

VII

Reforma legal y sentencias desproporcionadas: dos temas centrales en el debate sobre los derechos humanos de la infancia *

1. Introducción

El presente informe da cuenta de dos temas que, en el contexto de la emergencia que caracterizó la transición, han quedado relegados a un segundo plano en el debate público respecto de la situación de los derechos humanos de la infancia en la Argentina. Estos temas tienen lugar en un contexto en el que 8.600.000 niños y adolescentes —casi el 70% de todas las personas menores de edad en la Argentina— se encuentran bajo la línea de pobreza y la mitad de ellos son indigentes.¹

Se trata, por un lado, de la reforma legal pendiente, tanto a nivel federal cuanto provincial, que determina que las leyes nacionales y gran parte de las leyes provinciales no respeten los estándares internacionales en materia de derechos humanos de la infancia. Por el otro, de la aplicación, para una parte de la población infantil² (aquella que tiene entre 16 y 18 años no cumplidos), del sistema penal de adultos en su consecuencia más

* Informe elaborado por Mary Beloff (profesora de la Facultad de Derecho - UBA). Colaboraron en la elaboración de los distintos acápite de este capítulo: Ana Aliverti en 2.2.1 y 3, Maximiliano Nicolás en 2.2 y Gimol Pinto en 2.1 y 3. Gonzalo Nogueira realizó un sondeo en la provincia de Buenos Aires para determinar si existen antecedentes de aplicación de pena de prisión o reclusión perpetua para la franja etaria 16-18, con resultado negativo.

¹ "Debaten dos proyectos para juzgar a chicos de 14 años", *Clarín*, 04/09/02.

² Recuérdese que para la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, niño es toda persona hasta los 18 años de edad (art. 1).

severa: la pena de prisión perpetua y/o reclusión perpetua,³ hasta con accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.⁴

En realidad, si bien se presentan como temas separados, están íntimamente relacionados uno con otro, ya que, dado que la Argentina no adecuó la condición jurídica de la infancia —en general— a los estándares internacionales, ocurre que en algunos ámbitos del derecho, los menores de 18 años son tratados como adultos; tal la situación flagrantemente violatoria de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) que se presenta respecto de los adolescentes encontrados responsables de haber cometido delito, a quienes se decide aplicarles pena conforme la ley especial vigente.⁵

En lo que sigue se presenta un panorama de las reformas legales a nivel federal y provincial y una investigación exploratoria respecto de la aplicación de la pena más severa del sistema penal argentino a personas que cometieron el delito cuando tenían entre 16 y 18 años de edad no cumplidos, niños para el derecho internacional de los derechos humanos.

2. Panorama legislativo

2.1 Nivel nacional

El estado de la reforma legislativa a nivel nacional en materia de infancia presenta un panorama profuso y variado en términos de propuestas, desconocido hasta hace algunos años. El Congreso Nacional cuenta en la actualidad con varios proyectos de ley presentados, algunos con avanzado estado parlamentario, que representan distintos modelos normativos y concepciones de la infancia y de su condición jurídica.

2.1.1 *Proyectos de ley sobre régimen de protección integral de los derechos de la infancia*

En diciembre de 2001, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó el proyecto de ley “Régimen de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”.⁶ Entre otros aspectos, este proyecto crea un sis-

³ Artículos 5, 6, 12, 13 y concordantes del Código Penal.

⁴ Artículos 52 del Código Penal.

⁵ Artículo 4 de la ley 22.278/22.803.

⁶ Cf. Exptes. 3041-D-01 y 0482-D-01.

tema nacional de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes y deroga expresamente la ley 10.903 de Patronato de Menores. En la actualidad existen diversos planteos acerca de si se trata de una adecuación sustancial o meramente formal a la Convención sobre los Derechos del Niño. Hasta la fecha de elaboración de este *Informe*, cercana al plazo de caducidad del estado parlamentario del proyecto con media sanción, estos planteos no se han traducido en un debate público que sería auspicioso que la iniciativa tuviera en la Cámara de Senadores.

El proyecto que se comenta giró a la Cámara de Senadores de la Nación para su revisión, mas durante el año 2002 y hasta septiembre de 2003 no ha tenido tratamiento parlamentario en las sesiones ordinarias. Más allá de la aprobación obtenida en la Cámara de Diputados, diversos organismos de derechos humanos⁷ y organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos de la infancia y de la sociedad civil en general, se opusieron a su tratamiento en el ámbito de las sesiones extraordinarias de fin del año 2002, por considerar que éstas no eran el espacio ni la oportunidad para derogar una ley y una institucionalidad vigentes en el país por casi cien años,⁸ y tampoco para debatir los alcances de la adecuación legislativa federal a la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.1.2 *Proyectos de ley sobre el régimen penal para las personas menores de edad*

Los proyectos de ley de modificación al régimen penal para las personas menores de edad (modificación de las leyes 22.278/22.803) que tienen estado parlamentario son los presentados durante el año 2002. Durante 2003 han ingresado los expedientes 0454-D/González Cabañas y 4463-D/Honcheruk. El primero propone la modificación del artículo 1 de la ley 22.278 con relación a la edad de punibilidad y el segundo propone modificar el artículo 3 bis de la misma ley modificada por la ley 23.742 con relación a la aplicación de medidas alternativas en procesos penales

⁷ Entre otros, CELS, Abuelas de Plaza de Mayo, Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁸ Entre los argumentos que en esa ocasión se plantearon para la oposición al tratamiento "ligero" en las sesiones extraordinarias del Senado de la Nación, y su contenido, se manifestó "la necesidad de un rediseño profundo de los órganos gubernamentales que rigen las políticas para la infancia a efectos de su transformación en órganos públicos (entendido lo público como la articulación de los esfuerzos de la sociedad civil y gubernamental), las modificaciones necesarias en el proyecto de ley a fin de optimizar la democratización y la federalización de las políticas para la infancia asegurando la plena participación de la sociedad civil y de las provincias".

contra menores de edad. Como ya se afirmó, ninguno de estos proyectos —ni los ingresados en el año 2002 ni los ingresados hasta septiembre de 2003— han tenido tratamiento.

Tanto en la Cámara de Diputados⁹ como en la de Senadores¹⁰ se han impulsado diversas iniciativas en esta materia, que podrían clasificarse de la siguiente forma:

- a. Proyectos de ley que recogen y desarrollan las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹¹ Éstos, con diversos matices, proponen derogar el sistema “tutelar” vigente y crear un nuevo sistema de responsabilidad penal especial para adolescentes de entre 14 y 18 años, totalmente diferente del que rige para los adultos y del actual de la “justicia de menores”: se prevé la intervención de órganos especializados, en el marco de un proceso específico y con sanciones determinadas, entre las cuales la privación de la libertad es la sanción de último recurso y por período breve para delitos gravísimos taxativamente contemplados en la ley.
- b. Proyectos de ley que, frente a la situación de los delitos imputados a las personas menores de edad y sus derechos, proponen directamente la reducción de la edad de punibilidad, hoy fijada en 16 años en general. Estos proyectos desconocen las prescripciones de la Convención sobre Derechos del Niño, que exige la creación de un sistema especial de respuesta estatal al delito de las personas menores de 18 años de edad, y reproducen todos los problemas del sistema tutelar vigente, consolidando normas y prácticas que vulneran los derechos fundamentales.¹²
- c. Proyectos intermedios o híbridos que parten de la necesidad de derogar el sistema tutelar vigente y crear uno nuevo pero “que se pierden en el intento”, al verse ampliamente influenciados por el sistema vigente y no lograr desarrollar un sistema de responsabilidad

⁹ Al momento, los proyectos con estado parlamentario ante la Cámara de Diputados de la Nación son 29: 1797-D-02, 155-D-02, 895-D-02, 974-D-02, 976-D-02, 1029-D-02, 1846-D-02, 1999-D-02, 2173-D-02, 2378-D-02, 2843-D-02, 2856-D-02, 2002-D-02, 2248-D-02, 3145-D-02, 3163-D-02, 3291-D-02, 3408-D-02, 3734-D-02, 4184-D-02, 4624-D-02, 4663-D-02, 4931-D-02, 5245-D-02, 4876-D-02, 4882-D-02, 5516-D-02, 7442-D-02, 454-D-03.

¹⁰ Al momento, los proyectos con estado parlamentario ante la Cámara de Senadores de la Nación son: S-125/02, S-652/02, S-1294/02, S-1381/02, S-1494/02, S-1496/02, S-1647/02, S-1873/02, S-1874/02.

¹¹ A modo de ejemplo, en la Cámara de Diputados de la Nación, de los 29 proyectos de leyes presentados, podemos ubicar en este rubro sólo a cinco o siete según el criterio que se adopte.

¹² Este rubro es el mayoritario en la cantidad de proyectos presentados en ambas cámaras.

penal especial para adolescentes completamente acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconozca sus derechos y garantías y elimine las discrecionalidades del sistema de justicia que cotidianamente permiten restricciones injustificadas de sus derechos.

2.2 Nivel provincial

A la fecha son ocho las provincias que han reformado, o bien dictado por primera vez, leyes dirigidas a regular la condición jurídica de la infancia en el ámbito local, conforme los estándares internacionales incorporados a la Constitución Nacional. Se trata —con mayor o menor éxito, rigurosidad técnica y claridad conceptual— Mendoza, Chubut, Neuquén, ciudad de Buenos Aires, Tierra del Fuego y provincia de Buenos Aires, ésta en una particular situación jurídica,¹³ además de Salta y Misiones.

A continuación se presentan las características de estas leyes, y los avances y retrocesos en el proceso de implementación.

2.2.1 Provincia de Mendoza

En Mendoza el primer régimen legal específico aplicable a las personas menores de 18 años se implementó desde 1939 hasta 1995 mediante la ley 1.304, claro ejemplo de una norma tutelar. Tal ley definía como finalidad principal del proceso “comprobar el abandono material o peligro moral en que se encuentra el menor a fin de proceder a su protección y juzgamiento” (art. 50).

La provincia sancionó la ley 6.354 en 1995 para dar cumplimiento a los principios de la Convención sobre Derechos del Niño. El ámbito de aplicación subjetivo de esta ley comprende a toda persona menor de edad, desde la concepción hasta los 21 años, alineándose con la definición clásica del Código Civil y apartándose de la propia Convención que define como niño a toda persona hasta los 18 años.

La ley tiene por objetivo la protección integral de los niños y adolescentes. En esa dirección, establece que el Estado debe brindar las oportunidades y facilidades para consolidar la contención de los niños y niñas en su núcleo primario y que sólo excepcionalmente podrá intervenir a través de sus instituciones, priorizando los recursos de todo tipo a los efectos de lograr

¹³ Sobre la insólita y no por ello menos dramática situación planteada en la provincia de Buenos Aires, véase Beloff, Mary, “Un fallo tardío pero dichoso”, en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003-1.

estos objetivos (art. 2). Entre los derechos y garantías que esta ley reconoce, se destaca la libertad personal, que se traduce en la prohibición de detenciones arbitrarias e ilimitadas. Además, asegura la integridad psicofísica de los niños y adolescentes resguardándolos de todo trato o pena cruel, inhumana o degradante que desconozca su dignidad como personas.

Con el claro propósito de ahuyentar, por lo menos en esta parte de la ley, todo resabio tutelar, hace expresa referencia a que la falta de recursos materiales de los padres no es causal suficiente para excluir al niño de su grupo familiar (art. 10). Por otro lado, entre las garantías judiciales en el proceso penal, se receptan explícitamente el principio de inocencia, el derecho a ser informado de la imputación en su contra, el principio acusatorio, el principio de igualdad ante la ley y se reconoce la calidad de sujeto procesal del niño, pudiendo aportar toda clase de pruebas en su descargo. También se incluye la garantía de defensa en juicio, lo que implica la inmediata asistencia jurídica por medio de un profesional de elección del niño o, en su defecto, proporcionado gratuitamente por el Estado, y el derecho a ser oído.

