

La consulta como mecanismo de garantía ante la privación de libertad de menores de edad infractores de la ley penal

Por Mauro S. Menéndez

Sumario: *Introducción - El sistema penal juvenil en la República Argentina. Lineamientos generales. Marco legal. La investigación, Las autonomías provinciales, El principio de especialidad, El proceso en la investigación . El juicio. - Facultades de la magistratura especializada. - Niños, Niñas y Adolescentes en conflicto con la ley penal, derechos y privación de libertad. El interés superior del niño. El doble conforme. La Defensa Técnica Eficaz. - Los efectos de la privación de libertad. - Planteo del problema y posibles alternativas de solución. - La consulta. - Propuesta de Mecanismo. - Conclusión.- Fuentes Consultadas.-*

1º. Introducción.-

Hablar de personas menores de edad que delinquen, ha sido siempre uno de los temas más debatidos entre especialistas y el común de la gente. En nuestro país, la ausencia de una codificación expresa de la legislación penal juvenil ó cuanto menos una sistematización adecuada, particularmente en lo que hace a la etapa de la investigación, obliga a magistrados y funcionarios a la difícil tarea de armonizar e integrar la abundante pero dispersa, legislación nacional e internacional en la materia.-

Ahora bien, puede suceder en el transcurso de la investigación de un hecho penal que tiene por presunto autor a una persona menor de edad, que la actividad de integración antes reseñada de lugar a errores u omisiones, que tengan por consecuencia negar, relegar y/o postergar cuestiones fundamentales para los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante NNYA) en conflicto con la ley penal, por ejemplo, dictando una privación de libertad sin observar debidamente los requisitos superiores establecidos por el sistema penal juvenil (en adelante SPJ).-

En efecto, la compleja tarea de juzgar conductas trasgresoras de la ley penal y al mismo tiempo, velar por el respeto de los derechos de quienes supuestamente las han protagonizado, si bien puede predicarse respecto de todo conflicto penal en un Estado de Derecho, se ve acrecentada en el fuero penal juvenil por cuanto las personas a quienes va dirigido, esto es, aquellos que aún no han cumplido los dieciocho años de edad, reciben un tratamiento especial en la ley¹, el cual se funda básicamente en que se trata de personalidades en formación y por ello el reproche a su conducta, al estar ésta condicionada por toda una serie de factores físicos y psicológicos propios del desarrollo humano, no puede realizarse de la misma manera que a un mayor de edad.-

Es decir, la complejidad misma de la tarea del juzgamiento penal, así como también la dificultad intrínseca del SPJ y por qué no, la conmoción pública que generalmente provocan los delitos supuestamente cometidos por NNYA, generan en nuestra opinión, un riesgo potencial de que se produzcan errores que afecten seriamente su derechos fundamentales, situación incompatible con los compromisos asumidos por nuestro país, que como se vera a lo largo del presente, se ha obligado especialmente a proteger.-

¹ El tratamiento penal diferenciado para los NNYA menores de edad, no es exclusivo de la República Argentina, hoy en día constituye una premisa universal (arts. 37, 40.3.a) cc. y ss.) que es recogida en la misma Convención de los Derechos del Niño (ONU - 1989). Así, se afirma: “[...] Las razones para tener un sistema penal que contemple sanciones penales diferentes a las de los adultos y menos gravosas (de menor duración e intensidad en la afectación de derechos) son principalmente tres: » La menor culpabilidad de los adolescentes en relación a los adultos. » El mayor impacto de la pena en la vida de los adolescentes. » El hecho de que los adolescentes están en una etapa de socialización, por lo que tienen mayores posibilidades de modificar su conducta que los adultos (Von Hirsch). [...]” (“Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad”, UNICEF Uruguay, pdf).-

Ciertamente, puede suceder que ante un hecho delictivo especialmente grave, se haga prevalecer, conciente o inconcientemente, la investigación del hecho penal en desmedro de los derechos y garantías de los NNyA involucrados. Este peligro, más real de lo deseable, se entiende e infiere directamente cuando se observa el tratamiento que los medios masivos de difusión otorgan a la cuestión de la inseguridad², y dentro de ella a los delitos cometidos por personas menores de edad³, respecto de quienes se afirma, gozan de completa impunidad para cometer delitos⁴; escenario que lleva en definitiva a transformar planteos como la baja en la edad de imputabilidad penal⁵, en un tema central desde lo social y político.-

Por lo tanto, siendo la actividad judicial en sí misma compleja, se puede comprender que ella no se halle exenta de fallas, máxime cuando se considera el contexto social antes mencionado. Así, se entiende que los funcionarios judiciales, impulsados por el afán de dar respuesta a la sociedad descubriendo el hecho y sus autores, adopten imprudentemente medidas que afecten a los NNyA imputados, negando con ello sus derechos, por ejemplo, privándolos de libertad con fundamento en circunstancias que si bien responden a datos comprobados de la causa penal e incluso del expediente de seguimiento, no cumple con los requisitos y condiciones exigidos por el marco legal del SPJ⁶. Tales posibilidades, muchas veces surgidas del sentir social y/o cuando menos a instancias de los medios masivos de comunicación, son repulsivas a nuestro ordenamiento jurídico y por ello deben ser reducidas a su máxima expresión.-

Ahora bien, como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico prevé instrumentos denominados recursos, cuya finalidad es precisamente la de corregir los errores o faltas que pudieran darse durante una causa judicial; sin embargo, estos mecanismos que si

² "La inseguridad, la mayor preocupación entre los rosarinos" (2016) web:

<https://www.lacapital.com.ar/politica/la-inseguridad-la-mayor-preocupacion-los-rosarinos-n1438660.html>

"La inseguridad continúa siendo la principal preocupación de los argentinos" (2016) web:

<https://www.infobae.com/sociedad/2016/11/01/la-inseguridad-continua-siendo-la-principal-preocupacion-de-los-argentinos/>

"La mayor preocupación de la gente es la inseguridad" (2009) web:

<https://www.lanacion.com.ar/1190016-la-mayor-preocupacion-de-la-gente-es-la-inseguridad>

³ "Ocho de cada diez noticias asocian a los adolescentes con el delito" (2016) web:

<http://www.telam.com.ar/notas/201612/172496-medios-estigmatizacion-adolescentes.html>

⁴ "Ocho de cada diez noticias asocian al adolescente con el delito" (2016) web:

<http://www.telam.com.ar/notas/201612/172496-medios-estigmatizacion-adolescentes.html>

"Adolescencia demonizada" (2012) web:

<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-7267-2012-05-25.html>

⁵ "Se reaviva la polémica por la edad de imputabilidad" (2011) web:

<https://www.lanacion.com.ar/1342983-se-reaviva-la-polemica-por-la-edad-de-imputabilidad>

"Polémico: Macri busca bajar la edad de imputabilidad de 16 a 14 años" (2017) web:

<https://www.minutouno.com/notas/1529715-polemico-macri-busca-bajar-la-edad-imputabilidad-16-14-anos>

"Polémica por la iniciativa oficial para bajar la edad de imputabilidad de menores: voces a favor y en contra" (2017) web:

<https://www.infobae.com/politica/2017/01/04/polemica-por-la-iniciativa-oficial-para-bajar-la-edad-de-imputabilidad-de-menores-voces-a-favor-y-en-contra/>

⁶ La CSJN en el fallo Hernández, Guillermo Alberto s/ recurso de casación (21/03/2006), indicó: "[...] 6°) Que, por lo demás, el Tribunal ya señaló que "la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas - por más aberrantes que puedan ser - como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad" (Fallos: 321:3630). [...]".-

bien resultan total y absolutamente vigentes respecto de los procesos del SPJ, no son a nuestro criterio siempre suficientes o adecuados para proteger en debido tiempo y forma a los NNyA, ello, en razón de las particulares características que estos presentan, principalmente, el hecho de ser personalidades en formación.-

O sea, consideramos que ante una eventual privación de libertad, debe garantizárseles a los NNyA, mecanismos más expeditos que a una persona mayor de edad, ello, en atención a sus especiales características que son en sí mismas, las que motivan su tratamiento diferenciado en la ley penal. En ese orden, creemos que la privación de libertad dictada, revisada y ratificada antes de su entrada en vigencia, evitaría al NNyA y a quienes se encuentran encargados de su reeducación en situación de encierro, el fracaso y/o frustración de un tratamiento que incluso a pesar de ser potencialmente positivo para el infractor, puede no ser ineludible, y posiblemente sustituido incluso con mejores resultados, por otra medida; circunstancia esta que puede no haber sido advertida al no haberse considerado todos los aspectos de la personalidad del NNyA, coyuntura que junto a otras, constituye requisitos legal de procedencia para fundar el mérito de la resolución que recaiga⁷.-

Esto es, no se tratará aquí de cuestionar la privación de libertad de un NNyA *per se*, ni su necesidad o no, como tampoco la que tiene lugar cuando son aprehendidos *in fraganti* en hechos aberrantes y ésta se impone en un primer momento de la investigación, puesto que ello, sería negar realidades tales como la absoluta legalidad de la medidas y que desgraciadamente en demasiadas ocasiones, la ausencia o fracaso de otros métodos o mecanismos alternativos, obligan a recurrir a ella como ultima ratio; sino por el contrario, aquí se abordará el momento o etapa previa a la efectivización de la medida corporis afflictiva extrema, tratando específicamente de responder al interrogante sobre que instrumento/s podrían utilizarse para proteger a los NNyA, de resolución en tal sentido dictada al margen de los estrictos requisitos legales de procedencia.-

Con este objetivo en vista, entendemos que el camino para lograr dar con una posible solución al peligro denunciado, requiere primeramente sumergirse en el escenario sobre el cual se pretende actuar, esto es, comprender el funcionamiento del SPJ, incluidas las facultades del magistrado/a especialista en orden a la privación de libertad de personas menores de edad, siguiendo con los derechos y garantías relevantes que fundamentan el tema, para finalmente ocuparnos de los daños que la “internación” les puede causar; todo ello, para en un segundo momento, analizar concretamente el mecanismo que consideramos constituye una posible vía de solución y proponer en consecuencia, la forma en que creemos éste puede adecuarse al SPJ, siempre claro está, tratando de evitar caer en disquisiciones abstractas sino mas bien recurriendo a institutos o herramientas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, para finalmente proponer una posible solución a la pregunta planteada y concluir señalando la opinión que nos merece la situación actual.-

2º. El sistema penal juvenil en la República Argentina.-

Lineamientos generales:

El marco legal sobre el que se construye el SPJ en nuestro país, va mucho mas allá de lo reglado por la Ley N° 22.278 de 1.980 y se compone como se verá, de numerosas convenciones, recomendaciones, leyes nacionales y provinciales, opiniones consultivas, etc.; con lo cual puede afirmarse que son muchos los aspectos del ius puniendi reglados y limitados por la normativa específica. De entre ellos, se destacan las normas relativas a la protección de la libertad y la vida de los NNyA, por cuanto éstos constituyen los pilares fundamentales en los que se asienta el sistema. En ese punto, es pertinente aclarar que avanzar sobre la totalidad de los aspectos o las materias regladas en el SPJ, excedería el objeto

⁷ Puede suceder que, incluso de habilitarse la vía recursiva en contra de la resolución que dispone la privación de libertad el NNyA, el trámite impreso en sí mismo, demore un periodo de tiempo mas o menos importante; posteriormente y hasta tanto se resuelve el planteo, transcurren más días con lo que al final, al decidirse por ejemplo su liberación, el NNyA ha permanecido “internado” varias jornadas. Este periodo, que generalmente no resulta de utilidad desde lo reeducativo, ni a la parsona menor de edad ni al equipo tratante, es pasible de ser percibido por los involucrados como un fracaso del sistema por su inutilidad e incluso peor aún, ser asociado a la idea de impunidad, en cualquier caso, siempre reviste arista negativas desde todos los puntos de vista.-

del presente, por lo que nos limitaremos solo a algunas de las características principales del procedimiento, en orden a la privación de libertad ambulatoria de personas menores de edad en conflicto con la ley penal, concretamente, a la etapa en la que esta medida puede ser utilizada tutelarmente y no cuando es impuesta como pena.-

El SPJ en el mundo y en nuestro país, ha experimentado las últimas décadas cambios drásticos en su paradigma, es decir, se han producido profundas modificaciones del modelo de derecho penal aplicable a los NNyA y/o dicho de otra forma, ha cambiado la percepción de la realidad delictiva de esta categoría de personas y consecuentemente la manera de proceder a su respecto⁸, así actualmente y con una simple lectura de la normativa vigente, se advierte sin dificultad que todos los esfuerzos se encuentran orientados por un fin predominantemente educativo y resocializador del NNyA infractor, propiciándose la reparación del daño causado, la capacitación de la persona menor de edad acusada y sólo en casos de extrema gravedad, la aplicación de una pena privativa de la libertad⁹.-

Ahora bien, el SPJ ó derecho penal de la minoridad, ó derecho penal juvenil, ó de menores, ó sistema penal para adolescentes¹⁰, y/o cualquiera sea la denominación con la cual en definitiva se lo identifique, hace referencia a un sistema, rama y/o ámbito dentro del derecho penal general, que se diferencia y separa de éste en diversos órdenes, siendo su nota característica, el resultar aplicable sólo a personas menores de 18 años de edad a quienes

⁸ Concretamente, la Convención de los Derechos del Niño (primer tratado internacional de derechos humanos con una aprobación casi universal), fue adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y en la República Argentina, el Congreso de la Nación la ratificó en noviembre de 1990 a través de la ley 23.849 y en agosto de 1994 fue incorporada a la Constitución de la Nación con máxima jerarquía (arts. 31, 75 inc. 22, etc.); produjo un cambio radical en la forma en que se consideraba a las personas menores de edad, pasándose de una concepción denominada “de la situación irregular”, al actual que se conoce como “de la protección integral”; esta modificación que revistió carácter trascendental por sus efectos, en la forma de considerar a las personas menores de edad en conflicto con la ley penal, se la denomina como cambio de paradigma del derecho penal de menores. En ese sentido y a modo explicativo, es dable recordar que la doctrina de la situación irregular se basaba en considerar al menor como objeto de protección, es decir de tutela; para ello, se disponía de todo un aparato institucional constituido por la legislación, las instituciones, los juzgados y demás instrumentos con normativa mas o menos ambigua, cuya tarea consistía en ocuparse de los menores excluidos en todos los aspectos en que se considerara, estaban afectados. Esta postura, llevó a la judicialización de niños, niñas y adolescentes con el objeto de “salvarlos”, es decir, se recurría a sus características personales, familiares y sociales para justificar la aplicación de las “medidas”, al margen incluso de la comisión o no de un hecho que ameritara la mismas, puesto que lo valorado eran las necesidades que padecían, estereotipándose los como incapaces necesitados de protección para lograr su adecuado desarrollo, se busca hacerles bien y en ello se justifica todo el procedimiento, lo cual como es lógico, condujo a inevitables injusticias puesto que como se advierte. La doctrina de la situación irregular coloca a la infancia como objeto pasivo de la intervención del Estado, sin que los menores de edad tengan derecho a expresar su opinión respecto a sus necesidades y sentimientos. A su tiempo, y como resultado del evidente fracaso del sistema de la situación irregular y los cuestionamientos de que fuera objeto, se evoluciona en la manera de pensar el derecho y la situación de los menores de edad, superándose en primer lugar la idea de incapacidad de los niños para asumir responsabilidad para a continuación reconocérseles plenos derechos, así como también deberes, teniendo como consecuencia el incumplimiento de los mismos, las mismas responsabilidades atribuidas a los adultos. El sistema se centra en la protección de derechos por sobre la consideración de la persona en si misma, con lo cual se pretende evitar la selección de sujetos merecedores de “protección”, al hacerla mas objetiva. En otras palabras, la búsqueda en la observancia de los derechos que le asisten a los menores de edad, se centra el objeto en la protección directa de la infancia y de los niños, niñas y adolescentes en cada concreto.-

⁹ UNICEF Argentina: https://www.unicef.org/argentina/spanish/que_es_el_sistema_penal_juvenil.pdf

Conforme UNICEF y Presidencia de la Nación , “la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), incorporada a la Constitución Nacional, obliga a los Estados Partes a promover el establecimiento de leyes, procedimientos, políticas y programas especiales dirigidos para los niños menores de 18 años de quienes se alegue que han infringido las leyes. A partir de esta distinción queda establecido dos sistemas penales netamente diferenciados: el Sistema Penal para Adolescentes, destinado a los adolescentes infractores y presuntos infractores desde una edad mínima y hasta los 18 años de edad, y el Sistema Penal General, establecido para las personas infractores mayores de 18 años. Los niños por debajo de la edad mínima quedan excluidos del Sistema Penal” (sic).-

A su vez, el Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CASACIDN), agrega a la definición oficial precedentemente citada, lo siguiente: “La justicia penal adolescente es un sistema de administración de justicia que extiende los derechos y garantías del debido proceso a los adolescentes a quienes se acuse de haber participado en la comisión de una infracción a la ley penal. Ahora bien, lo que verdaderamente caracteriza al derecho penal de adolescentes es la finalidad educativa y sancionadora de la pena, lo que, en primer lugar, permite la reparación del daño causado en cualquier fase del procedimiento y consecuentemente el archivo de la causa y, en segundo, aconseja la menor restricción de derechos posible a la hora de imponer la sanción, siendo la privación de libertad el último recurso y sólo para infracciones muy graves.

Web: <https://www.casacidn.org.ar/article/que-es-el-sistema-penal-juvenil/>

¹⁰ UNICEF Argentina, web: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/definicionesJPJ.pdf>

se acusa de la comisión de una conducta penalmente reprochable. Asimismo, su objeto constituye un importante aspecto diferenciador ya que no sólo se dirige a la investigación, determinación y sanción del NNyA responsable de la infracción penal, sino que de manera expresa y reiterada dentro en su extenso marco legal, busca la educación y resocialización de la persona menor de edad transgresora, característica ésta, que constituye además su fin esencial¹¹.-

En ese sentido, es pertinente recordar que tratándose de una rama especial del derecho penal general o nuclear, le resultan aplicables no sólo el procedimiento general sino que también y claro está, todos y cada uno de los derechos y garantías que lo informan, ello, en tanto y en cuanto no se opongan específicamente a los mecanismos, derechos y garantías específicamente reconocidos a los NNyA. En efecto, el derecho penal juvenil es ante todo, derecho penal, con lo que a las personas menores de edad imputadas, les corresponden todos y cada unos de los derechos que asisten a las mayores de edad, más los que les son propios por su condición de tales¹².-

Dicho esto, entendemos que a fin de ubicarnos en el contexto del tema que resulta ser objeto del presente, se hace necesario además de citar las fuentes jurídicas del sistema, indicar a grandes rasgos la manera en que se desarrolla el proceso penal que se lleva en contra de un NNyA, por lo que en apartados sucesivos nos ocuparemos de tratar los aspectos mas relevantes de la instrucción, investigación penal preparatoria ó similar denominación que se otorgue a la etapa de investigación del hecho penal, para a continuación ocuparnos de señalar aspectos importantes de la segunda etapa, denominada generalmente "juicio", ó "plenario" ó "debate".-

Marco legal

¹¹ Por citar algunas, arts. 40.1 y 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "[...]. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. [...]" (40.1 CDN) y: "[...] Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción. [...]" (40.4 CDN).-

Regla 26.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing): "[...] La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad. [...]". Regla 38 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana): "[...] Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. [...]".-

¹² C.S.J.N. causa "L., L. A." fallo 330:5294: "[...] Un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada [...]" En igual sentido C.S.J.N. causa "Maldonado": "[...] 32) Que, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la "situación irregular"- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54). 33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. [...]"; cc. y ss.-

Nuestro país, a partir de la reforma constitucional de 1994 ingresó en una nueva era de integración mundial a nivel normativo, es decir, optó por una posición radical en orden a la vigencia y primacía de normas no originadas dentro del territorio soberano¹³, nos referimos concretamente a las denominadas "supranacionales".-

En efecto, la reforma constitucional de 1.994 vino a poner fin a una disputa de larga data acerca del status jurídico de los tratados y demás normativa originada fuera del territorio¹⁴, y que giraba en torno a si éstas tenían menor, igual o mayor jerarquía que las leyes internas. Antes de la modificación, era sólo el art. 31 de la Constitución Nacional el encargado de establecer el orden jerárquico de las normas que conformaban el sistema jurídico, lo cual había dado origen al conflicto interpretativo mencionado, pero a partir del año 1994 se introdujeron modificaciones al texto de la Carta Magna que zanjaron definitivamente la cuestión, estableciéndose la jerarquía supralegal de todos los tratados internacionales suscriptos por el país (art. 75 inc. 22 de la C.N).-

Esta modificación implicó en la práctica, el nacimiento de la obligación para los magistrados/as, de realizar en cada caso concreto un confronte entre bloque de constitucionalidad federal y las normas infrabloque y/o normas infraconstitucionales (puesto que se han incorporado a nuestra Constitución Nacional), ello, toda vez que la norma constitucional (art. 75 inc. 22) claramente establece que: "... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes ...". Esta circunstancia, evidente en materia de NNA y a la que cabe sumar los importantes criterios adoptados, incluso antes de la reforma, por parte de nuestros Tribunales¹⁵, permite construir un marco legal muy sólido en materia de derechos de los NNA en conflicto con la ley penal, lo cual que dota a todo el SPJ no solo de sustento, sino principalmente de operatividad.-

Ahora bien, el marco legal referenciado que ha sido también denominado por parte de la dogmática como "*corpus iuris internacional*"¹⁶, se conforma como mencionamos, por un conglomerado de normas nacionales e internacionales, las cuales intentan abarcan la mayor cantidad de aspectos posibles del escenario que se presenta cuando la persona en conflicto con la ley penal, resulta ser alguien menor de 18 años de edad. En este punto, no debe olvidarse que a éste corpus o marco, se le deben sumar todos y cada uno de los derechos y garantías que le corresponden a cualquier persona imputada, en todo lo que no se opongan al sistema especial.-

Así las cosas, a modo enunciativo pueden identificarse como pertenecientes a ese corpus iuris nacional e internacional, los siguientes textos legales: 1) Constitución Nacional, 1.1 - Convención Americana de Derechos Humanos, su art. 19., 1.2 - Convención de los Derechos del Niño, 1.3 - Reglas de Brasilia, 1.4 - Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la

¹³ Los Estados adoptan dos posturas generales sobre este aspecto: a) La del dualismo que parte de considerar dos aspectos de la cuestión, el primero, que derecho internacional y derecho interno tiene fuentes diferentes, y el segundo, que cada uno regula relaciones diversas, el derecho internacional se ocupa de las que tienen lugar entre Estados y el interno de las que se desarrollan entre individuos o entre el Estado y sus súbditos. Para esta posición, las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación en ellos de un acto especial de recepción y por ello, derecho internacional y derechos internos son concebidos como órdenes diferentes, separados e independientes; b) La del monismo, que proclama la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos y la necesaria conformidad de los Derechos estatales con el Derecho Internacional, pero que a su vez, puede ser con primacía del derecho internacional o del derecho interno según cual se encuentre en la cúspide y deba prevalecer en caso de conflicto; a su vez, el segundo tipo de monismo, se divide en orden a la primacía absoluta del derecho estatal o del derecho constitucional. Se afirma que con la modificación constitucional de 1.994, la República Argentina, pasó a adoptar el sistema monista con primacía absoluta del Derecho Constitucional, conforme los artículos arts. 27 y 75 inc. 22 de la Carta Magna.-

¹⁴ El debate doctrinal entre dualismo y monismo, respecto al Derecho interno y su relación con el Derecho Internacional, se viene dando desde el año 1899 con una publicación de Triepel.

