaria donde se encontraba aprehendido en virtud de no poseer un familiar mayor de edad que pueda concurrir al lugar y firmar el retiro.-

disponible, y la sede donde funciona actualmente no es apta etc.

**B) Se crea el “Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos”:** (SZPPD en adelante) el cual actúa de superintendencia de los SLPPD de una zona determinada, actúa de SLPPD en aquellos lugares en los que no exista este último, y debe de intervenir a los efectos de resolver conflictos una vez agotada la instancia local de resolución<sup>39</sup>.

**C) Se crea el Centro de Referencia** en la órbita provincial, el cual tendrá la función de controlar las *medida judiciales* (cautelares o sancionatorias) impuestas al joven en un proceso penal<sup>40</sup>.

- **Se debería haber creado el Defensor de los Derechos del Niño**<sup>41</sup>. Situación que a la fecha no se efectivizó<sup>42</sup>.
- **La reorganización del “Cuerpo Técnico Auxiliar” del art. 25 de la ley N 13.634.**- Compuesto por perito médico, psicólogo, asistente social y/o trabajador social.- Estos que estaban a disposición de los Tribunales de Menores [léase juez]; ahora por la acordada 3370/08 pasan a estar a disposición del Ministerio Público Fiscal y de Defensa.

### **El Interés Superior. Art. 3 CDN”:**

La circunstancia de que se defina por medio del art. 3 de la ley Nª 26.061 y por parte del art.4 de la ley Nª 13.298 y su decreto reglamentario 300/2005, es de suma trascendencia toda vez que acota las posibilidades de interpretación.

El principio mencionado en el art. 3 de la CDN resulta vago, ambiguo y posibilita la lectura en base a “caprichos o estereotipos” del intérprete.- Esto último, se observa en un caso por demás emblemático de la Suprema Corte Justicia de la Provincia de Buenos Aires “**S.,M.,M. s/Rec. Ext.” (29/09/1998)**.- En el mismo, y ante iguales *circunstancias objetivas* e invocando todos el mismo principio de “*Interés Superior del Niño*” se llegó a tres conclusiones opuestas entre sí.-

El procesalista Dr. Augusto Diez Ojeda en relación a ello expresó: “*A los hombres de derecho, por lo general, no nos llama la atención que un mismo principio general frente a casos diferentes pueda conducir a soluciones distintas e incluso opuestas. Pero que, frente a un mismo caso, que un grupo de importante de juristas, invocando idéntico principio, sostengan conclusiones opuestas abre un serio interrogante en orden a la vigencia de los derechos y la seguridad jurídica*”<sup>43</sup>.-

### **Circunstancias del caso analizado:**

Una menor de 20 días de vida fue entregada en el año 1992 en guarda por escritura pública a “M.,I.,M.”- La Madre Biológica se arrepintió y reclamó la restitución. En tanto “M.,I.,M.” solicitó la adopción plena.- Primera Instancia otorgó la adopción simple a “M.,I.,M.”- Segunda instancia lo modificó, otorgando la adopción plena. Posteriormente y pasados Seis (6) años, la Suprema Corte de Justicia (SCJ en adelante) revocó parcialmente en fallo dividido, otorgando adopción simple y regresando el estado de las cosas a lo resuelto por primera instancia.-

**A) Minoría : Drs. Pettigiani – Hitters:** observaron la entrega realizada a los 20 días de vida por parte de la madre biológica entendiendo que la misma es irrevocable por falta de motivos suficientes.- Igualmente observaron la imposibilidad de atender adecuadamente al menor por parte de la madre biológica, destacando que la misma poseía otros hijos internados en el Patronato a los que no atendía, o solo lo hacía en irregulares apariciones.- Así, en el “Interés Superior del Niño” confirman la sentencia de Cámara (que otorga la adopción plena) en consonancia con lo

<sup>39</sup> Conf. art.18.4 del Decreto 300 que regula la Ley N 13.298 y Resolución 166/7 del Ministerio de Desar. Humano.-

<sup>40</sup> Resolución 166/7 y 172/7 del Ministerio de Desarrollo Humano

<sup>41</sup> Conf. art.16 del Decreto 300 que regula la Ley N 13.298.-

<sup>42</sup> Ni se observa preocupación al efecto por la Corte Suprema de Justicia Nacional, la cual en el fallo “**M., G. c/ P., C. A. s/ Rec. De Hecho**”; [394. XLIV de fecha 23/06/12] podría haber construido una resolución que refuerce a dicho instituto, no obstante no fue así.- En un juicio de “tenencia” entre progenitores se presenta el hijo de 10 años con la asistencia de un abogado perteneciente a “Fundación Sur” para defender sus *derechos*, y la CSJN [remitiendo a lo dictaminado por el Procurador en fecha 18/06/12] rechaza esa presentación expresando que el joven con la representación promiscua se encuentra defendido en sus derechos.

<sup>43</sup> La Ley 1999-C, 238.-

dictaminado por el Asesor de Menores de ambas instancias.-

**B) Segunda minoría : Drs. Negri – Laborde:** Entendieron que en el “Interés Superior del Niño” se debía rechazar la adopción y ordenar la posterior entrega a la madre biológica, proporcionándole mayor importancia al derecho del niño a su “identidad personal”, a la “preservación de sus relaciones familiares biológicas”, al derecho de la madre a no ser alejada de su hijo, de poder educarlo, etc... y entendiendo que la circunstancia de pobreza comprobada en la causa no sirven para desplazar la maternidad de origen.-

**C) La Mayoría de Jueces de la SCJ : Dr. Lazzari – Salas – San Martín – Ghione y Pisano:** Entendieron que debían otorgar la adopción simple del menor a “M.,I.,M.” a los efectos de “preservar las relaciones jurídicas con la familia biológica” a excepción de la Patria Potestad que se encontraría en la adoptante, prestando atención a la posibilidad de indigencia que conlleva la posible entrega a la madre biológica, y la circunstancia del tiempo transcurrido (seis años).- *“Tiempo en el cual, ha ido construyendo su psiquis y retornarlo a la madre biológica equivaldría a comprometer su personalidad y su conformación como ser humano”*(tex).-

### - EL SISTEMA PENAL EN SÌ -

La Ley N 13.634 nada dice en referencia a la edad de los menores y su punibilidad, remitiendo en el art. 32 a la “Legislación Nacional”<sup>44</sup>.- Siendo la única normativa la Ley 22.278/80<sup>45</sup> del gobierno *de-Facto*, la cual establece en su art. 1 que: no serán punibles los menores que no tengan 16 años de edad, ni aquellos que no hayan cumplido 18 años sobre los delitos sancionados con penas que no excedan los dos años de prisión, multa o inhabilitación

El art. 34 de la Ley 13.634, exige que [en las causas penales] en el término de cuarenta y ocho horas se acredite la edad del menor con los títulos correspondientes –conf. Art. 79, 80 y 85 del CC y art. 24 del Decreto 8204/63<sup>46</sup>–, o dictamen pericial de un médico forense o dos médicos en ejercicio de la profesión. No siempre los progenitores cuentan con la partida de nacimiento -o copia certificada- en su poder; en el Registro de las Personas –a menudo existen conflictos gremiales que provocan paros o cese de actividad; la Policía Científica no cuenta con el personal necesario para cubrir las necesidades de atención (falta de personal, problemas de contratación) El Hospital Hemilio Ferreyra emitió una resolución en fecha diciembre del 2012 después de reunirse con el Fiscal Gral. y Policía Científica en la cual manifestaba que no realizará reconocimientos (informe médico precario) médico forense de jóvenes detenidos, o recién aprehendidos.- Ello atento a ser incumbencia del médico de “legista”.- *Solo intervendrá en caso de que se encuentre en juego la salud de un joven.* El médico del CTA que es el específico del Sistema Responsabilidad Penal atiende solo si es con un turno prefijado. El procedimiento necesita de modo urgente determinar la edad del joven y ello es sin duda un problema en estas condiciones, ya que la audiencia “formal” se toma dentro de las 12hs<sup>47</sup> y de dictarse la detención, se realizará la audiencia frente al juez dentro de los 5<sup>48</sup> días.-