La detención de un niño no procederá sin orden escrita de una autoridad competente, salvo en los casos de delito flagrante reprimido con pena privativa de la libertad (art. 126). En tal situación, deberá ser informado inmediatamente y bajo pena de nulidad de las causas que motivan su detención y de los derechos y garantías que lo amparan (art. 113). Tendrá derecho a ser asistido por un defensor particular y provisionalmente se le designará un defensor oficial (defensor de menores). La intervención del defensor es obligatoria no sólo en las actuaciones de carácter judicial, sino también en las realizadas por la policía judicial (art. 132).

Como se advierte, la primera ley provincial dirigida a adecuar el derecho provincial a la Convención sobre Derechos del Niño, se ajusta bastante a los estándares internacionales, sobre todo en materia de garantías de debido proceso. Los problemas de implementación se deben a algunas lagunas y resabios tutelares en el texto por un lado, pero más fundamentalmente a la falta de un rediseño institucional profundo y sustentable¹⁴ en materia de políticas sociales de infancia en esa provincia.

Como corolario de la descripción del panorama legal provincial, hacia septiembre de 2003 merecen mencionarse, por un lado, el dictado de penas a personas con edades comprendidas entre 16 y 18 años no cumplidos, que se analiza más adelante y que no tiene nada que ver con la refor-

¹⁴ Ha habido algunas experiencias interesantes en algunos municipios. La más conocida es la del municipio de Guaymallén, pero no ha podido sostenerse en el tiempo sin apoyo de organismos internacionales ni generar una nueva cultura ni una nueva institucionalidad para la infancia en la provincia.

ma provincial mencionada, ya que es la ley nacional la que autoriza el tratamiento como adultos de los mayores de 16 años; por otro lado, un incidente ocurrido a principios del año 2003, relacionado con razias sobre niños de la calle en la ciudad de Mendoza.

En relación con este último punto, varias organizaciones de derechos humanos denunciaron que durante los primeros días del mes de enero de 2003 la Policía de la Provincia de Mendoza procedió a detener masivamente a varios niños que se encontraban mendigando por las calles del centro de dicha ciudad, sin orden judicial. Tal medida tuvo como objeto “favorecer el desarrollo de las ventas comerciales producida en la temporada turística”. Dicha medida restrictiva de la libertad de personas menores de edad no fue un episodio aislado: dos meses antes, en noviembre de 2002, la policía había detenido a más de doscientos chicos que limpiaban vidrios en el centro de la ciudad de Mendoza.

Frente a esta situación, tres abogados presentaron un hábeas corpus colectivo en el que solicitaban la inmediata libertad de los niños por considerar al proceder policial como arbitrario e ilegal, ya que contradecía normas internacionales, nacionales y provinciales vigentes. Asimismo, solicitaron que dicha acción se hiciera extensiva a los niños que “en forma inminente pueden ser detenidos arbitrariamente”.

Además, los denunciantes alegaron, entre otros argumentos, la violación del principio de no discriminación, pues la detención de los niños se motivó en actos discriminatorios que los someten a una “doble victimización”: la primera es la exclusión social que sufren en razón de su condición socioeconómica y la segunda, su irrupción dentro del sistema penal también como consecuencia de aquella situación. Al respecto, los abogados advirtieron que la lucha contra la explotación infantil no puede ser combatida mediante razias contra los “chicos de la calle”.

Finalmente, el juez interviniente rechazó el recurso interpuesto pues entendió que la policía provincial había obrado dentro de sus competencias, signadas por la Ley Orgánica policial, que establece el deber de actuar en forma directa para proteger a los menores que estén en peligro material o moral.¹⁵

¹⁵ El juez desatendió, en este sentido, el mandato de los pactos internacionales de derechos humanos y la legislación local que ha implementado un régimen procesal penal dirigido a personas menores de 18 años en conflicto con la ley. Si bien en lo que hace a cuestiones de fondo rigen aún las leyes tutelares, el magistrado podría haber fallado utilizando aquellas normas. Por esta razón el caso mendocino resulta más traumático pues, no obstante la vigencia de leyes que reglamentan la Constitución Nacional y los pactos internacionales y que delimitan claramente en qué casos la autoridad estatal puede intervenir, los jueces persisten en aplicar normas manifiestamente inconstitucionales que violan principios tan básicos como el de legalidad y el de culpabilidad por el hecho.

2.2.2 Provincia de Chubut¹⁶

El proceso penal y la disposición tutelar de niños y adolescentes en la provincia de Chubut se rigió por las pautas de las leyes 10.903, 14.394 y 22.278. Luego de la entrada en vigencia en la provincia de un nuevo Código Procesal Penal, la organización judicial se transformó con el dictado de la ley 3.193, correspondiendo a los jueces de Instrucción la disposición tutelar de los no punibles, y a la Cámara en lo Criminal o al juez en lo Correccional la decisión sobre el auto de culpabilidad, la disposición tutelar transitoria hasta la sentencia de pena y la disposición definitiva o la imposición de pena en los términos de la ley 22.278.

Un elemento interesante que revela una temprana práctica garantista no tutelar es que la defensa técnica fue separada de la representación promiscua —que hasta entonces estaba a cargo del defensor de Menores e Incapaces— poniéndose la primera a cargo del defensor general en las fases de instrucción e intermedia, y del defensor de Cámara en el juicio, y dando siempre intervención al defensor de Menores e Incapaces para la disposición tutelar desde el inicio de las actuaciones.¹⁷

No obstante, como consecuencia de la separación de roles entre el defensor técnico y el representante promiscuo, la defensa penal del adolescente tomó un camino diferente, pues la discusión de su responsabilidad penal se planteó en los mismos términos que los del imputado mayor de edad. Así, y a diferencia de la jurisprudencia constante de la Cámara Nacional de Casación Penal y otros tribunales nacionales, desde el comienzo del ciclo, el Superior Tribunal de Justicia de Chubut admitió el recurso de casación contra el fallo que resolvía atribuir responsabilidad penal al adolescente imputado.

La imposición de medidas tutelares sobre el adolescente absuelto fue excepcional en la provincia, al igual que la privación de libertad aun tratándose de delitos graves. Sólo en casos de extrema gravedad esta sentencia fue diferida hasta la mayoría de edad y, cuando finalmente se impuso pena, su monto rondó el mínimo legal. Asimismo, la privación de libertad sufrida como disposición tutelar ha venido siendo computada como prisión preventiva a los fines del cómputo de la pena impuesta.

¹⁶ Basado en el artículo sobre la ley provincial preparado por Calderwood de Corneo, Elsa; Freire Méndez Rodrigo P.; Paoloni, Luis Alberto y Pérez Galimberti, Alfredo; incluido en Beloff, Mary (comp.), *Los derechos del niño en las provincias argentinas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, en prensa.

¹⁷ De todas formas, continuó la disposición de los no punibles, ya que el auto de sobreseimiento no requería una fundamentación especial sobre la atribución de la conducta criminal imputada. Dictado éste, cesaba la intervención del defensor penal y el "incidente tutelar" continuaba su desarrollo en un trámite que implicaba postulaciones del defensor de Menores que decidía el juez de instrucción, con un amplio margen de discrecionalidad.

Hasta la entrada en vigencia de los Juzgados de Familia, creados por la ley 4.347, las cuestiones de familia se sustanciaban ante los Juzgados Civiles y/o Juzgados Universales. Allí se tramitaban, entonces, todos los asuntos vinculados con la protección de niños y adolescentes que pudieran ameritar la disposición de alguna medida civil de fondo o estrictamente procesal. Claramente se dividían las competencias por materia, algo que no ocurría ni ocurre en aquellas provincias donde existen leyes de patronato con jueces de menores, con competencia para intervenir en todas las cuestiones relacionadas con niños y adolescentes, sean éstos víctimas de una situación de amenaza o vulneración de derechos, o imputados de la comisión de un delito.

Pese a no existir la figura del juez de Menores, el paradigma tutelar se presentaba a través de una práctica estandarizada en la que, desde los propios organismos administrativos, se activaba el circuito tutelar, remitiendo al ámbito judicial (Defensoría de Menores) cuestiones que deberían haber sido abordadas y solucionadas desde el ámbito de su competencia. En muchos casos, el circuito se completaba con la presentación de una medida cautelar de "protección de persona" ante los Juzgados Civiles y Comerciales o Universales de cada jurisdicción.

La sanción en 1997 de la ley 4.347, de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, fue el resultado de un verdadero proceso de movilización comunitaria.¹⁸

La ley declara que su objeto es la protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia¹⁹ y que los niños y adolescentes nunca serán

¹⁸ Siguiendo el mandato de la Constitución provincial, el Superior Tribunal de Justicia dictó la resolución administrativa 7147/95 que creó, en el ámbito del Poder Judicial, una Comisión de Trabajo en el proyecto de creación de los Tribunales de Menores y de Familia. Esta comisión elaboró un Anteproyecto de Creación de Tribunales de Menores y de Familia, que fue enviado por el Tribunal a la Legislatura en marzo de 1996. Paralelamente, el Ejecutivo provincial creó una Comisión Interpoderes para el estudio y elaboración de un Proyecto de Ley de Protección Integral de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Se solicitó, además, la colaboración, asesoramiento y participación de instituciones académicas, profesionales o técnicas, gubernamentales y no gubernamentales, y expresiones comunitarias que tuvieran relación con la temática en el marco de su cometido. Finalmente, se creó una Comisión Redactora integrada por representantes de los tres poderes del Estado y de la comunidad, a los que se solicitaron aportes para la elaboración del anteproyecto de ley integral. A tal fin, se organizaron en las principales ciudades de la provincia "Jornadas de Aportes para una Futura Ley de Protección Integral de la Infancia, la Adolescencia y la Familia", que se llevaron a cabo mediante la dinámica de talleres abiertos a la comunidad, cuyas conclusiones se remitieron a la comisión; a su vez, cada ciudad designó un representante de la comunidad para trabajar en el seno de la comisión. Así, la ley 4347 fue erigida sobre la base de los aportes y conclusiones colectados en los talleres. La Comisión Interpoderes elaboró un Anteproyecto de Ley de Protección Integral que fue aprobado por unanimidad en diciembre de 1997.

¹⁹ Consagra de modo explícito, entre sus artículos 1 y 8, los principios de Protección integral, Sujeto de Derechos, Indivisibilidad, Inalienabilidad, Prioridad absoluta, Universalidad,

considerados meros objetos de socialización o control, estableciendo así una absoluta adhesión conceptual a los postulados de la Convención Internacional. Proclama también la calidad de sujetos de derecho de los niños y adolescentes y expresa que el derecho de éstos a ser respetados consiste en la inviolabilidad de su integridad biopsicosocial, protegiendo y preservando la imagen, identidad, autonomía, valores, espacios y objetos personales.

A lo largo de varios capítulos (arts. 9 a 35), en lo que podría considerarse su parte dogmática, la ley enumera los derechos fundamentales y garantías de los niños y adolescentes. A partir del Título II del Libro I, desarrolla el Sistema de Protección Integral de Derechos, definiendo el rol de los organismos administrativos y jurisdiccionales en una nueva vinculación que abandona la vieja concepción del Patronato del Estado, en el cual la regla fue siempre la invasión del poder jurisdiccional en materia de cuestiones netamente asistenciales.

