



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE DOCTORADO

TÍTULO DEL TRABAJO

**DERECHO PENAL ESPECÍFICO
PARA PERSONAS MENORES DE EDAD**

Sistematización desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Nombre del Tesista: Osio, Alejandro Javier
Nombre del Director: Aguirre, Eduardo Luis

Lugar y año de presentación
Mendoza, 2023

ÍNDICE

Dedicatorias y agradecimientos	5
Introducción	6
Capítulo I. Derecho convencionalizado y constitucionalizado. La raíz	8
Desfragmentación propia de los derechos humanos. 3 ejes transversales y específicos	14
Efectivizar el Interés superior del niño	18
Derecho a ser oído y presenciar todos los actos	27
Garantizar el Derecho al mejor derecho	34
Capítulo II. En el fondo hay un Modelo de Estado	37
El piso más un plus	43
Capítulo III. Derecho penal humano y convencionalidad	49
A propósito del control de convencionalidad	54
Derecho penal máximo para un poder punitivo mínimo	60
Desmitificación	62
Capítulo IV. Derecho Penal Diverso. Predominantemente Reparador y Restaurativo	71
Capítulo V. Derecho Penal sustancial o de fondo	86
Principio de legalidad	86
Principio de lesividad	93
Manifestaciones específicas del principio de lesividad. Lesividad y riesgo en la especialidad.	97
Principio de culpabilidad. Manifestaciones específicas del principio de culpabilidad. Derecho Penal de Actor	108
Capítulo VI. El punto de partida y centro neurálgico del estudio: la onticidad de la persona humana en desarrollo progresivo	113
Autonomía	119
¿Qué significa que sea específico?	122
Capítulo VII. Deconstruir el Paradigma Adulto céntrico	124
Caracteres Estructurales del Derecho Penal Específico para Personas Menores de Edad	125
Autónomo (autonomía no es independencia)	125
Interdependiente	127
Completo	128
Exclusivo	129

Sistemático	129
Especializado	130
Situado	132
Capítulo VIII. Efectos en materia de Teoría del Delito	134
Acción	134
Tipicidad	137
Antijuridicidad	141
Culpabilidad	148
Punibilidad	147
Punibilidad y Edad Mínima de responsabilidad Penal	158
Edad de Punibilidad y Federalismo	164
Capítulo IX. Teoría de la Responsabilidad Punitiva. Necesidad de una categoría autónoma de Responsabilidad Penal Específica	180
Desmitificación de la pena privativa de libertad	180
Responsabilidad Penal Específica	185
Capítulo X. Interdisciplinariedad específica. Derecho Procesal Penal	193
Interdisciplinariedad	193
Derecho Procesal Penal: el famoso plus	194
Garantías del Debido Proceso Penal adulto céntrico: el piso	195
Tribunal independiente e imparcial	199
Defensa en juicio	201
Derecho al recurso (doble conforme)	206
Libertad durante el proceso	212
Reglas del debido proceso	219
Acusación	219
Sentencia fundada	220
Estado de inocencia y autoincriminación	225
Principios del Debido Proceso Penal Específico para Personas Menores de Edad: el plus	230
Especialidad	235
Excepcionalidad	241
Brevedad	244
Diversidad	246
Flexibilidad	247

Pedagógico o Educativo (educación en la responsabilidad)	248
Reinserción social ampliada	251
Revisión periódica	253
Asequibilidad	256
Corresponsabilidad	258
Necesidad de la Sanción Penal	260
Algunas consecuencias. Exclusión del Juicio Abreviado	262
Puesta en crisis del Juicio de Flagrancia y del Juicio por Jurados	272
Necesidad de un Derecho de Ejecución Penal Específico	274
Conclusiones finales	281
Bibliografía	286

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS.

A mi hija Umma, a mi compañera de vida Mercedes y a mi hija del corazón Sofía, por el amor incondicional de siempre, el aguante, las ausencias, los largos períodos de estudio, análisis, trabajo, etcétera. Siempre ahí, junto a mí y yo con ellas, en todo este proceso.

A mi madre, padre y hermana/os por supuesto, por todo lo hecho para que pudiera comenzar y transitar la carrera que en esta oportunidad me lleva a una nueva aspiración.

A mi admirado Maestro y director de tesis en esta oportunidad, Eduardo Aguirre, por marcarme la senda desde siempre, por todo lo enseñado durante tantos años, y por el trabajo constante durante el desarrollo de las ideas de este trabajo (especialmente las más disruptivas) y para la elaboración del texto durante su producción y redacción final.

A mi querida Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa, y en especial a sus autoridades, por el apoyo constante, incluso económico, y por los espacios para el aprendizaje, la crítica, el análisis y, en fin, la generación de ámbitos propicios para que este trabajo fuera posible.

A personas que siempre estuvieron cerca para compartir ideas, realizar aportes, analizar mis posiciones, generar debates, en fin, sumar en todo lo atinente al derecho en el marco de la especialidad aquí escogida, entre ellas/os, en especial a Germán Martín Aimar, Rodrigo Morabito, Pablo Barbirotto y Martiniano Terragni; y en particular también a todas las personas que conforman el área de Infancias y Adolescencias de la Asociación Pensamiento Penal por sus aportes permanentes.

A mis amigas/os, compañeras/os de trabajo por supuesto también, y seguramente me quedan muchas personas por nombrar y que han sido parte importante en los años de trabajo que llevo en el ámbito del derecho penal, y especialmente en el derecho para NNyA, a todas/os ellas/os mi eterno agradecimiento.

Santa Rosa, La Pampa, febrero de 2023.

INTRODUCCIÓN.

Sin dudas es un desafío comenzar a esbozar una tesis para el abordaje de conflictos penales en que hubieren participado niñas, niños y/o adolescentes de manera más o menos violenta sin hablar de una respuesta hacia tales sucesos en clave de castigo, en concepto de pena de prisión, cárceles, reformatorios o institutos de menores, sin aludir a la posible –o no– resocialización, reeducación, recuperación, o re algo, pero también sin que el pensamiento invitara de inmediato a imaginar a interlocutores alarmados por ello, como lo ha dicho Maier (2010: p. 17): “...*la pena estatal aparece en el imaginario general como el remedio más natural para las enfermedades sociales*”. Como este trabajo no tiende hacia esa finalidad punitiva, necesitamos hacer algunos análisis preliminares.