El art. 41 de la Ley 13.634, determina que dentro de las 12 hs el fiscal le debe -previa audiencia con la Defensa- tomar la audiencia al joven “aprehendido” para lo cual debe tener la causa ya “instruida” (confeccionada por la Policía y el Secretario/Instructor de la UFI).- Después

<sup>44</sup> Lo cual implica, una técnica legislativa defectuosa.-

<sup>45</sup> La Ley Nacional N 26.061 creada con posteriormente nada dice al respecto.-

<sup>46</sup> **Art. 79 CC)** El día del nacimiento, con las circunstancias del lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad, se probará en la forma siguiente: **Art. 80 CC)** De los nacidos en la República, por certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos, que para tal fin deben crear las Municipalidades, o por lo que conste de los libros de las parroquias, o por el modo que el Gobierno Nacional en la Capital, y los Gobiernos de Provincia determinen en sus respectivos reglamentos. **Art. 85 CC)** No habiendo registros públicos, o por falta de asiento en ellos, o no estando los asientos en la debida forma, puede probarse el día del nacimiento, o por lo menos el mes o el año, por otros documentos o por otros medios de prueba. **Art. 24 Decreto Ley 8204/63** Constancias de Inscripciones: Los Testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la Dirección General y/o sus dependencias, que correspondan a inscripciones registradas en sus libros o en las copias a que se refiere el art. 5 y que lleven firma oficial público y sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean presunción legal de verdad de su contenido en los términos prescriptos por el CC.-

<sup>47</sup> Art. 41 Ley 13.634.-

<sup>48</sup> Art. 43 Ley 13.634.-

de ello girárselo al Juez de garantías para que, de creerlo necesario, ordene la “detención”.- Esto no puede superar las 12 hs. En la práctica el tiempo es un problema, debido a que se deben tomar decisiones con la “poca” información que viene desde la Comisaria, y en más de una oportunidad confusa o contradictoria (motivo de la celeridad con la que actúan).- En caso de que el Ministerio Público Fiscal hiciera uso de las doce horas que le otorga la ley, entonces el Juez de Garantías no podrá dar cumplimiento a la manda legal y deberá liberar al joven. O bien, deberá realizar interpretaciones “*utilitarias*”.- Por ejemplo entendiendo que las 12 horas se empiezan a contar a partir de la lectura de los derechos, y no a partir de la aprehensión material en sí.- Ej: la detención material se realiza a las a las 4.55 am (conforme “*Acta Procedimiento*”) pero los derechos al joven le fueron leídos a las 10 am ya en sede de la Comisaria (“*Acta de Lectura*” de derechos firmada por el joven), por lo cual, la detención ordenada con posterioridad a las 12 hs puede ser legítima<sup>4950</sup>.

En cambio en el Sistema de mayores el término legal es de 24 hs<sup>51</sup>.-

El principio en el Fuero Juvenil, es la libertad durante el proceso (al igual que en mayores).- La prisionización es el último recurso, y la “Prisión Preventiva” como forma de asegurar el proceso se rige por el art. 42, 43 de la ley 13.634 y art 148 Ley 11.922<sup>52</sup>.- El sistema penal debe optar por la medida alternativa menos gravosa de ser posible<sup>53</sup>.-

Dicho principio<sup>54</sup>, deviene de los art. expresados y de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional); de las Directrices de Riad; de las Reglas de Beijing; de la OC-17 y OG N° 10 de la ONU.- **No obstante, el Principio es más una expresión de deseo que un hecho real y tangible.-**

Ordenada la detención por parte del juez, dentro del quinto día<sup>55</sup> debe llevarse a cabo una audiencia frente a VS a los fines de tratar la libertad o algunas de las restricciones a la libertad que prevé el art. 42 de la 13.634. Este último, determina un orden de posibles medidas restrictivas de la libertad que van en ascenso de intensidad de restricción.- **Inc A)** Prohibición de salir del país o localidad, **inc.B)** Prohibición de asistir a determinados lugares [...] **inc. F)** Arresto Domiciliario [y por último y la más grave] **inc. G)** Prisión Preventiva.- Esta última medida ha sido la “vedette” del sistema por ser la primera en aplicarse.

En visita a la Argentina, la “**Relatoría de la Corte IDH en el año 2010** constato la grave condición en la que se encuentra la provincia de Bs. As. en relación con la violación de derechos.- En el comunicado de prensa **64/10 la CIDH** expreso que :

*“De acuerdo con la información suministrada por las autoridades, la población penitenciaria de la provincia de Buenos Aires a marzo de 2010 es de 30.132 internos, de los cuales 4.040 se encontraban reclusos en centros policiales [...] La Relatoría de la CIDH considera preocupante el uso abusivo de la detención preventiva, en detrimento de los principios de presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad que deben regir este mecanismo procesal. En este sentido, la CIDH reitera que la detención preventiva de una persona es una medida excepcional, de naturaleza cautelar y no punitiva, procedente únicamente para asegurar que el procesado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá de la acción de la*

<sup>49</sup> **IPP 11-00-006347-09 “A.,J.,M. S/ Robo Agrav uso Arma”;** Juz. Gar. N° 1 de Necochea; 15/12/09. Reg. 1469/9.- La lectura de derechos al joven se le hicieron 5 horas después, con lo cual tuvieron un plazo de 5 horas mayor.-

Dicha resolución fue confirmada por la **Cámara de Apel. y de Garant. Penal de Azul** en fecha 18/01/2010 declaró “abstracta la cuestión” por haber sido ya dictada la Prisión Preventiva.- **C-27594. Reg. Nro.50 Int.Penal-**

<sup>50</sup> Igual criterio pareciera poseer el **Juzgado de Garantías del Joven N°1 de Necochea.- IPP 11-00-004667-13 In Re “P.,B. s/Robo Agravado”.-** Reg.. 177/13 de fecha 11 de noviembre del 2013, teniendo en cuenta que el pedido de detención fue presentado formalmente después de las 12 de la detención real.- (fs.1/2vta; 8 y 50vta)

<sup>51</sup> Art. 308 Cpp (Ley 11.922)

<sup>52</sup> El art. determina que el único fundamento para que una persona esté en PRISION PREVENTIVA (antes del dictado de una sentencia de condena) es que: “pueda fugarse” u “ocultar prueba o amedrentar testigos”.- A igual conclusión llego la **Corte IDH “Bayarri c/Argentina”** de fecha **30/10/2008**. En el cual se sancionó a la Argentina por incumplir con ese principio.-

<sup>53</sup> Fallo **Corte IDH Op. Cit.-**

<sup>54</sup> Y por el cual fue condenada por incumplimiento la Argentina oportunamente.-