De modo coherente con el reconocimiento de su status de sujetos de derecho, la norma incluye a los niños como destinatarios de las políticas públicas.²⁰ Con relación a la actuación del Poder Judicial, la ley le devuelve su función específica y genuina de impartir justicia y dirimir conflictos, alejándolo así de tener que atender cuestiones sociales. Ello no implica que el Poder Judicial no pueda intervenir, pero siempre debe ser *ex post* a la previa actuación de los otros poderes y como *ultima ratio* ante su inacción.

En lo que respecta a las medidas, siguiendo la letra y espíritu de la Convención, la ley distingue con claridad las "medidas de protección" (arts. 56 a 61), susceptibles de ser aplicadas sólo ante situaciones de amenaza o vulneración de derechos de chicos, de las "medidas de coerción personal" (arts. 163 y 164) y las "medidas socioeducativas" (art. 190). Estas últimas procederán solamente cuando un adolescente punible sea imputado de una infracción a la ley penal; las primeras serían susceptibles de ser aplicadas durante la tramitación del proceso y sólo en caso de peligro de fuga o posible entorpecimiento de la investigación; las segundas fueron con-

Interés superior, Efectividad, Personas en peculiar condición de desarrollo, Autonomía y Participación, que, según el decreto reglamentario, constituyen un soporte de referencia que le otorga una dinámica a toda la estructura de la ley, sirven de elemento de integración, conforman una regla que orienta acciones y medidas, integran y delimitan la interpretación, evitan desvíos, preservan la unidad sistemática y suplen los posibles vacíos de la ley.

²⁰ Conforme a ello, sobre el poder administrador tanto provincial como municipal, y en coordinación con las organizaciones civiles, recae la responsabilidad de definir y delinear políticas públicas, desarrollando programas específicos y creando servicios para atender los derechos económicos y sociales básicos de los ciudadanos, esto es salud, educación, cultura, trabajo, vivienda, recreación, deporte, seguridad pública y seguridad social.

cebidas para ser aplicadas en caso de que el adolescente sea efectivamente declarado autor responsable.²¹

Con relación al proceso de familia —y en particular en lo que hace a sus características— la ley estructura un proceso ágil, dinámico, desprovisto de formulismos, consagrando de este modo dispositivos legales orientados en el sentido de los principios adjetivos que en materia de proceso civil —y especialmente para los procesos de familia— postula la moderna doctrina procesal y buena parte de las normas sancionadas en los últimos años.

En lo concerniente al proceso penal, la norma estructura un proceso para adolescentes, basado en un sistema de responsabilidad penal especial. Este enfoque implica la consagración de un sistema basado en la existencia de garantías específicas que orientan y limitan el control del Estado, asegurando el ejercicio de los derechos de los adolescentes a pesar del reproche que se formule respecto de su conducta. El proceso está concebido como un proceso acusatorio, garantista, sumario, oral y privado. El juez es concebido como un tercero imparcial, garante sobre todo de los derechos fundamentales de las partes en el proceso. Sus decisiones deberán apoyarse siempre en la idea de la protección integral del adolescente, de su interés superior y el respeto de sus derechos humanos. En la sustanciación del proceso, además de atenderse a los principios constitucionales que emanan de los primeros 19 artículos de la ley, deberá tomarse especial consideración por los principios de humanidad y de sustitución de medidas, procurando, siempre que sea posible, la sustitución por una medida de menor gravedad y sólo excepcionalmente por otra más grave.

Sobre este tema, además, la ley establece claramente el derecho del niño a conocer la imputación y los derechos que lo asisten; a contar con un defensor técnico de su confianza o pagado por el Estado; a que se le considere inocente hasta que se demuestre lo contrario; a producir y confrontar prueba en paridad de arma con el acusador; a ser acompañado por sus padres, tutores o personas de su afecto en los actos del proceso, y a que se les brinde a éstos información completa sobre los detalles de la imputación, dónde se encuentra y qué agencias estatales intervienen; a no ser obligado a declarar y a la confidencialidad de las actuaciones que se labren.

²¹ Respecto de las "medidas de protección" es interesante destacar que en sintonía con el principio de no judicialización de las cuestiones sociales, se establece un amplio margen de actuación de los organismos administrativos, para que, en el marco de su competencia y sin necesidad de recurrir a ninguna instancia jurisdiccional, puedan desarrollar acciones concretas con miras a la protección de los derechos de niños y adolescentes. Por el contrario, aquellas medidas de protección en cuya aplicación podría verse afectado el derecho a la libertad o los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, sólo podrán ser aplicadas por la autoridad judicial competente, puesto que sólo en este ámbito podrá garantizarse debidamente el derecho de defensa.

Respecto de la privación de libertad, la ley prescribe que siempre se tratará de una medida de último recurso, por el tiempo más breve posible, y que el lugar de detención deberá cumplir como mínimo con las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. El carácter excepcional y fundado que la ley requiere a las medidas de coerción personal muestra la consonancia de la norma con la convención.²²

Finalmente, la norma permite a los jueces que hayan determinado la responsabilidad penal de un adolescente por la comisión de delito, aplicar medidas de protección y disponer la aplicación de una medida socio-educativa. No parece apropiado al principio de mínima intervención y a la lógica de la responsabilidad penal, que el juez penal pueda dictar en este caso una medida de protección, cuando éstas —de ser necesarias— pueden ser requeridas y dispuestas por la autoridad administrativa respectiva o el juez de familia.

La nueva ley de la provincia de Chubut ha tenido una implementación que puede caracterizarse como exitosa. Probablemente la inexistencia de leyes anteriores tutelares clásicas haya influido en la rápida aceptación del nuevo modelo legal, sobre todo en los operadores del sistema de justicia, tal como ha ocurrido en otros ámbitos como la reforma procesal penal. La parte más débil de la reforma, si bien notablemente superior a otras jurisdicciones, es la referida a la reforma institucional y de las políticas de infancia en la provincia.

2.2.3 Provincia de Neuquén²³

La ley 2302 de la provincia de Neuquén,²⁴ en sintonía con la Convención Internacional, prioriza la convivencia familiar y comunitaria como garantía fundamental, junto al derecho a la salud, a la identidad, a ser oído, a la igualdad, a la educación y a la atención de las capacidades especiales.

²² Las medidas abarcan un amplio espectro, desde la mera concurrencia al tribunal hasta la privación de la libertad propiamente dicha. Se establece un plazo máximo de cuatro meses de privación de libertad durante el proceso, medida que deberá ejecutarse en establecimientos para adolescentes, donde deberán observarse las citadas Reglas de las Naciones Unidas. El plazo puede prorrogarse por decisión fundada y previo dictamen del procurador fiscal y del Equipo Técnico Interdisciplinario.

²³ Basado en el artículo que analiza la ley provincial preparado por Osés, Nara y Vitale, Gustavo L., incluido en Beloff, Mary (comp.), *op. cit.*

²⁴ El proceso de elaboración de la ley 2302 se inició en 1993 con el objeto de difundir la aplicación de la convención en las acciones destinadas a niños y adolescentes, y de reemplazar la Ley de Patronato local. Los profesionales formaron el Grupo de Apoyo a la Infancia y la Adolescencia. La propuesta fue ampliamente difundida entre organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de toda la provincia. Durante 1995 se realizaron jornadas de reflexión que permitieron proyectar una legislación con el carácter local necesario para

Tras la enumeración de los derechos fundamentales y la indicación de los contenidos mínimos de las políticas públicas sectoriales, la ley establece cuáles han de ser las medidas de protección especial de derechos frente a la amenaza o violación de los mismos. Para ello, prevé acciones sociales de protección para escuchar, contener y ayudar a los niños y a quienes cuiden de ellos. En esa línea, frente a problemas de pobreza, las autoridades administrativas (y no las judiciales) deben asistir a los niños y a sus familias.²⁵

La ley organizó un sistema de protección en el que el Ministerio de Menores (denominado Defensoría de los Derechos de Niños y Adolescentes) es la instancia que procura evitar la judicialización de los conflictos.²⁶ En cuanto a su implementación, la ley sólo enumeró los organismos judiciales por crear, dejando un vacío respecto de cuáles serían los programas mínimos a llevar adelante por el poder administrador para lograr la efectiva implementación de la ley.

La nueva organización judicial se centró en la necesaria división de competencias penal y de protección de derechos, creándose el Fuero de Familia (con competencia civil y de protección de derechos) y Penal especializado.

En cuanto al impacto de la ley es posible mencionar que la falta de expectativas en el nuevo sistema de protección de derechos parece tener una fuerte razón ideológica: la dificultad en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños; y otra instrumental: la ausencia de prácticas de exigibilidad de esos mismos derechos, tanto en adultos como en niños.

su legitimidad y aplicabilidad. A mediados de 1997 se presentó el proyecto, que fue elevado al presidente de la Legislatura provincial. Paralelamente, en el seno del Poder Judicial, se elaboró y presentó un proyecto que, mediante la creación del Fuero de Familia y Niñez, pretendía quitar de los Juzgados de Menores la faz tutelar. Ambos proyectos no se contradecían sustancialmente e implicaban la división de competencia de los Juzgados de Menores, aunque el primero no sólo pretendía cambiar la organización, sino también introducir plenamente la protección integral de derechos de la infancia y generar una nueva legislación en materia procesal penal. Durante 1999 se dio tratamiento al proyecto de ley de protección integral, que fue aprobado por mayoría.

²⁵ Las medidas que pueden adoptarse procuran la orientación, la derivación a tratamiento y seguimiento psicosocial, la indicación de escolarizarse, de concurrir a diferentes tratamientos médicos y por último, de manera excepcional, el albergue provisorio de los niños y adolescentes en instituciones.

²⁶ La circunstancia de que un organismo judicial sea el encargado de evitar llevar a la jurisdicción el conflicto obedece a una práctica histórica local de la anterior Defensoría de Menores, enmarcada por una mirada interdisciplinaria y comunitaria de las cuestiones de niños, considerando la ley como parte de los tratamientos de recuperación de problemas tales como violencia familiar o las adicciones. Tal es así que, con el tiempo, se incorporó la necesidad de sumar la ley en los reclamos contra el Estado, iniciando la entonces Defensoría de Menores acciones de amparo contra el Poder Ejecutivo municipal y provincial, representando intereses colectivos de niños y adolescentes. Es, no obstante, una institucionalidad bastante compleja por motivos que no es posible analizar aquí.

Entre los aspectos centrales de la ley se destacan:

- a. La integración al texto legal de las normas y reglas internacionales (expresamente en el art. 90).
- b. La incorporación del principio *pro homine* (art. 91).
- c. La obligatoriedad de brindar al niño un trato más benigno que al adulto (arts. 58 y 61).
- d. La aplicación subsidiaria del Código Procesal Penal para todo aquello no legislado especialmente en esta ley, siempre y cuando no restrinja derecho alguno del niño o adolescente (art. 92).
- e. Principio de legalidad penal, exclusividad del proceso penal para los jóvenes penalmente responsables (arts. 53 y 62 inc. 2).
- f. Una serie de disposiciones relativas a los “niños y adolescentes inimputables” (arts. 93 a 95). En particular, el artículo 93 establece que luego de la investigación a cargo del fiscal, el juez de garantías de niños y adolescentes resolverá sobre la existencia del hecho imputado, su calificación y la intervención del joven en él. El artículo 94 asegura al niño no punible sometido igual a proceso el derecho a ser oído y a la defensa técnica por parte del defensor penal del niño. El artículo 95 expresa que la declaración de “inimputabilidad” del joven produce la extinción de la acción penal, quedando el defensor del joven facultado, en caso de necesidad, a solicitar medidas de protección especial (al juzgado de familia).
- g. Principio de culpabilidad por el hecho (art. 62 inc. 2).
- h. Atribución de competencia penal y civil a disjuntos órganos. Así, la ley creó la Justicia Penal de la Niñez y Adolescencia. En la primera circunscripción judicial, los viejos Juzgados de Menores (multifueros) se convirtieron en Juzgados Penales del Niño y Adolescente (art. 54, segundo párrafo y 103 inc. 2). Mientras tanto, en las circunscripciones judiciales del interior de la provincia, se atribuyó competencia penal a los “órganos judiciales que actualmente tienen adjudicada competencia penal en materia de menores” (art. 54, último párrafo), que no son organismos con competencia exclusiva en la materia. Al mismo tiempo, la ley creó la Justicia de Familia, Niñez y Adolescencia, para cuestiones civiles y para aquellas vinculadas con la tutela de los derechos fundamentales de los jóvenes.
- i. Creación de órganos judiciales distintos para controlar la investigación penal preparatoria o instrucción, por un lado, y para juzgar definitivamente el caso en audiencia oral, por el otro. La Justicia Penal de Niños y Adolescentes se integra, entonces, por un Juzgado Penal de Garantías y un Tribunal Penal de juicio (art. 54, primer párrafo).