Web: <https://www.derecho-internacional-publico.com/2013/04/concepciones-pluralistas-concepciones-monistas.html>

¹⁵ Por ejemplo, en el año 2005 se dictó la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 (B.O. N° 30.767 del 26/10/2005) que vino a derogar el régimen del Patronato de la ley 10.903, adecuándose así a la Convención de los Derechos del Niño (que sin embargo, formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico desde 1990). Por el lado jurisprudencial, fallos de la CSJN como "Verbitsky" y "Maldonado", resultan determinantes para afirmar la plena vigencia y supremacía de la CDN en nuestro derecho.-

¹⁶ "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" Dir. Silvia Eugenia Fernandez, Ed. AbeledoPerrot, T. III, Bs. As. 2015, "Medidas Privativas de Libertad en el Sistema Penal Juvenil. Estándares Internacionales de Derechos Humanos" por María R. Custet Llambi, pág. 3527/9.-

Administración de Justicia de Menores [Reglas de Beijing], 1.5 - Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de libertad [Reglas de Tokio], 1.6 - Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad [Reglas de La Habana], 1.7 - Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil [Directrices de Riad], 1.8 - Decisiones del Comité de los Derechos del Niño (tales como la Observación General 10 y la Observación General 14) y sus recomendaciones específicas para los Estados que han suscripto la Convención; 2) Ley 22.278; 3) Ley 26.061 cc y ss.; 4) Códigos de Procedimiento Federales; 5) Leyes Provinciales; 6) Códigos de Procedimiento Provinciales; 7) Diversos fallos de organismos internacionales como la Corte IDH, y nacionales como la CSJN [ej.: caso Maldonado].-

Como se advierte, dentro de los textos legales mencionados, se incluyen algunos que parecerían en un principio, no tener una recepción directa en nuestra legislación, tal el caso por ejemplo de las reglas de la ONU; sin embargo, debe recordarse que la reforma constitucional de 1.994 junto a la doctrina inveterada sentada por la CSJN en fallos como “Girolodi”, “Bramajo”, “Espósito” y “Bulacio”, además de los precedentes “Simón”, “Mazzeo” y “Derecho”, han establecido que las normas sobre derechos humanos a las cuales nuestro país ha adherido, no sólo constituyen ley suprema de la Nación sino que además también lo son, las interpretaciones que sobre derechos humanos realizaren los organismos y Tribunales internacionales creados por las mismas, la cuales constituyen guías interpretativas. Ante tal temperamento de nuestro máximo órgano judicial, no cabría más que afirmar que las reglas emanadas de la ONU y de otros organismos internacionales similares, son obligatorias en nuestro país y por ende su observancia debe ser asegurada por los magistrados.-

Sin embargo, estas interpretaciones y recomendaciones, si bien tienen un propósito y utilidad claros, máxime cuando en la gran generalidad de los casos resultan ser fruto de estadísticas, informes, estudios y acuerdos llevados adelante por importantes actores de la comunidad internacional, lo cierto es que no siempre su obligatoriedad y aplicabilidad en el caso concreto son tan evidentes para los operadores, lo cual lleva a que muchas veces no se los tengan en cuenta, argumentándose muchas en su contra que los mencionados no se encuentran vigentes en nuestro derecho.-

En auxilio de la problemática antes señalada, han arribado las decisiones jurisprudenciales, que a la fecha pueden ya denominarse como doctrina inveterada tanto de la CSJN como de la Corte IDH, en donde se ha puesto fin a las posturas negacionistas, expidiéndose ambas Cortes en sentido favorable a la plena vigencia y exigibilidad de estas normas de soft law y/o reglas, recomendaciones u opiniones no estrictamente obligatorias¹⁷, por cuanto constituyen en definitiva un estándar internacional¹⁸.-

Es entonces que, aclarado el punto en orden a la vigencia de los textos legales no recepcionados específicamente por el derecho interno, debe sin embargo señalarse que en el

¹⁷ “Impacto de las normas de Soft Law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” Por Pablo Damián Colmegna. Web:

<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/34>

[...] Las normas soft law pueden tener diversas denominaciones, tales como resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta (SHAW, 2008: 118). Incluso se ha llegado a sostener que la jurisprudencia constituiría una forma de soft law (GUZMAN & MEYER, 2009). Sin embargo, de la lectura de numerosas obras de doctrina se observa que no existe una definición precisa del término soft law, sino que el mismo varía dependiendo de los atributos que se predicen del mismo. [...] el soft law debe considerarse integrado al derecho internacional, ya que a pesar de ser caracterizado por no contar con la obligatoriedad como uno de sus atributos, hemos probado cómo ese no es un elemento esencial para la definición del ordenamiento jurídico internacional. También se demostró cómo el DIDH escapa a la impronta consensualista que ha caracterizado al derecho internacional, provocando que los instrumentos soft law adquieran mayor protagonismo. En este sentido, se ha demostrado cómo las normas soft law facilitan la determinación de lo que constituyen los valores fundamentales para la comunidad internacional en un momento dado, destacándose la importante función que desempeñó y aún desempeña la DUDH. Así fue como se sostuvo que los instrumentos soft law deben ser considerados como parte integrante del DIDH. [...]”.-

¹⁸ CSJN, “Recurso de hecho deducido por el CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES en la causa Verbitsky s/habeas corpus”, 3/5/2005. “[...] Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires [...]” (voto de la mayoría, cons. 39).

caso concreto de las Reglas de la ONU, la legislación nacional les ha otorgado reconocimiento expreso como fuente y normativa vigente, con la sanción del art. 19 del decreto reglamentario N° 415/2006 de la Ley 26.061, donde se estableció que a los fines de la interpretación del art. 19 de la ley 26.0161 “Derecho a la libertad”, las reglas de la ONU que allí se mencionan, son parte integrante del mismo.-

Concretamente, y respecto a las Reglas de la ONU, para acercarnos mas aún al tema que nos ocupa, debe señalarse que la legislación nacional no las ha obviado del todo, por cuanto las ha reconocido expresamente como fuente e incluso como normativa vigente, en el art. 19 del decreto reglamentario N° 415/2006 de la Ley 26.061, donde se estableció que a los fines de la interpretación del art. 19 de la ley 26.0161 “Derecho a la libertad”, las reglas de la ONU que allí se mencionan, son parte integrante del mismo¹⁹.-

En definitiva, el soft law de derechos humanos, reciba o no expreso reconocimiento en nuestro país, es plenamente exigible, es decir, constituye derecho vigente y de jerarquía superior a las leyes (art. 31, 75 inc. 22, etc. de la C.N.), debiendo los juzgadores aplicarlo de pleno derecho por su carácter de orden público²⁰; y en el caso de las Reglas de la ONU, no sólo por ello, sino también por constituir derivación razonada de la legislación vigente.-

Como puede fácilmente advertirse, el entramado normativo del cual debe valerse el Juez/a especialista para ejercer su magistratura es complejo, sin embargo se evidencia a rasgos generales un denominador común a todas las disposiciones en la materia, cual es el interés de asegurar a los NNyA en conflicto con la ley penal, la plena vigencia de sus derechos, siendo uno de los mas importantes visto la importancia que se le ha atribuido en la legislación y jurisprudencia internacional, el derecho a libertad ambulatoria de los niños, niñas y adolescentes.-

La investigación

Perfilado el cuadro de normas sobre el cual debe trabajarse en el fuero penal juvenil, corresponde tal cual el plan trazado, ocuparnos de que manera se lleva adelante la tramitación de la causa penal.-

A tal fin, deben primeramente señalarse dos cuestiones que tienen importante incidencia en el desarrollo de una investigación penal en el SPJ, una de ellas es la forma de organización federal de nuestro país, y la otra es el principio de especialidad, ambas las cuales como se verá a continuación, se encuentran íntimamente relacionadas entre sí y a su vez con este subtítulo.-

Las autonomías provinciales:

¹⁹ Decreto Reglamentario N° 415/2006 “[...]ARTICULO 19: La privación de libertad personal adoptada de conformidad con la legislación vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse parte integrante del artículo 19º en su aplicación, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990. El lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad el niño, niña o adolescente a que refiere el último párrafo del artículo objeto de reglamentación comprende tanto a establecimientos gubernamentales como no gubernamentales. [...]”.-

²⁰ “[...] Podríamos proceder formalmente a definir el Orden Público como aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que les son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia alguna. En este sentido, el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas constituye el componente esencial del Orden Público. No es desde luego descabellado concebirlo como el primer derecho social, necesario y previo para el desarrollo del resto y de todos los derechos y libertades en general. [...]” (“Concepto de Orden Público en las Democracias Contemporáneas” por Juan Carlos Montalvo Abiol, p.220).-

Como es sabido, el sistema político de gobierno elegido para nuestro país es el representativo, republicano y federal, implicando este último aspecto que algunas competencias y funciones específicas del gobierno, que se encontraban originariamente repartidas entre un grupo de Estados que se asociaron, fueron posteriormente y con el objeto de conformar Estado federal central, delegadas a favor de éste, conservando sin embargo los entes originarios, el resto que le son propias (art. 121 y 31 de la C.N.)²¹. Este tipo de organización política, reviste radical importancia en el ámbito que aquí nos ocupa, por cuanto tal característica se ve reflejada directamente en los múltiples tratamientos procedimentales que se imprimen al SPJ en cada jurisdicción provincial, lo cual tiene por consecuencia un mayor o menor observancia desde su mismo inicio, de los principios fundamentales del SPJ.-

Actualmente, conforme señala un reciente informe de UNICEF²², nuestro país presenta el siguiente escenario: “[...] la organización judicial con competencia para adolescentes infractores, la mayoría de las provincias tiene un sistema “tutelar clásico” basado en el típico régimen de la minoridad (con competencia en cuestiones familiares, asistenciales y penales). Le sigue, en cantidad de provincias, el sistema “tutelar mixto”, que consiste en un fuero de menores con alguna inclusión de garantías procesales e institutos específicos alternativos. Otras provincias no cuentan directamente con fuero especializado en menores de edad, y esas causas son tramitadas por la justicia ordinaria. De otro tipo son los sistemas en los que existe una justicia penal juvenil especializada, ya sea con un sistema acusatorio o con un sistema inquisitivo-mixto [...]” (págs. 18/19 del informe).-

De igual manera, el documento identifica a las provincias según el sistema procesal penal general adoptado, desde allí las vincula con una mayor o menor especificidad respecto a los diversos institutos del SPJ, así las agrupa de la siguiente forma: a) TUTELAR CLÁSICO: Corrientes, Chaco, Formosa, Jujuy, La Rioja, Misiones, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego. b) TUTELAR MIXTO: CABA (Justicia Nación), Catamarca, La Pampa, Salta y Tucumán c) FUERO NO ESPECIALIZADO (JUSTICIA ORDINARIA): Río Negro, Santiago del Estero y Chubut. d) JUSTICIA ESPECIALIZADA SISTEMA ACUSATORIO: CABA (Justicia Ciudad), Buenos Aires, Entre Ríos y Neuquén. e) JUSTICIA ESPECIALIZADA SISTEMA INQUISITIVO MIXTO: Córdoba, Mendoza y San Juan. Como se observa, las diferencias en el abordaje de la cuestión penal respecto de las personas menores de edad, es ínsita a la organización de la República Argentina.-

El principio de especialidad:

El principio de especialidad²³, puede ser caracterizado como la exigencia de que la persecución penal de los NNyA se efectivice en todos los ámbitos, de

²¹ Distribución de Competencias entre el Estado Federal y los Estados Provinciales: 1)-Inherentes a las provincias: derecho a un sistema institucional autónomo: Arts. 5 y 122 CN; derecho a la integridad territorial: Art. 13 y 3 CN; derecho a celebrar tratados parciales interprovinciales: Art. 125 CN; derecho a celebrar convenios internacionales: Art. 124 CN; derecho a requerir la intervención federal: Art 6 CN; derecho a estar representadas en el Congreso en la Cámara de Diputados. Art. 45 CN; en la Cámara de Senadores. Art. 54 CN. 2)- Reservadas: Facultades residuales: Art. 121 y 31 CN; 3)- Delegadas: * Expresas: Ej.: - Facultades del Congreso: Art. 75 inc.1 a 31 CN; - Facultades del P.E.: Art. 99 CN; - Competencia de la CSJN: Art. 116 CN; - Funciones del Ministerio Público: Art. 120 CN; * Implícitas: Art. 75 inc. 32 CN; 4)- Concurrentes: Corresponden al Gobierno Federal o a las provincias, pero si son ejercidas por el Gobierno Federal no pueden ser ejercidas por las Provincias. Prevalencia del Gobierno Federal: Art. 31 CN. Ejemplos: Arts. 75 inc. 18 y 125 CN; 5)- Prohibidas, A)- A las Provincias: las que enumeran los arts. 126 y 127 CN; B)- Al Gobierno Federal: Art 32 CN; C)- A las Provincias y al Gobierno Federal; - conceder facultades extraordinarias ni la suma del poder público: Art. 29 CN - atentar contra el orden institucional y el sistema democrático: Art. 36 CN.-

Web del Dr. Jorge Horacio Gentile: <http://www.profesorgentile.com/n/distribucion-de-competencias-entre-el-estado-federal-y-los-estados-provinciales.html>

²² “Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en Argentina” (agosto 2018) doc pdf, web: <https://www.unicef.org/argentina/informes/justicia-juvenil>

²³ “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” Dir. Silvia Eugenia Fernandez, Ed. AbeledoPerrot, T. III, Bs. As. 2015, “Medidas Privativas de Libertad en el Sistema Penal Juvenil. Estándares Internacionales de Derechos Humanos” por María R. Custet Llambi, pág. 3532/3: “[...] 3.2.3. Principio de especialización. Por su parte, el Principio de Especialización(16) exige que todos los operadores del sistema: policías, técnicos, peritos, jueces, fiscales y defensores que tomen contacto con niños tengan conocimiento especializado(17) en procedimientos, conductas y psicología de la infancia y la adolescencia de manera de asegurar un trato adecuado y alcanzar le objetivo del sistema penal juvenil. En ese orden, al no admitirse los mismos procedimientos que se aplican a los adultos, resulta inadmisibles que sean los mismos tribunales quienes juzguen a los adultos y los niños [...]”. La autora cita en este punto: (16) CDN, art. 40 párr. 3º, citado en referencia 5; CADH, art. 5.5:

manera independiente a la que se lleva a cabo en contra de personas mayores de edad, y se visualizaba prima facie ó en otros términos, aparecía reflejado en el pasado reciente de muchas jurisdicciones provinciales, en la forma de los Juzgados Penales de Menores, los cuales se ocupaban específicamente de tramitar las causas penales en donde se encontraran involucrados con algún grado de participación, personas menores de edad.-

Muchas de estas sedes judiciales, que aun existen en algunas jurisdicciones como Santa Cruz y Tierra del Fuego, han sido sin embargo eliminadas en otras; algunas de las cuales las han reemplazado con su correlato del sistema acusatorio, por ejemplo a través de unidades fiscales especializadas en NNyA, pero en otras sin embargo, se han perdido.-

Ahora bien, esas sedes judiciales especializadas creadas durante la vigencia del sistema de la situación irregular y que por ello poseían un auténtico poder sobre los NNyA, luego del advenimiento de la reforma constitucional de 1.994 y muy especialmente con la sanción de ley 26.061, vieron reducidas sus competencias de forma superlativa, pasando en consecuencia a ser exclusivamente juzgados penales para NNyA, sin posibilidad por ejemplo, de dictar medidas de protección de persona tal cual era su potestad antes de la mentada ley. Estas sedes, eran y son en donde aún subsisten, sumamente importantes para el SPJ por cuanto personifican el mismo principio de especialidad, toda vez que el Juez/a así como también el resto del personal que lo integraban, se “especializaban” no sólo con capacitaciones específicas sino también con las mismas práctica del trámite exclusivo de causas pertenecientes a NNyA a lo largo del tiempo. En el sistema procesal acusatorio de algunas jurisdicciones, como por ejemplo la provincia de Buenos Aires, se han creado Fiscalías Especializadas de Menores, las que junto a los Juzgados de Garantías de Menores, representan en sí mismos la efectivización del principio mentado.-

El proceso en la investigación:

Entonces, habiendo señalado algunas de las implicancias de las autonomías provinciales y el principio de especialidad, corresponde decir que esas razones no puede predicarse un único procedimiento de investigación para el SPJ, pero sí y siguiendo a reconocidos doctrinarios en la materia y en un todo de acuerdo con la legislación nacional e internacional vigente, es factible intentar establecer un mínimo, o piso de actos judiciales que requeriría el SPJ para el cumplimiento de sus fines.-

El trámite que debe imprimirse a una causa penal juvenil, debe en principio ser básicamente igual al de cualquier otra del fuero penal, salvo por algunas diferencias dadas en el hecho de que la persona imputada, aún no ha cumplido los 18 años de edad²⁴. En efecto, se trata del mismo tipo de proceso no sólo por su objeto, es decir la

“Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”; Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Justicia de Menores (Beijing), Regla 6.3; Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (La Habana), Regla 81. (17) Comité de los Derechos del Niño, Observación General 10, párr. 79 (2007). No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el Interés Superior del Niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos..-

²⁴ En efecto, la probable comisión de un hecho ilícito en donde se encontraría involucrado un menor de edad, sus circunstancias y los posibles autores y partícipes, constituyen al igual que en el fuero penal de mayores, el objeto del expediente que en los Juzgados de Menores aún subsistentes se conoce como “penal o actuario”, mientras que por otro lado, las condiciones particulares del menor involucrado y eventualmente su disposición tutelar, deben ser objeto de un expediente distinto, denominado “tutelar o de seguimiento” (“PROCESO PENAL JUVENIL Práctica y Jurisprudencia” Martiniano Terragni, Ed. Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2015, pág. 41/45 cc. y ss.), en relación a las prácticas forenses en el trámite de causas penales de menores, la doctrina especializada recién citada, hace referencia al: “Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal” (RJCCCF), concretamente el art. 130, el cual resulta muy ilustrativo y que establece: “[...] Expediente de disposición – Instrucción. Art. 130. Cuando se dispusiere preventiva o definitivamente de un menor (artículo 1 ley 22.278), se labrará el correspondiente expediente de disposición, iniciado por las constancias pertinentes sobre conducta y antecedentes del expediente penal, que a tal efecto se fotocopiarán. [...]” y el art. 131 del mismo cuerpo legal, a su dispone: “[...] Unificación en caso de procesos de distintos fueros. Art. 131. Respecto de cada menor dispuesto se labrará un único expediente a cargo del tribunal que conozca en la causa más antigua, salvo que la precedente sea una causa de competencia correccional y la nueva intervención correspondiere a una causa de competencia criminal, en cuyo caso el expediente de disposición se remitirá a conocimiento del juez que conozca en esta última. Siempre que una de las causas seguidas contra un menor pase a conocimiento de un tribunal oral de menores, se remitirá el expediente de disposición. [...]”. En ese orden, consideramos pertinente señalar que a nuestro criterio, de la interpretación lógica de las normas vigentes, cualquier restricción a los derechos de los menores de edad imputados, incluida la privación de libertad, deberá resolverse en el expediente de seguimiento.-

investigación de los presuntos delitos y sus autores, sino también porque tal y como ya se ha señalado, en los procesos penales que involucran a NNyA rigen todos y cada uno de los derechos, garantías e institutos que impregnan al sistema penal general a los que se suman aquellos que corresponden por su especialidad; esto que a primera vista puede parecer tan obvio y casi una verdad de perogrullo, no fue así durante mucho tiempo para el juzgamiento penal de las personas menores de edad, habiéndose sólo en pocas recientes modificado el paradigma que pasó a tener a los NNyA que delinquen como verdaderos sujetos de derechos²⁵.-

Es decir, el objeto del proceso penal cual es la determinación del delito y sus posibles autores, como así también el procedimiento aplicado a fin de alcanzar tal objetivo, no cambian en su esencia (salvo jurisdicciones con procedimientos especiales como por ej., la pcia. de Catamarca), por tratarse el imputado de una persona menor de 18 años de edad, las diferencias en todo caso con el sistema penal general, aparecen en institutos específicos tales como la declaración del imputado y/o algunas formas particulares de extinción de la acción penal. Por ejemplo, la prescripción, la probation y/o la mediación penal en aquellas jurisdicciones donde es receptada, si bien son comunes a ambos procesos penales, se presentan en el proceso penal juvenil con señas particulares²⁶; ello claro está, sin olvidar otros institutos que le son propios o exclusivos, como la denominada “remisión del caso”²⁷.-

²⁵ Ver cit. 8.-

²⁶ En efecto, superada la discusión respecto a la aplicabilidad o no del instituto de la probation a causas seguidas contra menores de edad en sentido favorable a su admisión, doctrina y jurisprudencia (“PROCESO PENAL JUVENIL Práctica y Jurisprudencia” Martiniano Terragni, Ed. Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2015 págs. 307/327), han señalado que no corresponde informar sobre la concesión de la probation por cuanto: “[...] si una condena de responsabilidad en esta edad no puede ser informada como antecedente, menos aún lo debe ser la aplicación de este instituto que no implica asunción de responsabilidad alguna sino sólo reglas de conducta [...]” (págs. 309), y/o que la probation, puede proceder por calificación provisoria de delitos a los cuales se les aplique la reducción conforme las pautas del art. 4º de la ley 22.278, y con ello, logran encuadrar en el art. 76bis del C.P. (págs. 309/310 – notas); y/o la probation retroactiva, que en resumidas cuentas admite la posibilidad de computar el plazo de sometimiento tutelar efectivo del imputado menor de edad, al tiempo de prueba de la probation (321/323). Por su parte, respecto de la prescripción, la doctrina antes referenciada, citando un fallo del TOral Men. Nº 1 de la Capital Federal, causa Nº 1791/1954/2071/2105, “O.J.G.B. s/robo simple en grado de tentativa reiterado, etc.”, del 19/09/2006, del voto del Juez Jantus (págs. 161/162), nos dice: “[...] Sobre las particularidad de la prescripción de la acción a la luz de la normativa minoril se ha determinado que: “[T]omando en consideración que la reducción mencionada en el artículo 4º de la ley 22.278 adquiriría, a la luz de la interpretación brindada por el Máximo Tribunal, la categoría de derecho para el justiciable y de regla que debe regir la intervención del juez de menores en le caso concreto – cuyo apartamiento exigiría una debida fundamentación -, es que propicio la aplicación de la escala disminuida, también a los fines del tratamiento del instituto de la prescripción de la acción penal (del voto del Dr. Laufer) [...]”. Como se observa, y a pesar de no ser pacífica en doctrina la postura citada, los plazos de investigación de una causa penal seguida contra menores son o debieran ser, mucho mas acotados que los correspondientes a las causas similares de mayores, y ello también es así por su vinculación con el principio del plazo razonable en los procesos de menores, en donde incluso, se ha fijado el plazo de 6 meses para resolver definitivamente sobre los cargos formulados a un menor de edad, es decir (entendemos), desde la imputación concreta a la resolución final: “[...] El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los Estado Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación. [...]” (párr. 83 O.G. Nº 10, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra Enero-Febrero 2007).-