<sup>55</sup> Art. 43 de la Ley 13.634.-

*justicia. La Relatoría de la CIDH observa que los jueces optan por la medida cautelar más gravosa para la vigencia del derecho a la libertad durante el proceso, con el objeto de mostrar eficiencia y evitar los reclamos de la sociedad, los medios de comunicación y del mismo poder político. La Relatoría de la CIDH observa con preocupación las últimas reformas procesales por las que se restringió el acceso a las medidas alternativas a la privación de libertad y se aplican criterios sustantivos para el análisis de procedencia de la prisión preventiva, en contradicción con los estándares internacionales. En ese sentido, la CIDH exhorta a las autoridades a aplicar la detención preventiva con un criterio eminentemente excepcional e implementar medidas alternativas. Asimismo, es necesario adecuar la legislación procesal de la provincia a los estándares internacionales de derechos humanos”.* (la negrita me pertenece)

El sistema minoril no es la excepción a ello, en la Observación General Nro. 10<sup>56</sup> considerando 80 expresa que: **“observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del artículo 37 de la Convención. Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces [...] para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no ‘ampliar la red’ de menores condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva”.**-

#### **Arresto Domiciliario en Lugar de Detención.-**

Ha existido una creación *pretoriana* en donde en causas en las cuales no era factible la aplicación de la “Prisión Preventiva” [por las mismas limitaciones dadas por la ley] se aplicaba la figura del “Arresto Domiciliario”, pero ya no en el domicilio sino en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires.

La “Prisión Preventiva” en menores no podrá ser dictada en el caso de que tenga “una pena en expectativa que permita la condena en caso de juicio de forma condicional”<sup>57</sup>.- Ante esta circunstancia hubo jóvenes que ante “hechos investigados” como los señalados se le dictó el “arresto domiciliario en lugares de detención”.-

El antecedente se dio con la **IPP 11-00-002147/9** en donde en fecha 11/05/2009, el juez de Garantías<sup>58</sup> lo ordena con fundamento en la falta de “contención familiar, el consumo de sustancias psicotrópicas, fuga del Hospital Emilio Ferreyra”. Dicha resolución fue confirmada por la “Exc. Cám. Penal y de Garantías”<sup>59</sup> y posteriormente por la SCJBA<sup>60</sup> la que declaró “abstracta la cuestión”.-

A partir del 18 abril del 2011, momento en el cual se implemento en Necochea el Juzgado de Garantías del Joven, la situación varió.- El juez Dr. Aldo Darío Rau tiene por criterio que “el arresto domiciliario, [...] tiene que ser cumplido en su domicilio particular, y en caso de no ser *observado*, debe recurrirse a un lugar de Contención”<sup>61</sup>.- Ello ha sido criterio constante del juzgado<sup>62</sup>, resultando más acorde desde una “interpretación gramatical” y “sistémica”.-

El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil está encaminado a separar de su entorno familiar a los jóvenes, solo en casos extremos.- Los lugares que se tienen en la provincia para jóvenes son 544, y en su gran mayoría están centralizado en La Plata.- No obstante, los jóvenes de

<sup>56</sup> **Observación General N 10/2007** del Comité de los derechos del Niño de las Naciones Unidas, sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”

<sup>57</sup> Art. 43 inc. 4 de la Ley 13.634.-

<sup>58</sup> **Juzgado de Garantías II; IPP 11-00-002147/9 “DB.,F.,R. s/Robo (2 hechos) y Amenazas Agravadas (art.164 y 149 bis Cp)”**; 11/05/2009; Reg. N° 533/9.-

<sup>59</sup> En fecha 18/05/2009; Reg. N° 118

<sup>60</sup> el 21/09/2011 -P.113.984; Reg N° 1438-

<sup>61</sup> In Re “**S.,G.,Al. S/ Robo Calificado**”; **IPP 11-00-002394/11-2; 26/05/2011**.- Audiencia grabada en audio en donde excarcelo bajo condiciones al joven, ante el pedido de la UFI de “Arresto Domiciliario” como medida autónoma en un lugar de detención.-

<sup>62</sup> In Re “**J.,F.,G. s/Robo Agrav. Tentado**” **IPP 11-00-002238/13; 05/06/2013 y 19/07/2013**.-

esta ciudad han estado alojados en: **Mar del Plata** donde funcionan tres lugares: un “Centro Cerrado” para 24 jóvenes en donde también se encuentra el “Centro de Recepción”, y un “Centro de Contención” para 12 jóvenes (hoy actualmente convertido a centro Cerrado); en **Tandil**, en donde hay un “Centro de Contención” para ocho jóvenes; en **Azul** que posee el “Centro Cerrado Leopoldo Lugones” con capacidad para 23 jóvenes; en **Dolores** donde hay un “Centro Cerrado” para 18 jóvenes y un Centro de Contención para 12 jóvenes; en **Bahía Blanca** el Centro de Contención Valentín Vergara con un cupo para 13 jóvenes.

Son pocos los cupos existentes, y ello se debe a que están reservados para los casos más importantes, los cuales se encuentran delimitados por la misma ley a aquellos que en caso de condena será de ejecución efectiva.

### **Necochea : Problemática de Inexistencia de “Centros de Recepción (detención)” de jóvenes.-**

Como se vio, en las causas penales los jóvenes *aprehendidos* deben estar demorados hasta un máximo de doce horas en donde el Juez que interviene decide si ordena la libertad o continúa detenido<sup>63</sup>. Necochea no posee un lugar para alojar durante ese tiempo a los jóvenes, y el lugar más cercano asignados por el Ministerio de Desarrollo Humano se encuentra ubicado en Batán -aproximadamente a 120 Km de distancia-, con todo lo que ello implica<sup>64</sup>.- Se deben disponer traslados a Mar del Plata para que una vez llegados regresen nuevamente a que se les tome la declaración con el peligro cierto (atento al estado de los vehículos) de que en el transcurso del traslado se produzca un posible siniestro; habiendo escasos recursos económicos –ante la falta de vehículos especiales se realiza con patrulleros de calle-; y escasos recursos humanos -se realiza con “oficiales” contraviniendo el principio de especialidad del fuero-.

Ante ello, en la práctica se los deja en la Comisaría que interviene en una oficina “distinta” (de un instructor, otras) y acompañado de un mayor responsable (progenitor/a hermano otros). Ello trae inconvenientes, como el hecho de que no siempre los mayores ante una situación de conflicto del joven quieren pasar horas junto al mismo en la Comisaría. El Servicio Local nunca implementó el teléfono de guardia que la ley determina<sup>65</sup>, por lo que, a veces se encuentra solo el joven en la Comisaría, ello en abierta contradicción con lo determinado por la CSJN *in re* Vertvitsky, el cual prohíbe que se alojen en la comisaría<sup>66</sup>.- En similar sentido en la resolución 3388/08 la Procuradora María del Carmen Falbo y los señores Jueces de la Excma. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires determinaron que la previsión de lugares de alojamiento de los menores es responsabilidad del Poder Ejecutivo y no puede hacerse uso de las instalaciones judiciales a tales fines<sup>67</sup>.