- j. La nueva ley atribuye la titularidad de la pretensión persecutoria penal al fiscal y deja en manos de los jueces la decisión sobre las cuestiones que se presenten en el proceso.²⁷ El artículo 64 de la ley dispone que “para la investigación de cualquier causa será condición de validez la promoción de acción penal por parte del fiscal”; la promoción fiscal de la acción se despliega al comienzo, durante y al final del proceso.
- k. La ley recepta el principio de oportunidad procesal, de acuerdo con el cual el fiscal no tiene obligación de ejercer la acción penal en todos los casos sobre los que tome conocimiento, sino que tiene cierto poder de discrecionalidad. Es así como el fiscal “sin perjuicio de la investigación que sea necesaria en cada supuesto, podrá promover la acción penal o solicitar el archivo de las actuaciones” (art. 64, tercer párrafo).
- l. El artículo 66 establece que una vez “iniciada la investigación (...), en caso de estimarlo necesario y cuando hubiere sospecha suficiente de responsabilidad penal en relación a un hecho probado, el juez podrá, por auto fundado y bajo pena de nulidad, adoptar las medidas de carácter urgente y provisional que se consideren imprescindibles para custodiar los fines del proceso, dentro de las previstas en la presente ley”.²⁸
- m. La ley asume el principio de inocencia y la libertad durante el proceso, aunque contempla la posibilidad de disponer el “arresto excepcional” del joven imputado de delito, pero con una serie de limitaciones, entre las que se destaca el plazo máximo de treinta días (art. 67).

²⁷ En tal sentido, el artículo 57 atribuye a los juzgados de garantías el control de “la investigación dirigida por el fiscal, en relación a los delitos (...) respecto de los cuales el fiscal haya promovido la correspondiente acción penal”. En forma concordante, el artículo 59 expresa que “el fiscal, como titular exclusivo de la acción penal, tendrá a su cargo la dirección de la investigación de los delitos que sean de competencia del Juzgado Penal de Garantías para niños y adolescentes. Actuará también en la etapa de plenario”. El artículo 62, reforzando el componente acusatorio del modelo procesal adoptado, dispone que “todo niño (...) en especial y, entre otros, tendrá” el derecho “a ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial (...) independiente e imparcial” (inc. 1).

²⁸ El artículo 71 enumera un catálogo de “instrucciones o condiciones provisorias” que, con limitaciones, puede imponer el juez durante el proceso. Entre ellas se destacan: 1) mantener al niño en su núcleo de socialización primaria o familiar, bajo asesoramiento, orientación o periódica supervisión; 2) colocarlo bajo el cuidado de otra persona, familiar o no, sólo si la medida prevista en el inciso anterior fuese manifiestamente inconveniente y perjudicial al niño, debiendo efectuar las derivaciones necesarias en caso de ser necesaria la remoción de aquellos obstáculos de orden socioeconómico que impiden el digno desarrollo de la vida familiar; 3) establecer un régimen de libertad asistida, confiando al niño al cuidado de sus padres, tutor, guardador o persona de confianza; 4) arraigo familiar.

- n. Inviolabilidad de la defensa en juicio y derechos afines, tanto en su aspecto personal como técnico-jurídico. En la faz personal, el artículo 62 inciso 5 asegura el derecho del joven a ser informado de los hechos que se le atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra. En la faz técnica, asegura el derecho del niño "a nombrar abogado defensor desde la existencia de una imputación en su contra" (art. 62 inc. 6).²⁹
- o. La norma consagra el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a participar como órgano de prueba.
- p. Las penas privativas de la libertad deben imponerse como "último recurso" y requerirán "bajo pena de nulidad, la necesaria fundamentación de la imposibilidad de recurrir a diversas medidas no privativas de libertad, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones".
- q. La ley prevé mecanismos alternativos a los tradicionales para el abordaje de conflictos.³⁰
- r. El artículo 62 inciso 10 reconoce el derecho a que la situación procesal de la persona "sea decidida sin demora", pero (añade la ley) "en una audiencia oral y contradictoria, basada en una acusación, con plenas garantías de igualdad y defensa". Desde este punto de vista, no ha resultado feliz la inclusión de normas relativas al proceso abreviado.
- s. En relación con los "recursos", la ley recepta sólo aquéllos interpuestos contra toda decisión jurisdiccional y toda medida "que afecte derechos del niño y del adolescente" (art. 88).
- t. La ley menciona algunos de los derechos del joven en la etapa de ejecución penal. Sin embargo, esta mención no significa que ellos sean los únicos derechos del niño en tal fase del proceso, pues ellos gozan siempre, como mínimo, de todos los derechos reconocidos a los adultos.

La nueva ley de infancia de la provincia de Neuquén está teniendo, al igual que en Chubut, una implementación adecuada, sobre todo en el ámbito judicial. Probablemente, el mejor ejemplo de su éxito sea la cantidad de acciones de amparo y de protección de intereses difusos que se han ini-

²⁹ En caso de no haber designado uno particular, deberá actuar en su favor un "defensor oficial con competencia penal en la materia, haya sido o no designado y con independencia de que se le haya dado o no participación en el proceso". Con el fin de asegurar la defensa técnica real, la ley dispone que "al defensor que corresponda debe acordársele formal intervención a partir de la imputación". (art. 62 inc. 6).

³⁰ Entre ellos, reparación, mediación y suspensión del proceso penal a prueba.

ciado en la provincia, que hasta han motivado la intervención de organismos internacionales. Esto demuestra a las claras que se ha generado una nueva cultura en la provincia en relación con la protección de los niños y sus derechos, que no se limita al reclamo asistencial sino que utiliza las mejores herramientas jurídicas para efectivizar los derechos.

2.2.4 Provincia de Tierra del Fuego³¹

En la provincia de Tierra del Fuego rige la ley 521, promulgada en junio de 2001, que presenta una adecuación parcial a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, no por contener dispositivos tutelares sino porque no se han abarcado todos los procedimientos y aspectos dirigidos a garantizar todos los derechos de los niños y adolescentes (el procedimiento penal, por ejemplo, no ha sido adecuado a la convención, más allá de las garantías generales).

El artículo 3 de la norma prescribe que el sistema de protección integral de la ley se aplica a las personas menores de 21 años —otra vez la remisión innecesaria al Código Civil—, a quienes se reconocen los derechos fundamentales y garantías que se enumeran en los artículos siguientes y que se suman al resto de los derechos reconocidos en otros instrumentos.³²

En relación con el derecho a la libertad ambulatoria (art. 24), la norma define “privación de libertad” conforme las normas internacionales, como toda forma de detención o encarcelamiento, así como internación en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al niño o adolescente por su propia voluntad. Se aclara que, en todo caso, la privación de libertad se debe realizar de conformidad con la ley, por tiempo determinado y como medida de último recurso, por el período más breve que proceda.

Los artículos 30 a 32 establecen las garantías procesales del niño y adolescente, en el marco de cualquier proceso administrativo o judicial, con respecto a procedimientos del derecho de familia y en relación con el proceso penal. En todas estas disposiciones se establece el derecho a ser escu-

³¹ Basado sobre el artículo que analiza la ley provincial preparado por Griselda Goicochea incluido en Beloff, Mary (comp.), *Los derechos del niño ...*, op. cit.

³² La ley reconoce el derecho a la vida y a la salud (arts. 8 a 11), el derecho a la integridad corporal (art. 12), el derecho a la identidad (arts. 21 a 23) y a la convivencia familiar y comunitaria (arts. 13 a 20). Estas precisiones señalan que el niño tiene derecho a ser criado en su familia de origen y sólo con carácter excepcional en ámbitos familiares alternativos (de acuerdo con un orden de prioridad en el cual “otras familias” constituye la última opción). El artículo 20 establece que la falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo para la privación de la patria potestad ni para la limitación de su ejercicio, y se resalta el rol del Estado en orden a adoptar recaudos con el fin de procurar mantener al niño o adolescente con su familia de origen o ampliada.

chado en cualquier etapa del procedimiento, garantizando su participación activa y la de su familia, así como a contar con la asistencia técnica de un abogado especializado en derechos del niño. Entre las garantías cuenta el derecho a que sus padres, responsables, o aquellos con quienes tuviera el niño o adolescente trato efectivo, sean informados de inmediato en caso de aprehensión o detención.

Las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras subsistan las causas que dieron origen a la amenaza o afectación del derecho que tienden a proteger y son revisables. En el artículo 38 se consigna que se dará prioridad a las medidas que tengan por finalidad la preservación de vínculos familiares y su fortalecimiento, incluso mediante programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo aun económico.

Por último, la ley prevé la organización de oficinas de Defensa de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, de composición interdisciplinaria, cuyas funciones se enumeran en el artículo 66, destacándose las de utilizar modalidades alternativas a la intervención judicial para la resolución de los conflictos (inc. d); otorgar patrocinio jurídico gratuito a niños y adolescentes y a miembros de su grupo familiar (inc. e); interponer acciones judiciales en orden a la protección de los derechos de los niños y adolescentes (inc. f); conformar y fortalecer una red articulada en el ámbito local para optimizar las respuestas vinculadas a la temática niñez y adolescencia (inc. g); llevar un registro y confeccionar estadísticas (inc. j).

2.2.5 Provincia de Salta⁸³

La provincia de Salta ha sancionado la ley 7039 denominada de Protección de la Niñez y la Adolescencia, promulgada por decreto 3416 de fecha 10/8/99 y publicada en el *Boletín Oficial* 15.720 de fecha 20/08/99 (en Separata).

Si se profundiza en los antecedentes legislativos de esta norma, se advertirá que en 1993, por ley 6721/93, la provincia de Salta había adherido a la ley nacional 23.849 que aprobó la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La nueva ley viene a desarrollar, aunque de manera incompleta, los postulados de la CDN. La implementación es a la fecha muy incipiente y el impacto se advierte mínimamente en algunas decisiones jurisprudenciales auspiciosas.

⁸³ Véase sobre el particular el informe de Silvia Iburguren en el libro compilado por Beloff, Mary, *Los derechos del niño...*, op. cit.

2.2.6 Provincia de Buenos Aires

A la fecha de cierre de este *Informe*, la nueva ley provincial 12.607 continúa suspendida, si bien la Suprema Corte de Justicia provincial rechazó el recurso del procurador, debido a que la Legislatura sigue dictando leyes de prórroga de la vacancia de la ley. Por otro lado, paradójicamente, la misma Corte ha concedido al procurador un recurso extraordinario federal interpuesto contra esa decisión en la que, como se ha señalado, es claro que no hay "caso constitucional".³⁴ Entre tanto, la condición jurídica de la infancia en la provincia de Buenos Aires sigue regida por el abiertamente inconstitucional decreto ley 10.067 que permite privar de libertad sin delito, que no prevé proceso para los infractores, ni fiscal, ni defensa, ni recursos, que judicializa la pobreza, etcétera.