²⁷ “[...] el instituto de la remisión se encuentra receptado en el art. 11 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, [...] ante la comisión de un hecho ilícito por parte de un menor de edad punible, siempre que le evento no fuera grave y cuando se cuente con la debida contención familiar, educativa o social, la remisión será el instituto mas adecuado, pues implica la extracción del caso del sistema penal y la resolución del conflicto desde un canal social, que siempre resultará mas favorable para el menor [...] sin embargo ha dejado en evidencia, al igual que el representante del Ministerio Público Fiscal, que ello no es óbice para la aplicación de otros institutos previstos en la ley 2451, como la mediación y la suspensión del proceso a prueba. A diferencia con la remisión, estos dos institutos, mantienen la tutela judicial hasta tanto se cumpla con el acuerdo arribado, que será siempre de corte reeducativo y resocializador y no le generarán antecedente alguno [...]” (CNCasación penal, sala IV, causa nº 8.400, “A., M. s/recurso de casación”, del 08/10/2008 y Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, causa Nº 0036964-01-00/09: “Incidente – Requerimiento de Juicio – F.Z., T.R. s/inf.. art(s). 183 CP arts. 2 y 3 Ley 23.592”, rta. El 17/11/2011; ambos cit. a págs. 326/327 de “PROCESO PENAL JUVENIL Práctica y Jurisprudencia” Martiniano Terragni, Ed. Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2015). Asimismo: “[...] Señala Aída Kemelmajer de Carlucci que la remisión consiste en la terminación anticipada o extinción del proceso cuando el conjunto de circunstancias que rodeen el hecho permitan presumir que la instauración del proceso resultará contraproducente para todas las partes envueltas en el conflicto, y muy en especial, para el adolescente [...]” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Justicia Restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad, cit., p. 97 citado en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” Dir. Silvia Eugenia Fernandez, Ed. AbeledoPerrot, T. III, Bs. As. 2015, “Experiencias Regionales. El Ministerio Público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Protección de los Derechos de los Niños Víctimas y los Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal” por Ángeles Baliero de Burundarena, págs. 3451/3463).-

Ahora bien, llegado el momento de recibir declaración al imputado, cual garantía elemental del debido proceso, se presentan diferentes interrogantes según se trate por un lado, de una persona menor absoluta ó relativamente imputable, o por el otro, si nos hallamos frente a una persona de menos de 18 años pero con capacidad para responder penalmente por sus actos, conforme preveen los arts. 1º y 2º de la Ley 22.278.-

En el primer caso, o sea si el NNyA es absolutamente inimputable, consideramos que la correcta interpretación del marco legal vigente nos señala en el sentido de que no correspondería de ninguna forma su llamado a prestar declaración como acusado, en los mismos términos que a una persona imputable, sino que en su lugar se le debe comunicar que le asiste el derecho a ser oído en orden a la imputación que sobre él/ella pesa²⁸ con todos los recaudos que para dicho acto prevean las leyes especiales, pero nada más. En efecto, consideramos que el Estado ha renunciado al ejercicio del ius puniendi sobre esta categoría de personas²⁹, lo que incluye indefectiblemente el resignar la posibilidad de adoptar a su respecto medidas de cualquier tipo, con fuente en un hecho penal.-

Asimismo, pensamos que no existiría para las personas menores de edad inimputables obligación legal alguna de comparencia, puesto que tratándose de un derecho instituido a favor de estos y disponible (a ser oído), puede ser desistido luego de conocido. Sin embargo, consideramos dable aclarar en este punto que, adoptar esta posición no puede implicar de ninguna manera la renuncia al esclarecimiento de la verdad de los hechos investigados, puesto que ésta obligación tiene fuente constitucional y legal que obligan sin indefectiblemente a instruir la causa³⁰, aunque claro está, sin poder contar con el menor salvo que así fuere su voluntad, en cuyo caso deberá ser escuchado y considerada su versión de los hechos en la decisión a adoptarse.-

Igual criterio, creemos corresponde seguir respecto del NNyA relativamente imputable (mayores de 16 años) "respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación" (sic. art. 1 de la ley 22.278), puesto que a ellos le son aplicables las mismas consideraciones efectuadas para el grupo anterior.-

En concreto, si bien pueden plantearse cuestionamientos en orden a la conveniencia o no, e incluso la legalidad de la declaración como acusado de una persona menor de edad inimputable; no es posible legalmente tener dudas respecto a que en todos los casos, sí debe otorgársele la posibilidad de ser escuchado, así como también que dicha escucha, nunca podrá ser meritada de forma diferente³¹ a lo que ocurre con la declaración de un/a acusado/a imputable. De igual manera, creemos que la escucha penal del NNyA inimputable por los efectos que puede llegar a tener, deberá garantizar al igual que en el caso de las personas imputables, la posibilidad de entrevistarse previamente con su defensa y de requerir su presencia en el acto, de consultar el expediente-legajo y leer/conocer directamente las pruebas de cargo en su contra, de ofrecer prueba y por supuesto de hablar o no, sin que su

²⁸ Art. 12 de la C.D.N. cc. y ss., art. 19, 27 de la ley Nro. 26.061 cc. y ss., art. 12 de la O.G. Nro. 10, arts. 43/53/89 de la O.G. Nro. 14, etc.

²⁹ Por diversos motivos, primero y principal por imperio del art. 1 de la Ley Nro. 22.278/80 en orden a los mínimos de edad para ser responsable penalmente, pero también por los distintos instrumentos internacionales suscriptos en la materia, los cuales receptan principios universales que señalan en el sentido de la afirmación efectuada, a saber principios de subsidiariedad y mínima intervención: arts. 40.1 40.3.b y 40.4 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño; Reglas Nº 11, 13.1, 13.2, 17.1, 18.1, 19 de las "Reglas de Beijing"; Regla Nº 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad - art. 2 de la Ley 26.061, etc.-

³⁰ Preámbulo de la Constitución Nacional "[...] afianzar la justicia [...]" y art. 1 de la Ley Nro. 22.278/80 "... procederá a la comprobación del delito ...", entre otras normas.-

³¹ La escucha del menor (art. 19 cc. y ss. de la ley 26.061) inimputable puede implicar en caso de verificarse, una defensa material contra la imputación, lo cual obligará a su análisis, valoración y consideración por el magistrado a cargo de igual manera que cualquier otro descargo penal; su inobservancia, ilegitimaría la resolución que recaiga incluso si se tratase de un sobreseimiento, y ello es así puesto que el buen nombre y honor (derecho a la dignidad, reputación y propia imagen, conf. art. 22 ley 26.061) de las personas menores de edad, no puede salvaguardarse de otro modo que la efectiva determinación de la circunstancias del hecho atribuido, por ejemplo: "[...] 2.- El hecho investigado no se cometió. 3.- El hecho investigado no encuadra en una figura legal. 4.- delito no fue cometido por el imputado. 5.-Medie una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, o una excusa absoluta.- [...] (art. 336 C.P.P.N.)", no siendo suficiente que a tal fin, se supla la omisión de consideración del descargo, con una declaración final: "[...] En los incisos 2, 3, 4 y 5 el juez hará la declaración que el proceso no afecte el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado.- [...]".-

negativa le apareje presunción alguna en su contra y que en caso de hacerlo no estará obligado/a a manifestar nada contra de sí mismo/a.-

Dicho esto, podemos afirmar que el proceso penal seguido en contra de una persona menor de edad inimputable, salvo excepciones legislativas en donde existieren y siempre que fueren en beneficio del NNyA, debe ser instruido como cualquier otra causa penal porque su objetivo sigue siendo la determinación del hecho y sus autores o cómplices, a pesar de la circunstancia de que finalmente siempre deberá dictarse su sobreseimiento por edad. Esta exigencia, la de continuar con la investigación penal a pesar del conocimiento cierto sobre el destino procesal del presunto autor, no puede dar lugar por otra parte, es decir, no habilita a disponer medidas coercitivas contra del menor involucrado³², so pretexto del éxito de la investigación y/o algún otro, puesto que como dijimos, una cosa es la obligación estatal de afianzar la justicia y otra muy distinta es ejercer un *ius puniendi* inexistente, por haberse renunciado a él.-

Finalmente, no debe olvidarse que en cualquier caso, la comprobación del delito y la participación de la persona menor de edad inimputable en su comisión, hace nacer para él y sus responsables legales, la obligación de reparar³³, por lo cual la investigación en sede penal que determina la existencia del delito y eventualmente del daño causado, resulta de sumo interés en el fuero civil³⁴. Con ello, se puede afirmar que son variados los motivos por lo que la investigación debe realizarse, a pesar del conocido resultado final de la situación procesal del menor involucrado.-

Ahora bien, las causas llevadas adelante contra un NNyA imputable, no tienen en principio como ya dijéramos, diferencia alguna con cualquier otra de índole penal, puesto que deberá centrarse en la recepción de pruebas y eventualmente la declaración del NNyA acusado, por ser éste claro está un presupuesto básico del derecho de defensa. Así, por ejemplo en los sistema procesales penales de corte inquisitivo o mixto, finalizada la declaración e independientemente de sí efectivamente el NNyA acusado declaró o no, el juez/a deberá a continuación resolver su situación procesal, decisorio que puede dirigirse en dos sentidos: a) lo mantiene vinculado a la causa mediante su procesamiento; ó por el contrario, b) dicta una falta de mérito ó sobreseimiento si se dieran las circunstancias.-

Dictado el procesamiento, que es la hipótesis mas interesante en estos sistemas, se presenta al magistrado/a la disyuntiva para algunos casos especialmente

³² Entendemos que, si en la causa penal se hiciera evidente la conveniencia o necesidad de "internación" del NNyA inimputable señalado como partícipe del hecho bajo investigación, tal decisión ya no le corresponde al juez/a penal, puesto que éste/a no tiene imperium sobre esta persona al haber el Estado renunciado legalmente a su ejercicio por motivos penales; en tal caso, la privación de libertad del NNyA en cuestión de ser absolutamente necesaria, deberá estar a cargo de una magistrado/a con competencia civil o de familia, e incluso la autoridad de aplicación mediante alguna medida de excepción. Tal escenario, es el que se desprende de la interpretación armónica de la Ley 26.061, la derogación de la ley 10.903 y la subsistencia de la ley 22.278 adecuada a las prescripciones de la CDN (conf. fallos CSJN "Verbitsky" y "Maldonado", etc.), marco legal que si bien afirma las facultades de disposición del Juez/a de Menores, las limita sólo a aquellas dirigidas a reeducar y resocializar al NNyA infractor (conf. objeto mismo del sistema); es decir, cualquier medida que adopte en su marco y no sólo la "internación", tales como la asistencia psicológica, la educación formal, actividades comunitarias, impuestas como "medidas" deben tender a cumplir el objetivo resocializador de la ley penal. Así, la comprobación de falencias al "tomar de conocimiento del menor" que impliquen la vulneración de sus derechos, se deberán hacer saber y en su caso remitir las actuaciones al organismo de aplicación y/o fuero judicial competente, en atención a tratarse de cuestiones ajenas a la competencia del Juzgado "penal" de menores, mas allá de que tales falencias pueden ser la causa o motivo de la conducta penal. Dicho en otras palabras, el mecanismo e interacción de uno y otro campo de actuación se comprende si se analiza de la siguiente manera: ¿como puede pretenderse educar a alguien sobre el respeto a la ley o a la autoridad, cuando está siendo víctima del hambre, abusos, adicciones, analfabetismo, etc.? En definitiva, satisfechas las necesidad y derechos básicos del NNyA infractor, sí podrá trabajarse por su reeducación o resocialización, para el caso de que ello no se hubiera ya logrado *per se*; pensar la delincuencia juvenil sin causas que la provoquen en un inicio, sería desconocer los fundamentos mismos del tratamiento penal diferenciado para esta categoría de personas.-

³³ Arts. arts. 29 a 33 del C.P. y arts. 1716, 1749 y 1754 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cc. y ss.-

³⁴ Art. 1775 cc. y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación. Al respecto se ha dicho: "[...] lo contemplado en el art. 1775, inc. c), del Código unificado "encuentra su fundamento en el hecho de que, dejándose al margen la posibilidad de que la condena civil recaiga con relación a la culpa o no del demandado, entonces se aleja el riesgo del dictado de sentencias contradictorias en ambas jurisdicciones, y se adecua a la regla de la independencia de las acciones consagrada en el art. 1774 del Código [...]". ("La prejudicialidad establecida en el nuevo Código unificado - Análisis crítico hacia las excepciones que suspenden el dictado de la sentencia civil y su posterior revisión" por Juan Francisco González Freire. Pdf publicado en web:

delicados, ya sea por las condiciones personales del justiciable, la gravedad del hecho y/o por los riesgos procesales existentes, de determinar si corresponde o no resolver sobre la privación de su libertad ambulatoria. Es en este punto, en donde la abundante legislación nada dice de manera concreta (del cual nos ocuparemos mas adelante), limitándose a señalar que sólo deben adoptarse en última instancia y cuando fueren realmente necesarias en orden a los principios y derechos que impregnan al SPJ; en otras palabras, que nunca podrá fundarse sólo en la gravedad del delito y/o la pena en expectativa para el mismo³⁵, ello, tal cual sucede con las causas de personas mayores de edad en orden a inveterada doctrina de la C.S.J.N.³⁶, mas un plus especial propio del SPJ.-

No varía esencialmente lo anteriormente señalado, lo que sucede en los sistemas procesales de corte acusatorios y/o en aquellos especiales en donde ya no existe el procesamiento, puesto que en todo caso la privación de libertad del NNyA imputado durante el proceso de investigación, siempre y en todo los casos debe ser dispuesta por el juez/a de la causa, siendo iguales los criterios de procedencia que se deberán tener en cuenta para ello, con lo cual lo señalado en el párrafo anterior, resulta totalmente aplicable en tales circunstancias.-

En definitiva, cualquiera sea el sistema procesal penal que se siga en la jurisdicción, agotada la investigación sin que la causa se hubiere extinguido por alguna de las causales previstas por el art. 59 del C.P., la probation y/o la remisión, etc., su trámite continuará a la siguiente etapa del proceso penal (juicio, debate o plenario), mediante la correspondiente elevación al formularse la acusación fiscal.-

El juicio

El juicio, debate o plenario en el fuero penal de menores, se caracteriza por haber sido durante mucho tiempo, el único procedimiento que receptaba en nuestro país el sistema denominado “juicio de cesura”³⁷.-

Este procedimiento, previsto para el SPJ en el art. 4º inc. 1ro. de la Ley nacional 22.278, se caracteriza por dividir o separar el juzgamiento de una misma causa penal, en dos etapas o momentos bien diferenciados. El primero, cuyo fin es la determinación del hecho objeto de la acusación, establece si el menor acusado tuvo o no participación en él, y se

³⁵ En ese orden, es dable recordar que la magnitud de la pena en expectativa en abstracto, es insuficiente en cualquier caso como determinante de la privación de libertad dictada cautelarmente, ello, conf. doctrina de la CSJN fallo Diaz Bessone. Por otro lado, con los menores de edad, también resulta pertinente señalar que cuando de las circunstancias comprobadas de las causas actuarias y de seguimiento, se evidenciara falta de comprensión y acatamiento de límites legales, además de los requisitos de procedencia, nada impide al magistrado disponer el inicio del camino de la resocialización y reeducación del menor, incluso con una infracción (delito) menor, pudiendo incluso saltarse el gradualismo propio de todo proceso reeducativo, pasando directamente a la privación de libertad, si el caso así lo requiriese conforme lo actuado; en tal caso, no está demás agregar que tales extremos deberán encontrarse debidamente acreditados y la resolución que así la disponga, debería expresar el por qué no es conveniente el gradualismo y por el contrario urgente la “internación”.-

³⁶ Diaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley. Plenario. 30 de Octubre de 2008. Cam.Nac.Cas. Penal Cap. Fed., CABA – web: <http://www.sajj.gob.ar/> Id SAIJ: FA08261043 – Sumario: No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.-

³⁷ Se ha dicho: “[...] La denominada cesura de juicio se trata de la división del debate en dos partes, una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad y la otra a la determinación de la pena. [...]”, asimismo se ha explicado: “[...] La garantía de debido proceso alcanza a la determinación punitiva, toda vez que el artículo 18 de la constitución nacional expresa la incorporación de esta etapa de juzgamiento en el proceso que requiere como previo. La prohibición constitucional de penar sin juicio conduce a la obligatoriedad de brindar al proceso de determinación, todas y cada una de las características del debido proceso. Y siendo ello así, parece evidente que el debate unificado no puede nunca brindar esos caracteres, resultando constitucionalmente obligatorio el debate autónomo. [...] El eje del derecho penal y procesal penal es nada más ni nada menos que la pena; lo demás la determinación del injusto y la responsabilidad del autor son solo presupuestos de ella. [...]”. En orden a su recepción en nuestro derecho, se ha señalado que existieron diversos proyectos que intentaron implementarlo, tales como el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación del año 1986, denominado mas comúnmente como proyecto Maier, y el proyecto de Código de Procedimiento en lo Penal conocido como el proyecto Da Rocha. A su vez, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 372 desde el año 2013 lo incorpora como obligatorio en supuesto especiales de juicios por jurados. Fuente: “La cesura de juicio” Por Gabriela L. Robles, pdf en sitio web:

denomina generalmente “juicio de responsabilidad penal”, y finaliza con una resolución de mérito en la que los magistrados declaran la responsabilidad del menor en el hecho ó lo absuelven de ella.-

El segundo estadio o momento acontece sí solo sí, se determina la responsabilidad penal del imputado menor de edad³⁸, siendo en su marco en donde tiene lugar lo que técnicamente es un segundo juicio³⁹, puesto que el Tribunal a solicitud de la parte acusadora, o sea el Ministerio Público Fiscal⁴⁰, analiza una vez verificado el tratamiento tutelar no menor a un año, conforme interpretación literal⁴¹ de las prescripciones del art. 4º de la Ley 22.278, si sus resultados⁴² en orden a su reeducación/resocialización del infractor, fueron suficientes o por el contrario corresponde la aplicación de una pena efectiva a modo de continuación del tratamiento.-

En cualquier caso y como última diferencia fundamental con el proceso penal general, excluyendo la etapa de ejecución, puede señalarse que aquí a diferencia de los planteos sobre el fin de la pena para adultos, es normativamente claro que el objetivo que se debe tener en miras y hacia el cual debe propender la sanción es el de reeducar/resocializar al

³⁸ Arts. 2, 4 cc. y ss. de la Ley 22.278. Respecto al procedimiento en sí y como se verifica, se ha dicho: “[...] En la primera sentencia se valoran "hecho y prueba", es decir, se evalúa si el adolescente imputado y sometido a proceso estuvo implicado en el hecho que se le está atribuyendo. A partir de ahí, se declara la responsabilidad penal -o no- del mismo. En la segunda sentencia, -al cese del período de tratamiento tutelar-, se determina la sanción a aplicarle. Es decir, si en la primera sentencia el tribunal declara la responsabilidad penal del menor, si se comprueba el hecho y se lo considera autor del mismo, tendrá que transcurrir como mínimo un año de tratamiento tutelar para dictar la segunda sentencia. Al momento de la segunda sentencia el tribunal evalúa cómo se ha comportado el joven durante el tratamiento tutelar -además de las modalidades del hecho, de los antecedentes del menor y de su propia impresión-, y decide si se le impone o no una sanción. [...]”. Fuente: “Los juicios orales a personas menores de edad” Por Florencia Graziano y Karen Jorolinsky, 2009, web: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-373X2010000100013.-

³⁹ El entendimiento de que se está ante un segundo juicio, implica directamente la plena vigencia de la garantía de imparcialidad del juzgador, por lo que podría objetarse que aquellos magistrados/as que concurren al dictado de la responsabilidad penal del NNyA, ya han emitido opinión sobre el asunto al haber conocido los pormenores del/los hecho/s por lo que fue juzgado/a, encontrándose comprometida su objetividad en orden a la solicitud de pena, que como se sabe no tiene para los NNyA un fin retributivo, sino puramente reeducativo.-

⁴⁰ Consideramos que la participación del querellante particular en esta segunda etapa, podría ser objetada puesto que como se ha señalado, la necesidad de pena de cumplimiento efectivo se legitima y tiene por fin, solo cuando sea requerida a los fines de reeducar al infractor, con lo cual podría pensarse que este fin de la pena, ya no es una cuestión que pueda interesar al querellante, toda vez que la “educación” de un individuo es obligación del Estado.-

⁴¹ Creemos que la interpretación literal de la norma, sólo puede darse en aquellos casos en los que durante la instrucción de la causa no se hubiera sometido al menor de edad a tratamiento alguno. Desgraciadamente resulta práctica muy común de los tribunales que, aun habiendo existido "disposición" (tratamiento tutelar), luego de la declaración de responsabilidad se imponga “de pleno derecho” al menor de edad un año de periodo tutelar, sin darse mayores consideraciones sobre la necesidad de tal medida y/o sin que se tengan en cuenta los antecedentes del tratamiento ya realizado. Creemos que este tipo de criterio que no atiende a las circunstancias concretas del caso e impone mecánicamente la medida porque así lo establece el art. 4º de la ley 22.278, importan la violación del Corpus Iuris de Derechos de los Menores que surge del Bloque Constitucional Federal (art. 75 inc. 22 de la C.N.) y con ello, la de toda una serie de principios de orden superior, siendo los mas representativos para la especialidad, los de proporcionalidad, rehabilitación y mínima suficiencia (art. 40.4 de la CDN, reglas 5.1, 18.1 de las Reglas de Beijing, etc.). En efecto, tal temperamento ignora que, de haber ya existido tratamiento/disposición (arts. 1 y 4 de la ley 22.278), deberá ser tenido necesariamente en cuenta y asimilado en su naturaleza a la probation, ello, porque en ambos casos, de sus resultados depende en definitiva la imposición de la pena (en ese sentido: TSJCórdoba, Sala Penal, S. n° 115, 29/9/06, “Coria”, entre otros); tal asimilación, lleva a su vez indefectiblemente a concluir por aplicación de la doctrina sentada por la CSJN en el fallo Maldonado que, a los fines del art. 4to. de la ley 22.278, el año se completa calculando todo el periodos de sometimiento del menor a la injerencia estatal, puesto que lo contrario, implicaría una prolongación injustificada e indebida, sometiendo al individuo menor a un trato mas gravoso que el que podría deparársele a un mayor de edad. Tampoco debe obviarse el hecho de que los plazos legales para los menores de edad, por aplicación de la escala disminuida prevista por el art. 4º 2do. párrafo de la Ley 22.278, y el principio del plazo razonable en los procesos de menores entre otros, deben ser computados de manera reducida, con lo que si, a un mayor de edad se le puede establecer (conf. art. 76 ter del CP), un plazo de suspensión del juicio a prueba de entre uno y tres años, debe interpretarse que el tratamiento tutelar deberá computarse a todos los efectos, desde su mismo inicio cualquiera sea la etapa procesal y no podrá superar en cualquier caso, el resultado que arroje el cálculo de los plazos de la tentativa aplicado a la probation.-