Siguiendo esa línea el Ministro de Justicia, Dr. Ricardo Casal, emitió la Resolución 2672/11 en la cual limitó el *traslado discrecional* de los menores de edad a la comisaría con motivo de “Averiguación de Antecedentes”, “Infracción al Código Contravencional Decreto-Ley 8031/73” y “Entrega de Menor”.- Dicha resolución es concordante con lo resuelto con anterioridad en fecha 30/10/2008 por el Juzgado Contencioso Administrativo N°1 de la Plata<sup>68</sup> y con lo resuelto posteriormente por la SCJ<sup>69</sup>.-

<sup>63</sup> Art. 41 Ley 13.634.-

<sup>64</sup> Idénticas realidades existen en otros departamentos judiciales.-

<sup>65</sup> Art 20.2 del decreto 300 reglamentario de la ley 13.298 el dispone un teléfono las 24 hs del día.-

<sup>66</sup> **CSJN *in re* “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”** del 3 de mayo de 2005, donde sostuvo que: “...sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda.- (considerando 41).“la presencia de adolescentes y enfermos en comisarias o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante” (considerando 42).

<sup>67</sup> Aquí se encuentran comprendidos otros Departamentos Judiciales los cuales a los efectos lo dejan en los pasillos de los Tribunales con consignación policial a la espera de la audiencia de las 12 hs.-

<sup>68</sup> **"Defensoría Oficial de Responsabilidad Penal Juvenil N°16 s/ Habeas Corpus"; R-15918.-**

<sup>69</sup> **SCJ *in re* "Defensoría Oficial s/Habeas Corpus. Rec.Queja"; P. 111.949 y acum. P. 112.003;** de fecha 24 de abril

La Fiscal de Responsabilidad Penal Juevenil de Necochea, Dra. Veronica Posse, mantuvo reuniones en el año 2008/9 con el arquitecto Sr. Martín Sarasibar perteneciente al Ejecutivo Local de ese entonces, y a los efectos de encontrar un lugar para alojar a los jóvenes menores de edad aprehendidos [durante el lapso de las 12 horas del art. 41 de la ley 13.634].- En la misma se habrían comprometido a impulsar el Expediente N° 4385/8 existente en el Municipio al efecto, y en principio habrían manifestado que se podría designar como lugar la “*ex-escuela del Paraje Las Cascadas*” (sita a 8 km aproximadamente) o acondicionar un sector del “*Ex-Liceo Naval*”.- Aún no ha habido avance en ese sentido, y después de idas y vueltas en fecha 11/09/2012 el Ministro de Justicia<sup>70</sup>, Dr. Ricardo Casal, viajó a Necochea y realizó la apertura de los sobres por la licitación para la construcción de la Alcaldía.-

### **Tiempos de la investigación**

Respecto al término máximo establecido para la investigación penal preparatoria en caso de haberse dictado la prisión preventiva de un menor de edad, es de 120 días prorrogables por otros 60 conforme art. 48 Ley 13.634. Teniendo en consideración los intereses en juego, resulta por demás extenso, debido a que en la mayoría de los supuestos se forman causas por hechos en flagrancia y las medidas que se necesitan completar son mínimas.-

Concluido el debate el Juez de Responsabilidad Penal Juvenil aplica las medidas de integración social –art. 68 y ss. ley 13,634-, las que en la mayoría de los casos son reglas de conductas para el *incuso* en libertad del mismo. Habiéndose ordenado la privación de libertad como “medida cautelar” ante peligro de fuga u ocultamiento de prueba, la “detención preventiva” tendrá un tiempo máximo de 180 días prorrogables por otros 180<sup>71</sup>.-

Salvo estos términos, la ley de Responsabilidad Penal Juvenil N° 13.634 no hace referencia alguna a otro plazo procesal para culminar la investigación.- Ante ello se aplica la Ley N° 11.922 supletoriamente<sup>72</sup> que determina en caso de “fragancia” de 20 días prorrogables por otros 20 días más (art. 284 bis ssgtes y ctes. de la Ley N° 11.922).- Ello, optimiza los recursos, hace al proceso más dinámico: asegura inmediatez y contradicción, entre otros beneficios.-

En caso de no haber detenidos, igualmente debemos remitirnos a la ley de mayores la cual determina un plazo de “4 meses, prorrogables por un máximo de hasta 6 meses más” con conocimiento del juez de garantías.- Y en caso super-excepcional, después de ese término se podrá prorrogar por 2 meses más, con apartamiento del Fiscal interviniente (art. 282 y 283 de la Ley N° 11.922)

### **Investigación conjunta donde intervienen “Menores y Mayores”**

En estas circunstancias la investigación estará a cargo del Fiscal del Joven<sup>73</sup>.- No obstante, el control de la misma se llevara a cabo por parte del Juez de Garantías del Joven -para el menor- y por parte del Juez de Garantías para con el mayor.- Esta intervención bicéfala, genera inconvenientes a veces difícil de compatibilizar.- Sucede en no pocas veces que ante una misma redacción de hechos para un juez puede ser “robo con arma no apta” y para el otro “robo simple”; o ante el mismo hecho para uno puede ser “robo agravado por efracción” y para otro “robo simple”, o “robo y hurto” con la disparidad evidente de procedimiento para uno y para otro.-

Otro claro ejemplo se vio en nuestra ciudad a partir del pedido de la utilización de una “Cámara Gesell”<sup>74</sup>. **Hechos del caso que se evidencian en el expediente.** Una menor de 13 años supuestamente víctima de abuso sexual simple (del art.119 Cp Sin Acceso Carnal).- Denunciante: el progenitor no conviviente.- Progenitora 20 años menor que el progenitor.- La misma poseía dos hijos de un anterior enlace, estos últimos y la progenitora pésima relación con el progenitor.- Supuestos victimarios de la menor: “los dos hijos del anterior matrimonio de la progenitora”.- Fecha de denuncia 02/08/11.- Al ser los victimarios un menor y un mayor, intervienen conforme la

de 2013.-

<sup>70</sup> y por entonces también Ministro de Seguridad.-

<sup>71</sup> Art 43 2do. Párrafo de la ley 13.634.-

<sup>72</sup> Art. 1 de la 13.634 determina la aplicación supletoria de la ley N° 11.922.-

<sup>73</sup> Art. 66 de la Ley 13.634.-

<sup>74</sup> IPP 11-00-005083-11.-

13.634 un Juez de Garantías de mayor y del Joven -obligadamente- y en este caso en particular intervinieron dos UFI diferentes.- Ambos Fiscales un año y tres meses después del supuesto hecho cometido solicitan la realización de una Cámara Gesell (102 bis Cpp) en la víctima.- El juez de Garantías de Mayores “concede”<sup>75</sup> la realización de la Gesell sobre la joven “G.,B.,S.” y el Juez de Garantías del Joven ante la oposición de la Defensa, “no la concede”<sup>76</sup> ambos con fundamentos similares<sup>77</sup>.-

Otra situación similar se observo en la causa del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N°1 de Necochea “*in re*” “F.,C.,M.”<sup>78</sup> en donde al joven se lo condenó a la pena de 5 años de prisión<sup>79</sup> mientras que a los mayores consortes de la causa, y por el mismo hecho se los condenó a la pena de 4 años de prisión.- Esto es, al menor se los condenó a la pena de 5 años de prisión cuando a los mayores [por el mismo hecho] se los condeno a la pena de 4 años, siendo que estos últimos poseían una agravante no computada al menor de edad y que esta dada por el art. 41 Quater del Cp<sup>80</sup>. Este, agrava en un tercio la pena del mayor de edad cuando en el hecho intervienen menores.- Esta resolución fue confirmada por la Excelentísima Cámara de Apelaciones N° III<sup>81</sup> en fecha 28/06/2012<sup>82</sup> encontrándose actualmente en tramite por ante la SCJ<sup>83</sup> en virtud del Recurso Extraordinario presentado por el Defensor Penal Dr. Fernando Repetto de fecha 17/08/2012.-