2.2.7 Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tal como hemos expuesto en el *Informe Anual 2000*,³⁵ la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,³⁶ aprobada hacia fines de 1998, presenta un problema: por el modo en el que se ha dado la autonomía de la ciudad, las cuestiones referidas a la Justicia no podrían ser reguladas por la Legislatura porteña. Por tal motivo esta ley está, en cierto sentido, incompleta. Además, en el ámbito de la ciudad se da la curiosa situación de que existe una ley de protección a la infancia en general, conforme los postulados de la Convención, que tiene el mismo ámbito de aplicación que la Ley de Patronato de Menores. No obstante, la ley de la ciudad no es aplicada, no ha sido implementada y los jueces de menores continúan utilizando hasta hoy la Ley de Patronato de Menores.

La situación no se ha modificado hasta la actualidad.

2.2.8 Provincia de Misiones

En la provincia de Misiones se aprobó una ley bastante general,³⁷ que no desarrolla mecanismos de exigibilidad y cuya entrada en vigencia se viene prorrogando.

De acuerdo con el artículo 1, "(...) la ley tiene por finalidad garantizar el goce, ejercicio y la protección integral de los derechos de niños, niñas y ado-

³⁴ Cf. Beloff, Mary, op. cit.

³⁵ CELS, *Derechos Humanos en la Argentina. Informe Anual 2000*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 273.

³⁶ Ley 114 de 1998.

³⁷ Aprobada el 6 de diciembre de 2001.

lescentes de la provincia de Misiones”, considerando niño hasta los 12 años y adolescente de los 12 a los 18. En su artículo 2 establece que los derechos y garantías allí enumerados “(...) se entenderán como complementarios de los reconocidos en (...)” convenciones y tratados internacionales en los que el Estado argentino sea parte (entre otros, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño); leyes nacionales y la Constitución de la provincia.

El artículo 4 recepta el interés superior del niño. El artículo 5 establece la titularidad de todos los derechos y garantías fundamentales, inherentes a su condición de persona. Asimismo erige a la provincia en promotor de su participación social y máximas oportunidades para su pleno desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, libremente, de manera igualitaria, con dignidad y equidad.

El artículo 7 otorga responsabilidad conjunta a la familia, la sociedad y el Estado por la efectivización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En función de ello, el artículo 8 consagra además la garantía de prioridad. El artículo 9 reconoce la necesidad de impulsar el fortalecimiento de la familia y de las redes de solidaridad social, “...implementando planes que faciliten el acceso a los bienes y servicios a toda la población como efectiva práctica de la superación de las desigualdades y de la exclusión social”.

Los artículos 11 a 30 han sido dedicados a establecer derechos tales como vida, salud, libertad ambulatoria, identidad y dignidad. De acuerdo con esta normativa, el Estado provincial tiene un rol activo y central como garante del desarrollo y efectivo goce de tales derechos.

La norma define “privación de libertad” como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como internación en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al niño, niña o adolescente, por su propia voluntad” (art. 17). Aclara que tal privación se debe realizar de conformidad con la ley, por tiempo determinado y aplicarse como medida de último recurso, por el período más breve que proceda.

El artículo 20 establece el derecho del niño a ser respetado, que consiste en brindarle comprensión y propiciar oportunidades para el despliegue de sus actividades. El artículo 22 establece el derecho a la convivencia familiar y comunitaria. Allí se dispone que la convivencia dentro de otros grupos familiares será considerada con carácter excepcional. También establece que la carencia de recursos materiales de los padres no constituye causa de separación del niño de su grupo familiar. Los artículos 23 a 25 establecen el derecho a la educación y enumeran las garantías educativas mínimas.

El artículo 31 enumera una serie de garantías procesales que el Estado asegura a los niños, niñas y adolescentes en todo proceso legal. Abarcan las garantías procesales reconocidas a las personas adultas y las inherentes a la protección complementaria de la que son sujetos titulares. En particular,

la ley contempla la posibilidad de "solicitar la presencia inmediata de los padres o responsables a partir de su aprehensión o detención y en cualquier etapa del procedimiento" (inc. g); y "que sus padres, responsables o personas con quien el niño, niña y adolescente tenga trato afectivo, sean informados de inmediato y en un plazo máximo de una hora, en caso de aprehensión o detención, del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, tribunal y organismo de prevención intervinientes" (inc. h).

La ley, en su artículo 33 define el Sistema de Protección Integral de Derechos, como un "...conjunto de medidas, mecanismos y procedimientos articulados, entre la familia, la comunidad y el Estado, tendientes a garantizar la efectividad del goce y ejercicio de los derechos del niño, niña y adolescente, reconociendo a la familia como primordial operador en la defensa, promoción y protección de tales derechos".

En el artículo 38 se aclara que "cuando la violación, amenaza o restricción de derechos se produzca como consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar consisten en los planes, programas y proyectos sociales establecidos por las políticas públicas, que deben brindar orientación, ayuda y apoyo, incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del desarrollo integral del niño, niña y adolescente". Esta norma apunta a la desjudicialización de la pobreza.

Resulta interesante la solución prevista en el artículo 42 para los casos de maltrato por parte de los padres o responsables del niño. Allí se establece que una vez verificada la situación de abuso psíquico o físico, el juez podrá excluir de la vivienda común al agresor.

El artículo 67 prevé la creación del Fuero de Niños, Niñas, Adolescentes y la Familia, integrado por cámaras de apelaciones en lo civil y comercial; juzgados de familia; consejeros de familia; tribunales penales de niños, niñas y adolescentes; jueces penales de garantías de niños, niñas y adolescentes y Ministerio Público.

El artículo 69 dispone que la defensa técnica de los niños "en todas las causas judiciales en que se adopten decisiones que los afecten, será ejercida por los defensores oficiales con las atribuciones acordadas por la normativa legal vigente y las que se establecen en esta ley".

La ley, con el fin de preservar la intimidad del niño, dispone con carácter general el secreto de las actuaciones. No obstante, plantea como excepción los casos en que el niño y su defensa técnica autoricen expresamente la difusión, en cuyo caso primará el principio de publicidad.

En materia penal, la ley prevé la actuación de un juez penal de garantías, "competente para ejercer el control de legalidad y legitimidad de la

investigación dirigida por el agente fiscal, de los hechos calificados por la ley como delitos atribuidos a niños, niñas o adolescentes, respecto de los cuales el agente fiscal haya promovido la correspondiente acción penal, aunque aquellos hubiesen alcanzado la edad de dieciocho años al tiempo de iniciación del proceso" (art. 89).

El artículo 90 se refiere al Tribunal Penal de Niños, competente para juzgar los hechos calificados por la ley como delitos cometidos por adolescentes punibles. También corresponde al tribunal resolver los recursos interpuestos contra resoluciones del juez penal de garantías de niños.

Las detenciones deben estar ordenadas y fundadas por un juez penal de garantías de niños, salvo los casos de flagrancia y cuando el niño, niña o adolescente se hubiere fugado, estando legalmente detenido (arts. 93 y ss.). A partir de la detención, el juez tendrá un plazo perentorio de 24 horas para resolver respecto de la restricción o no de la libertad del niño (art. 96). En cuanto al procedimiento penal, la ley dispone una etapa preliminar (instrucción) regulada en los artículos 97 a 110. Durante dicho período, han sido previstas medidas de coerción personal, con idénticos fines a los previstos en el proceso de adultos, esto es, llevar adelante el proceso sin riesgo de que el imputado entorpezca la investigación o desaparezca (art. 107). En todos los casos (incluida la prisión preventiva), el juez fijará la duración máxima de las medidas a adoptar que no deberán exceder de tres meses. No obstante, la ley permite la prórroga mediante decisión fundada y dictamen previo del Ministerio Fiscal. Las normas aplicables al debate, básicamente, serán las mismas que ordenan el proceso penal de adultos. Ésta es la regla general, aunque regirá siempre y cuando dichas normas no se opusieren a la ley especial (art. 116). Para el caso de delitos cometidos por niños o adolescentes inimputables, el artículo 120 aclara que gozarán de todas las garantías establecidas en el artículo 31 de la ley.

2.3 Síntesis del panorama legislativo nacional y provincial

Como queda expuesto en los puntos anteriores, la República Argentina se encuentra en una situación curiosa desde el punto de vista del proceso de adecuación de su derecho interno (federal y provincial). A nivel federal, la reforma legal sigue siendo una asignatura pendiente; no obstante, por primera vez obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley de protección integral de los derechos del niño que, de ser aprobado con los ajustes necesarios, podría tener un efecto pedagógico y político considerable en la urgente reformulación de las políticas públicas de infancia a nivel nacional requerida tanto por la crisis cuanto por el futuro.

A nivel provincial ha habido avances muy significativos. Casi un tercio de las provincias argentinas han modificado sus leyes con mayor o menor éxito de acuerdo con los mejores estándares internacionales en materia de derechos humanos de la infancia. El impacto de estas reformas se percibe más en lograr la desjudicialización de situaciones vinculadas con la ausencia o ineficacia de políticas sociales dirigidas a paliar los efectos devastadores de la pobreza y en brindar garantías procesales y sustantivas a los niños y adolescentes que tienen alguna clase de contacto con el sistema de justicia (presencia de abogados defensores, recursos, uso mínimo de la privación de libertad, reclamos por la vía de amparos, efectividad del derecho a ser oído, no separación del núcleo familiar salvo en casos extremos, etc.), que en una reconversión institucional efectiva, dirigida a transformar sustancialmente las históricas políticas tutelares asistencialistas y filantrópicas en políticas públicas universales o específicas, planteadas desde un enfoque de promoción de la ciudadanía plena de la infancia.

Finalmente, la relación entre reforma a nivel federal y provincial es clara. El caso de la aplicación de penas a prisión o reclusión perpetua a menores de 18 años de edad —que se comenta más abajo— constituye un ejemplo brutal de algo que sólo puede ser modificado por una ley emanada por el Congreso de la República: un régimen especial para adolescentes infractores de la ley penal compatible con los más modernos estándares internacionales que acompañe el proceso en el que ya están involucrados prácticamente todos los países latinoamericanos. Estrictamente, una ley federal tendría impacto directo en este último punto (justicia juvenil) y, probablemente, apuraría reformas legales e institucionales estancadas en algunas provincias.

La construcción de una nueva condición jurídica de la infancia en el país requiere una revisión completa de los sistemas legales federal, provincial y municipal —y, en las esferas de la competencia de cada uno de esos sistemas, en las materias civil, penal, comercial, administrativa, laboral, procesal— para concretar los compromisos internacionales asumidos por el país.

3. Aplicación de sentencias de condena a prisión o reclusión perpetua a personas entre 16 y 18 años no cumplidos

Como se señaló en la Introducción de este capítulo, la cuestión de aplicar el sistema penal de adultos a quienes son declarados penalmente responsables de haber cometido delitos entre los 16 y los 18 años no cumplidos se relaciona con la falta de adecuación legal de la justicia juvenil a la

CDN. En tal sentido, los debates parlamentarios se dan en contextos poco propicios para aprobar una ley razonable.

En los últimos tiempos el debate público en materia de seguridad ciudadana ha girado en torno de la delincuencia juvenil, el supuesto aumento de los delitos cometidos por personas menores de 18 años y el incremento de la violencia en dichos hechos. En ese contexto, diversas voces se han alzado a favor del recrudescimiento de las penas contra los adolescentes infractores de la ley penal, en tanto otras voces reaccionan defendiendo —en algunos casos críticamente pero defendiendo al fin— la “bondad” del sistema tutelar vigente, al que no consideran un sistema “penal”.