Como primer marco conceptual diremos que es necesario tener en cuenta que la médula del presente estudio implica adecuar las bases conceptuales teóricas y normativas a la estructura lógico-objetiva u óptica-ontológica del fenómeno. Esto es al respeto de la onticidad propia del sujeto “Persona Menor de Edad”, que por cuestiones de nomenclatura normativa (en la CDN y en el CCyCN), mencionaremos también como “Niña/o y/o Adolescente (NNyA)” sobre el cual trataremos de sentar bases, establecer cimientos y sistematizar los ya construidos, de lo que denominaremos Derecho Penal Específico para Personas Menores de Edad o NNyA, y que pretendemos implique primero la revisión deconstructiva de toda la teoría penal: lo dogmático (teoría del derecho penal, teoría del delito, teoría de la pena o de la respuesta punitiva, función del derecho penal -vindicativo, punitivo, resocializador, reparador, restaurativo, restitutivo u otro-, y derecho de ejecución penal) y también en la relación interdisciplinaria recalaremos en lo procesal (derecho procesal penal incluyendo la etapa ejecutiva de las sanciones), cruzados de manera desfragmentada por la perspectiva de derechos humanos impuesta desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En fin, se tratará en este texto de aportar al derecho penal desde una epistemología infanto adolescente (o de las infancias y adolescencias, o de niñez y adolescencia, como quieran denominarla). Epistemología que parta desde sujetos de derechos que no han sido concebidos como tales en la racionalización cultural en general, del derecho en particular y del derecho penal en especial. Esa centralidad política de las personas menores de edad implicará la calificación de un Derecho Penal de Actor (ni de Acto ni de Autor) Niño céntrico (por oposición a lo adulto céntrico del derecho penal).

En este emprendimiento procuraremos enrolarnos en lo que se puede construir desde los mandatos internacionales para procurar una sistematización de la Dogmática Penal Específica del Derecho Penal Juvenil, como se conoce en el ámbito internacional, o Derecho Penal para Personas Menores de Edad -como prefiero llamar- desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que entendemos no sólo brinda las pautas y herramientas que nos permitirán definir las trazas fundamentales del sistema teórico y de derechos y garantías, sino -sobre todo- brinda una base sólida que puede delimitar el campo de actuación de esta especificidad para completar de contenido mínimo a cuatro ejes que consideramos fundamentales: el derecho penal humano; el derecho penal sustantivo o de fondo; el derecho adjetivo o procesal penal y el derecho de las respuestas penales o de ejecución penal. A su vez, todo ello desfragmentado y transversalizado por los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en lo jurídico normativo, y una multiplicidad de disciplinas en interrelación permanente, en lo disciplinar fáctico.

Derecho Penal Específico que, por anclarse en las características ontológicas del sujeto de derechos sobre el cual se aplica es de Actor (tiene especialmente en cuenta al sujeto y sus caracteres, pero en función de una conducta lesiva, no de lo que es en sí). Así también se asienta sobre la base normativa internacional para conceptualizar los contornos y contenidos, de modo que pueda ser herramienta universal, que -por supuesto luego cada Estado o Región de Estados puedan particularizar de manera situada a sus realidades y respecto de sus normas nacionales, estadales o provinciales y locales, pero cuya base epistemológica, ejes estructurantes, principios fundamentales y consecuencias sistemáticas constituyan una plataforma de especificidad sólida e ineludible, aunque, claro, modificable progresivamente, precisamente por encontrar su base en el DIDH, ámbito en el cual impera el principio de progresividad.

Como marco teórico partiremos de una postura crítica hacia la penalización de las conductas de NNyA cuyos abordajes se canalizan por la gestión punitiva de las problemáticas. Eminentemente criticaremos a la prisión como herramienta idónea para la formación subjetiva de las personas en sus etapas de desarrollo, haciendo algunas consideraciones desde la criminología crítica para permitir el avance hacia estadios conceptuales que permitan las posibilidades que brindan los mecanismos que admiten diversidad de respuestas, entre ellas las de justicia restaurativa, para los sistemas de responsabilidad penal juvenil, entendidos estos como parte integrante del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos de NNyA.

En suma, el fin del presente estudio será tratar de sistematizar los cimientos, bases y contenidos fundamentales del Derecho Penal Específico para NNyA con respeto por la onticidad de las personas a quienes resulta aplicable, conforme a las líneas trazadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Advertimos también, inicialmente, que sigue vigente la afirmación de Rafael Sajón quien en 1995 decía que no es fácil para quienes estudian el Derecho apreciar la imagen del “Derecho de Menores” como algo distinto al Derecho de Familia, al Derecho Penal, al Derecho del trabajo, etcétera¹, ya sea en lo sustantivo como en lo procesal. Sajón hablaba de una verdadera metamorfosis del derecho en el paso de lo tradicional a lo que él denominaba como tendencias innovadoras. Podríamos afirmar algo parecido en el paso del tutelarismo al proteccionismo integral de derechos, incluyendo al paso del Derecho Penal Adulto céntrico al Derecho Penal Específico para Personas Menores de Edad. En fin, no ha sido, no es y no será fácil la asimilación de la asunción epistemológica diferencial en el campo jurídico, pero es necesario avanzar en ella, y en torno a ello girará este trabajo.

¹ Sajón, Rafael (1995) *Derecho de Menores*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, p. 26.

CAPÍTULO I

DERECHO CONVENCIONALIZADO Y CONSTITUCIONALIZADO. LA RAÍZ

Como expondremos en un momento, la raíz del árbol genealógico del Derecho Penal Específico es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo cual como un necesario y esencial aspecto del objeto de análisis de este trabajo, debemos destacar el análisis convencional y constitucional, y aunque el análisis legal –nacional y provincial- sería necesario en este tema, será objetivo particular de futuros aportes pues su detalle excedería el marco del presente estudio.

Aclaremos ya inicialmente, y de una vez para siempre, que cuando nos referimos a persona menor de edad, lo hacemos conceptualmente en términos de diferenciación de la persona adulta, aludiendo a la misma sustancia, mismo sujeto, pero en diferente etapa vital y, por ende, con caracteres diferenciales; y en términos normativos, comprendiendo al sujeto “niño” del art. 1 de la CDN, esto es, la persona humana hasta los 18 años de edad, salvo que por la legislación aplicable alcance la mayoría antes, aunque por suerte en nuestro país coincide (Art. 25 CCyCN). Y lo hacemos así, a sabiendas de un posible riesgo de error en la sustancia, y que ambas categorías (fáctica y normativa) no coincidan (por ejemplo, si se fijara muy baja la mayoría de edad legal), ante lo cual ya adelantamos que, en caso de no coincidir los límites, es la legislación la que debe adecuarse a la realidad de las personas humanas y sus etapas, y no forzar el concepto óntico de persona para ajustarlo a la normativa.