### **Criterios de Oportunidad “Sistema Juvenil”**

Los jóvenes por principio poseen los mismos derechos que los mayores, más los propios de su condición de menor.- Atento a ello, se le puede aplicar el instituto del “archivo del 56 bis de la ley 11.922” con la posibilidad que en ciertas circunstancias se le “archive” bajo condición del cumplimiento de condiciones (realizar alguna labor en beneficio de la sociedad, estudiar, o la entrega de algún elemento perecedero) al igual que los mayores.- Naturalmente que pueden ser sometidos a “Mediación”<sup>84</sup> como forma alternativa de culminar el proceso penal, y a la “Suspensión del Proceso a Prueba”<sup>85</sup> (al igual que los mayores de edad).- Y es de aplicación también el “Juicio Abreviado” como criterio de oportunidad.-

También poseen los jóvenes el instituto del “Archivo del art. 40 de la Ley 13.634” el cual resulta una institución sumamente progresista del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.- En el mismo el Agente Fiscal puede **“no iniciar la persecución o abandonar la iniciada cuando ello considera que resulta más conveniente para la mejor solución del conflicto o para el futuro del niño”**.- Es un archivo “no sujeto a condición alguna”, se aplica solo teniendo en cuenta el beneficio del joven encausado.- En este sentido no existe en el sistema de mayores instituto semejante.-

La génesis del art. 40 de la ley 13.634 se encuentra en el art. 3 de la CDN “el famoso *“Interés Superior del Joven”*”, a diferencia de los institutos restantes señalados anteriormente, los cuales en su origen obedecieron a una necesidad de descomprimir el “sistema judicial”.-

<sup>75</sup> IPP 11-00-005083-11; “G.,J.,A. s/Denuncia Abuso” Juzg. de Garantías I de Necochea ; fecha 24/10/2012; Reg. 1129.-

<sup>76</sup> IPP 11-00-005083-11; “G.,J.,A. s/Denuncia Abuso” Juzg. de Garantías del Joven de Necochea ; fecha 12/11/2012; Reg. 180.-

<sup>77</sup> Existe también un condimento extra en la resolución del Juez de Garantías del Joven que fundamenta la no realización, y es la propia declaración testimonial del “denunciante” y progenitor de la supuesta abusada.- Que ante el pedido de la Defensa del Fuero del Joven, él mismo expresa que ya habían pasado un año y tres meses después de la denuncia, y no deseaba continuar con la causa atento a que la situación habría sido superada. La joven supuestamente abusada pedía tener contacto con sus hermanos.-

<sup>78</sup> IPP 11-00-000226/9

<sup>79</sup> Numero Causa del del Juzgado Responsabilidad Penal Juvenil “C-214-09”; Reg.11/12; fecha 09/04/2012.-

<sup>80</sup> Art. 41 Quater “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo”.

<sup>81</sup> Integranes Dres.- Raul. A. Paolini; Pablo M. Poggetto y Juan Manuel Fernandez Daguerre.-

<sup>82</sup> Reg. 41/2012 (S)

<sup>83</sup> SCJ N° 118.612

<sup>84</sup> Ley 14.433 del 19/01/2006

<sup>85</sup> Regulado en el Art. 76 Bis del Cp y 404 Cpp y fallo de la CSJN *In Re* “Acosta, Alejandro Esteban s/inf. art. 14 de la ley 23.737” del 23 de abril de 2008.-

Criterios de Oportunidad y Capacidad de Culpabilidad. Dos institutos diferentes: el art. 40 y el art 63 de la Ley 13.634.

El último demuestra la intención por parte del Estado de renunciar en ciertas causas y no continuarlas por la edad del joven o por el monto de pena en expectativa prevista en el delito<sup>86</sup>. El legislador entendió que, aquellos delitos “poco importantes” [a su criterio] es perjudicial para las personas en formación continuar con el proceso, por lo cual resulta en esos casos necesario clausurar el proceso.- No obstante ello, se exige una acreditación mínima del hecho y de la participación del menor como forma de fundamentar el accionar del MPF.- No es viable para el Fiscal no investigar, si considera más prudente para el joven no iniciar el proceso deberá remitirse al archivo del art. 40 expresado de la ley 13.634, y no al pedido del sobreseimiento del art.63 de la misma ley el cual exige una acreditación mínima del hecho penal y de la participación del joven.-

Párrafo aparte merece el “Juicio Abreviado” como criterio de oportunidad.- En mayores no existe conflicto a los efectos de su aplicabilidad.- No obstante, en menores no es uniforme la jurisprudencia al efecto.-

La Dra. Mary Beloff se opone enfáticamente a la aplicación del juicio abreviado en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil ello mencionando que "... con buen criterio se excluye la posibilidad de que el juicio abreviado sea aplicado a menores de edad (...) en este sentido brevemente debe señalarse que este instituto es fuertemente cuestionado en general en la justicia penal de adultos porque riñe con la preservación cabal de las garantías y porque su única justificación se encuentra en la mayor eficacia del sistema. En relación con los adolescentes la institución tiene los mismos problemas que se señalan respecto de los adultos, pero además, conspira contra el postulado de protección especial expresado, en materia penal juvenil, en la dimensión pedagógica del proceso”<sup>87</sup>

No obstante ello, el Instituto se aplica uniformemente en la pcia de Bs As. con distintas variantes. A modo de ejemplo la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata en su Sala III<sup>88</sup> no aceptaba que el “Juicio Abreviado” se realice en menores de 18 años al momento del mismo.- Por su parte la Sala II<sup>89</sup> aceptaba la realización del “Juicio Abreviado” cuando son menores de 18 años en los caso únicamente de flagrancia. Mientras que la Sala I<sup>90</sup> aceptaba el “Juicio Abreviado” en el caso de menores de 18 años al momento de su realización sin la limitación de la Sala II.-

Esta divergencia de criterios generó el pedido de plenario por parte de la Defensora General de Mar del Plata Dra. Cecilia Margarita Boeri en donde se resolvió que los menores de edad pueden acordar la culminación de un proceso por medio de un Juicio Abreviado<sup>91</sup>.-

Se puede observar de esta manera, los distintos criterios que existen con motivo de no poseer una ley de fondo específica sobre el Sistema de Responsabilidad Penal juvenil, y a la que hiciera alusión al ppio del presente trabajo.-

## **Debate y Responsabilidad del Joven**

Al igual que en el proceso de mayores se debe realizar el juicio para imponer una pena.- No obstante en el caso de menores de edad se deberá<sup>92</sup>: **1) Declararlo responsable 2) Aplicar un periodo de tratamiento no inferior a un año (el cual es optativo a criterio del juez si el menor ya cumplió la**

<sup>86</sup> Art. 1 de la Ley 22.278.-“ No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos [...] con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.”