Esto generó históricamente una situación bastante paradójica. El sistema penal especial vigente para la franja de adolescentes que cometieran delito entre los 16 y los 18 años no cumplidos compartió durante décadas lo peor de dos mundos: la discrecionalidad absoluta del sistema tutelar y la dureza absoluta del sistema penal de adultos. En palabras sencillas, la consecuencia de que un adolescente sea declarado responsable de haber cometido un delito³⁸ podía —y puede, como veremos— ir desde su “absolución” hasta la aplicación de la pena más grave prevista por el orden penal argentino, en función, fundamentalmente, de sus condiciones personales.³⁹

El sistema tutelar históricamente rechazó la posibilidad de aplicar penas a adolescentes incluidos en esta franja etaria. Un fallo de la Corte Suprema de Justicia del 26 de noviembre de 1943, “Tito A. Palacios”, resulta ilustrativo al respecto: “Si bien la pena aplicable al autor de los delitos de homicidio con alevosía y de abuso de arma de fuego en concurso ideal con el de atentado a la autoridad, sería la de prisión perpetua, corresponde graduarla en quince años de prisión teniendo en cuenta la edad del autor en la fecha de los delitos —17 años— y lo dispuesto en los artículos 37, inciso b) y 44 del Código Penal”.⁴⁰

Hasta hace poco tiempo, la jurisprudencia demostraba que los jueces de menores prefieren extender las facultades discrecionales de disposición del joven hasta los 21 años antes que resolver su situación procesal y decidir aplicarle una pena como adulto. Esta concepción paternalista ha sido dominante durante décadas y se ha visto alterada por la aplicación de penas muy graves a adolescentes en los últimos años.

³⁸ Excluidos los de acción privada y los reprimidos con pena de multa, inhabilitación o prisión hasta dos años (cf. art. 1, ley 22.278).

³⁹ Cf. art. 4, ley 22.278/22.803.

⁴⁰ Es interesante que se haya reducido la prisión perpetua a 15 años, que es el máximo de pena privativa de libertad que admite para esa franja etaria el sistema más severo de justicia juvenil latinoamericano, el costarricense; y que esta pena coincida con la propuesta por la jueza Fellini en su auspiciosa disidencia en el voto a prisión perpetua de su tribunal que se comenta más adelante.

Alguien podría argumentar que esto es una reacción previsible frente a las demandas de “mano dura” mencionadas más arriba; no obstante, llama la atención que durante décadas el sistema tutelar no cedió a estas presiones y confiaba “paternalmente” en el programa resocializador estatal para menores delincuentes. Curiosamente, se verifica que los casos en los que se aplicaba pena como adultos a adolescentes que habían cometido delitos cuando se encontraban entre los 16 y los 18 años no cumplidos eran casos de unificación de penas por parte de un juzgado penal de adultos. En otras palabras, habiendo ya fracasado el programa resocializador minoril —fracaso cuya expresión es la nueva comisión de un delito—, se decidía aplicar directamente la pena y unificarla con la que corresponde por el nuevo hecho.

La aplicación de condenas de prisión y reclusión perpetuas, algunas de las cuales han tomado estado público y han sido materia de un reducido debate, es la expresión más dramática de la renuncia al ideario tutelar. Un sistema que se considera especial, no penal pero que, en algunos casos, recurre a la forma más terrible de castigo estatal en nuestra cultura jurídica para menores de edad.

Diversas razones explican que la información que se presenta, sobre todo desde el punto de vista cuantitativo, tenga un carácter exploratorio y no permita categóricamente afirmar en qué medida se recurre a esta pena ni desde cuándo:

- La dificultad de acceso a la jurisprudencia en materia de menores de tribunales inferiores o superiores nacionales o provinciales;
- La circunstancia arriba apuntada de la aplicación de penas únicas que incluyen penas por hechos cometidos siendo menores de 18 años; y
- La inexistencia de una instancia que sistematice y concentre la jurisprudencia de los tribunales de menores.

El problema que subyace a la aplicación de estas severísimas sanciones a jóvenes es complejo. No se trata solamente de un endurecimiento en el ámbito penal de las prácticas judiciales en este último tiempo sino también de la permanencia de un sistema normativo e institucional caduco e igualmente violatorio de los derechos y garantías de todas las personas menores de edad sometidas a él, con independencia de que formalmente se aplique “pena” o no, sólo pena informal bajo el nombre de “medida de tratamiento”.

En lo que sigue se da cuenta de este fenómeno de aplicación por órganos jurisdiccionales de sanciones de prisión y reclusión perpetuas a personas entre 16 y 18 años de edad al momento de la comisión del delito que, en resumen: a) puede ser interpretado como parte del endurecimiento ge-

neral del sistema penal ya que, reiteramos, estos adolescentes son condenados como adultos; b) no parece un caso aislado ya que se ha repetido en los últimos tiempos; c) y se ha trasladado a diversas jurisdicciones del país.

3.1 Los casos

Existen algunos casos en los que los órganos jurisdiccionales de la Argentina han aplicado prisión o reclusión perpetua a personas que tenían entre 16 y 18 años no cumplidos al momento de cometer el hecho, relativamente recientes.

Con el fin de graficar la incidencia de este fenómeno en el ámbito judicial, y sin afán de exhaustividad, relataremos diversos casos y sus características, según orden cronológico y jurisdicción.

3.1.1 Caso "S., M. A.",⁴¹ ciudad de Buenos Aires

El caso "S., M. A." fue resuelto en el año 1997 por el Tribunal Oral de Menores (en adelante TOM) N° 3, con asiento en la ciudad de Buenos Aires. En este caso se condenó a la pena de prisión perpetua a un joven menor de 18 años al momento del hecho, por el delito de homicidio *criminiis causae* en concurso real con robo calificado.

Esta resolución, sin embargo, fue anulada por la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP)⁴² máximo tribunal para el ámbito nacional en materia penal por infracción a normas procesales, por lo que en esta ocasión devino abstracto el planteo de la legitimidad de la pena aplicada.

3.1.2 Caso "N, C. D. y M., L. M.",⁴³ ciudad de Buenos Aires

En 1999, en un caso resuelto por el TOM N° 1, se condenó a la pena de reclusión perpetua a C. D. N. y a L. M. M., los que al momento de la comisión de los hechos imputados⁴⁴ eran menores de 18 años. Frente a tal

⁴¹ Con el fin de preservar el derecho a la intimidad de las personas menores de edad condenadas, los fallos hallados sólo registran las siglas de los nombres de estas personas, y no su forma completa. Sin embargo, se torna preciso aclarar que más allá de toda "protección" argumentada por los tribunales, por estricta aplicación del Régimen Penal de la Minoridad, estas personas menores de edad han sufrido la aplicación de una sanción igual a la de una persona mayor de edad.

⁴² Cf. CNCP, Sala IV, causa 915, registro 1465, rta. 09/09/98.

⁴³ Cf. CNCP, Sala II, rta. 04/04/00.

⁴⁴ Al primero se lo condenó como coautor de los delitos de homicidio calificado reiterado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos de ellos en grado de tentativa, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita, en concurso real; y al segundo como coautor de los delitos de homicidio

decisión la defensa técnica de los adolescentes interpuso recursos de casación e inconstitucionalidad. Los condenados se agravieron, en primer lugar, por la negativa del tribunal a aplicar la reducción prevista por el artículo 4 de la ley 22.278⁴⁵ y a prorrogar la decisión acerca de la imposición de la pena hasta la mayoría de edad de los condenados. En segundo lugar, se cuestionó la decisión en cuanto la pena aplicada violaba el principio de proporcionalidad.

En 2000, la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), se expidió al respecto. Frente al primer planteo, la Sala II⁴⁶ afirmó que tanto la reducción de la pena como la prórroga solicitadas resultaban ser facultades discrecionales del tribunal sentenciante y que en la decisión cuestionada no se vislumbraban vestigios de arbitrariedad por falta de motivación que justificaran la admisión de la vía casatoria. Respecto del segundo agravio, la CNCP sostuvo, con cita en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), que la pena impuesta resulta perfectamente proporcionada “no sólo a las circunstancias y a la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidad del menor, así como a las necesidades de la sociedad”. En su voto el juez Pedro David afirmó que “la Justicia de Menores tuvo previa intervención en el caso que se juzga y la eficacia de tal intervención a todas luces fue inadecuada atento la grave carrera delictiva del encausado posterior a las medidas dispuestas cuando se encontraban dentro del régimen de las leyes 10.903 y 22.278”.

Se concluyó finalmente que “la imposición de la pena privativa de la libertad devino necesaria y como último recurso”.⁴⁷

calificado reiterado en dos oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, uno de ellos en grado de tentativa, asociación ilícita y tenencia ilegítima de arma de guerra, en concurso real.

⁴⁵ La disposición de mención prescribe que: “Art. 4.- La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2 estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil, conforme a las normas procesales; 2) que haya cumplido dieciocho años de edad; 3) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2”.

⁴⁶ Cf., CNCP, Sala II, “N., D. y otro s/recurso de casación”, causa 2209, registro 3173, rta. 4/4/00, y “N., D. y otro s/recurso de inconstitucionalidad”, causa 2210, registro 3174, rta. 4/4/00.

⁴⁷ Cf., CNCP, Sala II, “N., D. y otro s/recurso de casación”, causa 2209, registro 3173, rta. 4/4/00.

Por otra parte, se planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista por el artículo 80 del Código Penal (CP), en tanto es contraria a las disposiciones de varios de los tratados de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional y que proscriben la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Pero además, según el planteo de la defensa, su imposición también se encontraría en pugna con el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño —también con jerarquía constitucional—, cuyo inciso a) dispone “[n]o se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”.

Lo más grave de este precedente en términos de respeto de los derechos de las personas menores de edad, es que a tal cuestión la CNCP respondió afirmando la constitucionalidad y concordancia con la CDN de la pena de perpetuidad para las personas menores de edad bajo el argumento de que en primer lugar las penas privativas de la libertad y su duración no forman parte del catálogo proscripto por los pactos internacionales, en tanto constituyen consecuencias de sanciones legítimas. Respecto del segundo planteo, sostuvo que la expresión “excarcelación” debía asimilarse a la libertad condicional, prevista por el CP y que posibilita que los condenados a cadena perpetua obtengan libertad, después de cumplidos veinte años de condena y habiendo observado con regularidad los reglamentos carcelarios (Cf. art. 13, CP).⁴⁸

Posteriormente, contra este fallo de la CNCP la defensa interpuso recurso extraordinario y queja por denegación que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por entender que el fallo del TOM y su confirmación por la CNCP eran violatorios de la CDN, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y otras normas internacionales, la defensa oficial en el año 2002 presentó una denuncia contra el Estado argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los principales argumentos esgrimidos por los peticionarios se centran en el reproche al Estado argentino, que a través de su Poder Judicial en el caso en análisis podría haber hecho uso de las facultades potestativas que le otorgan las normas del Régimen Penal de la Minoridad para absolver o reducir la pena a la persona menor de edad, y que al no hacerlo ha violado los instrumentos mencionados, además de que no se ha incluido en esta oportunidad la denuncia de los aspectos inconstitucionales e incongruentes de esa misma normativa.

Hasta el presente, la admisibilidad de la denuncia no ha sido resuelta.

⁴⁸ Cf., CNCP, Sala II, “N., D. y otro s/recurso de inconstitucionalidad”, causa 2210, registro 3174, rta. 4/4/00.