Normativamente, podemos decir que a nivel internacional y nacional el corpus iuris específico en materia de derechos de la niñez y adolescencia tiene una conformación compleja, entroncado esencialmente por los siguientes instrumentos: Convención sobre los Derechos del Niño, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio); Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana); Reglas mínimas para la difusión de información

judicial en internet (Reglas de Heredia), Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (Directrices de Viena), Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa; Declaración Judicial Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa; Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño N° 1 (2001). Párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación; N° 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño; N° 3 (2003). El VIH/SIDA y los derechos del niño; N° 4 (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; N° 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44); N° 6 (2005). Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; N° 7 (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia; N° 8 (2006). El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros); N° 9 (2006). Los derechos de los niños con discapacidad; N° 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores; N° 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado; N° 13 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; N° 14 (2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); N° 15 (2013). Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24); N° 16 (2013). Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño; N° 17 (2013). Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31); N° 18 (2014) y Recomendación general N° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta; N° 19 (2016). Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4); N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia; N° 21 sobre los niños de la calle; conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional; conjunta N° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de

origen, tránsito, destino y retorno; N° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil que reemplazó a la 10; N° la Convención Americana sobre Derechos Humanos especialmente el art. 19; N° 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital; la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño; y Opinión consultiva 21/2014 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional; como así también otras normas especialmente aplicables a las infancias y adolescencias en las demás Convenciones Internacionales, y otros instrumentos internacionales tanto del *hard law* como de *soft law* que resultan aplicables a infancias y adolescencias tanto en el Sistema Universal de Protección como en los diversos Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, debiendo destacar que se trata de un derecho dinámico, con el riesgo siempre presente de que al presentar y/o publicar este texto, algunos de esos instrumentos hayan sido reemplazados, modificados y/o se hayan sumado otros, por lo cual la revisión permanente de los instrumentos internacionales debe ser un ejercicio cotidiano en el estudio de esta especialidad (y del derecho en general en la actualidad, diría).

Específicamente en relación a Argentina, son parte de obligaciones particulares también las Observaciones finales del comité de los derechos del niño. Art. 44CIDN: Argentina (1995, 2002, 2010 y 2018); Observaciones finales del comité de los derechos del niño. Art. 8 del protocolo facultativo de la CIDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados: Argentina (2010); y Observaciones finales del comité de los derechos del niño. Art. 12 párr. 1 del protocolo facultativo de la CIDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: Argentina (2010).

En el ámbito interno varias provincias han adaptado su legislación a los mandatos del DIDH, y aun a riesgo de que la dinámica modifique el panorama, la normativa que corresponde a la lógica del paradigma denominado “De protección integral de Derechos” es en el ámbito nacional la siguiente: Ley Nacional 26061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Objeto. Principios, derechos y garantías. Sistema de protección Integral. Órganos administrativos. Financiamiento y su Decreto Reglamentario 415/2006, y las siguientes leyes provinciales: N° 6354 de Mendoza “Régimen jurídico de protección de la minoridad” del 22/11/1995; N° 13298 de Buenos Aires “De la promoción y protección integral de los Derechos de los niños” del 14/01/2005 y en esta misma provincia N° 13.634 del 28/12/2006 modif. Por leyes 13.772 y 13.821, Decreto 151/07 que rigen el sistema de responsabilidad penal juvenil; N° 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Régimen

Procesal Penal Juvenil” del 30/10/2007; N° 9053 de Córdoba “Protección judicial del niño y del adolescente” del 30/10/2002-; N° 4347 de Chubut “Protección integral de la niñez y adolescencia ” del 16/12/1997-; N° 9861 de Entre Ríos “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia” del 29/07/2008; N° 5288 de Jujuy “Ley de protección integral de la niñez, adolescencia y familia” del 22/11/2001; N° 7590 de La Rioja “Protección Integral del Niño y del Adolescente” del 20/11/2003; N° 3820 de Misiones “Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes” del 06/12/2001; N° 2302 de Neuquén “Ley de protección integral del niño y del adolescente” del 07/12/1999; N° 4109 de Río Negro “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes” del 08/06/2006; N° 7039 de Salta “Ley de protección de la niñez y la adolescencia” del 08/07/1999; N° 7338 de San Juan “Protección integral de los derechos de los niños y adolescentes” del 05/12/2002; N° 6915 de Santiago del Estero “Protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes” del 14/10/2008; N° 521 de Tierra del Fuego “Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias” del 10/05/2001; N° 12.967 de Santa Fe “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” del 19/03/2009; y de La Pampa N° 2703 de adhesión a la Ley Nacional 26061 del 15/02/2013.

Mientras que en el ámbito penal esa ola no ha sido acompañada, y aun imperan por mayoría las normativas pertenecientes al paradigma “Tutelar o de la situación irregular” como se ha dado en llamar por nuestros lares². Por ejemplo, en el ámbito nacional aún permanece vigente la ley 22.278 de 1.980 (con la reforma de ley 22.803 de 1983) que regula el “Régimen Tutelar del Menor” y la mayoría de las provincias aun no cuentan con leyes procedimentales en lo penal adecuadas al paradigma del DIDH (en La Pampa se ha sancionado la Ley 3353 de Responsabilidad Penal para Adolescentes, pero no ha sido puesta en vigencia a la fecha de cierre de este trabajo, comenzará a regir el 01/08/2023).

Como puede verse, muchas provincias y la nación han adaptado su legislación a la CDN en materia de promoción integral pero no en lo respectivo al sistema penal. Es dable destacar que en esta materia la estructura federal de nuestro país conspira contra la adaptación de la legislación e instituciones a la CDN de manera unívoca, que no será completa sino hasta tanto cada una de las provincias hayan dictado sus respectivas leyes y adaptado sus instituciones y prácticas. Aunque el mismo federalismo supone la ventaja de poder subir el umbral de

²Beloff, Mary (2008) Los derechos del niño en el sistema interamericano. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, pág. 21/30. García Méndez, Emilio (2017) *Infancia ¿para dónde van sus derechos?* Ediciones Didot. Buenos Aires, Argentina, pág. 91/98

protección de derechos humanos en cada esfera provincial, por lo cual, entendemos que es necesario reforzarlo en pos de los principios de progresividad y pro persona³.

Al primero lo podemos definir siguiendo el texto de Juan Stinco⁴, quien con cita de Nikken aclara que *“La progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente exigible, se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento.”*⁵, y con cita de Londoño-Toño, Figueredo-Medina y González-Acosta afirma que *“El principio de progresividad es de gran importancia en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos al interior de la jurisdicción, además se encuentra consagrado en el Protocolo de San Salvador (art. 4º). En virtud de los mandatos constitucionales, las instituciones del Estado deben buscar el desarrollo y el fortalecimiento de los recursos de los que disponen los ciudadanos para ver materializados los deberes y las obligaciones del Estado frente a ellos, a través de medios eficaces y eficientes, con un enfoque progresista en lugar de una regresividad en la implementación de mecanismos de protección, que garanticen un acceso a la jurisdicción y un fallo judicial efectivo”*⁶.

Ahora bien, pese a su origen en el marco de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como bien resalta el autor que seguimos *“...la Comisión IDH ha reconocido que el principio de progresividad se aplica a todos los derechos consagrados por los instrumentos internacionales. En este sentido expresó que ‘Aunque el principio de progresividad se aplica fundamentalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, es importante destacar que no se limita a ellos, ya que el desarrollo progresivo es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos’”*⁷, por ende, resulta enteramente aplicable al conjunto de derechos implicados en el campo jurídico penal.

Incluso más, teniendo en cuenta la nota de interdependencia de los derechos humanos y especialmente del conjunto de DESC comprometidos en este campo, máxime cuando se trata

³ Osio, Alejandro (2019) *Edad de punibilidad, derechos humanos y federalismo*. Revista Derecho Penal y Criminología. Año IX N° 6 – Julio 2019. LA LEY 2019.