<sup>87</sup> BELOFF M. "La justicia especializada para menores infractores"; Publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Lexis Nexis, 6/2008.-

<sup>88</sup> Integrantes Dres. Pablo Martin Poggetto, Raul Alberto Paolini y Juan Manuel Fernandez Daguerre.- “In Re” “P.,C.,E. s/Robo Agravado”; C-17.140 de marzo del 2010.-

<sup>89</sup> Integrantes Dres. Marcelo A. Madina; Walter J.,F. Dominella y Marcelo A. Riquert.- “In Re” “C.,E.,F. s/Abuso Sexual”; C-18.898 del 2 de marzo del 2011.-

<sup>90</sup> Integrantes Dres. Esteban Ignacio Viñas y Ricardo S. Favarotto.- “In Re” “DM.,G.,M. s/Robo Doblemente Agravado en grado de Tentativa”; C-18.562 del 9 de noviembre del 2010.-

<sup>91</sup> Ac.Plenario N° 25; C-21317; “M.,L.,A. s/ robo agravado”); fecha 21/12/2012.-

<sup>92</sup> Art. 4 de la Ley 22.278.-

edad de 18 años<sup>93</sup>) y 3) Que haya cumplido la edad de 18 años.- Cumplido los 3 requisitos, el juez evalúa el desarrollo del joven dentro de las medidas de integración impuestas<sup>94</sup> a los efectos de aplicar una sanción o absolverlo, o bien disminuirla a la escala de la tentativa<sup>95</sup>

No existe unanimidad de criterios en la provincia de Buenos Aires en referencia a la aplicación de las medidas de integración.- En Necochea en un primer momento al comienzo del Sistema, a los menores de 18 años por cualquier delito se le “aplicaba el año de medidas de integración” en un lugar de detención<sup>96</sup> alejados de su ciudad y por consiguiente de su familia.- Mientras que en caso de ser mayor de 18 años al momento de fallar, el juez suple las medidas de integración por un amplio informe de conducta<sup>97</sup>. No obstante no existe unanimidad al respecto.- En la ciudad de Azul se aplica las medidas de integración estando el joven en libertad.- En causas más graves como es el homicidio de la escribana Dra. Nilda Elisa Caracoix de la ciudad de Tandil, al joven interviniente se le aplicó después de encontrarle “responsable” y en plena libertad del mismo, las siguientes medidas de integración: **1) Residir en el domicilio de su madre; 2) Realizar tratamiento psicológico; 3) Someterse al tratamiento del Centro de Referencia de la ciudad de Tandil; 4) Abstención de consumo de bebidas alcohólicas y de sustancias estupefacientes; 5) No ausentarse de su domicilio por más de 24 horas; y 6) Procurar capacitarse y, eventualmente, ubicarse laboralmente**<sup>98</sup>.-

Son dos formas de resolver el conflicto las cuales de por sí sola nada agregan, en una causa quizás se aconseje separarlo de su grupo familiar y enviarlo a un Centro de Contención y en otra causa más grave ello no sea lo aconsejable.- No obstante la aplicación sistemática en uno u otro sentido, se encuentra alejado de lo que se quiso implementar con este nuevo Sistema.-

En resumen: a los efectos de obtener una “condena” (de efectivo cumplimiento o en suspenso<sup>99</sup>) en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, se debe de realizar la “Cesura de Juicio”, la cual es optativa en el sistema de mayores<sup>100</sup>.-

### **Aplicabilidad de Pena.-**

Realizado el *Tratamiento Tutelar*<sup>101</sup> y/o las *Medidas de Integración*<sup>102</sup>, el juez evaluará –en base al mismo- si corresponde absolver al joven o, por el contrario, si lo condena.-

Si el órgano interviniente entendiese que debe condenarse al joven, deberá aplicarle una condena atenuada en virtud de la inmadurez emocional y psicológica que el mismo ostenta, en relación a un mayor de edad en igualdad de circunstancias<sup>103</sup>.- Este es el principio que se expusiera en el precedente “Maldonado<sup>104</sup>”

**“en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado**

<sup>93</sup> Art. 8 de la Ley 22.278.-

<sup>94</sup> Art. 56 y 68 Ley 13.634. Art. 5, 17 y 18 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; y arts. 8, 9 de las “Reglas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad” (-Reglas de Tokio- Res.45/110)

<sup>95</sup> Ante último párrafo del art. 4 de la Ley 22.278.-

<sup>96</sup> Normalmente en un “Centros de Contención” de Dolores, Tandil o La Plata.-

<sup>97</sup> Art. 8 de la Ley 22.278.-

<sup>98</sup> “A.,A.,A. s/ Homicidio en ocasión de robo” (art.165 Cp) Vtma : Caracoix, Nilda Elisa; Causa N° 26.066 de la Cám. Apel.Penal de Azul; Reg. Sent.Crim. 94 del 18/12/2008 y Reg. 710 Int.Penal del 23/12/2008.-

<sup>99</sup> Art. 26 y Ss del Código Penal

<sup>100</sup> Art. 372 Cpp (Ley 11.922) Cesura del juicio.- El Tribunal podrá diferir el pronunciamiento respecto a la sanción imponible, por resolución fundada y de acuerdo a las circunstancias del caso, lo cual tratará en debate ulterior independiente sobre la pena o la medida de seguridad aplicable, la restitución, reparación o indemnización demandadas y la imposición total de las costas, pudiéndolo postergar hasta por el término de un (1) mes desde la fecha de notificación de la resolución. Asimismo, durante ese lapso resolverá respecto de las medidas y observaciones que propongan las partes.

<sup>101</sup> Terminología utilizada por el art. 4 inc.3 de la ley 22.278.-

<sup>102</sup> Terminología utilizada por el art. 68 de la ley 13.634.-

<sup>103</sup> Este principio no se visualiza en la ley 22.278, la cual a partir de la literalidad del art. 4 *in fine* parecería que la atenuación es facultativa para el juez.- No obstante la atenuación obligatoria de la pena en el caso de los menores surge del art. 19 CN

<sup>104</sup> CSJN 328:4343 (07/12/05)

**impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena**<sup>105</sup> [...] “a significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994.-Dicho principio recoge una concepción antropológica [...] De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor...”<sup>106</sup> [...] “corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos [...] **Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional**”<sup>107</sup> [...] “Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva [...] **En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto**”<sup>108</sup>

A idéntica solución llega la Corte IDH<sup>109</sup> y la Regla 10 de la Observación General N° 10/2007<sup>110</sup>.

La CSJN es clara al expresar que la reacción punitiva debe ser inferior que a la dada a un mayor de edad en igualdad de circunstancias, y aplica en consecuencia la escala de la tentativa por ser la única posibilidad legal existente<sup>111</sup>.- No obstante, a pesar de la claridad del pensamiento esbozado por la CSJN -como máximo intérprete de nuestras leyes- existen operadores jurídicos que insisten en que la aplicación de la escala reducida resulta “facultativa”<sup>112</sup>, ello de una interpretación literal del art. 4 de la ley 22.278.-

Si ello nos resultara poco, existen distintas interpretaciones sobre la escala de la tentativa.- El Código Penal<sup>113</sup> al regularla, determina que “la pena se disminuirá de un tercio a la mitad”<sup>114</sup>.-

<sup>105</sup> Fallo CSJN *Maldonado* 328:4343; considerando 16.-

<sup>106</sup> Op. Cit. considerando 36.-

<sup>107</sup> Op. Cit. considerando 37.-

<sup>108</sup> Op. Cit. considerando 40.-

<sup>109</sup> OC-17702 y fallo por el cual condena a la Argentina en fecha 14/05/13 “**Mendoza y Otro Vs. Argentina**”.

<sup>110</sup> La cual expresa “[L]os niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva cuando se trate de menores delincuentes (...)”