3.1.3 Caso "N, J. M. y otros",⁴⁹ provincia de Catamarca

En el año 1999, en la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca,⁵⁰ se confirmó una sentencia que condenó con la pena de reclusión perpetua más accesorias legales a los dos imputados, uno de ellos menor de 18 años al momento del hecho.⁵¹ Allí, el tribunal descartó para el condenado menor de edad la aplicación de la potestad conferida al órgano judicial en el artículo 4 de la ley 22.278, y afirmó que "tampoco resulta de recibo lo normado en el art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño solicitada por la Asesora de Menores, por cuanto se desprende diáfananamente que el beneficio allí contemplado es para menores de dieciséis años que cometan delitos, siendo que, en el *sub lite*, el imputado tenía diecisiete años en la fecha de comisión de los hechos".

Más allá de que en el caso de J. M. N. no se haya tenido presente el artículo 1 de la CDN que define a los sujetos cuyos derechos se hayan protegidos en dicho tratado —como son las personas menores de 18 años de edad— lo cierto es que un obstáculo importante a la plena aplicación por los órganos jurisdiccionales de la CDN es que la legislación vigente en régimen penal para las personas menores de edad permite desde los 16 años la posibilidad de ser pasibles de sanciones iguales a las existentes para los adultos, tal como se explicó en la introducción.

El 7 de julio de 2000, la Corte Suprema de Justicia de Catamarca revocó la condena reduciéndola a reclusión por 25 años.

3.1.4 Caso "A., G. A. y M., C. A.",⁵² ciudad de Buenos Aires

En 1999, el TOM. N° 1 se expidió con similares argumentos al caso "N., C. D. y M., L. M." en el caso "A., G. A. y M., C. A."⁵³ Los imputados en la causa fueron condenados a reclusión y prisión perpetua, respectivamente; sin embargo, sólo uno de ellos era menor de 18 años al momento de los hechos.⁵⁴ Los recursos interpuestos de casación e inconstitucionalidad

⁴⁹ Rta. 4/10/99.

⁵⁰ Cf. Cámara Penal Primera Nominación, San Fernando del Valle de Catamarca, Catamarca, "N., J. M. y F. G. S. s/homicidio triplemente calificado", rta. 04/10/1999.

⁵¹ Los hechos que se les imputaron fueron homicidio triplemente calificado y robo agravado por el uso de armas, en despoblado y en banda.

⁵² Cf. CNCP, Sala II, causa 2557, rta. 23/6/00.

⁵³ Cf., TOM N° 1, causa 1048, rta. 28/10/99.

⁵⁴ Un argumento interesante que introduce la defensa de M. es que los jueces del TOM deberían haber aplicado la reducción de la pena prevista por el artículo 4, citado, ya que el monto resultante sería el "período más breve" ordenado por la CDN.

fueron rechazados por los mismos argumentos ya reseñados en el caso mencionado y por la misma sala.⁵⁵

3.1.5 Casos "R. C., S. C.",⁵⁶ "A., D. D."⁵⁷ y "V. F., R. o D.",⁵⁸ provincia de Mendoza

En la provincia de Mendoza, en el año 2002 se ha tenido noticia de la aplicación de tres sentencias de prisión y reclusión perpetuas a personas menores de edad.

En la causa seguida contra A., el Tribunal en lo Penal de Menores de la provincia de Mendoza⁵⁹ condenó al adolescente a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio agravado. Para fundar la aplicación de esta sanción, "sin ser merecedor de la reducción de pena que la ley autoriza en la forma prevista para la tentativa", los jueces consideraron la gravedad del hecho y las circunstancias personales del joven. Respecto a este punto, se basaron en las consideraciones de los informes periciales que observaron:

"Se trata de una personalidad anormal, con elevados rasgos de impulsividad, baja tolerancia a la frustración, falta de disposición para respetar los límites del medio externo, con un manejo omnipotente y opositor de sus conductas que le impiden mantener una comunicación correcta con el medio" [...] "Es introvertido, manejador, irritable y desconfiado. Oculta sus contenidos internos, maneja de forma ganancial la información, proyectando las responsabilidades en los otros y evadiendo todo compromiso" [...] "Afectivamente es inmadu-

⁵⁵ Cf., CNCP, Sala II, "A., G. A. y otro s/recurso de casación e inconstitucionalidad", causa 2557, registro 3330, rta. 23/6/00.

⁵⁶ Cf., Tribunal en lo Penal de Menores, "R. C., S. C. p/homicidio agravado en concurso real con robo agravado", expediente 005/00, rta. 8/3/02.

⁵⁷ Cf., TPM, "A., D. D. p/homicidio agravado", expediente 0104/01, rta. 26/7/02.

⁵⁸ Cf., TPM, "V. F., R. D. p/homicidio agravado y acumulados", expedientes 109/110/111/112/113/116/117/120/121/02, rta. 5/12/02. Respecto de esta última decisión, la defensa técnica del imputado interpuso recurso de casación que fue desestimado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Cf., Suprema Corte de Justicia de Mendoza, "F. c/V. F., R. D. p/homicidio agravado s/casación", expediente 76.063, rta. 24/4/03.

⁵⁹ Como antecedente, se puede citar que en otro caso anterior (causa "R. p/homicidio agravado en concurso real con robo agravado", expediente 10005, rta. 6/11/00), este mismo Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza declaró responsable penalmente al joven "R" como autor de los delitos de homicidio agravado en concurso real con robo agravado. Sin embargo, a pesar de que el joven se encontraba privado de su libertad en una penitenciaría provincial, la resolución sobre la aplicación efectiva de dicha pena fue prorrogada y subordinada a los resultados del tratamiento tutelar que contempla el artículo 4 de la ley 22.278.

ro, se observa elevada frialdad, sin repercusión afectiva en las situaciones que le exigen un compromiso" [...] "No logra un intercambio correcto con los demás, ya que sus manejos son egocéntricos y narcisitos con el interés centrado en sí mismo y en la satisfacción que pueda lograr" [...] "Sus controles de la impulsividad no funcionan de manera conveniente por falta de disposición personal para ello, siendo sus respuestas agresivas, hostiles y desbordadas que implican un riesgo para los demás".⁶⁰

Frente a este panorama, los jueces concluyeron que el condenado resultaba un peligro para sus semejantes. Asimismo, se consideraron para decidir la imposición de la pena a perpetuidad los antecedentes del joven, dentro de los que se incluyeron las reiteradas fugas de la dependencia donde se encontraba alojado, su comportamiento regular dentro de la penitenciaría provincial "establecimiento en el que... no realiza ningún trabajo u otra actividad"; de este modo se resolvió que el tratamiento tutelar no había arrojado resultados positivos "sino todo lo contrario".⁶¹

Un dato interesante en otro caso, el de R. C., es que el fiscal solicitó en su acusación la pena de veinte años de prisión y se opuso a la aplicación de la pena perpetua; sin embargo, el tribunal condenó al imputado por sobre la petición del acusador.

3.1.6 Caso "S., F. A.", ciudad de Buenos Aires

También en el año 2002, el TOM N° 2⁶² declaró penalmente responsable a un adolescente por delitos que cometió cuando contaba con menos de 18 años de edad. Luego de tres años de tratamiento tutelar, se le aplicó en esta oportunidad la "sanción de prisión perpetua y accesorias legales, que resultará adecuada a los fines de las prevenciones general y especial" (voto de la mayoría). La defensa en el debate se había opuesto a este pedido de aplicación de pena por el representante del Ministerio Público Fiscal, mas el tribunal consideró suyos los argumentos vertidos en el fallo de la CNCP, Sala II, caso "N., C. D. y M., L. M." anteriormente mencionados.

Cabe destacar que la jueza Zulita Fellini votó en disidencia y se opuso a la aplicación en el caso de la sanción de prisión perpetua. El argumento desarrollado fue que se debía compatibilizar el mandato de la CDN so-

⁶⁰ Cf., TPM, "A., D. D. p/homicidio agravado", expediente 10104/01, rta. 03/7/02.

⁶¹ Cf., TPM, "A., D. D. p/homicidio agravado", expediente 10104/01, rta. 03/7/02.

⁶² Cf., TOM N° 2, "S., F. A.", causa 1805 y 1772, rta. 11/12/2002.

bre “menor duración posible” de la pena privativa de la libertad con las facultades discrecionales que la ley vigente otorga al juez de menores para reducir la sanción a imponer. Por ello, su voto propugnó la no aplicación de la sanción de prisión perpetua y en cambio la aplicación de una sanción de 15 años de prisión.⁶³

Al momento, esta decisión aún no se encuentra firme.

3.1.7 Caso “M., D. E. s/robo agravado por su comisión mediante el uso de armas en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad”, ciudad de Buenos Aires

En este caso, también decidido por el TOM N° 2,⁶⁴ el tribunal no hizo lugar a la pretensión fiscal respecto de la aplicación de la pena de prisión a perpetuidad. Al respecto, el fiscal había planteado que, debido al fracaso del tratamiento tutelar aunado a la naturaleza y consecuencia del hecho y de los antecedentes personales, el adolescente no se hacía merecedor de los beneficios del artículo 4 de la ley 22.278.

El tribunal justificó la aplicación del beneficio de reducción de la pena prescripto por dicha norma en la minoridad del imputado al momento del hecho y en su buen comportamiento durante el tratamiento tutelar. Por otra parte, respecto de la graduación de la pena a aplicar tomó en cuenta la minoridad del imputado. Finalmente, estableció su monto en 14 años de prisión.

Sin embargo, al momento de resolver la impugnación del Ministerio Fiscal, la CNCP entendió que no correspondía la aplicación de dicho beneficio.⁶⁵ Entre los argumentos esbozados, se afirmó que la consideración de la minoridad del imputado “carece de relevancia para discernir la disminución de pena pues no es sino uno de los requisitos para la reducción, beneficio que no está previsto para los mayores. No es por tanto una razón suficiente que apuntale lo decidido”.⁶⁶ Por lo tanto se concluyó que la prisión perpetua es la sanción que “mejor se adecua al caso de conformidad con los arts. 40 y 41 del Código Penal”.⁶⁷

⁶³ Cf., TOM N° 2, “S., F. A.”, causa 1805 y 1772, rta. 11/12/02.

⁶⁴ Cf., TOM N° 2, “M., D. E. s/robo agravado por su comisión mediante el uso de armas en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad”, causa 1174, rta. 5/11/2002.

⁶⁵ Cf., CNCP, Sala I, “M., D. E. s/recurso de casación”, causa 4534, rta. 23/04/03.

⁶⁶ Cf., CNCP, Sala I, “M., D. E. s/recurso de casación”, causa 4534, rta. 23/04/03.

⁶⁷ Cf., CNCP, Sala I, “M., D. E. s/recurso de casación”, causa 4534, rta. 23/04/03.