⁴ Stinco, Juan (2019) *El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales*. Ab-Revista de Abogacía. Año III. N° 5. Noviembre, p. 49/62.

⁵ Nikken, P. (1967). *La protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–*. Civitas. Madrid, España, p. 311.

⁶ Londoño-Toño, B., Figueredo-Medina, G. y González-Acosta, A. (2009). *Balance de la Universidad de Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?* En Justiciabilidad de los Derechos Colectivos. Universidad de Rosario. Bogotá., pp. 21-50.

⁷ Comisión Interamericana de Derecho Humanos (1994). Informe Anual de la Comisión IDH, 11 de febrero de 1994; punto ii) El principio del desarrollo progresivo, párrafo 2º.

de privación de la libertad en las condiciones en que ello se materializa en Latinoamérica sobre personas menores de edad, no se puede concluir de otra manera que no sea incluyendo al principio de progresividad en el análisis, y es precisamente ese principio el que aportará uno de los aspectos dinámicos de la plataforma de bases y principios que pretendemos activar en este trabajo.

Mientras que el otro es el principio pro persona, entendido como “...un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria ...”⁸. Principio este que aportará el segundo componente dinámico, en un segundo momento de análisis y/o interpretación de la plataforma de bases y principios a activar.

Llegados a esta parte de la proyección, debemos interiorizar un tanto más sobre los ejes que pretendemos destacar.

Desfragmentación propia de los derechos humanos: 3 ejes transversales y específicos

En este momento del análisis partiremos de la base de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos produce determinados efectos sobre el derecho penal en tanto saber jurídico que aporta el sistema de conocimientos necesarios para las interpretaciones normativas, como así también en el ámbito del sistema de límites a la habilitación del poder punitivo con incidencia directa sobre el ius puniendi estatal. Nos referimos con todo ello, no a un entendimiento del DIDH como herramienta de interpretación subsidiaria, supletoria, demarcatoria o incluso que complete los espacios luego de agotado el orden interno, sino que concebimos al DIDH como el continente del sustrato de la antropología jurídica constitucional-convencional que tanto el derecho interno como el campo disciplinar

⁸Pinto, Mónica (1997) *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Editorial del Puerto. Buenos Aires, Argentina. Citada por Salvioli, Fabián (2003) *Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos*; en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*”. Ediar, Buenos Aires, Argentina, pp. 143–155.

respetuoso de las mandas del máximo nivel jerárquico normativo universal y regional, deben respetar porque allí está consolidada normativamente la ontología que, como límite de la realidad, impone el reconocimiento de la dignidad humana⁹.

Sobre ello que impone un Derecho Penal Humano volveremos más adelante, pero con esa base podemos avanzar en el sentido propuesto en este momento del análisis para abreviar en la necesidad de dejar en claro desde el minuto cero que en este campo disciplinar impacta el DIDH produciendo varios efectos, algunos de ellos decididamente estructurantes. Siguiendo a Gustavo Arballo -sin ánimo exhaustivo- podemos esquematizar nueve efectos¹⁰ siendo uno de ellos -el de desfragmentación- pilar fundamental en el ámbito de la especialidad penal juvenil.

Con el término desfragmentación aludimos a que la razón epistemológica que concibe a los derechos humanos “...como ancla y afluente común de todos los derechos ‘sectoriales’ nos lleva a adoptar una visión unificada y no segmentada o displicentemente divergente: así la fuerza normativa de los derechos humanos tiene un efecto gravitatorio que propende a la desfragmentación del derecho...”¹¹ que alcanza incluso a las diferencias entre derecho penal de fondo y de forma.

En suma, ello obliga estructuralmente a deconstruir los límites estancos de los compartimentos autonómicos del derecho clásico. Ello implica, por lo menos tres cuestiones: en primer lugar, que para respetar la antropología constitucional-convencional el derecho penal debe incorporar en su sistemática una interpretación integrada e integral del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, que su conceptualización aún en su pretensión autonómica debe incorporar necesariamente conceptualización compatible con el DIDH y con ello queremos significar que tanto epistemológica, valorativa, normativa como materialmente guarde compatibilidad con los mandatos del DIDH; y en tercer lugar, incorporar en sus bases el diálogo inter y multidisciplinar sin reduccionismos juristicistas o de otro tipo y ello implicará que según cual fuera el ámbito, el instituto, el ente o, en suma, el objeto de estudio en cada momento analítico determinado, puede que en ocasiones predominen conocimientos disciplinares del campo jurídico, y en otras ocasiones predominen

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2014) Derecho Penal Humano. Revista de Derecho Penal y Criminología. Año 4 N° 8. septiembre 2014. LA LEY. Buenos Aires, Argentina, pág. 5.

¹⁰ Arballo, Gustavo (2016) Los tratados de derechos humanos como fundamento del derecho privado. Su vinculación con el dispositivo penal: nueve efectos concretos. En Zaffaroni, Eugenio R y Herrera, Marisa (dir) El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, pág. 53/68.

¹¹ Arballo, ob cit., pág. 60.

saberes distintos e incluso, que en ocasiones las construcciones sean necesariamente confluyentes.

Entendemos, en base a esto, que el principio de autonomía de los distintos segmentos o fueros del derecho -penal, civil, administrativo, etcétera-, necesariamente deben permeabilizarse en pos del principio de integralidad, pues este es el único compatible con el paradigma de los derechos humanos, derivado, entre otras cuestiones de la interdependencia como característica inherente a ellos y la transversalidad impuesta por el enfoque de derechos humanos que impone el DIDH.

Aunque, claro, ello no significa que necesariamente deban borrarse los límites epistemológicos de cada segmento del derecho ni perder especialidad, sino que implica que, aun manteniendo esferas propias de conocimiento y definición, también se yuxtaponen en torno a los derechos humanos, y por ello debe conducirse a ciertas conceptualizaciones comunes y que no pongan en tensión o contradicción a distintos espacios del mismo poder estatal.

Para que se comprenda a lo que referimos, y con ánimo meramente ejemplificativo, podemos graficar que en la actualidad resultaría totalmente inaceptable que el término vida humana pueda ser definido de maneras distintas en el derecho penal, en el civil, en el sanitario, etcétera. Resulta claro que la protección jurídica de la vida humana que deriva del art. 4.1 de la CADH entre otras normas del DIDH, debe ser respetado en todos los órdenes del campo jurídico, y con los alcances dados por los organismos internacionales que interpretan válidamente esos instrumentos (por supuesto que filosóficamente el análisis no sería así, pero jurídicamente se impone de ese modo). No obstante, ello posibilita que los alcances de la protección jurídica en el ámbito civil se delimiten conforme a definiciones específicas, como así también en el ámbito sanitario y en los alcances de los actos lesivos que hacia ese bien jurídico recojan las normas penales para habilitar las respuestas punitivas (véase sino lo legislado en nuestro país recientemente con las Leyes 27610 y 27611). Mientras se respeten los mandatos que a modo de piso mínimo son impuestos por el DIDH, lo demás ingresará en los márgenes de apreciación disciplinar, normativo, material e incluso de política criminal de los Estados, aunque por supuesto siempre es recomendable diagramar de la manera más protectora posible y por contracara necesaria, menos restrictiva posible de los derechos humanos implicados en los distintos espacios de poder estatal, máxime cuando de liberación del poder punitivo hacia personas menores de edad se trata.