⁴² De igual manera a lo señalado en la cita anterior, creemos que el año de tratamiento tutelar que impone la norma, solo es posible como tal si el declarado responsable aún no ha cumplido la mayoría de edad, puesto que difícilmente se pueda denominar imposición de tutela a una persona mayor de 18 años de edad. En ese orden, si ya hubiere cumplido los 18 años y nunca hubiere estado sometido a disposición tutelar, o ella hubiera sido menor a un año, a los fines del cumplimiento de la normativa y siempre que fuere necesario, podrían fijarse reglas de conducta por el plazo que correspondiere, las cuales deberían ser controladas a fin de la elaboración de los informes correspondientes al igual que la probation, pero que de ninguna manera podrían ser considerados como tratamiento tutelar.-

menor de edad⁴³, siendo contrario a derecho cualquier otro propósito que se tenga en su imposición, siendo asimilable a tal circunstancia a todos los efectos, la falta o insuficiencia de fundamentación en la necesidad reeducativa y resocializadora de la pena para aquellas personas juzgadas por delitos cometidos cuando eran menores de edad.-

En definitiva, en nuestro país el SPJ consiste en la investigación de hechos ilícitos, presuntamente cometidos por personas que aún no han cumplido los 18 años de edad, a fin de lo cual, se le otorgan al magistrado/a especialista facultades adicionales dirigidas a la reforma del infractor. Es dable en este punto reafirmar que, este sistema penal especial no proscribiera de ninguna manera la privación de libertad de la persona imputada y mucho menos de la condenada por delitos cometidos cuando era menor de edad (es decir como medida cautelar y como pena), aunque si es cierto que dicha posibilidad, aparece mucho mas restringida que en los procesos penales generales, por cuanto en él se adicionan a los requisitos de procedencia estándares, otros especiales como la finalidad reeducativa y resocializadora, objetivos esenciales en la cuales deben encontrarse inmersos los fundamentos de tales medidas.-

3º Facultades de la magistratura especializada.-

Como se ha expuesto, el proceso penal juvenil ha dotado a los magistrados/as con una serie de facultades especiales, que los llevan a diferenciarse de sus demás colegas penales. Estas herramientas adicionales, que se suman a las generales, se encuentran dirigidas a lograr el cumplimiento de los fines del proceso penal juvenil, esto es, no sólo el de investigar y sancionar delitos, sino muy especialmente el de reeducar-resocializar al NNyA infractor.-

En otras palabras, al Juez/a de Menores se le conceden atribuciones que van más allá de las generalmente requeridas para la averiguación de la verdad del hecho sometido a su jurisdicción, y ello es así porque éstos deberán además, tomar conocimiento directo del NNyA y sus circunstancias personales, propendiendo a su reeducación social. En otras palabras, visto el deber especial que les cabe de reformar al NNyA infractor, se concede que el Juez/a podrá eventualmente disponer de la persona menor de edad, ordenando a su respecto medidas que implican indefectiblemente una injerencia en su vida y sus derechos, entre las cuales puede hallarse la mas grave, cual es la privación de su libertad ambulatoria.-

Respecto a esto último, es pertinente efectuar la siguiente aclaración, no debe confundirse a la privación de libertad cualquiera sea el nombre que se le asigne (tratamiento, internación, tutelado, etc.)⁴⁴ con “disposición tutelar”

⁴³ Independientemente de las diversas teorías sobre el fin de la pena, positivista, negativista, e incluso la que la entiende como un fenómeno político, puede afirmarse que a nivel mundial se ha optado por considerar la pena de los menores de edad con una finalidad de política criminal; es decir, se ha elegido y priorizado el camino de la reeducación y no el de la retribución por el daño causado, la doctrina en ese orden ha dicho: “[...] en materia de niños, en función del ideal de la educación, la pena (en todo sus momentos) debe cumplir siempre fines preventivos especiales orientados a la educación [...] Que la pena en el derecho penal juvenil deba ser siempre preventiva especial, podría derivarse de las distintas regulaciones internacionales sobre. Ellas son la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos complementarios, entre los que se pueden mencionar las Reglas de Beijing y las Reglas de La Habana [...] En definitiva, que la pena deba orientarse por el ideal de la educación es un principio que habrá de respetarse, pero, sin embargo, de allí no puede extraerse un criterio claro de que se debe entender en cada caso como una pena educativa, pues en materia de hechos graves incluso la pura retribución parece tener un componente educativo en cuanto al desarrollo de la autonomía de la voluntad del niño. Este aspecto, entonces, debe ser ponderado por el juez en cada caso, de lo cual se desprende que la decisión de aplicar pena en cada situación deberá tener en consideración todos los factores que rodean tanto el hecho como a la personalidad del niño, pues lo que es conveniente para unos puede no serlo para otros. Como conclusión parcial de este apartado, podemos afirmar que en materia de derecho penal juvenil la sanción nunca podrá ser puramente retribución o puramente prevención general, pero estos fines pueden mantener vigencia, respecto de delitos graves, siempre que se compatibilicen con la finalidad educativa [...]” (“Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” Dir. Silvia Eugenia Fernandez, Ed. AbeledoPerrot, T. III, Bs. As. 2015, págs. 3574/3577 “La Sanción en el Derecho Penal Juvenil y el Ideal de la Educación” por Mary Belof, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni). Como se observa, la dogmática incluso al reconocer la posibilidad de que la pena tenga un fin retributivo, ubica al fin dentro de la función educativa que ello pudiera tener, cita incluso en su respaldo, la obra de Jean Genet “El niño criminal”.-

⁴⁴ La ley 26.061 del 21/10/2005 entre otros instrumentos del marco legal, define claramente el concepto en su art. 19: “... La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente. ...”. Asimismo, en el mismo año de sanción de la ley señalada, el fallo “Maldonado” de la CSJN (07/12/2005), aquí ya citado, decía: “... 26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no

puesto que no son sinónimos, sino que entre ellas media una relación de género a especie. En efecto, al respecto la doctrina ha señalado: “[...] *Una persona menor de edad puede estar dispuesta tutelarmente pero no privada de su libertad (“internada”); en cambio todos los niños que están privados de su libertad han sido previamente dispuestos tutelarmente [...]*”⁴⁵; es decir, la privación de libertad es una de las formas en las que puede presentarse la disposición tutelar, pero no la única.-

De igual manera, debe recordarse que no sólo la internación del NNYA sino toda medida de disposición que se dicte a su respecto, deberá encontrar siempre motivación lógica y fundamento legal no sólo en las circunstancias probadas de la causa penal, sino también y principalmente, en las del expediente de seguimiento ó tutelar⁴⁶; lo contrario implicaría adoptar una decisión arbitraria y por ello nula de nulidad absoluta puesto que como ya indicáramos y mas adelante desarrollaremos mas ampliamente, el fundamento de tales medidas se halla en la persona del infractor. En efecto, debe recordarse que este tipo de facultades especiales de disposición, implican un avance del Estado sobre el NNYA e incluso su grupo familiar, por lo que hacerlo sin motivos legales que lo avalen, esto es que encuentren respaldo en el marco legal especializado, viola entre otros principios especiales, el de reserva del art. 19 de la C.N.-

En efecto, si bien puede afirmarse que cualquier orden emanada de un Juzgado, máxime del fuero penal, implica o conlleva intrínseco una restricción a la libertad de las personas a las cuales se dirige, la facultad de disposición del Magistrado Penal de Menores destaca por sobre todas ellas, por cuanto en principio sólo él (por el principio de especialidad) y/o quien actúe en tal carácter, puede privar de libertad ambulatoria a una persona que aún no ha cumplido los 18 años de edad. En consecuencia, es ésta y no otra dentro del cúmulo de medidas de las que dispone el juez/a⁴⁷, la que aquí nos ocupa y que interesa por la afectación que genera o puede generar, aclarando que no por ello el resto de las medidas "dispositivas" que pudieran dictarse no impliquen una vulneración legal, pero vulneración al fin, de los derechos de las personas menores de edad.-

Repárese en ese sentido que, si bien la privación de libertad de libertad puede ser resultado de una pena luego de concluido el proceso

son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos.”.-

⁴⁵ “PROCESO PENAL JUVENIL Práctica y Jurisprudencia” Martiniano Terragni, Ed. Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2015, pág. 112.-

⁴⁶ Desde la sanción de la Ley 26.061, el juez/a especialista no puede disponer del NNYA con causa sólo en su situación de vulnerabilidad, sino que siempre y en todo caso, su facultad debe surgir de la/s causa/s penal/es que investiga e involucra a la persona en cuestión; si ese no fuera el caso, es decir no contara con causa penal vigente, carecería de jurisdicción por encontrarse extinta la acción penal que da lugar a sus facultades dispositivas, ocurrido tal eventual, deberá remitir inmediatamente las constancias pertinentes sobre le menor de edad, a los organismos de protección extrajudiciales; dicho de otro modo, las medidas de disposición no sólo deberán ser ordenadas con motivo y en ocasión de una causa penal vigente, sino que la finalidad de las mismas, cual es la necesidad reeducativa y resocializadora, deberá desprenderse de las constancias obrantes en el expediente tutelar que a su vez utilizará como fundamento, la causa penal.-

⁴⁷ “[...] La legislación provincial (provincia de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Chubut, Río Negro y Entre Ríos) ha previsto variadas medidas, que pueden establecerse también en forma conjunta, a saber: a) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial o en los horarios que el Juez determine; b) Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; c) Prohibición de aproximarse al ofendido, a su familia o a otras personas; d) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; e) Obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine con la posibilidad de que se le solicite el acompañamiento de padres, tutores o guardadores; f) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada en las condiciones fijadas quien informará periódicamente al órgano que la disponga; g) el abandono inmediato del domicilio, uando se trate de agresiones y la víctima conviva con el imputado; h) Abstención de ingesta de alcohol u otras sustancias tóxicas; i) Inhabilitación especial; j) La prestación de una caución; k) La aplicación de medios técnicos que permitan someter al Imputado en libertad ambulatoria al efectivo control del Juez; l) Arresto domiciliario o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el tribunal disponga.[...]” Procedimientos Procesales Penales Juveniles. Estado de Avance de la Adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la Reforma Legislativa a Nivel Provincial – UNICEF – Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo de la Nación (SENNAF) Buenos Aires, noviembre de 2009. web:

penal, en nuestro sistema penal son el art. 1ro. de la ley 22.278, la Convención de los Derechos del Niño en su art. 37, las Reglas de Beijing en el art. 13, y mas concretamente la observación General Nro. 10 de la Comisión de los Derechos del Niño (2007) en sus artículos 78 en adelante cc. y ss., por sólo nombrar algunas, las normas que se ocupan de "autorizar" la privación de libertad con carácter cautelar o preventivo, esto es, antes de la sentencia y en plena vigencia del principio de inocencia. Este tipo de normativa, pensamos, no dejan dudas acerca de la posibilidad de disponer la privación de libertad ambulatoria de un NNyA de forma cautelar en una causa penal.-

Es decir, si bien se limita al máximo la posibilidad de que una persona menor de edad sea privada de libertad, no se la excluye⁴⁸, por lo que en principio no resulta ilegal disponerla siempre que se respeten las pautas y estándares normativos que la habilitan. En ese contexto, se percibe a poco de andar que los exigencias legales en cuestión, son bastantes mas estrictas que los existentes para detener a una persona mayor⁴⁹.-

Así por ejemplo, dispuesta la privación de libertad conforme a las normas, se exige legalmente que sea revisada periódicamente y eventualmente sustituida y/o cesada cuando los motivos que le dieron origen primigeniamente hubieran desaparecido y/o se hubieran modificado, estableciéndose incluso un plazo de periodicidad estándar para dicho examen de dos semanas⁵⁰, plazo que correspondería a días corridos ya que entendemos, poco interesa a la situación de encierro el cálculo de los días hábiles sino sólo el tiempo real de su prolongación.-

Sin embargo, y a pesar de la mayor rigurosidad legal y jurisprudencial puesta en torno a los requisitos de procedencia de la medida de privación de libertad, la práctica judicial evidencia una marcada ausencia de uniformidad de criterios en lo referido a las pautas o reglas a seguir para fundarla, así la doctrina a través del estudio y recopilación de los antecedentes judiciales (siguiendo al especialista en la materia, Dr. Martiniano Terragni⁵¹), ha identificado tres corrientes distintas de pensamiento judicial en orden a este tema.-

Para la primer postura que podríamos denominar "tutelar pura" puesto que se funda en viejos paradigmas del derecho penal juvenil,

⁴⁸ Convención sobre los Derechos del Niño art. 37 (a contrario sensu se permite la privación de libertad siempre que no sea perpetua y admita la posibilidad de excarcelación) cc y ss. con 40.1 y 40.4; Ley 26.061 art. 19 inc. "c" 2do. y 3er. párr.; Regla 26.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Regla 38 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana); Observación General Nº 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño, puntos 1, 28, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, cc. y ss.; etc.-

⁴⁹ Ver cit. anterior. En ese sentido: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que más allá de los principios mínimos generales, las medidas de privación de libertad de niños menores de 18 años debe ajustarse estrictamente a los requisitos de excepcionalidad, duración mas breve posible y revisión periódica". (cit. de la CIDH, Informe sobre Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos en las Américas (2011), párrs. 276, ss y cncs. en "Medidas Privativas de Libertad en el Sistema Penal Juvenil. Estándares Internacionales de Derechos Humanos" Por María R. Custet Llambi, pag. 3547 del "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" Tomo III, Dir. Silvia Eugenia Fernández, Ed. Abeledo Perrot 1ra. Ed. 2015, Bs. As.). En otras palabras, para que proceda la privación de libertad respecto de menores de edad, el proceso penal especial exige que se asegure indefectiblemente el fin reeducativo de la medida, atendiendo a su "interés superior del niño, niña y adolescente". Factor claramente diferenciador con la misma medida en el fuero penal general, donde no es condición de validez.-

⁵⁰ Comité Derechos del Niño, Observación General 10 (2007), párr. 83. "[...] Todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva. El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los Estado Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación. [...]".-

⁵¹ "PROCESO PENAL JUVENIL Práctica y Jurisprudencia" Martiniano Terragni, Ed. Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2015, págs. 292/305.-

la aplicación, continuidad y/o levantamiento⁵² de la privación de libertad de una persona menor de edad, va a estar suficientemente motivada cuando se invoquen aspectos familiares, sociales y económicos, tales como la ausencia de un domicilio estable y la carencia de familiares⁵³; ello, por cuanto entiende que estos antecedentes junto a otros de iguales características, constituyen pautas objetivas que habilitan este tipo de medidas extremas, así, se afirma que las falencias en dichos ámbitos generan “proclividad – disposición a cometer delitos”⁵⁴.-

Una segunda postura que podría denominarse “prisión preventiva encubierta”, entiende que si bien el dictado de la prisión preventiva respecto de las personas que aún no han cumplido los 18 años de edad, se encuentran general y expresamente prohibidas en la mayoría de los códigos de procedimiento (por ejemplo, art. 315 del C.P.P.N.), los argumentos o causales que fundan la privación de libertad de un NNyA, son básicamente los mismos que habilitan el dictado del instituto antes mencionado en las causas penales de mayores, concretamente, se considera que cualquier medida de disposición sobre una persona menor de edad, incluida la privación de libertad, sólo puede justificarse por motivos cautelares del proceso, esto es, aquellos tendientes a garantizar la investigación y la presencia del imputado/a en el proceso, además claro está, del aseguramiento del cumplimiento de una eventual condena⁵⁵.-

Finalmente, la dogmática identifica una tercera posición en el tema, y cuyo pensamiento nos atrevemos a titular simplemente como “finalista”, el cual se conforma a grandes rasgos no sólo de lo que podría verse como un mix de las dos anteriores, sino mas precisamente, como la expresión práctica del fin reeducativo – resocializador del sistema penal especial. En efecto, el enfoque que esta línea le otorga a la cuestión, es la el poner el acento tanto en los resultados del expediente tutelar, cuanto en los del o los expedientes penales en los que el NNyA se halla visto involucrado como partícipe.-

La doctrina respecto a esta última visión del asunto, ha dicho: “[...] Para esta corriente jurisprudencial que postula la síntesis de diversos elementos, primero debe primar la valoración de los resultados de los informes ambientales y de las entrevistas personales del imputado menor de edad y de su familia; y en segundo lugar, la calificación provisoria de los hechos atribuidos y la conducta procesal desplegada por el imputado ya sea que resulte imputable o inimputable. Un aspecto particular de esta última posición jurisprudencial guarda relación con el desarrollo y los resultados del abordaje interdisciplinario y articulado con el sistema administrativo específico sobre le imputado menor de edad en combinación con el delito que se le atribuía [...]” (PROCESO PENAL JUVENIL Práctica y Jurisprudencia” Martiniano Terragni, Ed. Thomson Reuters, La Ley, Bs. As, 2015págs. 297/299).-

Como se observa, esta tercer perspectiva conjuga algunos aspectos del antiguo sistema del menor en riesgo, por cuanto atiende a su situación personal, con otra extrema como es la que asimila la medida privativa de libertad para NNyA a la prisión preventiva para mayores. En nuestra opinión, esta posición es la que resulta mas apta y/o debiera servir de guía para el dictado de la máxima medida coercitiva, puesto que en ella, se encuentra presente el doble aspecto característico del objeto del proceso penal juvenil, cuales son el de investigar la comisión de ilícitos y el de reeducar - resocializar al infractor; de allí la denominación de "finalista" que le asignáramos.-

⁵² Como se ha venido señalando, los motivos generadores y/o que justifican la privación de libertad de un menor de edad, deben encontrarse presentes no sólo al momento del dictado de la medida, sino durante todo el transcurso de ella; puesto que desaparecidos, nada ya la justifica. Ver cit. nº 42 (O.G. 10).-

⁵³ CNCrim.yCorrec., sala de Feria A, causa nº 231, “M., E.M.”, del 28/01/2004 y otros similares, cit. por Dr. M.Terragni, pág. 290/291 ob. cit. 43.-

⁵⁴ CNCrim.yCorrec., sala VI, causa nº 11.880, “J.V.,N., s/apelación” de 26/08/1999 cit. por Dr. M.Terragni, ob. cit. 43, pág. 289/290.-

⁵⁵ CNCrim.yCorrec., sala I, causa nº 22.909, “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación”, del 17/03/2004, CCC, Sala I, “A., J.L.”, del 15/04/2010, y CNCrim.yCorrec., sala de Feria A, causa nº 169/13, “C.E. s/internación de menor”, del 15/01/2013; todos fallos citados por Dr. M.Terragni, pág. 293/4 ob. cit. 43.-

De todo modos, creemos que a los fines de la adecuada comprensión del sentido y alcance de los criterios válidos para el dictado de la medida corporis afflictiva, debe recordarse que es desde el análisis del desarrollo y los resultados del abordaje interdisciplinario de donde surgirán los datos para decidir la medida, es decir, son serán estos aspectos los que indefectiblemente deberán tomarse como antecedentes y motivaciones principales de la resolución, debiendo extremarse el cuidado en el estudio de la urgencia y/o gravedad del fracaso de las medidas anteriormente dispuestas, así como también en la inevitabilidad de la privación de libertad como medida respecto de otras alternativas. En ese orden, otro factor de importancia podrá ser eventualmente la gravedad del hecho cometido si de él y de la toma de conocimiento del NNyA se desprenden datos que indican una imperiosa necesidad de adoptar urgentes y drásticas medidas de reeducación en vistas del alto desprecio del NNyA por determinados bienes jurídicos⁵⁶, siempre claro está, que a pesar del hecho cometido no fuere posible tratar con igual eficacia a la persona menor de edad, con otras medidas menos gravosas.-

Es decir, siempre el estudio de la personalidad y circunstancias psicosociales del NNyA, constituirán el basamento sobre el cual se deberá adoptar la decisión o no de su privación de libertad, propendiendo siempre a la plena vigencia del principio de última ratio de esta medida y siempre dirigida por el fin de lograr que el NNyA comprenda la necesidad de observar "regularmente"⁵⁷ las normas sociales de convivencia, o sea la ley. En otras palabras, debe aparecer claro del expediente o legajo y de los fundamentos de la resolución que, es la intransigencia del menor de edad a mostrar un comportamiento socialmente adecuado en el pasado, a pesar de los intentos realizados, los motivos que habilitarían la medida⁵⁸ y no otros causas.-

4º. Niños, Niñas y Adolescentes en conflicto con la ley penal, derechos y privación de libertad.-

Se puede afirmar que la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas⁵⁹, constituyen el primero y principal fin del Estado. En otras palabras, la legitimación del Estado descansa sobre el grado de seguridad que ofrece a sus integrantes, función que en el ámbito judicial se verifica a través de la observancia de las garantías legales, por ser éstos los instrumentos de protección individual por antonomasia⁶⁰.-

⁵⁶ Por ejemplo, en aquellos casos en los que sin contar con causas previas y/o actuaciones de seguimiento, el hecho cometido presuntamente por el menor de edad sea de tal gravedad que evidencie, previa realización de los informes correspondientes, un profundo desprecio por la ley, la autoridad y los bienes jurídicos protegidos en la sociedad, requiriendo en ese caso la interacción por ser esa la única manera en la que podría llevarse adelante el proceso reeducativo.-

⁵⁷ Tal estándar es el exigido para tener por "reformado" a los mayores de edad, y eventualmente hacerles lugar a la libertad condicional en la ley 24.660 (arts. 13, 100 cc. y ss.), por lo que por aplicación de los principios que impregnan el sistema y la doctrina del fallo "Maldonado", al menor de edad no se le puede exigir el cumplimiento "perfecto" de las condiciones impuestas, bastando que lo haga "regularmente".-