<sup>111</sup> *La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad*; Beloff, Mary; Kierszenbaum, Mariano; Terragni, Martiniano; Publicado en: LA LEY 05/03/2012, 1

<sup>112</sup> Así lo considera la **Cámara Nac. de Casación Penal** en todas sus salas (con algunos votos en disidencia) en donde sostienen la no obligatoriedad de la reducción de pena a la escala de la tentativa: **Sala I (In Re "T., G. V. s/Rec Casación", C-N° 10.272; 10/06/09); Sala II (In Re "G., F. M. s/Rec Casación", C-N° 8.509; 25/09/08); Sala III (In Re "I., A. W.", C-N° 9.820; 4/05/09 con disidencia de la Jueza Ledesma) y Sala IV (In Re "L., W. F. s/Rec. Casación"; C-N° 5.471, 7/07/06.** Esta Sala ha llegado a aceptar la imposición de pena completa en un juicio abreviado en el cual la defensa no había acordado el monto de pena, sino que había solicitado la aplicación de la reducción a la pena de la tentativa "**C., J. E. s/recurso de casación, causa n° 7158, 18/05/09**, disidencia del Juez Diez Ojeda) Sin embargo, existe coincidencia en cuanto a que la pena aplicable a un niño debe ser menor que la pena aplicable a un adulto.-

<sup>113</sup> **Tentativa : art. 42 Cp**: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44. **Art. 44 Cp** : “La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad”

<sup>114</sup> Dogmáticamente la escala penal reducida es la consecuencia del menor peligro corrido por el bien jurídico tutelado (vida, propiedad, libertad etc..) Cuando el peligro corrido por el bien jurídico es menor en virtud de un intento no

Esta ambigüedad terminológica utilizada por el código trae inconvenientes también en el sistema de mayores.-

Todo delito penal posee una escala penal que va desde mínimo a un máximo de pena.- ej. Homicidio de 8 a 25 años.- Si la reducción se hace del “tercio” a la “mitad” como quedaría por ejemplo la escala del homicidio?

La CSJN<sup>115</sup> interpreta que se debe reducir “un tercio del máximo” y “la mitad quitársela al mínimo”. Sin dar muchas explicaciones, la CSJN parecería que basa en la redacción misma de la tentativa del último párrafo del art. 44 que establece un sistema de reducción que va desde el máximo al mínimo. Por lo tanto, parecería más acorde interpretar la escala penal de la tentativa desde la “Parte General” del Código Penal que regula al instituto mismo de la tentativa.- Idéntico criterio posee el “Plenario” de la Cám.Apelac.Crim.y Correc. de Quilmes<sup>116</sup>.- En el caso elegido de homicidio la escala penal iría de 4 años de mínimo a 16 años y 8 meses de máximo, según esta interpretación.-

El segundo criterio también de importancia, es el que deviene del Tribunal de Casación Penal Sala I<sup>117</sup> (anterior conformación) el cual recepta al “Plenario Ach”<sup>118</sup>: El legislador cuando determinó las escalas penales en la “Parte Especial” del Código Penal y Leyes Especiales, sistémicamente interpuso primero los mínimos y después los máximos ej. de 8 a 25 años; y cuando invirtió dicho criterio, lo dejó expresamente aclarado<sup>119</sup>. Con lo cual, de haber querido que se interprete distinto lo hubiera dejado expresamente aclarado.- Por ello, interpreta que se reducirá en el tercio del mínimo a la mitad del máximo, y en el caso del homicidio tentado ira de de 2 años y 8 meses (el mínimo) a 12 años y 6 meses (de máximo), conforme esta interpretación.-

#### **Medida de Seguridad.- Art. 64 de la Ley 13.634**<sup>120</sup>

Este instituto resulta un resabio del sistema anterior.-

A partir del mismo, los “menores no punibles penalmente”<sup>121</sup>; pueden ser “privados de la libertad” con un fundamento *peligrosista/utilitaristas*, lo cual significa un contrasentido con el nuevo sistema.- Razonable sería que descartada la punibilidad legal, se sobresea<sup>122</sup> penalmente y se le de vista a un Asesor para que si lo considera, peticione en un juzgado de familia la evaluación necesaria a los efectos de “inocuar al incorregible”<sup>123</sup> si así lo considera.-

A los efectos de aplicar una “medida de seguridad” del art. 64 de la Ley 13.634 los operadores interpretan 1) que es “extrema gravedad” y 2) que es “legislación de fondo”.-

La “extrema gravedad” se interpreta de dos maneras disimiles.- La primera y más racional sería la que surge de la misma interpretación *sistémica* de la ley 13.634.- La citada, en el art. 27 determina una conformación especial de un “tribunal colegiado” (tres jueces) para los casos de

---

logrado por el autor, la escala penal se reduce “de un tercio a la mitad”.-

<sup>115</sup> “Veira, Héctor R s/violación, recurso de hecho” (CS, Fallos V. 8XXIV del 8/9/92 [voto mayoría])

<sup>116</sup> Plenario “Falcón” del 30/9/94 de la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial Quilmes

<sup>117</sup> TCPBA. sI; “Faduaga, Graciela Aurora s/ Recurso de Casación”; 22/05/2007; C-18.898; Votantes Dres. Piombo– Natiello – Sal Llargues.-

<sup>118</sup> Plenario “Ach”, dictado el 24/8/69 en causa 61.562 de la Cámara Penal del Departamento Judicial de La Plata –hoy Cámara 3ra. de Apelación y Garantías- (ver “La Ley” on line, referencia al pronunciamiento de su Sala III del 28/4/1978 en causa “Ramos, José A.”)

<sup>119</sup> Ley 23.737 Art. 11: “Las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, sin que las mismas puedan exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate: a) Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas...”

<sup>120</sup> Art. 64 Ley 13.634 “En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo”.

<sup>121</sup> en los términos del art. 1 y 2 de la Ley N° 22.278

<sup>122</sup> En la UP-54 se encontraban “alojados” 57 “Sobreseídos” sobre una población de 431 totales (varones/mujeres) Fecha 04/12/2012.- La misma es una cárcel mixta con pabellón de jóvenes adultos (18-21 años)

<sup>123</sup> Terminología del “Programa de Marburgo” de Franz Vont Liszt de Alemania siglo XIX (1882) perteneciente a la “Antropología Criminal”.-

delitos penales “más graves” que el mismo artículo se encarga de numerar. El art. 79 Cp (Homicidio), art.80 Cp (Homicidio Calificado); 119 inc.3 y 4 Cp (Abuso Sexual con Acceso Carnal y Abuso Sexual Agravado); 124 Cp. (Abuso Sexual Seguido de Muerte); 142 bis Cp (Secuestro); 165 Cp (Robo Seguido de Muerte) y 170 Cp (Secuestro Extorsivo)<sup>124</sup>.- Visión, esta que posee el Juez de Garantías del Joven de Necochea Dr. Aldo Dario Rau<sup>125</sup>.