Específicamente en el ámbito normativo, como dicen Marisa Herrera y Gustavo Caramelo *“La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en*

los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Uno de los sistemas sobre el que ha impactado de manera directa es el legal. Así, los instrumentos de derechos humanos -con jerarquía constitucional desde 1994- han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior.”¹²

Ahora bien, en el campo disciplinar que nos convoca, necesariamente, además de esa revisión crítica para compatibilizar el derecho interno con el DIDH, será necesario incluir la perspectiva deconstructiva del adulto centrismo hegemónico tanto en el ámbito normativo como en el teórico y muy especialmente en el mundo de las prácticas.

Para cerrar con los aspectos de la desfragmentación que nos interesan por ahora, abrevaremos en la necesaria interdependencia a que nos referíamos antes, lo cual debe irradiar al ámbito normativo y práctico sin jerarquías ni preminencias que no deriven del acabado desarrollo epistemológico en los abordajes según los fenómenos de la realidad así lo impongan. Esto que aparece como novedoso aquí, en realidad lo ha sostenido el Comité de Derechos del Niño en el punto 16 de su Observación General N° 14 al establecer lo siguiente: *“Al dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.”*

De tal modo, la desfragmentación como efecto del DIDH implica necesariamente una profunda revisión crítica y deconstructiva de la fragmentación propia del derecho decimonónico que podríamos decir se ha profundizado en su compartimentalización en el siglo XX y lo que va del presente, lo cual en el campo del derecho penal específico para personas menores de edad es necesario y apremiante. Y no es esto una contradicción, sino que lo que postulamos como especificidad no es más que una manifestación de esa desfragmentación, y no una compartimentalización estanca más con pretensión autonómica, pues las bases epistemológicas deben ser y serán las del DIDH, que deberían ser comunes a todos los campos disciplinares y normativos del derecho.

Efectivizar el Interés Superior del Niño

¹² Herrera, Marisa y Caramelo, Gustavo (2015) *Código Civil y Comercial comentado*. Tomo I. 1ra. Ed. Infojus. Buenos Aires, Argentina., pág. 45.

El primer eje proveniente de ese mandato desfragmentador, sobre el cual deben estructurarse las bases del derecho penal específico para personas menores de edad debe ser el Interés Superior de NNyA (ISN) y ya no sólo como aspiración, sino tendiente a su efectividad.

Como sabemos ese interés superior no es sólo un concepto mediante el cual se exige la satisfacción de la mayor cantidad de derechos posibles de manera integral y simultánea en cada situación en que se encuentren NNyA y deba ser intervenida mediante alguna agencia estatal u otro organismo, sino que su naturaleza jurídica implica considerarlo de acuerdo a -y en el marco de- la CDN (Art. 3) como un derecho sustantivo, un principio estructurante y una garantía que asegure su efectividad (OG 14 Comité CDN).

En ese marco el interés superior del niño (art. 3.1 Convención de los Derechos del Niño) debe ser el eje rector para toda persona que construya conocimiento derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con especial asiento en la CDN y que debiera guiar la merituación ante cualquier efecto del campo jurídico sobre infancias y adolescencias.

Como enseña Cillero Bruñol en su artículo paradigmático en la materia¹³, en el sentido de principio general que ordena la priorización de cualquier derecho humano de un/a niño/a frente a cualquier otro derecho o interés personal o estatal.

El autor citado en el artículo referido realiza algunas aseveraciones que desarrollan el pensamiento de la línea teórica en que planteamos esta parte del trabajo, de la siguiente manera:

"5. El interés superior del niño como "principio garantista". La Convención contiene "principios" -que, a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios -como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos."

¹³ Cillero Bruñol, Miguel (s/f). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En línea http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf. Recuperado el 05/05/2020.

"Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño."

"En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen."

"En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"¹⁰. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista."

Es central y transversal a todo el campo jurídico que al interés superior del niño se lo considere como principio estructurante y garantía que obliga al análisis que describe el autor particularizando en el derecho o conjunto de derechos humanos específicos que lo conforman y le dan contenido a ese interés, para ponerlo en juego en cada caso en concreto. Ello claramente impone que su observación se trata de una obligación y no de una opción o una mera referencia en el ejercicio público y privado que involucre derechos de NNyA. Y significa también, que el interés superior del niño no debe aparecer en las consideraciones

como una vara de medición vacía de contenido, sino como un principio estructurante que en cada caso concreto debe ser llenado por el derecho o los derechos en juego, como así tampoco puede justificar medidas que lo contraríen.

Pero, además, es necesario ingresar en el análisis también la concreta satisfacción integral y simultánea de los derechos en ciernes. Cillero Bruñol lo explica con claridad en el mismo artículo citado:

"6. ¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos. Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño."

"Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención."

Y precisamente, para cumplir con esto último que señala Cillero Bruñol, es que las leyes de protección integral contienen normas específicas para precisar su conceptualización, por ejemplo, en Argentina la Ley Nacional 26061 contiene una definición precisa del interés superior del niño en su artículo 3:

"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley."

Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros."

Véase que arribar a consideraciones que prescindan de considerar al interés superior de NNyA en los sentidos indicados y/o pongan en riesgo o impidan la satisfacción integral y simultánea de sus derechos conduciría a generar conocimientos, normativas y prácticas incompatibles con los mandatos del DIDH específicamente aplicable a las infancias y adolescencias en toda su diversidad, lo cual implicaría incompatibilidad legal vertical y llevaría a interpretaciones, normativas, jurisprudencia o prácticas anti convencionales, y si conducen a violar los derechos de NNyA ni hablar. Precisamente, de allí la necesidad de verificar si el contenido de lo que denominamos Derecho Penal General es compatible con el ISN para tomarlo desde el Derecho Penal Específico o crear nuevas bases si no lo es, o redefinirlo en lo que sea pertinente si la incompatibilidad no es de base o estructural sino de aspectos modificables.

Ahora bien, ello no se agota en el momento de creación conceptual y/o normativa, sino también, y de manera particular, en los momentos de interpretación y aplicación. El autor que venimos siguiendo lo dice en relación a la función y a cómo debe aplicarse el interés superior del niño:

*"7.1 **Carácter interpretativo.** Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño. Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención. En segundo término,*

permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño."

"En estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño".

"7.3 ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño *El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa."*

"La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos "penales" sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso."