⁵⁸ Entre ellos, creemos que puede ubicarse el rechazo a asumir el tratamiento de adicciones, toda vez que dicha posibilidad depende total y absolutamente en primera instancia, de la voluntad del adicto.-

⁵⁹ Tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, etc. Se ha dicho: "[...] el estado de derecho puede definirse como «un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal» [...]". (Informe del Secretario General de la ONU sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos) Documento PDF (S/2004/616)." web:

<https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/>

⁶⁰ "[...] En efecto, el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino quien debe crear las condiciones de su realización. De esta manera, el Estado se legitima, entre otros criterios, por el de la realización de los derechos fundamentales. [...] Un rasgo esencial de este sistema consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada. Así como un individuo no se concibe sin una sociedad y un Estado, es claro que los derechos fundamentales pueden ser sometidos a limitaciones por parte del Estado y que en el ejercicio de esta función los poderes de éste pueden vulnerarlos. En este sistema los derechos fundamentales tienen una eficacia directa. Su validez "como derecho

Las personas menores de 18 años de edad, conforman uno de los grupos o sectores de la población que histórica y mundialmente ha sido de los más desprotegidos y vulnerados⁶¹. Estas personas, felizmente se han visto beneficiadas en los últimos tiempos por un cambio radical de los paradigmas a nivel mundial, habiéndose podido asistir a la derogación de viejas estructuras y a la modificación y sanción de nuevos institutos, cuya nota en común ha sido y es, la consideración de los NNA como verdaderos sujetos de derechos.-

Esta corriente, ha sido seguida por la inmensa mayoría de los países⁶², entre ellos la República Argentina (firmada el 29/06/1990, ratificada el 04/12/1990 y puesta en vigor el 03/01/1991), en donde a partir de 1.994 con la modificación de la Constitución Nacional, se jerarquizó el cambio de paradigma en la especialidad otorgándole primacía superior a las leyes internas, factor que dio por concluida toda discusión acerca de la forma de comprender y aplicar la ley penal a las personas menores de edad infractoras de la ley penal.-

Sin embargo, este cambio sumamente positivo, no ha implicado ni mucho menos, el fin de las violaciones a los derechos de los NNA en la práctica, y ello porque el reconocimiento formal de la ley siempre debe ir acompañado no sólo de un cambio profundo de percepción de las nuevas realidades jurídicas, sino también de los instrumentos o mecanismos que permitan de manera efectiva en tiempo y forma, asegurar la plena vigencia de esos derechos y con ello, la evitación de daños por inobservancia de la ley a las personalidades en formación⁶³ de los NNA.-

vigente de manera inmediata se apoya en la idea de su garantía". Es posible afirmar que su vigencia, su respeto y su garantía constituyen una cuestión esencial de la legitimidad constitucional del Estado y ello justifica que la protección última de estos derechos pueda ser una competencia del Tribunal Constitucional, en tanto conflicto constitucional entre un ciudadano y algún poder del Estado. [...]" (PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL" Enrique Bacigalupo Ed. Hammurabi Bs. As. 1999 págs. 13/14).-

⁶¹ En referencia a España, como nuestro antecedente cultural directo: "[...] La rutina de la cotidianidad nos hace operar con la imagen y actitud actual hacia la infancia como si fuera el sentir natural de toda la historia de la Humanidad. Nada más lejos de la realidad: a medida que retrocedemos en nuestro pasado social vamos apreciando como la crueldad y explotación de la infancia, hoy contemplada como excepción en los países desarrollados, se fue convirtiendo en norma habitual de comportamiento. En efecto, como dice De Mause: La historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar hace muy poco. Cuanto más se retrocede en el pasado, más bajo es el nivel de la puericultura y más expuestos están los niños a la muerte violenta, el abandono, los golpes, el terror y los abusos sexuales. Los cambios de actitudes y posiciones sociales ante el fenómeno de la infancia delincuente y marginal se va reflejando en los mecanismos que esa determinada sociedad va poniendo en liza para solventar o al menos paliar su situación. A veces el desfase entre las ideas sobre protección a la infancia y las realizaciones concretas son tan abismales que sólo la más lamentable hipocresía social o la falta absoluta de medios lo puede explicar. [...]" ("Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España" Vicente Sánchez Vázquez y Teresa Guijarro Granados, trabajo doctrinario publicado en página web:

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352002000400006 .-

Asimismo: "[...] Hablar, en la actualidad, de los derechos de los niños y las niñas no es nada extraño. Es más, existe cierta familiarización con el tema debido a los casos, cada vez más visibles, de violación de estos derechos. Pero hace un siglo hablar de este tipo de derechos era prácticamente imposible, lo cual no quiere decir que no se protegiese a la infancia de las situaciones de desamparo en las que vivía, o se legislara para mejorar su situación. Lo que ha ocurrido es que a finales del siglo XX, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, recogiendo una tradición existente sobre esos derechos y que está teniendo amplia repercusión en las políticas sociales sobre la infancia. [...]" Doc. PDF "La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional" Paulí Dávila Balsera y Luis María Naya Garmendia - Universidad Complutense de Madrid, web:

<https://ojs.library.queensu.ca/index.php/encounters/article/view/597/3498>
<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Tecnico/Mis%20documentos/Downloads/597-Article%20Text-6050-1-10-20110430.pdf>

⁶² La Convención de los Derechos del Niño es el tratado internacional más respaldado de la historia de la ONU, con 195 Estados adherentes, restando sólo los EE.UU. y Sudán del Sur, como los únicos Estados que permanecen fuera de ella. web:

https://www.eldiario.es/desalambre/Somalia-Unidos-Convencion-Derechos-Nino_0_355215165.html

⁶³ El concepto de "personalidad en formación", normativizado a partir de su utilización por la ley, la jurisprudencia y la doctrina como forma de justificar la mayor protección o diferenciación de los NNA respecto de las personas mayores en cuanto a trato penal se refiere, es de origen psicológico, habiendo sido sus mayores y/o primeros exponentes: Freud, Jung, Rogers, Nelly, etc.. Hoy en día, se aceptan sin embargo un sin número de nuevas teorías que tratan de explicar las fases y características que conllevan a la formación de una personalidad. En ese sentido, efectuando un rápido repaso por material disponible en la web, se puede observar que existe acuerdo en que las personas adolescentes en gral., evidencian características que no permitiría tenerlos como plenamente conscientes de sus actos y/o el alcance/consecuencias que los mismos tienen, con lo cual la discriminación legal estaría en principio justificada, cuando no insuficiente.

Web: <https://psicologiyamente.net/personalidad/teorias-personalidad>).

A continuación entonces, se desarrollarán brevemente tres derechos/garantías que asisten a los NNyA en conflicto con la ley penal y que consideramos constituyen los pilares fundamentales, sobre los cuales trabajar para responder al interrogante propuesto, cual es el de la necesidad y viabilidad de un mecanismo que garantice en mayor medida, la evitación de daños a las personas menores de edad. Nos referimos concretamente a los derechos/garantías representados por el interés superior del niño, la doble instancia plena o doble conforme, y la defensa técnica eficaz.-

Sin embargo, previo al ingreso del tratamiento de los derechos/garantías mencionados, consideramos pertinente aclarar que su invocación y/o consideración como pilares que permitirán responder el objeto del presente, no implica de ninguna manera una denuncia o ataque en contra del loable y eficaz trabajo que día a día desempeñan las defensorías oficiales, ni tampoco en contra de los demás actores del SPJ, sino que su objeto no es otro que intentar poner el acento en como existe un real y serio potencial de violación de tales derechos/garantías, en la práctica diaria, al no contarse con un mecanismo como el que avizoramos, podrían evitarse tales males.-

El interés superior del niño

El interés superior del niño, en la manera en que ha sido reconocido normativamente⁶⁴ a partir del cambio de paradigma, constituye el pilar o eje fundamental sobre el cual se asienta todo el sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y como no podría ser de otro modo vistos los fines del sistema penal, también se erige como el principio rector de éste.-

Este principio que debe ser entendido desde distintos ángulos como ya se verá, reviste trascendental importancia al momento de disponer la privación de libertad de una persona menor de edad, es más, podría afirmarse que su importancia es tal que sólo por él la actuación estatal en lo que a niños, niñas y adolescentes respecta, queda legitimada; en consecuencia, una decisión que no lo considerase no sólo devendría nula de nulidad absoluta, por revestir este principio – garantía, jerarquía superior⁶⁵.-

El fallo CSJN “Maldonado”, en el cons. 37, señaló: “[...] 37) Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental [...] 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. [...]”.-

⁶⁴ C.D.N. arts. 3.1, 9.1.,2.,3.,4 cc. y ss. El interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, siendo considerado como principio “rector-guía” de ella. Idem, art. 1ro. de la Ley 26.061, etc. La normativa (O.C. 17/02 de la Corte IDH), la jurisprudencia (Corte IDH, caso “Mendoza v. Argentina” (2013) y la doctrina (“Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” Dir. Silvia Eugenia Fernandez, Ed. AbeledoPerrot, T. III, Bs. As. 2015, “Medidas Privativas de Libertad en el Sistema Penal Juvenil. Estándares Internacionales de Derechos Humanos” por María R. Custet Llambi, pág. 3539), tienen dicho que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, especialmente si tratamos de medidas privativas de libertad, debe tomar en cuenta el principio del Interés Superior del Niño conforme art. 3º de la CDN y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia conforme OC 17/02.-

⁶⁵ Puntos 142 y ss. del fallo de la Corte IDH, caso “Mendoza v. Argentina” (2013): “[...]142. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia206. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño208. Así, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. [...]”.-

[...] Si bien se advierte, en la práctica, una referencia al Interés Superior del niño en causas civiles y de familia, no se observa igual consideración a dicho principio en las causas penales [...]” “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” Dir. Silvia Eugenia Fernandez, Ed. AbeledoPerrot, T. III, Bs. As. 2015, “Medidas Privativas de Libertad en el Sistema Penal Juvenil. Estándares Internacionales de Derechos Humanos” por María R. Custet Llambi, pág. 3539.-

Ahora bien, ¿que es lo que debe entenderse por “Interés Superior del Niño”?; según la doctrina especializada al tratar las regulaciones del Comité de los Derechos del Niño⁶⁶, el principio se explica desde una triple acepción: 1° - como un derecho sustancial a que se busque la satisfacción máxima de todos los derechos que le asisten; 2° - como una regla de interpretación, en cuanto importa que la interpretación siempre favorezca los intereses del niño, y 3° - como una norma de procedimiento, en tanto implica la necesidad de que al determinar el Interés Superior del Niño se ponderen las repercusiones – tanto negativas como positivas – que impliquen en su vida las medidas a tomar.-

Concretamente, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que debe procederse al análisis de determinación en dos etapas claramente delimitadas; la primera, consistente en la evaluación de las circunstancias particulares del NNyA, tales como: su opinión, su identidad cultural, nacional, sexual, religiosa, etc.; su preservación de sus relaciones familiares y su entorno, su cuidado, protección, seguridad y bienestar, su situación de vulnerabilidad; su derecho a la salud y a la educación, etc. Y la segunda etapa una vez cumplida la primera, tendrá por finalidad buscar un equilibrio entre ellos, es decir, resolver sobre la aplicación de medidas en orden a los aspectos señalados, y según nosotros, también los que surjan de la instrucción; todo ello, con el objeto de garantizar el mayor disfrute posible de sus derechos.-

Como puede advertirse, no se trata de una tarea simple, sin embargo su satisfacción es conditio sine qua non para la validez de cualquier resolución que recaiga sobre un NNyA en conflicto con la ley penal, por cuanto - repetimos -, constituye el principio rector del sistema de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y que en nuestro país, posee rango superior a las leyes (art. 75 inc. 22 de la C.N.). Así, cualquier decisión que se adopte deberá superar el análisis bajo la lupa de este principio-derecho y garantía a fin de legitimarse, debiendo recibir en caso de caso contrario, la máxima sanción procesal.-

En cuanto a la forma de plasmar este interés superior en el resolutorio, creemos que al no existir regulación expresa sobre el punto, resultaría suficiente con detallar la forma en que se han tenido en cuenta los aspectos mas relevantes enumerados como primera etapa de identificación y/o que ello no ha sido necesario puesto que no constituían punto de conflicto según los informes producidos (por ejemplo los referentes a identidad sexual, religión, raza, etc.), asimismo creemos que al no ser taxativos no debería ser necesario hacer mención a todos ellos sino sólo a los mas relevantes en orden a cada caso concreto. Posteriormente, concluida la primera etapa, el magistrado debería indicar el por qué no existen otras medidas menos gravosas pendientes y/o su fracaso anterior, es decir, debería fundar el por qué considera debe disponer esta medida como última ratio en orden a los fines del proceso con determinado NNyA y como, de lograrse el objetivo fijado, éste redundaría en su beneficio.-

El doble conforme

A diferencia del principio rector del interés superior del niño, el derecho o garantía del doble conforme, no es prerrogativa del sistema penal juvenil sino que su vigencia se extiende a todo el derecho penal en general.-

Para entender el doble conforme, es preciso primero recordar que el recurso procesal, constituye el medio mediante el cual se busca obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial, ya sea por el mismo juez o tribunal que la dictó o por otro de jerarquía superior. Este mecanismo, cuyo origen y desarrollo debe ser rastreado en las profundidades de la historia humana, ha tenido diferentes regulaciones con mayores o menores reconocimientos en cuanto a su alcance, según la sociedad imperante; la doctrina (Págs. 705 “Derecho Procesal Penal – Tomo I. Fundamentos” Julio B.J. MAIER, Editores del Puerto s.r.l. Bs. As. – 2004 – 2ª edición, 3ª reimpresión), en orden a su origen ha explicado: “[...] *Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada, o, incluso,*

⁶⁶ Ob. cit. 64, págs. 3538/3541.-

eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. [...]”.-

Aclarado ello, debe a continuación señalarse que el doble conforme, no puede ni debe ser confundido con el derecho al recurso, puesto que no son sinónimos. En efecto, la doble instancia antes referida, puede existir sin que necesariamente se produzca una revisión integral del acto jurisdiccional atacado, característica ésta que constituye la esencia del derecho o garantía del doble conforme y que necesariamente se da en el marco de la segunda instancia, es decir, en oportunidad del recurso.-

El doble conforme, cual derecho-garantía ante la condena en juicio penal⁶⁷, es el resultado en nuestro país de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, efectuó en el fallo “Casal” (CSJN Fallos, 328:3399) y en el sucesivo “Martinez Areco” (CSJN Fallos, 328:3741), cuando reinterpreto el recurso de casación, otorgándole nuevos alcances en orden a los compromisos internacionales adoptados por el país.-

En efecto, el recurso de casación que en nuestra legislación hallaba sus raíces tanto en el sistema europeo cuanto en el norteamericano, y cuyas funciones originales consistían en servir como instrumento de control de los jueces (sistema francés que desconfiaba de los jueces) y a posteriori como garantía del estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley (sistema norteamericano que desconfiaba del poder central), llevó a que luego de introducidas las últimas modificaciones a nuestro sistema constitucional en 1.994, ambas funciones sólo pudieran ser compatibles y/o legítimas en muy limitada medida. En otras palabras, los cambios operados a nivel nacional e internacional, llevaron a la necesidad adecuar el recurso de casación a la Constitución Nacional y desde ella por derivación de lo previsto por el nuevo art. 75 inc. 22, a lo prescripto por los arts. 8.2. ap.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

Este nuevo escenario normativo, junto a los criterios inveterados de la CSJN en orden a la arbitrariedad, confluyeron en el dictado del fallo Casal, el cual interpretó la aplicación del recurso de casación previsto en el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, “conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, y constituyéndose en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto” (sic. considerando 32), lo que tendría por resultado según se afirmó, un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y la jurisprudencia internacional.-

Es por ello, que el derecho/garantía del doble conforme, implica la posibilidad no sólo de solicitar al A quem que revise la resolución atacada (derecho al recurso o a la doble instancia), sino mas aún, como es que dicho órgano jurisdiccional superior revea los motivos de agravios y efectúe una revisión totalmente “amplia”, es decir, sin limitaciones de índole formal y con la única excepción según la CSJN, de aquellos propios y/o que surgen de la inmediatez⁶⁸.-

⁶⁷ Si bien el doble conforme encuentra uno de sus principales fundamentos en el art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con lo cual pertenecería específicamente al proceso penal, se han alzado algunas voces que han reclamado también su reconocimiento para el fuero civil e incluso laboral, habiendo sido sin embargo descartada tal posibilidad. Por ejemplo: “Quiroz, Susana Beatriz c/ Compañía Pulire S.A. y otro s/ Despido”, y emanó del voto de los jueces Beatriz Fontana y Estela Milagros Ferreirós, miembros de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.-

Web: <http://www.diariojudicial.com/nota/32302>

Doctrina: “Algunos aspectos del derecho a la doble instancia” por María Andrea Piesco, 2001, REVISTA www.saij.jus.gov.ar pág. 1, Id SAIJ: DACF010025.

Web: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010025-piesco-algunos_aspectos_derecho_doble.htm

⁶⁸ En el mismo fallo Casal, considerando n° 25, la CSJN se encarga de explicitar que sería lo no revisable, dejando claro de manera magistral su correcto sentido y alcance: “[...] 25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible

Así, se ha afirmado que el doble conforme constituye un algo más, un plus al derecho al recurso que la dogmática ha calificado como “ultragarantía”⁶⁹ específica del proceso penal. Ahora bien, en lo que respecta a los NNYA en conflicto con la ley penal, la lectura armónica de los arts. 8.2.ap. H de la C.A.D.H., 14.5 del P.I.D.C.yP. y 40.2.b.v cc. y ss. de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁰, permitiría afirmar que el doble conforme, también se halla expresamente receptado para dicho sistema penal especial, con lo cual su vigencia sería indudable.-

Sin embargo, habiendo sido el doble conforme reconocido en la casación de sentencias condenatorias, queda ver como dicha garantía puede y eventualmente debe ser implementada en el sistema penal juvenil, habida cuenta de las peculiares características que éste reviste. Es decir, debe analizarse si existe la posibilidad de ampliar el alcance de Casal a otras resoluciones distintas de la sentencia condenatoria. En este punto, creemos necesario reafirmar que la esencia de la garantía no se identifica con la denominación y el mecanismo del recurso de casación en sí mismo, sino que implica en sí misma la posibilidad de que un juez/a o tribunal distinto del emisor, conozca nuevamente sobre el todo, es decir, acceda a las constancias de la causa y analice la fundamentación legal y lógica de la decisión de mérito primera u original. Este es creemos, el sentido otorgado por la CSJN a la garantía cuando afirma que alcanza a toda resolución que ocasione un agravio de imposible, insuficiente, muy dificultosa o tardía reparación ulterior, precisamente por la imposibilidad en adelante de volver atrás lo resuelto.-

Específicamente en relación a la prisión preventiva, se dijo: “[...] 4º) *Que es reiterada jurisprudencia de esta Corte que la decisión que deniega la excarcelación, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva por afectar un derecho que requiere inmediata tutela en la medida en que se halle involucrada en el caso alguna cuestión federal (Fallos: 314:791; 316:1934; 317:1838 y 320:2326) [...]*”. (H. 356. XXXIX. Hernández, Guillermo Alberto s/ recurso de casación. Del 21 de marzo de 2006).-

También la doctrina ha señalado: “[...] *el derecho al recurso no sólo es una garantía prevista para el condenado, sino también para el procesado en todas las instancias del proceso, tanto en contra de la resolución que pone fin al proceso, esto es: la*

con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas. lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc. En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilium nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto [...]”.-

⁶⁹ “La doble instancia, “ultra garantía” contemplada en el art. 8 de la CADH. Reglas mínimas” Raúl Vicente Zurita, La Plata, 16/9/2010. Web:

[http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Doctrina/LA_DOBLE_INSTANCIA_ULTRA_GARANTIA_CONTEMPLADA_EN_EL_ART\[1\].8_DE_LA_CADH.doc](http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Doctrina/LA_DOBLE_INSTANCIA_ULTRA_GARANTIA_CONTEMPLADA_EN_EL_ART[1].8_DE_LA_CADH.doc)

En igual sentido: “Doble Instancia vs. Doble conforme” por Toribio Enrique Sosa en “El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia” 11-5-2016, Ed. 267, N° 13.954 Año LIV, ISSN 1666-8987.

Web: <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016/05/11052016.pdf>

⁷⁰ Convención Sobre los Derechos del Niño. “[...] Artículo 40 [...] 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: [...] b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; [...]”.-

sentencia, como para todas las otras resoluciones importantes y que afecten el derecho de defensa del imputado, en el que éste último demuestre la indefensión en que ha sido puesto por el Estado, ya sea por un yerro en la interpretación de los hechos, prueba o derecho. [...]”⁷¹.-

Es decir, esta garantía del doble conforme tal y como ha sido receptada en nuestro derecho y práctica judicial, resultaría plenamente aplicable al SPJ, o sea plenamente operativa, particularmente en toda resolución que implique una restricción a los derechos individuales que asisten a los NNyA, máxime la libertad ambulatoria; y ello así por cuanto creemos que siendo el criterio de la CSJN habilitarla cuando se cause un perjuicio a un derecho de imposible reparación ulterior, no queda mas que preguntarse ¿acaso existe algún derecho de la infancia que pueda ser reparado una vez dañado? creemos que la respuesta que se afirma es la negativa, máxime la pérdida de libertad ambulatoria injustificada; con lo que en definitiva, la vigencia e importancia de la garantía a todos los estadios del proceso penal se haría aún mas visible si se quiere, en el SPJ.-

En conclusión, el desarrollo alcanzado en cuanto a las posibilidades materiales de revisión de una resolución y/o medida judicial que afecte al imputado/a menor de edad, reviste mayúscula importancia porque va en ella, tal y como ha desarrollado la CSJN en Casal y Martínez Areco, la esencia misma del sistema, cual es la preservación del ideal de Justicia en las decisiones jurisdiccionales, valor que como sabemos se halla ubicado en la antípodas de cualquier acto que diera lugar, por mínimo que sea, a una situación de arbitrariedad.-

La Defensa Técnica Eficaz

Este tercer tópico que abordamos y que tal como ya mencionáramos no debe ser entendido como una denuncia ni mucho menos, aporta al tema objeto del presente la particularidad de informar sobre un derecho-garantía que es en definitiva, el fusible o factor determinante del mecanismo que intentamos hallar. Es decir, la existencia y plena vigencia de este derecho-garantía, resultaría incompatible con un sistema judicial en el que no se produjeran fallos y las personas acusadas contaran siempre y en todos los casos con la debida defensa, sin embargo como se sabe y a continuación se tratará de exponer, su aparición dista mucho de ser reciente y es resultado directo de lo sucedido en la práctica judicial.-

En ese sentido, es claro que de encontrarse debidamente asegurada la defensa de los NNyA en el SPJ, un postulado como el que constituye el objeto del presente, esto es, el análisis acerca de la posibilidad de implementar un nuevo mecanismo de protección, no tendría ninguna razón de ser. Sin embargo, su misma formulación originada a raíz de las falencias observadas a lo largo del tiempo⁷², evidencia y/o refuerza nuestra opinión acerca de la necesidad del ejercicio puesto en el presente.-

Concretamente, a modo de dato testigo⁷³ sobre la actividad recursiva en el SPJ durante la etapa de la instrucción/investigación y respecto de una

⁷¹ “A propósito de una relectura del fallo “Casal”: El aspecto dinámico de la garantía al doble conforme y su exigencia” Por Gladys Olavaria.

Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina44026.pdf>

⁷² Se ha dicho respecto a los errores en la Justicia (si bien en referencia al sistema judicial de Chile), que: “[...] El hecho de que haya sujetos privados de libertad siendo inocentes, da cuenta de la inexistencia de un sistema judicial exento de errores, ya que es este mismo el que ha inculcado e implicado a dichos sujetos de forma equívoca, trayendo a sus vidas una serie de dificultades, problemas y consecuencias en múltiples ámbitos. Es importante recalcar que no son las bases de las instituciones las deficientes, sino más bien el mal manejo y procedimiento por parte de las personas que las conforman y que participan de ellas. La Defensoría Penal Pública, en una publicación de diciembre del 2011, alude a los errores judiciales que tienen lugar en Chile, y deja en evidencia que algunas decisiones judiciales se basan en premisas equivocadas, como lo son el reconocimiento visual errado, la declaración falsa, la falsa confesión y el error del procedimiento pericial, siendo todas estas malas prácticas las que podrían terminar acusando a un sujeto de un delito que jamás cometió. [...]”.(Consecuencias psicosociales de la privación de la libertad en imputados inocentes” Escaff S., E.; Estévez M., M. I.; Feliú V., M. & Torrealba H., C. A. (2013). Revista Criminalidad, 55 (3): 291-308.) Web: www.scielo.org.co/pdf/crim/v55n3/v55n3a07.pdf

⁷³ Los datos vertidos han sido aportados a los fines del presente directamente al autor por los responsables de las sede judiciales mencionadas. A modo aclaratorio, se hace saber que en la provincia de Santa Cruz, concretamente en la ciudad de Río Gallegos, funciona el único instituto para personas menores de edad en conflicto con la ley penal, de puertas cerradas y denominado actualmente “Dispositivo de Adolescentes Infractores a la Ley Penal”, en razón de ello y por una proximidad

jurisdicción que mantiene un sistema procesal penal de tipo mixto como es la provincia de Santa Cruz, región en donde existen tres Juzgados de Menores ubicados en las cabeceras de las dos circunscripciones judiciales existentes, la ciudad capital provincial de Río Gallegos y la ciudad de Caleta Olivia en el norte provincial, se tiene que en la primera de ellas, donde funcionan dos de los juzgados especializados que, entre los años 2015 a 2018 se formaron 63 causas de seguimiento o tutelares, habiéndose dispuesto un total de 13 internaciones permanentes y 29 provisionales de NNyA; por su parte, en la segunda ciudad que es en donde funciona el tercer juzgado especializado provincial en causas penales de personas menores de edad, los datos brindados periodo de tiempo indican la formación de un total de 28 causas de seguimiento o tutelares, con 11 internaciones permanentes. Es decir, en un total provincial de 91 causas tutelares o de seguimiento formalizadas, existieron 24 internaciones permanente y 29 provisionales de NNyA durante los últimos tres años, de ellas en ningún caso⁷⁴, esto es en la formación de causas de seguimiento o tutelares, o en las mismas internaciones permanentes o provisionales de NNyA, fueron recurridas por algunas de las partes las resoluciones judiciales que así lo dispusieron, registrándose sólo un caso en el cual la vía elegida no fue considerada idónea por el Juzgado de Recursos, con lo cual se rechazó.-

Lo señalado en el párrafo anterior, esto es el volumen de resoluciones dispuestas en contra de NNyA sin haber sido recurridas y consecuentemente revisadas, si bien no implica *per se* y de ninguna otra manera, que ellas hubieran sido en todo o en parte violatorias de derechos y garantías, si representan potencialmente un riesgo muy grande para no ser tenido en cuenta, máxime cuando se analiza tal situación a la luz de la permanente vigilia que prescribe el marco legal del SPJ en orden a este tipo de medidas; es decir, la ausencia de una segunda instancia de revisión en las resoluciones adoptadas, genera cuando menos una inquietud legítima acerca de si esas personas menores de edad han visto en todos los casos, observados la totalidad de sus derechos fundamentales, estado de ánimo que va de suyo, no debiera acontecer.-

Ahora bien, adentrándonos concretamente en el derecho/garantía de la defensa técnica eficaz, se advierte que han sido reiteradas las oportunidades en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que la asistencia letrada durante el juicio, requiere que sea observada algo más que formalmente, es decir, no basta con que una persona cuente con asesoramiento legal, sino que éste, debe ser efectivo⁷⁵. En otras palabras, la defensa técnica eficaz de la persona imputada, consiste en asegurarle que será asistido/a en cada etapa del proceso penal con la mayor diligencia posible, se trata en consecuencia de un concepto que explica el alcance básico del derecho a defenderse y a ser defendido/a (defensa material y técnica, respectivamente).-

Específicamente, en el marco del derecho al recurso y a su vez del doble conforme, puede afirmarse que la defensa técnica eficaz tiene que ver con el ejercicio o no, con la interposición o no, de un recurso contra una decisión judicial que afecta al justiciable; es decir, va más allá de cualquier cuestión de estrategia defensiva, puesto que su análisis requiere verificar sí, técnicamente, no se han dejado pasar oportunidades de revisar medidas perjudiciales a sus intereses.-

En efecto, en la práctica la persona imputada puede ver afectados sus derechos por circunstancias que no le son personalmente atribuibles, sino que pueden tener causa en el proceder de su abogado/a defensor. Así, la defensa técnica ineficaz ha sido objeto de tratamiento por la CSJN, ya en el precedente “Indalecio Peralta” del año 1868, donde fijó la doctrina que ha permanecido inalterada desde entonces: “[...] *es de equidad y aún de justicia*

geográfica, los Juzgados de Menores de la ciudad capital, poseen la posibilidad de las internaciones provisionales, lo que no sucede con la otra sede.-

⁷⁴ Podría pensarse también que un factor determinante de la inexistencia de planteos recursivos por las partes, es la larga tradición de la práctica judicial con el viejo paradigma de la situación irregular, lo cual indicaría a su vez la urgente necesidad de adecuación de los agentes judiciales a la nueva realidad de considerar a la persona menor de edad como sujetos de derechos.-

⁷⁵ “Garantías constitucionales en el proceso penal” Alejandro D. Carrió, Ed. Hammurabi, 6ta. Edición actualizada y ampliada – reimpresión, Bs. As. 2015, pág. 586. El autor en nota al pie hace mención a que análogo criterio es seguido en el derecho americano en numerosos casos en esta área “effective counsel”, entre ellos cfr. “Geders v. United States”, 425 U.S.80 (1976) y “Weatherford v. Bursery”, 429 U.S. 545 (1977).-

apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado, o del descuido del defensor”, y que: “[...]Pero ese derecho a la defensa debe ser real y no meramente formal. Como lo dijo con toda corrección la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el debido proceso se encuentra ... íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal ... ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa” La defensa debe ser material y efectiva y no sólo formal, ya que esa es la única forma de obtener el mayor nivel posible de corrección del derecho y, como consecuencia, una decisión justa. Por eso se alude a “la exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar adecuadamente el proceso” La defensa debe ser adecuada, no pudiendo ser una figura tan solo decorativa [...]”⁷⁶.-

Mas casuísticamente, la CSJN ha reafirmado el principio en orden a la conducta desplegada por la defensa técnica, diciendo que la negligencia de ésta, su inactividad (ya sea por pereza o enfermedad), ignorancia de las leyes o descuido, no puede derivarse en perjuicios a la persona imputada, especialmente si se encuentra privada de libertad⁷⁷.

Asimismo, el máximo Tribunal Nacional ha tenido también cuidado en señalar que, no cualquier fallo en el resultado de un juicio habilita impugnar la resolución perjudicial para la parte, fundado en una supuesta mala actuación de la defensa técnica; por ejemplo, no lo hacen las discrepancias entre estrategias suscitadas entre la persona imputada y la defensa técnica, o la firmeza en la argumentación en un recurso, etc., siendo “Cajal” (CSJN – Fallos, 333:1789) uno de los casos más paradigmáticos en este aspecto.-

La dogmática, afirma al respecto que: “[...] El acusado es [...], el real interesado en cómo se desarrollará su defensa en el proceso penal. Y si el Estado comprueba que de manera inequívoca, voluntaria y plenamente consciente aquél ha optado por no defenderse, por hacerlo solo, o por no recurrir un fallo desfavorable, creo que esa voluntad debe ser respetada [...]” (Alejandro D. Carrió, “Garantías constitucionales en el proceso penal” Ed. Hammurabi, 6ta. Edición actualizada y ampliada – reimpresión, Bs. As. 2015, pág. 601).

Ahora bien, atendiendo las consecuencia que la violación de la garantía trae aparejada, la doctrina tiene dicho⁷⁸ que jurídicamente, el incumplimiento de la garantía de la defensa técnica efectiva trae aparejada la declaración de nulidad absoluta del

⁷⁶ En igual sentido, la C.I.D.H. en el caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 168; señaló: “[...] La Corte estima que la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida, además, por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública. Si es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control. Ciertamente, la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales. Tal deber de tutela o de control ha sido reconocido por tribunales de nuestro continente que han invalidado procesos cuando resulta patente una falla en la actuación de la defensa técnica.[...]”.

Web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf

De igual manera: “Derecho a la defensa eficaz elegida - Carácter subsidiario de la defensa pública y deber de apartamiento” Por Gustavo L. Vitale, pdf publicado en la página web “Pensamiento Penal”: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44589.pdf>

Cit. fallos: Cfr. Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Sentencia del 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 151; Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, citado, párr. 155; cfr. María Fernanda LÓPEZ PULEIO, El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos, en Revista del Mercosur, Brasil, 2012 (“su intervención debe ser competente y adecuada”).-

⁷⁷ Casos de la CSJN “Cardullo”, “Moyano”, “Trerotola” citados por Carrió pág. 589, y “Ojer Gonzalez”, “Vallin”, “Anduela”, “Schenone”, “Noriega”, “Montenegro, Raul”, etc.; ver cit. nº 52.-

⁷⁸ “Asociación Salteña de Estudios Penales – Primer Seminario Interno – Parámetros para la determinación de la efectividad de la defensa técnica en el Proceso Penal Argentino” Por José Fernando Teseyra, pdf publicado en la página web “Pensamiento Penal”:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/08/doctrina39547.pdf>

procedimiento llevado a cabo de tal manera; lo cual creemos evidencia sin mayores esfuerzos, la suprema importancia que se le atribuye al derecho/garantía de la defensa técnica eficaz.-

Cuestión aparte la constituye el determinar que es la ineficiencia en la defensa, tarea claramente ardua y que excedería el marco del presente; sin embargo, ello no impide señalar que a grandes rasgos y conforme la construcción que se ha ido desarrollando en la jurisprudencia de la C.S.J.N., podría afirmarse que una defensa puede ser ineficaz no sólo por factores subjetivos imputables a la parte afectada, sino también tanto por otros de carácter mas externo como serían las deficiencias en la interpretación de la normativa aplicable, errores de la misma magistratura y/o incluso, factores naturales como la distancia geográfica, el clima, la salud, etc. En cualquier caso, las falencias que desmejoran notoriamente la situación de la persona defendida, deberían haber sido advertidas (para las causales externas), y/o podrían haberse evitado (para las de mal desempeño) sin mayores esfuerzos, ello, a fin de poder ser invocadas como hechos violatorios del derecho/garantía de la defensa técnica eficaz.-

5º. Los efectos de la privación de libertad.-

Habiéndonos ocupado del sistema penal juvenil de nuestro país y de aquellos derechos – garantías, que consideramos resultan relevantes para analizar la necesidad de un nuevo mecanismo de protección, creemos que el panorama no se encontraría completo si no se visualizaran a grandes rasgos, las consecuencias que conlleva la privación de libertad ambulatoria a una personalidad en formación.-

En ese orden, corresponde señalar que el mundo en el que se deben insertar los jóvenes de hoy, se encuentra signado por un predominio nunca antes visto de la tecnología de las comunicaciones y el acceso a la información (redes sociales). Esta circunstancia, conlleva nuevas e importantes consecuencias para los NNyA desde la óptica de la privación de libertad de la cual pueden ser objeto, puesto que traslada a una nueva dimensión las ya clásicas y fácilmente identificables como serían las físicas⁷⁹ y psíquicas⁸⁰; ello, por cuanto el mundo digital tiene un enorme potencial dañino para la persona menor de edad al trascender el tiempo y el espacio, claro ejemplo de ello lo constituye el factor determinante para la búsqueda de empleo que puede tener el pasado de las personas, ahora fácilmente cognoscible⁸¹.-

⁷⁹ “[...] Tanto durante el período de privación de libertad, como del proceso en su totalidad, se experimentaron niveles de estrés bastante nocivos para la salud. [...] las mayores alteraciones se encontraron en las funciones vitales, principalmente la regulación del sueño y el apetito. [...]”. Ver cit. 69. (Consecuencias psicosociales de la privación de la libertad en imputados inocentes” Escaff S., E.; Estévez M., M. I.; Feliú V., M. & Torrealba H., C. A. (2013). Revista Criminalidad, 55 (3): 291-308.) Web: www.scielo.org.co/pdf/crim/v55n3/v55n3a07.pdf

⁸⁰ “Efectos de la privación de libertad” Escrito por *Dipl.Psych. Guiomar Bejarano Gerke. “La privación de libertad conlleva una serie de consecuencias pues la situación de vida de la persona cambia radicalmente. La pérdida de la libre locomoción es un impacto emocional y social muy severo por el cambio involuntario abrupto de hábitos, contexto, gente, pérdida de intimidad, etc. Supone una pérdida de nexos familiares a corto, mediano o largo plazo, así como una posible pérdida de rol sexual, deterioro de su identidad y otros factores psicológicos, incluidos la percepción y la autoestima. La cárcel implica una sujeción a normas impositivas por el sistema en cuanto a horarios, espacios, vestimenta, comida y otros. Todo ello enlaza hacia el desarrollo de un nuevo código de conducta y valores, incluso más allá del sistema de control, más bien regido y dirigido por los internos más antiguos, quienes en su proceso de adaptación han generado ciertos roles y status al interior del penal, mismos que en muchos casos deben cumplirse, incluso con violencia. [...]” Web: <http://sociedadcivilnacion.com/index.php/recursos/noticias/articulos/efectos-de-la-privacion-de-libertad>

⁸¹ “El 86% de las empresas consulta los perfiles en redes sociales de los candidatos a un empleo”

Web: <https://www.20minutos.es/noticia/2973811/0/mayoria-empresas-consultan-perfil-redes-sociales-candidatos-empleo/>

“El Mercado laboral se vuelca a las redes sociales”

Web: <http://www.capitalhumano.com.ar/el-mercado-laboral-se-vuelca-a-las-redes-sociales/>

“Las redes sociales en la búsqueda de oportunidades laborales”

Web: <http://noticias.universia.com.ar/empleo/noticia/2013/03/08/1009385/redes-sociales-busqueda-oportunidades-laborales.html>

En efecto, esta publicidad del historial de vida a un solo clic⁸², obliga en nuestra opinión a repensar la medida de privación de libertad como medida cautelar y/o dispositiva de reeducación durante la investigación. Es decir, si bien es inherente a una pena corporis aflictiva el provocar daños de diversa índole en la persona sobre la cual recae, lo cual es universalmente aceptado por el orden social; es también cierto que dichos perjuicios son cuestionados y su legitimidad puesta en duda en los casos en que la privación de libertad ambulatoria ha sido impuesta no ya como pena, sino durante la tramitación del proceso penal, y peor aún, cuando se trata de un NNyA, no importando a tales efectos que dure días, meses ó años.-

En ese sentido, sabemos que los motivos del régimen penal diferenciado para los NNyA, se halla en el entendimiento de que el reproche que cabe efectuarle es menor que el correspondiente a una persona mayor de edad, ello, en razón de la falta de madurez propia de esa etapa del desarrollo humano⁸³. Sin embargo, son esas mismas razones las que hacen a dichas personas mas vulnerables y/o proclives a sufrir daños graves por una medida como la privación de libertad ambulatoria; así, se afirma que la adolescencia - como su nombre lo indica - es una difícil etapa que constituye el tránsito desde la infancia a la adultez, y en ella, se producen toda una serie de cambios físicos y psíquicos que marcarán el destino del individuo en particular y en última instancia – agregamos nosotros -, del grupo social al cual pertenece.-

Concretamente, se ha dicho: “[...] Desde una perspectiva evolutiva, la adolescencia se caracteriza por grandes transformaciones biológicas, psicológicas y sociales. Es un periodo en donde se inician la experimentación de rutinas sociales nuevas, ajenas al entorno familiar que permiten la consolidación de una identidad. Algunas de estas nuevas conductas ensayadas por los adolescentes se ponen en marcha como modo de autoafirmación o adquisición de elementos identitarios compartidos con sus pares. [...]” y que: “[...] La privación de libertad prolongada, y desde corta edad, implica un tipo de socialización diferente, ya que al ingresar al sistema, el individuo sufre una pérdida importante del entorno habitual, la familia y el grupo de pares. Por eso los efectos de la pena de prisión en la vida de una persona se proyectan más allá del período de encierro, contribuyendo a incrementar y agravar su desarraigo social y la desvinculación familiar. [...] Asimismo, el encierro produce nuevas circunstancias que alimentan las posibilidades de reingreso y garantizan la autoreproducción del sistema carcelario. Lo central es que estos efectos, generalizables a todos los individuos sometidos a penas o medidas que impliquen privación de libertad, adquieren especial importancia en la adolescencia, ya que es un período crítico del desarrollo en las esferas cognitiva, emocional y social. [...]”⁸⁴.-

Como se observa, la privación de libertad ambulatoria de personas menores de edad, cualquiera sea el modo en que se le denomine (institucionalización, internación, disposición, etc.), impacta negativamente en sus vidas, no sólo en el corto plazo con la aplicación de la restricción sino también a mediano y largo plazo, por cuanto luego de “externados” inevitablemente son víctimas entre otras cosas, de discriminación social, factor el cual no hace mas que contribuir a la formación de un sentido de identidad personal y social completamente diferente al objetivo fijado a la hora de privarlos de su libertad (prisionización⁸⁵). En otras palabras, se los encierra para re-educarlos y/o re-

⁸² “Suiza pretende inspeccionar los perfiles de Facebook y Twitter de los solicitantes de asilo”

Web: <https://actualidad.rt.com/actualidad/274286-suiza-perfiles-facebook-twitter-solicitantes-asilo>

⁸³ Ver cit. 1 y cc.-

⁸⁴ “Aproximación teórica: Efectos de la privación de libertad en jóvenes infractores a la ley penal” Sarmiento, Alfredo J.; Ghiso, Claudio; Siderakis, Melina; De Simone, Claudia.-

Web: http://www.psi.uba.ar/investigaciones/revistas/anuario/trabajos_completos/23/sarmiento.pdf

⁸⁵ La prisión y el hecho de estar privado de libertad dan lugar y obligan al sujeto a una resocialización, adaptándose a este nuevo entorno. [...] El concepto de prisionización, según González (2001), fue acuñado por Clemmer con la intención de explicar la repercusión que tienen las subculturas carcelarias en los sujetos que viven en ellas. Se define prisionización como el proceso en el que una persona, privada de libertad, adquiere códigos, normas sociales y formas de comportarse para poder convivir en la cárcel. Este proceso, propio de la subcultura carcelaria, se irá adquiriendo de manera no consciente. Cabe destacar, además, que la adaptación a este nuevo ambiente variará según el sujeto, donde algunos logran una mayor y mejor adaptación (Echeverri, 2010). [...] Estos efectos comienzan desde el momento en que el sujeto es privado de libertad e

socializarlos, pero los NNyA por sus características diferenciadoras respecto de una personalidad mayor de edad, son mas susceptibles de ser influenciados por el medio, lo cual conlleva a que en muchos casos, el único efecto de la medida no sea mas que afianzar y/o peor aún, crear una personalidad antisocial, contradiciendo así la esencia del fin perseguido.-

A lo anteriormente dicho cabe agregar que socialmente, el tiempo pasado privado de libertad cualquiera sea su duración, constituye un factor negativo que sin dudas afecta al NNyA en su desarrollo y en la búsqueda de su lugar en el mundo, sea que él o ella entiendan o no tal circunstancia; máxime en la actualidad donde las solicitudes de acceso laboral e incluso las de instituciones de formación, deben superar ya sea por estar así reglamentado o por constituir una práctica generalizada de los seleccionadores, el tamiz de las redes sociales⁸⁶.-

En otras palabras, puede afirmarse que la privación de libertad de un NNyA ya sea que fuera impuesta como pena o durante el trámite del proceso penal, conlleva perjuicios inmediatos de orden físico y psicológico, así como también otros más aún graves en orden a su integración, como son los mediatos de tipo social. Por ello, creemos que en la prisionización de una persona menor de edad en conflicto con la ley penal, se encuentra intrínsecamente en juego la vigencia misma del sistema, toda vez que si ella no resultara absolutamente necesaria en orden a su resocialización, es decir no se justificara a la luz del principio del interés superior del niño su dictado, no se estaría mas impidiendo y/o cuando menos dificultando el éxito de los fines del proceso, generándose así un resultado inadmisibles a la luz del Bloque Constitucional Federal de Derechos.-

6º.- Planteo del problema y posibles alternativas de solución.-

Conforme se ha expuesto, la privación de libertad a una persona menor de edad durante la investigación penal, es una posibilidad real pero de difusas aristas técnicas, también se ha señalado que tal medida, la mas grave que se puede disponer en nuestro sistema penal, no necesariamente es siempre objeto de revisión, con lo cual se genera un serio riesgo de ocasionar perjuicios innecesarios a NNyA, hipótesis claramente incompatible con el marco legal que rige el SPJ.-

En efecto, la situación puede resumirse diciendo que, los magistrados/as penales de menores están obligados a siempre dar trámite a las causas sometidas a su jurisdicción, investigando y eventualmente, elevándolas a juicio⁸⁷, ó remitiéndolas, ó haciendo lugar a la probation, ó dictando el sobreseimiento por

ingresado al recinto penitenciario, ya que a partir de ese instante es removido de su entorno y situado en un nuevo contexto, el carcelario. Los principales efectos de la prisionización estarían en relación con la ansiedad, despersonalización, pérdida de la intimidad, alteraciones en la autoestima, falta de control sobre la propia vida, ausencia de expectativas y alteraciones en la sexualidad. Fuente: ob. cit. 69 y 74.-