La segunda visión entiende al término de “extrema gravedad” recurriendo al Cp y en especial al art. 34 inc.1, 26 y 41.- Esta postura le otorga una laxitud tal al intérprete que habilita evaluar circunstancias como la falta de contención familiar, reiteración delictiva, riesgo personal a partir del consumo de sustancias, vulnerabilidad social etc. a los efectos de aplicar la restricción de la libertad ante la posibilidad de que se dañe “así mismo o a terceros”<sup>126</sup>.-

Este es el criterio del Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil al momento de peticionar y con fundamento a lo que oportunamente otorgara el anterior Juzgado de Garantías II<sup>127</sup>; del Juzg. de Garantías I<sup>128</sup> y de la Excelentísima Cámara Departamental de Necochea<sup>129</sup>.-

Y a nivel nacional la CSJN<sup>130</sup> expreso que debe de estarse a la subsistencia del régimen previsto en la Ley N 22.278 para el supuesto de menores “no punibles”, ante la ausencia de regulación legal específica.- Encontrándose los jueces constitucionalmente inhabilitados para sustituir la ley 22.278 mientras no sea creada una nueva ley.-

Esta segunda postura, contradice el art.- 36 de la ley 26.061 el cual prohíbe la privación de la libertad como medida de “protección de derechos” y todo el nuevo paradigma implementado.- La “Fundación Sur” recurrió dicho fallo por ante la Corte Interamericana Derechos Humanos, que en caso de ser tratado el tema por la citada, todo hace presumir que hará lugar condenando nuevamente al Estado Argentino.

Lo cual sería una tercera condena contra el Estado Argentino por incumplimiento de

<sup>124</sup> Fundamentos del proyecto originario “Mensaje 1504 del Poder Ejecutivo” en donde : se podía aplicar la medida de seguridad aunque sólo una vez acreditada la materialidad del hecho y la participación “prima facie” del niño inimputable y exclusivamente por los delitos de homicidio dolosos o violación. Debía ser revisada mensualmente y confirmada por el órgano superior, y finalmente caducaba de pleno derecho a los 90 días

<sup>125</sup> **“J.,F.,G.,N. s/ Pedido de Medida de Seguridad”** [IPP acumuladas N° 11-00-003839/12 s/Hurto Tentado; 11-00-004906-12 s/ Robo; 11-00-002724-12 s/ Robo Agrav. Efracción; 11-00-005043-12 s/Robo; 11-00-003512-12 s/Robo Agrav. Automotor en grado de Tentativa; 11-00-000061-12 s/Daño; 11-00-004518-12 s/Robo Agrav. Uso de Arma; 11-00-002781-12 s/Robo; 11-00-004643-12 s/Daño; 11-00-004510-12 s/Robo y 11-00-003937-12 s/Robo Agrav. Empleo Arma]; de fecha 19/11/2012; Reg. N°184/12; JGJ N°1.- Ante la solicitud de la Medida de Seguridad del art. 64 de la 13.634 sobre un menor de 15 años y con fundamento en reiteración de hechos delictivos contra la propiedad y no contra las personas, el Juez interviniente lo deniega .-

<sup>126</sup> **Art 34 Cp.-** No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades [...] comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, [...] previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso” y **Art. 26 Cp.-** “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres [...] se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. .

<sup>127</sup> En la “Medida de Seguridad” del art.64 de la ley 13634 en la causa **“B.,J. s/Homicidio” en IPP 11-00-004765-08; Reg.1021/08; Fecha 26/08/2008.-** En la misma se dictó con fundamento en el art. 34 inc. 1 del Cp; no obstante se realizó dentro de las 12 hs de ocurrido el hecho con el pedido del imputado y con anuencia de la Defensa.- El hecho tuvo las circunstancias particulares de que el homicidio devino de una pelea en la calle, en donde el imputado cuando se encontraba con su novia se vio envuelto en una discusión con la víctima y sus amigos, lo que derivó en una pelea y el posterior deceso.- A raíz de lo sucedido, había información oficial de la existencia de una posible movilización de los familiares y amigos del occiso a la casa del imputado, todo esto en la localidad de Lobería.

<sup>128</sup> **IPP 11-00-002147/9 “DB.,F.,R. s/Robo y Amenazas Agravadas”;** 11/05/2009; Reg. N° 533/9.- En la cual el Juez del J.G. N°I, intervino como PAT (Por Ausencia del Titular)

<sup>129</sup> Idem nota al pie de pá. N°58 y 59.- En donde en fecha 18/05/2009; Reg. N° 118, la Excma. Cám. Apel. Garantías Penal de Necochea fundamento en ese sentido.-

<sup>130</sup> In Re **“G.M.E y M.,L.,C. s/Rec. De Hecho”;** fecha 02/12/08; C-7537; G.147 XLIV.-

derechos a menores de edad.-

### **Condena de la Corte IDH contra el Estado Argentino por incumplimiento derechos a menores de edad.-**

El más reciente es el caso “Mendoza y Otros” en donde primero la Comisión<sup>131</sup> Interamericana de Derechos Humanos en el año 2010 encontró responsable a la Argentina por violación a los estándares internacionales en justicia penal juvenil ante la imposición de penas perpetuas a menores de edad, en igualdad de condiciones que a un mayor de edad.-

Ante el incumplimiento de las recomendaciones dada a la Argentina en el informe 172/10 se condenada a nuestro país en fecha 14/05/13 por la Corte Interamericana de Derecho Humanos.- Además de la condena pecuniaria al Estado, se le impuso también la obligación de adecuar en un “plazo razonable” la legislación a los estándares internacionales, y en especial asegurar que no se vuelva a imponer una sentencia perpetua por hechos cometidos siendo menor<sup>132</sup>.

La primer condena que tuvo la Argentina por incumplimientos de derechos a menores de edad, es el caso “Bulacio, Walter Vs. Argentina” del 18/09/2013.- En este, un joven de 17 años fue detenido conjuntamente con más de 80 personas en las inmediaciones de un club donde se realizaría un concierto de rock y por medio de un operativo de “Razias” aprobado por una ordenanza interna de la Policia Federal<sup>133</sup>.- Walter David Bulacio fue golpeado por la policía encontrando su muerte días después con motivo de las lesiones sufridas a raíz de la detención.-

Otro precedente de la Corte IDH relacionado a la temática expresa: “Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna [...] En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida<sup>134</sup>” el mismo es de relevancia al momento de pensar judicializar a jóvenes por circunstancias similares.- .

Con fundamento en dicho precedente de la Corte IDH, se presento una denuncia<sup>135</sup> ante la SCJBA; en la “Comisión Provincial por la Memoria; en el “Centro de Estudios Legales y Sociales” (CELS) y en las “Secretarías de Derechos Humanos de la Nación y la Provincia de Buenos Aires”; y por el homicidio de 6 jóvenes de lugares marginales con antecedentes penales, los cuales murieron en situaciones confusas en manos de la Policía Bonaerense asemejándose al precedente resuelto por la Corte IDH.-

Todo lo expresado resulta a mi criterio un corte transversal del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil el cual requiere de una modificación legislativa de fondo y en el marco de un profundo debate parlamentario a los efectos de evitar las circunstancias que se enumeran.-

### **Walter Hugo Pierrestegui**

---

<sup>131</sup> Informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derecho, en esta recomendó a la Argentina realizar las modificaciones necesarias a la legislación a los efectos de adecuarla a los estándares internacionales en materia de justicia penal de jóvenes.-

<sup>132</sup> Punto 21, 22 y 26 de la parte Resolutiva.-

<sup>133</sup> El denominado : “*Memorandum 40*”

<sup>134</sup> Considerando 191 del fallo **Corte IDH “Niños de la Calle” (Villagran Morales y Otros) Vs. Guatemala” de fecha 19/11/1999**: En él cuatro jóvenes en situación de calle fueron detenidos por la policía en la zona de “Las Caseta” el cual es un barrio marginal, posteriormente fueron encontrados torturados, mutilados y sin vida.-

<sup>135</sup> Defensor Oficial de la Defensoría N° 16 de La Plata. Dr. Julian Axat. Denuncia realizada en fecha 21 mayo del 2013.-