En la misma línea, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 14 ha definido al interés superior "como un principio de consideración primordial al momento de tomar una decisión que involucre a los/las niños/as (aspecto sustantivo). Por lo que ante la posibilidad de más de una posible interpretación debe adoptarse la que satisfaga de mejor

manera los derechos consagrados en la CDN (aspecto interpretativo) y que repercuta lo menor posible en sus derechos, asentando expresamente el razonamiento efectuado."¹⁴

En relación a esto, es importante recordar que la Convención de los Derechos del Niño señala en su art. 3.1 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deberán otorgar una consideración primordial a al interés superior del niño, por lo tanto la creación conceptual del Derecho Penal, la creación normativa general de legislación y la creación normativa particular de la jurisprudencia deben observar dicho mandato.

Asimismo, *"desde el preámbulo de la Convención se reconoce 'que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*"¹⁵

Así: *"Esta necesidad de proporcionar una 'protección especial' al niño (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño) y la exigencia de brindarle una atención primordial al interés superior del niño (art. 3, CDN) requieren de la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que le son reconocidos (art. 3, ley 26061) y brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que ellos están involucrados, debiendo buscarse siempre aquellas soluciones que les resulten de mayor beneficio."*¹⁶

A modo de colofón, con respecto al mencionado principio *"(...) nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas: 'la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos.' El conflicto de intereses entre la pena de encierro y la concesión de la detención domiciliaria, a los efectos de contener el menor, debe ser resuelto a favor de éste, a fin de no desnaturalizar la razón propia de la protección integral."*¹⁷

¹⁴ Rúa Ramiro Javier (2014) *Prisión domiciliaria para personas con hijos a su cargo sin distinción de sexo o género. Comentarios a la legislación actual y al último Anteproyecto de Código Penal*. Revista de Derecho Penal, Infojus Año III. Buenos Aires, Argentina, p. 98.

¹⁵Del Balzo, Adriana E. (2013) *Ley de Ejecución Penal: restrictivas al interés superior del niño*. ABELEDO PERROT N° AP/DOC/844/2013, p. 4.

¹⁶ Ob cit nota anterior, p. 2.

¹⁷ Ibid., p. 4.

Por su parte el Comité de Derechos del Niño en su Observación General 5 sostuvo que: *"El Comité no puede prescribir en detalle las medidas que cada Estado Parte considerará apropiadas para garantizar la aplicación efectiva de la Convención. Sin embargo, basándose en la experiencia adquirida en su primer decenio durante el examen de los informes de los Estados Partes, así como en su diálogo continuo con los gobiernos, con los organismos y organismos conexos de las Naciones Unidas, con las ONG y con otros órganos competentes, el Comité ha recogido en el presente documento algunos consejos esenciales para los Estados. 27. El Comité cree que la aplicación efectiva de la Convención exige una coordinación intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos del niño en toda la administración pública, entre los diferentes niveles de la administración y entre la administración y la sociedad civil, incluidos especialmente los propios niños y jóvenes. Invariablemente, muchos departamentos gubernamentales diferentes y otros órganos gubernamentales o cuasi gubernamentales influyen en las vidas de los niños y en el goce de sus derechos. Hay pocos departamentos gubernamentales, si es que hay alguno, que no tengan efectos, directos o indirectos, en la vida de los niños. Es necesaria una vigilancia rigurosa de la aplicación, vigilancia que debería incorporarse al proceso de gobierno a todos los niveles, pero también una vigilancia independiente por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG y otras entidades"*

"E. Vigilancia de la aplicación: necesidad de valorar y evaluar los efectos sobre los niños
45. *Para que el interés superior del niño (párrafo 1 del artículo 3) sea una consideración primordial a la que se atienda, y para que todas las disposiciones de la Convención se respeten al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los niños..."*

El mismo Comité en la Observación General 7 puntualizó sobre algunas cuestiones relativas a la vigilancia de la aplicación respecto de los derechos en la primera infancia, aplicables en general, teniendo en cuenta los efectos de toda legislación y práctica en el ámbito de los derechos de NNyA:

"E. Vigilancia de la aplicación: necesidad de valorar y evaluar los efectos sobre los niños
45. *Para que el interés superior del niño (párrafo 1 del artículo 3) sea una consideración primordial a la que se atienda, y para que todas las disposiciones de la Convención se respeten al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en*

todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los niños (previando las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o de asignación presupuestaria que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos) y de evaluación de los efectos sobre los niños (juzgando las consecuencias reales de la aplicación). "

En la Observación General 14 profundizó sobre lo siguiente:

"III. Naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes 13. Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho. 14. El artículo 3, párrafo 1, establece un marco con tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados partes, a saber: a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión. c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de ser - vicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño."

"...La obligación jurídica se aplica a todas las decisiones y medidas que afectan directa o indirectamente a los niños. Por lo tanto, la expresión "concernientes a" se refiere, en primer lugar, a las medidas y decisiones relacionadas directamente con un niño, un grupo de niños o los niños en general y, en segundo lugar, a otras medidas que repercutan en un niño en particular, un grupo de niños o los niños en general, aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos. Como se indica en la Observación General N° 7 (2005) del Comité, ello incluye las medidas que afecten directamente a los niños (por ejemplo, en relación con los servicios de atención de la salud, sistemas de guarda o escuelas), así como aquellas que repercutan indirectamente en los niños pequeños y otros grupos de población (por ejemplo, en relación con el medio ambiente, la vivienda o el transporte) (párr. 13 b)). Así pues, la expresión "concernientes a" debe entenderse en un sentido muy amplio. 20."

"b) "Los tribunales" 27. El Comité subraya que el término "tribunales" alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje. 28. En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité⁵ subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley."

"3. "El interés superior del niño" 32. El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales."

"1. Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño 52. Sobre la base de esas consideraciones preliminares, el Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes. a) La opinión del niño... b) La identidad del niño... c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones..."

Conceptualizado y delimitado de ese modo y con los alcances que hemos detallado en este acápite, entonces el ISN es uno de los ejes propios de la especificidad de este campo disciplinar relativo a la juridicidad de NNyA de obligatoria, necesaria, ineludible y primordial observación.

Como dice Martín Aimar (2021) en el ámbito penal este es un mandato "...pro homine, garantista, de interpretación holística, de satisfacción de derechos, de priorización de políticas públicas que también rige durante todo el proceso penal..."¹⁸ y ello implica

¹⁸ Martín Aimar, Germán D. (2021) *Ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos*. IUS Libros Jurídicos. Neuquén, Argentina, p. 41.

necesariamente definir el interés superior del niño, en general, en lo epistemológico, como eje transversal en el ámbito penal, y en particular, en el momento de materialización, teniendo en cuenta la visión de cada NNyA como titular de sus derechos, y en especial su postura sobre sus intereses, y cuándo y cómo querrá ejercer sus derechos¹⁹.

Derecho a ser oído y presenciar todos los actos.