⁸⁶ La Internet, es una inmensa memoria colectiva donde nada se borra ni se pierde definitivamente, todo evento pasado allí registrado se mantiene independientemente de la voluntad de sus protagonistas, con las obvias consecuencias que ello implica. En ese mismo orden, a nadie escapa que mas allá de la prohibición legal de discriminación, el acceso a ciertos institutos educativos y/o de formación cultural o deportiva, por no hablar de puestos laborales, va determinado en los hechos por el pasado del postulante, argumentándose en diversos motivos tales como la falta de cupo, presupuesto, etc., la verdadera causa del rechazo del/la candidato/a.-

⁸⁷ Adviértase que el sistema, le exige al Juez de Menores investigar las causas sometidas a su jurisdicción, no siendo admisible tal posibilidad de optar infundadamente y/o por temor a avasallar derechos tan férreamente protegidos, una postura menos comprometida con los fines constitucionales de afianzar la justicia, desestimando sin mas la causa, sin haber antes efectuado una mínima investigación sobre la posible existencia o no de delito y probables autores o cómplices ocultos, siempre que hubiere sido posible. Es decir, el magistrado penal, está obligado a investigar el hecho (art. 1 – 2do. párr. de la ley 22.278 “... procederá a la comprobación del delito ...), por lo que una resolución de tal tipo en una causa donde no existiere una mínima investigación de los hechos denunciados así como su encuadramiento en algún tipo penal, que por ejemplo sí es exigido para la determinación de competencia (CSJN causa Nro. 730 XXIV “Fiscal Federal s/ dca. infr. art. 189 del CP, 7/9/1993, entre otras, Confr. exp. nro. 548/III “Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires s/ Av. inf. ley 23737”, 17/9/1997), y que por otro lado no aclarase suficientemente la conveniencia de una salida alternativa o anormal de terminación de la causa, tales como la remisión o la probation, etc, (y/o criterios de oportunidad en donde sean admitidos) en orden al interés superior del niño y los principios rectores del derecho penal de menores; sería claramente arbitraria con todas las consecuencias que ello implica. O sea, se debe analizar y fundar debidamente los archivos y desestimaciones que se dicten en causas penales seguidas contra menores. De igual manera, el magistrado debe disponer la privación de libertad cuando corresponda, no pudiendo invocar de manera genérica derechos superiores para incumplir la manda genérica de

edad una vez concluida la etapa, etc. En y para la consecución de dicha tarea, la ley ha investido a éstos con la posibilidad de disponer entre otras medidas, la privación de libertad de la persona menor de edad imputable, cuando sus circunstancias personales y en segundo lugar las penales en la/s que se encuentre involucrado, hicieren aconsejable la medida en orden a los principios rectores del sistema. Como se advierte, el dictado de la privación de libertad está autorizado, pero a diferencia de los jueces/zas penales generales, la medida corporis afflictiva de “internación” del NNyA infractor requiere mucho más que riesgo procesal, cuales son la concurrencia de muy delicados y muchas veces difícilmente coexistentes factores que hacen al “interés superior del niño”, por lo que puede suceder que incluso ante situaciones de peligro de procesal en la que un mayor de edad sin dudas se haría merecedor a una celda, en el caso de un NNyA, de no verificarse además su conveniencia en los términos del principio nombrado, éste debería ser mantenido en libertad.-

La situación descrita, que no resulta para nada extraordinaria en la práctica penal, es decir la ausencia de verificación de los requisitos del “interés superior del niño” en contraposición a los de carácter procesal, es la que consideramos nos señala el primer riesgo o problema que da origen al presente trabajo. En efecto, siendo tan delicado desde lo estrictamente técnico el dictado de la privación de libertad de una persona menor de edad, la posibilidad de que ésta medida tenga lugar de todas formas al margen de sus reglas de procedencia, es muy grande; máxime cuando muchas veces ocurre que la gravedad del hecho investigado e incluso el cariz que tome su investigación, se coloca social, mediática e incluso profesionalmente a los funcionarios judiciales, en una situación de extrema presión para “internar” del NNyA imputado.-

Absurdo sería negar que las variables antes nombradas carecen de incidencia en las decisiones judiciales; entonces, en función de ello y los riesgos que su existencia de facto conlleva para una persona menor de edad concreta, es de donde surge la pregunta acerca de como, desde la misma función judicial y la sociedad en general, se puede evitar y/o reducir la posibilidad de ocurrencia del despropósito que es avanzar sobre una personalidad en formación, cuando no sea absolutamente necesario; en otras palabras, si actualmente son suficientes los derechos y garantías acordados a este grupo de personas, para evitar su violación y con ello la posibilidad de un daño innecesario de producción inmediata, como es la “internación”.-

Pensamos firmemente que la respuesta que se impone es la negativa, es decir, actualmente no alcanza. En efecto, creemos que el derecho al recurso y dentro de él al recurso pleno, reconocido a todo imputado, no resulta ser suficiente como garantía de no violación de los derechos elementales de las personas menores de edad. Son varios los motivos de tal afirmación, primero y principal porque el daño que la privación de libertad es pasible de causar en una personalidad en formación, es muchísimo mas serio que la potencialidad que reviste para aquellas personas ya mayores; en segundo lugar, porque los tiempos de los niños, niñas y adolescentes como se ha visto, no son los mismos que los de adultos, por lo que la demora en la tramitación de la vía recursiva estándar, son percibidos y padecidos por los menores de edad, de peor manera que un adulto. Lo expresado, contribuye a generar un cúmulo de condiciones que redundan en perjuicio del NNyA, los cuales claramente para nosotros, las garantías actuales no parecen enervar.-

Ahora bien, visto lo antes expuesto, creemos que las posibles vías de solución a tales dificultades podrían ser variadas, así por ejemplo se podría pensar que existiendo Defensorías Generales, estas tendrían la posibilidad en el marco de sus facultades, de emitir directivas instruyendo a las defensorías inferiores de recurrir en todos los casos las resoluciones de privación de libertad de NNyA y/o similares, como la de apertura de expedientes/sumarios de seguimiento o tutelares; sin embargo, pensamos que en este caso también se colisiona con el escollo de hacer recaer nuevamente en la persona del defensor técnico, la obligación de revisar el resolutorio y argumentar en contra, acotando con ellos el ámbito de conocimiento del A Quem y repitiendo el problema que implica el colocar en el proceder falible de un ser humano, la posibilidad de

revisión de una privación de libertad, es decir, no suma nada a lo ya existente salvo complejizar aún más la de por sí, ya ardua tarea que éstos profesionales desarrollan, argumento que vemos aplicable también a figuras afines como la del abogado del niño.-

Una segunda posibilidad podría avizorarse en la tarea que le cabe a los organismos no judiciales de protección de los derechos de NNyA creados por la ley 26.061 y similares. En este caso, creemos que si bien tales entes tienen entre sus obligaciones el de velar precisamente por el respeto absoluto de los derechos y garantías de las personas menores de edad, no es menos cierto que se encuentran fuera del Poder Judicial y en principio fuera del proceso concreto que sigue contra un NNyA concreto, ya que lo contrario implicaría negar directamente su fin, esto es el de limitar la judicialización de éstos. Estas características, conllevan a que el conocimiento y eventual intervención de tales órganos, interponiendo los correspondientes recursos judiciales por sí mismos o por algún letrado externo, pueda resultar no sólo de difícil ejecución sino peor aún, tardía, con lo cual tampoco representarían solución ni mejora.-

A su tiempo, también podría plantearse la intervención misma del Consejo de la Magistratura, como órgano encargado de controlar el desempeño de los/las jueces/juezas y consecuentemente, como limitación y/o control en el dictado de medidas corporis aflictiva contra NNyA; a este respecto, cabe decir que el primer y principal inconveniente que advertimos en tal posibilidad es que, este órgano constitucional no solo no es parte en los procesos judiciales que nos ocupan y por ello no le compete tomar conocimiento directo de las causas, sino que su función disciplinaria para con los magistrados/as, lo coloca como juzgador no de los procesos en particular, sino del desempeño de los/as funcionarios/as, es decir su objeto es diferente, por lo que considerarlo como posible solución al problema del control de las privaciones de libertad de las personas menores de edad en cada caso, no sólo resultaría inadecuado en orden a sus características y fines, sino claramente poco eficiente y expeditivo en orden a los intereses de un NNyA concreto.-

Vistas las posibilidades figuradas, creemos que una revisión directa en el mismo proceso penal, completa y por sobre todo obligatoria de los fundamentos de la resolución que dispone la privación de libertad de una persona menor de edad, pero por parte de un órgano judicial distinto al que la dictó, es la que mejor se adecua en tiempo y modo al contexto del SPJ, por ello y en función de todo lo hasta aquí expuesto, consideramos que esta modalidad de control es la que debiera seguirse para proteger, asegurar y en definitiva hacer valer los derechos superiores de los NNyA⁸⁸, toda vez que evita y supera, colocándolos en un segundo plano, a los distintos factores negativos a la plena vigencia de sus derechos fundamentales, como podrían ser las estrategias técnicas y/o la voluntad libre o viciada del menor imputado y/o sus representantes legales.-

Si bien en rigor de verdad, uno de los aspectos de la necesidad que genera la búsqueda de una solución, como son los riesgos de error y presión mediática a la magistratura, no resultarían tampoco ajenos al órgano superior de revisión; pensamos que la posición de éste, al ser extraño al o los procesos que se siguen contra el NNyA, puesto que en su intervención no se le requiere una decisión sobre el fondo del asunto sino una cuestión diferente como es su disposición, es menor vulnerable si se consideran los diversos matices como ser el tiempo de exposición, el criterio sentado, etc.; en otras palabras, vemos en el órgano superior de control, un margen más amplio de maniobra que lo volvería en principio, más inmune a presiones que al A quo.-

En ese orden, consideramos como ya dijimos que, la segunda instancia de revisión plena debería ser dispuesta por la ley, por lo cual la elevación de la causa en el marco de la cual se dictó la resolución corporis aflictiva, debería ser efectuada automáticamente por el mismo órgano, a imagen y semejanza de lo que sucede en otros

⁸⁸ En este sentido, la CIDH en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica del 2.004, en el párrafo 147 señala: “[...] 147. En relación con el proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”¹¹², es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” [...].”.-

procesos existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Este mecanismo, conocido como elevación en consulta, o recurso de consulta o simplemente consulta, sería el nosotros avizoramos como el mas apto, vistas las particulares características del SPJ, para cumplir tan elevado fin como es la protección absoluta de los derechos fundamentales de la infancia y el pleno respeto de los compromisos internacionales asumidos por el país.-

7°. La consulta.-

Como señaláramos, creemos que el mecanismo de la consulta posee el potencial necesario para dar efectiva respuesta al problema planteado, cual es la posibilidad de salvar los peligros derivados del dictado o mantenimiento de resoluciones privativas de la libertad de NNyA, provocadas por error o arbitrariedad.-

La dogmática, abocada a la tarea de definir y/o catalogar este mecanismo, ha señalado que no se trata propiamente de un recurso concedido a las partes (con lo cual la Alzada no se encontraría limitada al marco de los agravios), sino de un deber impuesto al juez de la causa⁸⁹ y cuya finalidad no sería otra que “un ir mas allá” o “plus” de las garantías procesales estándares, fundado ello, en el carácter excepcional de la medida que se dicta, siendo también denominado “remedio sustitutivo”⁹⁰ y/o “revisión obligatoria”⁹¹. A su tiempo, al ocuparse de la cuestión, la jurisprudencia señaló que la ley creó la elevación en consulta con el fin de asegurar jurisdiccionalmente, valores fundamentales de la sociedad, eliminando con ello cualquier posibilidad de entorpecimiento o afectación de los mismos⁹².-

Concretamente, la forma en que opera puede explicarse así; cuando el magistrado/a resuelve sobre un aspecto que la ley considera extremadamente sensible, debe inmediatamente y de oficio, o sea sin esperar a conocer la opinión de las partes, hacer entregar de su decisión a un órgano de jerarquía superior para que éste la revise y confirme ó revoque el temperamento adoptado.-

La consulta y/o más específicamente elevación en consulta, puede ser hallada en nuestro derecho vigente, dentro de las disposiciones referentes al Habeas Corpus y en algunos códigos de procedimiento civiles (el de Nación por ejemplo), respecto a la declaración de demencia e inhabilitación⁹³, también se estableció dicho mecanismo respecto de la instrucción penal (art. 348 CPPN), el que sin embargo ha sido declarado inconstitucional, por haberse entendido que violaba las garantías de imparcialidad, defensa en juicio y debido

⁸⁹ “[...] La llamada consulta no es un recurso concedido a las partes, sino que consiste en el deber del juez de primera instancia de elevar el expediente al superior, en el proceso de declaración de demencia, cuando la sentencia decreta la incapacidad, y no es apelada. [...] Mediante la elevación del expediente en consulta se persigue obtener el debido control de la sentencia de incapacidad, meritando la justicia del decisorio conforme a la prueba producida. La consulta tiene por función dotar de las mayores garantías del proceso al presunto demente, atendiendo al carácter excepcional del estado demencial (Ver HITTERS, Juan Carlos, El mal llamado recurso de consulta, en J.A. 1985-I-789). Se ha considerado que corresponde también cuando se decreta la inhabilitación (art. 152 bis, Cód. Civil), porque en este caso se limita igualmente la capacidad de las personas (FASSI y YAÑEZ, Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado cit., 1989, t. II, p. 333 y jurisprudencia allí citada.)[...]” (ROLAND ARAZI "DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL" TOMO II - 2da. Edición Actualizada, pag. 60.)-

⁹⁰ Ibáñez Frocham cit. en “Juicio de insania – Dementes, sordomudos e inhabilitados” Santos Cifuentes, Andres Rivas Molina y Bartolomé Tiscornia. 2da. Edición actualizada y ampliada. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997, pág. 434.

⁹¹ Mirás – Díaz Cordero, Comentario crítico sobre la reforma del Código Procesal, Ed, 94-865, Hitters, El llamado recurso de consulta”, JA, 1985-I-789, cit. en “Juicio de insania – Dementes, sordomudos e inhabilitados” Santos Cifuentes, Andres Rivas Molina y Bartolomé Tiscornia. 2da. Edición actualizada y ampliada. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997, pág. 434. Sostiene que ni es “recurso” ni es “consulta”, porque los órganos judiciales no responden consultas. Debería llamarse “revisión obligatoria”.

⁹² El Código Procesal Civil ha instalado la elevación en consulta, exclusivamente para el proceso de declaración de demencia por considerar que están allí en juego valores fundamentales para la humanidad como lo son la libertad y el total discernimiento (C. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 4/9/03, "V., E.P. s/incapacidad", en AbeledoPerrot online.)-

El objeto de la elevación en consulta "no es otro que prestar la tutela jurisdiccional eficaz, y a la vez soslayar cualquier vericuetto procedimental que pudiera entorpecer el acceso a tan deseable meta" (C. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 4/9/03, "V., E.P. s/incapacidad", en AbeledoPerrot online.)-

Web: www.derecho.uba.ar/.../Asesoría-de-Familia-e-Incapaces-N-2-s-Insania-de-A-J-M.doc

⁹³ Arts. 253bis y 633 del C.P.C.C.N.-

proceso, así como también porque desconocía la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción penal pública, lo carácter que impide postular su sometimiento a las instrucciones de otros poderes del Estado⁹⁴.-

En la ley de Habeas Corpus N° 23.098, la consulta se regula en el art. 10 - 2do. párrafo, estableciéndose como motivos de procedencia del mecanismo las causales previstas en los art. 3° y 4° del citado texto legal. Según la norma, el juez/a deberá elevar el recurso de Habeas Corpus a la Alzada en consulta, cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente; y/o existiere una situación de agravación ilegítima en la forma y las condiciones en que se cumple la privación de la libertad (art. 3°), y/o cuando limitada la libertad de una persona en virtud de un Estado de Sitio (art. 23 de la C.N.), se invoque el habeas corpus para comprobar en un caso concreto: 1° - la legitimidad de la declaración del estado de sitio, 2° - la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio, 3° - la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad (proscribiéndose en estas situaciones la efectivización en establecimientos destinados a la ejecución de penas), y/o 4° - cuando desee comprobarse si se ha permitido el ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la CN, es decir, si ante la opción de ser arrestado o trasladado de un punto a otro de la Nación, se hubiere ofrecido la posibilidad de salir fuera del territorio argentino.-

A su tiempo, el procedimiento civil sobre declaración de incapacidad y de inhabilitación regulado en el Código Procesal Civil de la Nación (arts. 624 a 637 Quinter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), prevé en los art. 253bis y luego nuevamente en el art. 633, el mecanismo de la consulta específicamente para los procesos de declaración de demencia, cuando ésta fuera decretada y no se la apelara dentro de los cinco días de notificada, por algunos de los legitimados para ello, a saber: el denunciante, el presunto demente o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores. En ese caso, la norma establece que “se elevara en consulta”, lo cual por su redacción da a entender que se trata de una obligación para el Juez/a de la causa y que cumplido ello, la cámara resolverá previa vista al Ministerio Pupilar, para posteriormente resolver directamente sin mas sobre las constancias de la causa y por supuesto el mencionado dictamen.-

Ahora bien, creemos que a los efectos del presente trabajo y habiéndonos ya expresado en el sentido de que en nuestra opinión, la consulta resultaría ser el mecanismo mas idóneo para salvaguardar los derechos de los NNyA ante medidas judiciales que impliquen su privación de libertad, creemos pertinente repasar los inicios de este instituto como forma de comprender en mayor medida cual era su naturaleza al inicio y cual la que pensamos revestiría hoy en día. Así, al ocuparse de los orígenes y razón de existir de la consulta, la doctrina ha indicado que ella nació básicamente como un mecanismo de control burocrático propio del sistema inquisitivo⁹⁵, o sea, su razón de ser fue la necesidad de controlar las decisiones de los magistrados inferiores al margen de la voluntad de las partes, claro exponente del sistema inquisitivo cuyo finalidad siempre era el aseguramiento de la prevalencia de la voluntad del rey por sobre cualquier otra, admitiéndose así estos “recursos de oficio”.-

⁹⁴ Fallos CSJN “Quiroga”, “Amarilla” y “Matio” cc. y ss.-

⁹⁵ “[...] Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada, o, incluso, eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. De esta característica participaban, también, los recursos contra la sentencia, entre ellos, fundamentalmente, la apelación; de allí, incluso, que se admitiera el reexamen de oficio del caso, sin recurso alguno, control obligatorio de la decisión para el tribunal inferior (cita 419) [...] 419 El sistema pasó a las colonias hispanoamericanas a través del Derecho de España, introducido por la conquista y colonización, y pergeñó en estas latitudes no sólo un sistema alambicado de recursos contra la decisión, sino, también, la obligación de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, por parte de tribunales inferiores, la llamada consulta, que aún perdura en varias de las organizaciones judiciales hispanoamericanas. Por ej., la ley nacional nº 23.098 (habeas corpus) mantiene este “recurso de oficio” para las decisiones del juez de primera instancia que rechaza la vía o declara su incompetencia, aunque lo hace en beneficio del acaparado, para evitar la demora que provoca esta decisión dilatoria [...]” (Págs. 705/707 “Derecho Procesal Penal – Tomo I. Fundamentos” Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l. Bs. As. – 2004 – 2ª edición, 3ª reimpresión).-

Como sabemos, el tiempo pasó y los hombres y sus leyes evolucionaron, evidencia principal de ello lo constituye el reemplazo de la voluntad del rey, por el imperio de la ley. Sin embargo, creemos que hoy en día asistimos a un nuevo proceso evolutivo, en donde el concepto o idea de ley, ha adquirido caracteres transnacionales, así por ejemplo nadie duda que actualmente a partir de las transformaciones experimentadas en nuestro orden jurídico, el concepto de “ley” en sentido amplio⁹⁶ va mas allá de las normas emanadas del Poder Legislativo local, con lo cual “el imperio de la ley” hace actualmente referencia a un amplio corpus iuris que incluye a la legislación y la jurisprudencia internacional. Es en ese marco, en donde pensamos que la consulta como mecanismo de garantía debe ser contextualizada, es decir, no ya como dispositivo de ayuda al control político de los magistrados inferiores, sino por el contrario, como un reaseguro del apego general a este nuevo “imperio legal” del cual nuestro país es garante y responsable. En esta misma línea de análisis, consideramos pertinente señalar que, si bien puede hallarse como motivo determinante de la consulta en el habeas corpus, el hecho de que la decisión jurisdiccional que se adopta lo es sin sustanciación, esto es, se resuelve sin dar traslado a las partes, tal circunstancia no niega el hecho que la consulta de instrumenta como garantía al margen de la voluntad de las partes, las cuales bien podrían recurrir el decisorio una vez le fuera notificado, es decir, funciona tal cual pretendemos para el SPJ.-

Existen muy interesantes trabajos doctrinarios y de recopilación de fallos acerca de la naturaleza jurídica del instituto, que lo explican y/o delimitan en sus principales caracteres⁹⁷; de ellos, se observa que en general en tiempos modernos, el mecanismo de la consulta ha sido caracterizado como un instrumento dirigido a brindar una ultra protección a ciertos derechos considerados por el legislador como fundamentales, es decir, no ya como un medio de control de los jueces inferiores, sino que el acento u objeto del mismo han sido los bienes jurídicos, derechos reconocidos y protegidos por la ley considerados en sí mismos.-

De otra manera, al margen de lo que primigeniamente pudiera haber motivado el ánimo y/o espíritu del legislador, el mecanismo ha encontrado un nuevo rol. Concretamente, se observa en nuestro derecho vigente que la consulta se erige como mecanismo de protección adicional de la libertad ambulatoria (Habeas Corpus), y la capacidad de hecho, actualmente denominada capacidad de ejercicio (declaración demencia y/o inhabilitación).-

La doctrina civil especializada en referencia a este instituto, ha señalado que: *“[...]En realidad se trata de una expresión más del orden público que tutela la capacidad de las personas [...] Ese carácter tutelar justifica el apartamiento de las restricciones formales que rodean la interposición de los recursos. También es le que explica por qué sólo es aplicable cuando se declara la insania y no, en cambio, cuando se desestima la denuncia o se opta por la inhabilitación. Si bien, aparentemente, la norma en estudio funciona sólo cuando no mediaren recursos, una adecuada interpretación de la misma, conforme los fines del proceso, hace necesario aplicarla si han mediado apelaciones que hayan quedado desiertas o que se vinculen a aspectos parciales en los que no esté en juego la capacidad del denunciado [...] La consulta tiene carácter suspensivo en cuanto a los efectos de la sentencia de Primera Instancia [...]”*⁹⁸.-

Como puede verse, la consulta aparece en nuestro derecho y en opinión de gran parte de la dogmática y la jurisprudencia, más como un mecanismo de aseguramiento de derechos fundamentales, que como un resabio del viejo sistema inquisitivo, es decir, ha