3.1.8 Caso "M., A. J. y otros s/homicidio agravado en concurso real con robo agravado"

La Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial declaró la responsabilidad penal de A. J. M. por el delito de homicidio agravado en concurso real con robo agravado y difirió la decisión sobre la imposición de la pena.⁶⁸ Transcurrido el período fijado para pronunciarse sobre esta cuestión, el tribunal santacrucense decidió imponer al imputado la pena de prisión perpetua.⁶⁹

Cabe señalar que esta decisión se adoptó aun excediendo la pretensión del Ministerio Público, que había solicitado la aplicación del beneficio de reducción de la pena previsto por el artículo 4 de la ley 22.278. El voto de la mayoría descartó su aplicación afirmando que

"el artículo 4 de la Ley 22.278 no impone al tribunal la aplicación, en caso de menor autor del delito contenido en el artículo 80 C.P., la pena prevista para la tentativa, sino, que lo faculta, y, a nuestro modo de ver, la opción el juzgador la decidirá en base a las particulares circunstancias del caso, referidas, por supuesto, a la peligrosidad demostrada por el menor y el pronóstico de su rehabilitación social".⁷⁰

Por otra parte, señaló que

"[t]odos debemos apostar a que A. se rehabilite socialmente, por su bien, el de su familia y el de los restantes miembros de la sociedad, pues, la realidad se encarga de desmentir periódicamente la existencia de 'incurribles'. Estamos convencidos de la posibilidad del ser humano, aun en el caso de haber sido protagonista de hechos tan graves como el presente, de lograr su reinserción social. Sin embargo, este objetivo necesariamente ha de ser fruto de transitar un camino que demandará el esfuerzo conjunto de involucrados en su recuperación, a través de la aplicación de un método adecuado y cuya duración es imposible en esta etapa estimar".⁷¹

⁶⁸ Cf., Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, "M., A. J. y otros s/homicidio agravado en concurso real con robo agravado", causa 437/98, libro II, registro 100, folio 192/208, rta. 29/4/99.

⁶⁹ Cf., Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, "M., A. J. y otros s/homicidio agravado en concurso real con robo agravado", causa 437/98, libro II, registro 133, folio 179/186, rta. 23/9/99.

⁷⁰ Cf., Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, "M., A. J. y otros s/homicidio agravado en concurso real con robo agravado", causa 437/98, libro II, registro 133, folio 179/186, rta. 23/9/99.

⁷¹ Cf., Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, "M., A. J. y otros s/homicidio agravado en concurso real con robo agravado", causa 437/98, libro II, registro 133, folio 179/186, rta. 23/9/99.

Finalmente, desecharon las impugnaciones respecto de la inconstitucionalidad de la pena a perpetuidad contra personas menores de edad en tanto ésta, dentro del sistema normativo argentino, no implica la privación de la libertad de por vida. En efecto, según el voto de la mayoría, las diversas posibilidades de obtener la libertad luego de cumplido un determinado segmento temporal de la pena salvarían a tal sanción de los cuestionamientos constitucionales esbozados por la defensa técnica del imputado.⁷²

3.2 Comentarios a los casos

Las sentencias reseñadas han sido dictadas en el contexto de un sistema legal que, en principio, desarrolla un régimen especial para la situación de los adolescentes de entre 16 y 18 años de edad imputados de cometer delitos.⁷³ Este régimen legal especial tiene, por lo menos, dos problemas: 1) su inconstitucionalidad y 2) que permite la aplicación del sistema penal de adultos. En cuanto a la constitucionalidad de este sistema, pocos discuten ya que se aplican en el país normas inválidas (si bien no han sido formalmente declaradas como tales): las leyes denominadas “tutelares” se contraponen en varias de sus disposiciones a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y por los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a ella.

En cuanto al segundo punto, objeto de este capítulo, es claro que la aplicación de condenas de prisión o reclusión perpetua es autorizada por el Régimen Penal de la Minoridad (leyes 22.278/22.803). Ello en tanto —como lo ha aclarado la CNCP en el fallo que considera constitucional y no violatorio de la CDN la aplicación de pena perpetua a un adolescente— el artículo 4 sólo faculta al tribunal de juicio a no imponer la pena o reducirla en la forma prevista para la tentativa luego del cumplimiento de determinadas condiciones; condiciones que, por lo demás, como también se puede observar de la lectura de las transcripciones más arriba efectuadas de la sentencia del tribunal mendocino, resultan ser vagas, irrazonables y arbitrarias.

Tal decisión, que constituye una potestad discrecional del tribunal, se determina sobre la base de criterios como la impresión personal que

⁷² Cf., Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, “M., A. J. y otros s/homicidio agravado en concurso real con robo agravado”, causa 437/98, libro II, registro 133, folio 179/186, rta. 23/9/99.

⁷³ La norma se refiere sólo a los delitos de acción pública y de aquellos reprimidos con pena privativa de la libertad superior a los dos años (Cf. art. 1, *a contrario sensu*, ley 22.278, mod. por ley 22.803).

del condenado tengan los jueces. El carácter discrecional y arbitrario de la decisión que en consecuencia se adopte, a su vez, hace imposible su control por otros jueces. Por ello resultan cuestionables aquellos criterios que invocan precisamente dicha norma para impugnar a su vez la sanción a perpetuidad, pues aquélla autoriza su aplicación al introducir una facultad de los jueces, que como tal puede ser ejercida discrecionalmente, a reducir o no aplicar la pena que correspondería en el caso.

De lo expuesto se concluye que así como el tribunal de juicio puede entender que la pena de reclusión perpetua contra una persona menor de 18 años de edad es "innecesaria", también puede considerar que no lo es y por lo tanto disponer su ejecución efectiva, como lo han decidido los jueces en los precedentes citados.

Ahora bien, como se advirtió en párrafos anteriores, en el orden jurídico nacional rigen normas de jerarquía superior que prohíben la imposición de la pena de prisión a perpetuidad. Específicamente respecto de los niños y niñas, la CDN⁷⁴ prescribe en forma determinante que "No se impondrá pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad" (Cf. art. 37.a). A su vez, en el acápite siguiente la convención agrega que la privación de la libertad de un niño será dispuesta "tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

Frente a tan clara prohibición no es posible fundamentar jurídicamente la medida adoptada. La afirmación en punto a que la imposición de la pena en cuestión se adecuaría a la CDN en tanto la ley nacional prevé la posibilidad de obtener la libertad condicional no es óbice para cuestionar estas decisiones jurisdiccionales. Ello en tanto tal medida se encuentra "condicionada" por varios requisitos. A saber: haber cumplido veinte años de la condena, observar con regularidad los reglamentos carcelarios y además cumplir durante cinco años con las siguientes órdenes: residir en lugar determinado, cumplir con las medidas dispuestas por el juez en la resolución que dispone la libertad (incluida la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas), adoptar un oficio, profesión, etcétera, no cometer nuevos delitos y someterse a la tutela de un patronato designado por las autoridades competentes (Cf. artículo 13, CP).

Aquí cabe señalar que ya la pena de ejecución efectiva de veinte años resulta excesiva y contraria a los postulados de la CDN, que consagra el

⁷⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de septiembre de 1989. Aprobada por ley 23.849, del 27 de octubre de 1990.

principio de mínima intervención y afirma el carácter de *ultima ratio* de la pena privativa de la libertad. A este respecto, es poco probable que incluso esa cifra pueda entenderse en la vida de un adolescente como tiempo breve y, mucho menos aún, “el más breve posible”. Por otra parte, si de todas maneras se admitiera que la pena de veinte años de reclusión es compatible con la CDN, cabría señalar, además, que la libertad para el caso no se dispondría en forma automática sino que tal beneficio se concedería en tanto se cumpliera con las condiciones enumeradas en la norma penal.⁷⁵

Por otra parte, el artículo 40.1 establece que aquellas personas declaradas culpables de haber infringido las leyes penales deben ser tratadas “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la *importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una posición constructiva en la sociedad*” (la cursiva es propia). De esta norma se colige que el tratamiento del niño condenado debe ser el adecuado para posibilitar su reinserción, objetivo que evidentemente no persigue la pena a prisión o reclusión perpetua.

Más allá de los preceptos transcritos es importante señalar que del articulado de la CDN puede asimismo derivarse la prohibición de esta pena. De este modo, puede argumentarse razonablemente que si este instrumento internacional obliga a los Estados parte a “asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar” (art. 3.2), tal postulado no podrá cumplirse entre los muros de un establecimiento carcelario. De igual modo, no podrán garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6.2) en dicho ámbito. Por otra parte, el afianzamiento de las relaciones familiares (art. 8.1) será tan sólo una expresión de deseos en caso de que se disponga la prisión a perpetuidad de uno de sus integrantes. De la misma manera, los padres, responsables primordiales de asegurar un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños (art. 27 apartados 1 y 2), se encontrarán vedados para cumplir con dicho deber. Asimismo, puede vaticinarse que los niños privados de su libertad no gozarán del derecho a la educación (art. 29), a la salud (art. 24), al esparcimiento (art. 31). A ello se puede agregar, en vista del panorama carcelario argentino, que tampoco se garantizará el derecho a no sufrir abusos y explotaciones ni a la protección contra el uso de estupefacientes.

⁷⁵ Por lo demás resta señalar que el término utilizado por la CDN es “excrcelación”, instituto que en nuestro ordenamiento jurídico es viable durante el proceso, antes de la condena, y siempre que la libertad del imputado no implique la frustración de los fines del proceso.

4. Conclusión

Las sentencias comentadas en este capítulo contribuyen a llenar de niños las cárceles de adultos, en violación a normas de jerarquía constitucional.

Por otro lado, las leyes tutelares que permiten el encierro con fines de "protección", siguen teniendo un protagonismo inaceptable en las políticas hacia la infancia. Así, durante el 2002 aumentó el número de niños encerrados respecto del año anterior. Según datos del Centro de Operaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, las personas menores de edad detenidas por estar en conflicto con la ley penal pasaron de 14.839 en 2001 a 16.355 en 2002. Estos números sólo reflejan una parte menor del problema, ya que la gran mayoría de los niños encerrados no lo están por tener problemas penales sino asistenciales:⁷⁶ en la Justicia, por cada niño con problemas penales hay otros dos con expedientes abiertos por razones asistenciales, esto es, abandono, mala conducta o desamparo.⁷⁷

Basándose en la vieja Ley de Patronato, en oposición a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, muchos jueces —y también policías— actúan según la idea de que se puede proteger a los niños, niñas y adolescentes privándolos de su libertad.⁷⁸ La confusión radica en pensar que se pueden defender los derechos de los niños partiendo de su violación. La privación de libertad nunca puede pensarse como un mal menor aceptable en pos de garantizar otros derechos. El encierro no es un método válido para ningún fin superior, ni puede ser considerado un medio admisible para resolver otras cuestiones.

Seguir sosteniendo que el sistema tutelar no es un sistema penal, a la luz de estas decisiones, leyes y prácticas, evoca la metáfora de los eclesiásticos renacentistas que no podían ver lo evidente.

⁷⁶ En 2002, Silvia Guemureman, investigadora del Programa de Estudios sobre el Control Social del Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Universidad de Buenos Aires, presentó un trabajo que analiza las causas por las que llegaron niños a los Tribunales de Menores de la provincia de Buenos Aires, entre 1990 y 2000. Los números para el año 2000 indicaron que "los menores involucrados en delitos fueron 31.517, mientras que el resto (víctimas de delitos y 'asistenciales') sumaron 59.891", casi el doble.

⁷⁷ "Debaten dos proyectos para juzgar a chicos de 14 años", *Clarín*, 04/09/02.

⁷⁸ De todas formas, no sólo se encierra a los niños pensando erróneamente en su protección, sino que algunos funcionarios sostienen que deben ser encerrados con fines de castigo (concepto que la Constitución Nacional prohíbe aun para los adultos, en su artículo 18). El comisario inspector Alberto Cánepa, titular de la Jefatura Departamental de San Isidro, opinó que "el menor tiene que cumplir la pena como un mayor: que su familia sufra por tener a ese chico preso y que el chico preso sufra por estarlo". Cánepa está siendo cuestionado por denuncias de asesinatos sistemáticos por parte de la policía a chicos en San Isidro, conocidos como "escuadrones de la muerte".

Frente a estas sentencias, las nuevas leyes provinciales proponen mecanismos de exigibilidad, rediseños institucionales y pleno respeto de *todos* los derechos fundamentales de *todos* los niños, hasta los 18 años. Estas leyes no pueden modificar la ley penal vigente, que permite condenar como adultos a niños. El Congreso de la Nación tiene la palabra.