El segundo eje proveniente del efecto de desfragmentación, sobre el cual debe girar la conceptualización tanto en los campos ontológicos como normativos y sobre todo prácticos que irradian en el campo jurídico penal específico, es el derecho a ser oído de NNyA, entendido, en primera aproximación, como la exigencia de participación activa en todos los actos en los cuales se decida sobre sus derechos, que las decisiones tengan incidencia en sus derechos o los impacten de cualquier forma. Y cuando hablamos de decisiones lo hacemos en sentido amplio, es decir, que incluya desde actos particulares, decisiones colectivas, generales y hasta políticas públicas en niveles macro estructurales de los Estados y de los diversos agrupamientos de Estados a nivel internacional. Esto es que, así como NNyA participan activamente en reuniones con el Comité de Derechos del Niño a nivel de la ONU para dar sus opiniones previa información completa, veraz y comprensible, brindar sus voluntades, que sean tenidas en cuenta y que deban ser abordadas y respondidas.

Asimismo, debe garantizarse su participación en procesos administrativos, judiciales, escolares, deportivos, y hasta en actos particulares en el seno familiar, puesto que su reconocimiento, garantía y acceso implica ni más ni menos que uno de los pilares fundamentales del aseguramiento de la concepción de las personas menores de edad como sujetos de derechos con voluntad propia en desarrollo progresivo, pero ya no como objetos de protección o tutela bajo el paraguas de la subrogación de sus voluntades por parte de los Estados o del mundo adulto, como se concibe desde el paradigma anti convencional.

Necesario es recordar que la CDN impone la obligación de que NNyA sean escuchados en todo asunto que involucre a sus derechos, asegurando las posibilidades de formarse un juicio propio. Claramente, esto obliga a generar las condiciones necesarias para la elaboración de un juicio propio sobre cada asunto, y ello implica el deber de información previo a la toma de

¹⁹ Ídem.

postura, información que debe ser completa, asequible, adecuada, oportuna, precisa y pertinente; las condiciones necesarias (entre las cuales no pueden faltar el tiempo y los medios adecuados) para poder analizar esa información, procesarla y poder construir una opinión; y las condiciones necesarias para poder expresarse sobre las cuestiones tratadas (entre las cuales no pueden faltar la adecuación de los mecanismos, los discursos y los espacios físicos para la escucha).

Como dice Beloff, en el paradigma convencional NNyA son “...*definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de “menores”, incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva.*”²⁰

Entonces, el posicionamiento en clave de derechos humanos en el paradigma convencional implica la necesaria deconstrucción de los estándares del paradigma tutelar o de la situación irregular como se lo denomina en Latinoamérica, y ello debe incluir necesariamente la concepción que se tiene sobre las personas menores de edad y los espacios de escucha.

Como hemos dicho en otra oportunidad²¹, desde el paradigma anticonvencional se considera a los destinatarios de las normas como “menores”, en el sentido de incompletos e incapaces, se los define por sus carencias, de modo cosificante como objetos de protección merecedores o necesitados de tutela, centrando la atención en las carencias, que muchas veces son construidas y/o producidas por el propio Estado y/o los sujetos hegemónicos que conceptualizan.

La visión de la infancia desde esta óptica es necesariamente fragmentada, puesto que sólo se visibiliza “al menor” por la situación en que se encuentra, por ejemplo “de abandono”, “de calle”, “de conflicto con la ley penal”, etcétera, y a razón de ello se lo define y se le “otorga” una “ayuda o caridad estatal”, que por su carácter de tal no genera obligaciones para el Estado que brinda la “ayuda y protección”. Ahora bien, en ese lenguaje filantrópico para “ayudar” o “proteger” no interesa la opinión de NNyA, es más, puede ser en contra de su voluntad, puesto que se lo desmerece, se lo subestima mediante la exaltación de sus carencias, se los define a partir de lo que no saben, no tienen, no pueden o no son capaces de

²⁰ Beloff, Mary (2008) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, pág. 35.

²¹ Osio, Alejandro (2011) *El Estado en situación irregular respecto de niñas, niños y adolescentes*. Revista PERSPECTIVAS de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Volumen 1. N° 1. Año 2011. EdUNLPam, La Pampa, Argentina, pág. 13/15.

hacer o conseguir. En suma, como una “isla rodeada de omisiones”²² y por ende al determinar esa psiquis la situación definida previamente, no se lo considera como una persona en desarrollo sino como un sujeto afectado que necesita de un sujeto hegemónico que reemplace su voluntad (una “cuasi persona” -si se me permite el término-).

El argumento circular del tutelarismo incluye definir los supuestos de intervención, en el que debe encontrarse “el menor” previamente definido y así concebido como objeto del derecho y de las intervenciones públicas²³, para habilitar la intervención estatal (tutela) dirigida a modificar lo que se denomina “situación de riesgo o peligro moral o material”, “situación irregular” o ya “circunstancias especialmente difíciles”, omitiendo entre los componentes de conceptualización que esas situaciones, han sido configuradas por omisiones y/o deficiencias del mundo adulto y por parte del propio Estado que generan y/o coadyuvan a que NNyA ingresen y permanezcan en un estado situacional previamente determinado que habilita a aquéllos a intervenir, y esa intervención, general y mayoritariamente ha consistido históricamente en la “disposición” arbitraria de NNyA mediante la internación en instituciones totales similares a la prisión para adultos –o peores-, cuando se trata de dispositivos penales, en un proceso que cuando se maximiza en privación de la libertad puede denominarse con García Méndez como un ejemplo paradigmático de construcción judicial de la vulnerabilidad²⁴.

Más allá de otros caracteres que ahora no incluimos para no perjudicar la ilación de este trabajo, debemos decir que esta “protección” o “corrección” que el Estado brinda como respuesta hacia la persona menor de edad o “menores desprotegidos” o “delincuentes”, históricamente se han presentado discursivamente como en clave filantrópica, pero francamente han vulnerado o restringido muchos de los derechos de los involucrados directos, por ejemplo, porque sin las garantías constitucionales del debido proceso se los priva de su libertad mediante medidas coactivas que encima pueden ser por tiempo indeterminado, pero ello se justifica aludiendo a que la “situación” en que se encuentran lo requiere, cerrando el círculo que no es más que el inicio de lo que Daroqui y López denominan la cadena de sujeción punitiva, materializada mediante tres niveles de sujeción: lo policial, lo judicial y lo custodial-punitivo²⁵, a lo que podría agregarse lo discursivo.

²² Gomes da Costa, Antonio Carlos (1992) *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente*. En AA.VV. *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Editorial Galerna. Buenos Aires, Argentina, pág. 138.

²³ García Méndez, Emilio ob cit, pág. 96.

²⁴ Ibid., pág. 361/372.

²⁵ Daroqui, Alcira y López, Ana Laura en Daroqui, Alcira et al (2012) *Sujeto de Castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*. HomoSapiens ediciones. Rosario, Santa Fe. Argentina, p. 102/106.