⁹⁶ Mas allá del concepto de kelseniano de norma jurídica, abarcativo de pautas y recomendaciones propios del soft law, conf. fallos CSJN “Giroldi”, “Bramajo”, “Espósito”, “Bulacio”, “Simón”, “Mazzeo” y “Derecho”, etc., en donde se señaló que, las normas sobre derechos humanos a las cuales nuestro país ha adherido, no sólo constituyen ley suprema de la Nación sino que además lo son las interpretaciones que sobre derechos humanos, realizaren los organismos y Tribunales internacionales creados por las mismas, la cuales constituyen guías interpretativas”.-

⁹⁷ Amén de la bibliografía consultada y citada en los presentes, resulta muy interesante e ilustrador en cuanto a recopilación de jurisprudencia, el fallo de la CAMARA DE APELACIONES DE TRELEW (Chubut) - SALA A – Trelew, abril 19 de 2010, en autos caratulados: “Asesoría de Familia e Incapaces Nº 2 s/ Insania de A. J. M.” pdf, publicado en web: https://likedoc.org/the-philosophy-of-money.html?utm_source=capacidad-juridica-incapacidad-por-insania-declaracion-de

⁹⁸ “Juicio de insania – Dementes, sordomudos e inhabilitados” Santos Cifuentes, Andres Rivas Molina y Bartolomé Tiscornia. 2da. Edición actualizada y ampliada. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997, pág. 434/5.

mutado su naturaleza original para pasar a constituirse en una nueva ultragarantía dirigida a asegurar la plena vigencia de derechos básicos sobre lo que se construye nuestra sociedad.-

Ahora bien, en cuanto a la relación y operatividad del instituto respecto de los recursos, consideramos que ambos no se confunden ni resultan incompatibles. En efecto, creemos conforme lo expuesto que se trata de cosas distintas, lo cual se evidencia desde el momento mismo en que la consulta no es acordada a las partes sino que pesa en cabeza del juez de la causa, también se distinguen por la circunstancia de que la alzada, a la hora de resolver, no se encuentra restringida al marco que delimitan los agravios, sino que puede ir más allá. Estos contrastes, nacen de la naturaleza misma de los institutos, ya que el fin de la consulta no sería otro que asegurar la plena vigencia de derechos fundamentales de las personas y no el interés de la parte, o sea, tendría como fin el asegurar la supremacía de la ley como sinónimo de orden público.-

En otras palabras, vistas las diferencias en cuanto a alcances y efectos que ambos tienen, nada impide según creemos, su coexistencia en el mismo procedimiento siempre y cuando, la consulta no sea restringida en cuanto a las posibilidades de conocimiento y presente efecto suspensivo, a diferencia del recurso que como sabemos por regla se debe limitar a los agravios y tiene efecto devolutivo.-

Dicho esto, podemos concluir que al no ser incompatibles uno con otro y estar ambos en definitiva, dirigidos a revisar temperamentos adoptados, se complementan en beneficio de los derechos y garantías de los justiciables. Asimismo y como corolario de la cuestión, es dable señalar que al regir en el ámbito penal los principios de inocencia e in dubio pro reo, así como también la prohibición de analogía y reformatio in pejus, nunca y de ninguna manera, el mecanismo de la consulta podría implicar un empeoramiento de la situación del NNyA imputado, porque ante todo y para el caso de que se manifestara el no interés en revisar la resolución, uno de los pilares fundamentales del sistema es su escucha, con lo cual la alzada podrá siempre conocerá todas los aspectos de una cuestión determinada.-

8°. Propuesta de Mecanismo.-

Habiéndose reseñado el cuadro de situación en orden a la privación de libertad de NNyA en conflicto con la ley penal en nuestro país, concretamente el funcionamiento del sistema en general, las facultades de que goza la magistratura especializada, los requisitos de procedencia, los derechos de los jóvenes y los perjuicios que conlleva *per se* tal medida, nos hemos ocupado también en títulos sucesivos sobre los problemas que se presentan en el sistema en orden a la mentada medida, así como también del instituto o mecanismo que avizoramos como posible solución al escenario descrito.-

En ese orden, hemos afirmado que la consulta es un mecanismo conocido y muy usado en nuestro ordenamiento jurídico, que sin embargo no se ha visto receptado expresamente en ninguna de las normas específicas que componen el marco legal del sistema penal juvenil. En definitiva, la consulta es en nuestro país una realidad acotada a la legalidad de la detención de personas en general, y a la declaración de incapacidad mental, no habiendo sido acogida para otras hipótesis.-

Tal estado de cosas, nos lleva a pensar que visto el potencial que evidencia como mecanismo protector, así como también por la ausencia *prima facie* de aspectos negativos que su implementación podría acarrear en orden a los principios generales, derechos y garantías, sería necesario sin embargo, modificarla y/o adecuarla al ámbito tan específico de la privación de libertad ambulatoria de los NNyA en conflicto con la ley penal.-

Sin embargo, consideramos que en primer lugar se debe analizar el “como” podría llegar la consulta al proceso penal juvenil; en ese sentido, creemos que sólo existen dos caminos posibles, el primero como es lógico mediante su introducción legislativa y el segundo pensamos, podría proceder de la misma práctica judicial de los Tribunales y Juzgados.-

Desde lo legislativo, a la fecha de elaboración del presente, se ha informado en distintos medios de difusión, sobre el interés del gobierno nacional de efectuar una profunda reforma del sistema penal juvenil, pero sin conocerse en definitiva cual

será el proyecto que en definitiva se tratará y eventualmente se aprobará. Por otra parte, sí se ha sabido de una propuesta⁹⁹, de gran interés por emanar de un organismo especializado en la cuestión, en la cual vemos como muy destacable que amén de incluir cuestiones de fondo, tales como edad de imputabilidad penal y la disminución del espectro de delitos por los cuales los menores de 18 años de edad deban responder (se pasa de los dos a los tres años de pena máxima en abstracto como criterio de no punibilidad), incorpora algunas normas de procedimiento, tales como las medidas socioeducativas que pueden fijarse a las personas imputadas menores de edad en orden a los fines del sistema, entre la que se encuentra bajo ciertas condiciones, el dictado de medidas de coerción procesal privativas de la libertad.-

En este contexto de posibilidades de reformas legislativas al SPJ resultaría invaluable tratar con mayor profundidad, cuestiones referentes a medios o mecanismos de protección más eficaces a favor de los NNyA, en tal sentido entendemos que introducir en el debate la viabilidad de implementar el mecanismo de consulta en el sistema penal juvenil respecto a las privaciones de libertad de NNyA durante el trámite del proceso penal¹⁰⁰, sería sumamente enriquecedor.-

En cuanto a la segunda posibilidad de implementación, esto es la introducción del mecanismo de consulta por vía de la práctica judicial, creemos que su viabilidad deriva de las modificaciones introducidas a la Constitución Nacional en el año 1994, y de las cuales ya nos hemos ocupado a lo largo del presente, y muy especialmente en el marco de las mismas, el nacimiento de la obligación del control de convencionalidad para los magistrados/as.-

En efecto, tal y como ha repetido en numerosas ocasiones la CSJN, la República Argentina al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con ello conceder competencia a la Corte Interamericana, ha asumido una serie de obligaciones directas, entre las que se encuentra de la actuar como garante del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, así se ha dicho respecto de esta obligación de garantía: “[...] *La obligación representa para el Estado el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público –rama ejecutiva, legislativa y judicial-, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Faúndez, 2004). Igualmente, impone a los Estados parte de la Convención una conducta gubernamental y un orden normativo que haga posible la eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, 1988). De la misma forma, obliga al Estado a promover, desarrollar y ejecutar acciones positivas necesarias para garantizar a las personas sujetas a su jurisdicción el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos reconocidos en la Convención, así como, remover todos los obstáculos que lo impidan, sea que la violación provenga de un particular o un agente estatal. [...] Ahora bien, el deber de protección implica para el Estado adoptar medidas adecuadas teniendo en cuenta el derecho específico que se deba garantizar y el sujeto a proteger. De igual forma, deberá analizar si existe o no una amenaza, y el grado de la misma. En otros términos, la obligación de garantía no se cumple con la existencia formal de leyes y políticas públicas, ni por la adopción de medidas genéricas, sino que se requieren que sean necesarias y proporcionales a la situación específica del titular de los derechos (Ferrer & Pelayo, 2012). La Corte Interamericana, de forma particular, ha manifestado que existe una obligación reforzada en relación con los niños (1999a), y mujeres al momento de tomar medidas de prevención y protección (2009c) [...]”¹⁰¹.-*

⁹⁹ “Propuesta para un Proyecto de ley sobre Régimen penal juvenil” De la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia Subsecretaría de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia Dirección Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.-

Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/06/legislacion45464.pdf>

¹⁰⁰ Por oposición a la privación de libertad ambulatoria como pena.-

¹⁰¹ “Obligaciones de los Estados Parte de la Convención Americana” por Andrés González Serrano y Jesús Eduardo Sanabria Moyano. Doc. pdf en web:

<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Tecnico/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet-ObligacionesDeLosEstadosParteDeLaConvencionAmerica-5104983.pdf>

Como se observa, es inherente al ejercicio de la magistratura el velar por el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que también es obligación el analizar y adoptar de considerarlo necesario, los mecanismos mas aptos para asegurar la plena vigencia de éstos, encontrando fundamento legal a tal proceder en la misma Constitución Nacional.-

Así planteado, creemos que no queda mucho lugar a dudas acerca de la viabilidad de implementar la consulta respecto de una resolución de privación de libertad de NNyA adoptada en el marco de uno o varios procesos penales que se le siguen; y ello, porque mas allá de lo señalado acerca del gran alcance del corpus iuris de derechos que custodia a la persona menor de edad, la tutela efectiva de esos derechos fundamentales presupone un Poder Judicial no sólo plenamente independiente e imparcial, sino también consciente de su falibilidad, con lo cual la revisión para tales casos, constituiría no sólo un mas exhaustivo control de la legalidad del acto propio, sino también de lo acertado/necesario de la medida, todo ello, como una reafirmación misma de los fines del proceso penal juvenil. Por ello, puede afirmarse que habiéndose analizado el mecanismo de la consulta, este puede ser considerado como el mas apto que puede hallarse en nuestro derecho, toda vez que elimina antes de que cause daño (de que se efectivice la medida), y cualquier posible defensa técnica ineficaz y/o excesivo rigorismo formal por parte de la judicatura (por ejemplo, un recurso limitado en orden a los agravios planteados).-

De igual manera, pensamos que otro de los beneficios que el mecanismo de consulta aportaría al sistema, además del principal de garantía de derechos fundamentales, sería el de contribuir a la unificación criterios de procedencia de tal tipo de medida, y con ello a la seguridad jurídica misma del SPJ, compensando así de cierta manera su gran dispersión normativa. En este punto es importante señalar que, la evitación de la privación de libertad de un NNyA cuando no es realmente necesaria, constituye un verdadero beneficio no sólo respecto a la primacía ó imperio de la ley, sino también como recurso valioso para la economía procesal de los Juzgados, en tiempo, dinero y principalmente trauma físicos, psicológicos y sociales para el NNyA.-

Por último en orden a la viabilidad de la consulta, creemos importante señalar por aquello de ¿quién controla al que controla? que, la inobservancia del marco legal por parte del A quem, como sería la ratificación reiterada de resoluciones irregulares o la adopción de un criterio contrario a las premisas básicas fijadas por nuestro ordenamiento vigente, ya sería materia directa del Consejo de la Magistratura.-

Ahora bien, en cuanto al trámite que debería imprimírsele al mecanismo de consulta, pensamos que debería incluir las siguientes pautas: 1) poseer sí o sí efecto suspensivo, puesto que de no ser así se contradiría su esencia misma, es decir, este efecto evidencia la misma finalidad del mecanismo cual es la de evitar daños innecesarios y/o ilegales a un NNyA, cuando la resolución que dispone su privación de libertad no cumple con el marco jurídico; 2) debería limitarse a resolver ratificando o nó la “internación” de la persona menor de edad, puesto que el trabajo del Ad Quem, si bien implicaría considerar todos las cuestiones de hecho (informes, dictámenes, antecedentes pedagógicos, legales, etc.) y derecho (análisis y fundamentos normativos de fondo y forma) merituidas para resolver, el objeto del mecanismo es el de verificar la adecuación o nó a las normas vigentes, principalmente el del “interés superior del niño”, existiendo para otros aspectos los remedios tradicionales; 3) la elevación, el análisis y la resolución de la resolución remitida en consulta, no debería irrogar mas de 24 hs. a imagen y semejanza del habeas corpus atento la identidad de fines, y porque toda la información que pudiera necesitarse, debiera esta contenida en el cuerpo del decisorio, debiendo entenderse en caso contrario, que se encuentra incompleta y por ende no puede ser ratificada; y por último, 4) la elevación en consulta, debería con los mismos efectos antes señalados, producirse no sólo respecto de la resolución inicial que dispone la “internación”, sino también, con cada una que resuelva una “prórroga”.-

Finalmente, creemos que ante las objeciones que podrían plantearse en razón de una potencial saturación de los órganos de alzada, por el incremento del trabajo que experimentarían con las causas remitidas en consulta, puede responderse a la inquietud en el sentido de que la implementación del mecanismo lo justifica y que en definitiva, su tratamiento no debiera implicar una marcada diferencia con otros remedios del fuero penal en cuanto a su volumen. Pensamos también que el transcurso del tiempo y la

corrección y adopción en el tiempo de criterios rectores mediante la consulta, reduciría el dictado de resoluciones privativas de la libertad ilegales, contribuyéndose con ello no sólo a la efectiva vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas menores de edad, sino también a la reducción de las causas por tal motivo, visto la esperable adecuación de los A quo a las pautas que se fueran estableciendo.-

9º. Conclusión.-

En el desarrollo del presente se ha pretendido evidenciar a grandes rasgos el funcionamiento del sistema penal juvenil de nuestro país, así como también cuales son sus notas particulares y problemas, ello, al tiempo que se intentaba exponer como las últimas tendencias mundiales en cuanto al reconocimiento de los derechos de los NNyA, han sido de forma lenta pero segura, receptadas gracias principalmente a la doctrina sentada por la CSJN.-

El resultado de la tarea, nos ha convencido acerca de que tanto desde lo normativo, cuanto de lo judicial y dogmático, la República Argentina ha colocado a los derechos y garantías de los NNyA en un lugar de máxima importancia institucional y social, principalmente por haberse reconocido que se trata de uno de los grupos mas vulnerables, afirmación de la cual da suficiente cuenta la sanción de diversas leyes de protección de la niñez y la adolescencia a nivel nacional y provincial, las cuales en todos los casos han buscado a través de la implementación de diversos mecanismos muy expeditivos, hacer realidad la plena vigencia de esos derechos y garantías.-

Sin embargo, esto que felizmente aparece tan evidente y claro cuando se trata de personas menores de edad víctimas, no es tan así cuando nos avocamos a la tarea de hallar mecanismos igual de expeditos que garanticen la libertad ambulatoria de los NNyA a quienes se acusa de haber cometido un delito. En tales casos, parece ser que la opinión pública e incluso la política estatal, se han concentrado más en restringir e incluso reducir estos derechos y garantías. En efecto, se puede apreciar que cuando el NNyA ya no aparece como “víctima” en sentido estricto, sino como supuesto “victimario” infractor de la ley penal, ya no se le acepta ni se le reconoce aquello que sí lo hacía merecedor de máxima protección cuando era “víctima”, esto es, el hecho de pertenecer a un grupo social vulnerable ya no es suficiente motivo para justificar su protección y/o tratamiento diferenciado, sino todo lo contrario, la conducta antisocial supuestamente cometida justificaría el que se reduzcan e incluso desconozcan sus “especiales” circunstancias, llegando a reclamarse su persecución y tratamiento, de igual o peor forma que a una persona mayor de edad.-

Creemos que el reconocimiento de la vulnerabilidad de los NNyA, no puede ser escindida según se presenten a la justicia como víctimas o victimarios. Claramente, el hecho de cometer un injusto penal no elimina del NNyA, contrariamente a lo que afirma el clamor popular, aquellos factores que lo tienen como merecedor de protección legal, la ley no distingue entre categorías de niños, niñas y adolescentes, por lo cual menos aún debe hacerlo la práctica judicial.-

Entonces, reconociéndose que los derechos de los NNyA como grupo social digno de protección, son esencialmente los mismos ya sea que aparezcan siendo víctimas o victimarios, se afirma la obligación de no diferenciar en orden a la protección que se les debe otorga, circunstancia que en definitiva no viene a significar otra cosa mas que la necesidad de que el sistema les garantice iguales medidas expeditas de protección de sus derechos (art. 16 de la C.N.), cualquiera sean las circunstancias en que se encuentren.-

Vemos en ello como consecuencia, que el SPJ debe velar por la eliminación de cualquier circunstancia que de hecho o de derecho provoque, mantenga y/o contribuya a menoscabar los derechos elementales de los NNyA, implementando a imagen y semejanza de otros ámbitos o fueros, instrumentos o mecanismos de protección rápidos para salvaguardarlos. A la fecha como se ha expuesto, más allá de la proscripción del cumplimiento para la persona menor de edad de su privación de libertad en el mismo lugar que para adultos, o el derecho a que la medida sea impuesta de última ratio, revisada periódicamente y sustituida llegado el caso por otra menos gravosa, etc; declaraciones de derechos que requieren necesariamente su control estricto a fin de asegurar su observancia; se advierte que no se ha implementado ningún mecanismo por fuera de aquellos acordados a cualquier imputado/a, que

tenga especialmente en cuenta la naturaleza de los sujetos a los cuales va dirigido, es decir, las personalidades en formación de los NNyA.-

No aceptarlo, implicaría diferenciar ilegalmente la minoridad al otorgarle mayores o menores mecanismos de protección, según sea la forma en la que los jóvenes expresen sus carencias, es decir siendo víctimas o victimarios. Piénsese por ejemplo en el caso hipotético de un mismo NNyA deambulando solitariamente en un determinado lugar a las dos de la madrugada, el cual en una hipótesis, es abordado/a por un depravado que abusa sexualmente de el/ella y en consecuencia la convierte en víctima; ahora piénsese en una segunda hipótesis con la misma situación de calle, pero quien lo/la aborda no es un delincuente sexual sino un narcotraficante que lo/la seduce o convence para comerciar con narcóticos, por lo que lo/la transforma en ese mismo acto, en un/una delincuente. Como se evidencia, la cuestión no debiera ser correr a protegerlo/a o defenestrarlo/a según sea uno u otro caso, sino ocuparse de por qué el NNyA se encontraba solo/a en la calle a las dos de la madrugada y en consecuencia, procurar que ello no le ocurra nunca más. Hacía allí se dirigen nuestras leyes y corresponde seguirlas por ser obligatorias y no opcionales.-

Recapitulando, no se ha tratado aquí de negar la posibilidad de que un NNyA acusado/a por la comisión de uno o varios delitos, sea privado de libertad ambulatoria dadas las circunstancias, máxime al inicio de una investigación y cuando ha sido aprehendido in fraganti durante la comisión de un hecho ilícito aberrante, porque de hecho así ocurre y en algunos casos extremos resulta necesario; si no todo lo contrario, aquí se ha intentado llamar la atención sobre aquellos NNyA que podrían ser objeto de resoluciones ilegales que dispongan su privación de libertad a la luz de la normativa vigente, y de pensar un camino, un mecanismo que permita asegurarnos a todos, pero principalmente a ellos que esa medida corporis afflictiva, no será ejecutada antes de ser revisada y eventualmente dejada si efecto. Esta preocupación no sería más que la afirmación de la permanente vigilia de nuestra sociedad, para asegurar que no se admitirá ni permitirá que él o ella, menores de edad cuya personalidad aún se encuentra en formación y sobre quienes se deposita la esperanza de nuestro futuro, sean perjudicados.-

Creemos en definitiva que, el mecanismo de la consulta es el instrumento con el cual es sistema penal especializado para NNyA, podría contar para realizar un control realmente efectivo y expedito sobre la medida más gravosa que nuestro derecho puede imponer a un ser humano, cual es la privación de libertad ambulatoria.-

10. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía:

- PROCESO PENAL JUVENIL - Práctica y Jurisprudencia, Martiniano TERRAGNI, Ed. Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2015.-
- TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Directora Dra. Silvia Eugenia FERNANDEZ, Ed. AbeledoPerrot, T. III, Bs. As. 2015, págs. 3574/3577 “La Sanción en el Derecho Penal Juvenil y el Ideal de la Educación” por Mary Belfo, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni.-
- LA PROTECCION A LA INFANCIA COMO DERECHO PUBLICO PROVINCIAL, Mary BELOFF – Coordinadora. Ed. Ad-Hoc, 1ra. Ed., Bs. As., 2010.-
- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL” Enrique Bacigalupo Ed. Hammurabi Bs. As. 1999.-
- GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL, Alejandro D. CARRIO, Ed. Hammurabi, 6ta. Edición actualizada y ampliada – reimpresión, Bs. As. 2015.-
- MANUAL DE DERECHO PENAL – Parte General, Eugenio Raúl ZAFFARONI con colaboración de Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, 2da. Edición, Ed. Ediar, Bs. As. 2006.-
- “DERECHO PROCESAL PENAL – Tomo I y II, por Julio B.J. MAIER, Editores del Puerto s.r.l. Bs. As. – 2004 – 2ª edición, 3ª reimpresión.-

- DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL" TOMO II - 2da. Edición Actualizada, Roland ARAZI.-

- JUICIO DE INSANIA – Dementes, sordomudos e inhabilitados, Santos CIFUENTES, Andres RIVAS MOLINA y Bartolomé TISCORNIA. 2da. Edición actualizada y ampliada. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997.-

- LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL, por José Raúl HEREDIA, Opúsculos de Derecho Procesal Penal - 1 - , Ediciones del Copista, 2010, Córdoba, Pcia. de Córdoba.-

- EL DOLOR COMO POLITICA DE TRATAMIENTO - El caso de los jóvenes adultos presos en cárceles federales, por Claudia CESARONI. Ed. Fabián d. Di Plácido, 2009.-

Páginas web:

<https://www.infoleg.gob.ar>

<http://www.saij.gob.ar>

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

<https://www.unicef.org>

<http://www.derecho.uba.ar>

<http://www.defensapublica.org.ar>

<https://www.terragnijurista.com.ar>

<https://www.revistas.uam.es>

<http://www.sociedadcivilnacion.com>

<http://www.psi.uba.ar>

<http://www.sedici.unlp.edu.ar>

<http://www.scielo.org.ar>

<http://scielo.isciii.es>

<https://www.casacidn.org.ar>

<https://ojs.library.queensu.ca>

<https://psicologiamente.net>

<https://likedoc.org>

<https://www.lanacion.com.ar>

<https://www.minutouno.com>

<https://www.infobae.com>

<http://www.telam.com.ar>

<https://www.pagina12.com.ar>