Si bien todo ello es generalizable al control social de las infancias, en relación a “menores” que han cometido delitos, se les aplica directamente un derecho penal de autor (en el sentido de que lo que se les imputa es ser NNyA estereotípicos) y un derecho procesal inquisitivo, sin debido proceso, que los estigmatiza, les fija un rol determinado, los cosifica en pos de una prevención especial con tintes particulares, y los prisioniza, aunque muchas veces con otro nombre. Es más, independientemente de su conducta, se institucionaliza y judicializa “al menor” marginal focalizando selectivamente el control social sobre ciertas infancias.

En realidad, desde el origen de un proceso tutelar y hasta su fin –si es que tiene-, se vulneran muchos derechos humanos de NNyA que, parangonados, ningún adulto soportaría en el estado actual de la legislación. No sólo eso, como si fuera poco, sino que en la construcción y legitimación del andamiaje necesario para ello, desde el lenguaje, con la utilización multi recurrente al embuste de etiquetas, pasando por las creaciones teórico-jurídicas hasta llegar a los institutos totales estatales mediante los cuales se prisioniza a los “menores”, todo se pregona en pos de mayor beneficios para estos, cuando en realidad lo que se encubre es que se los considera “peligrosos” y por ello hay que separarlos de la sociedad, por ser integrantes conflictivos, que alteran el orden prestablecido, aun cuando no hayan cometido delito alguno. Su marginalidad, el no haber pasado por los carriles establecidos de formalización, ponen de manifiesto su desvío y peligrosidad social, en una especie de predestinación delictiva natural.

Teniendo en cuenta todo ello, entonces la concepción como sujeto de derechos debe incluir en sus postulados una concepción suficientemente potente para presentar respuestas sólidas frente a ese argumento circular tutelar que tanta potencia ha ganado a lo largo de más de cien años de vigencia en nuestra región, y que de ningún modo ha sido ni será desterrado con las modificaciones legislativas, sino que será necesario mucho más que ello, incluso en el mundo del ser, en las prácticas, en los macro y micro tutelarismos. En fin, será necesaria una revisión crítica y deconstructiva fundamental en todos los aspectos de este campo disciplinar, pero también en todas las disciplinas que aportan al tutelarismo y al punitivismo que sin dudas maridan perfectamente por estos lares.

Como dice García Méndez.

“La evolución concreta de la conciencia social y la posibilidad de realizar una historia de los derechos humanos demuestran claramente que estos no pertenecen al reino de la ontología. Los derechos humanos constituyen, por el contrario, el resultado de un complejo proceso de luchas en los planos económico, político, cultural y jurídico. La doctrina de la

*protección integral refleja en parte esta conciencia y en parte se presenta como programa de acción futura”.*²⁶

En esa tarea, devolver la palabra robada a tales NNyA e ir prescindiendo de la invasión en sus subjetividades que implica suplantar sus voluntades por las de personas adultas, resulta fundamental, necesario y urgente, pero además debe ser estructurante de todo lo demás por expreso mandato del DIDH.

Ahora bien, en el campo jurídico y en especial en el ámbito penal que nos interesa particularmente en este trabajo, profundizaremos un poco más sobre ello a partir del artículo 12 de la CDN, la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño, y el artículo 19 de la CADH, con más los pronunciamientos de la Comisión y Corte IDH en el ámbito internacional, y el artículo 24 de la Ley 26061 en el ámbito doméstico. Específicamente, como estándar derivado de los mandatos del DIDH en torno al derecho a expresarse según su capacidad progresiva, en todo proceso judicial, administrativo o de otra índole y en todos los actos, implica contar con las condiciones necesarias para participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos en que tenga interés, pero además que esas opiniones sean tenidas en cuenta conforme a la madurez y desarrollo. Derecho éste que se debe extender a todos los ámbitos en que se desenvuelven NNyA; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo, recreativo y por supuesto el penal también.

Esto genera deberes en, al menos, 6 momentos que se presentan como circulares en cada participación: el previo al habla (momento de la información), coetáneo al habla (momento de la escucha, que debe ser activa), posterior al habla (momento de la valoración y meritación de lo expresado), posterior al análisis de lo expresado (momento de fundamentación y respuesta sobre lo expresado), el posterior al dictado del acto (momento de la comunicación de lo decidido) y el ulterior (análisis posteriores a lo decidido para verificar la necesidad o no de una nueva escucha, y por ende de un nuevo comienzo del círculo). Todos esos momentos, deben ser comprensibles para la persona NNyA titular de los derechos de susceptible afectación.

Esto surge de la confluencia de un conjunto de instrumentos del DIDH cuya enunciación exhaustiva vulneraría la ilación de un trabajo como el presente, por lo cual sólo traeremos a colación algunos de ellos.

El Comité de los derechos del Niño en su Observación General 12 sostuvo que:

²⁶ García Méndez, Emilio ob cit nota 2, pág. 101/102.

“57. En los procedimientos penales, el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño debe ser respetado y observado escrupulosamente en todas las etapas del proceso de la justicia juvenil.”

“El niño infractor 58. El párrafo 2 del artículo 12 de la Convención implica que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes tiene el derecho de ser escuchado. Ese derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas.”

“59. En caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida.”

“60. Para participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente.”*

“61. Las audiencias judiciales y de otro tipo de un niño en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada. Las excepciones a esta norma deben ser muy limitadas y estar claramente estipuladas en la legislación nacional y guiadas por el interés superior del niño.”

En esta misma observación, el Comité señala los vínculos del derecho a ser escuchado con otras disposiciones de la Convención. Así establece que el artículo 12 está vinculado a principios generales como el derecho a la no discriminación (artículo 2), derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y en particular el interés superior del niño. También está estrechamente vinculado con los artículos relativos a los derechos y libertades civiles, especialmente el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 17 (derecho a la información). Así se puede ver que no debe interpretarse este artículo aisladamente sino en íntima relación con los citados y el resto de la Convención. De esta manera resulta esencial respetar al/a niño/a como sujeto con sus propias opiniones, máxime como en el caso de procesos judiciales en los que se entraña una posible responsabilidad penal.

El Comité haciendo referencia al interés superior señala que el objetivo es procurar que en todas las medidas concernientes a las/los NNyA que tomen las instituciones públicas o

privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos se lo respete. Ello implica que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al/a NNyA, pues no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12, garantizando el papel esencial de NNyA en todas las decisiones que afecten a o impacten de alguna manera sobre su vida.

A su vez, el derecho a ser oído está contemplado en el artículo 24 de la Ley N° 26061 que expresa: "*Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo*", y ello se replica en todas las leyes provinciales que adhieren a ella o disponen una normatividad específica de protección integral de derechos.

Entonces, en pos de garantizar acabadamente las prescripciones del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño es que no solo debe ser tenida en cuenta la opinión de NNyA, principales afectadas/os, sino que, en el caso de que no se resuelva de acuerdo a su versión de lo que debería ser el resultado debe darse una resolución fundada de los motivos por los cuales quien/es ha/n decidido se aparta/n de o rechazan la voluntad expresada por NNyA en el proceso de conformación de las decisiones.

Como dice Beloff²⁷, en el ámbito interamericano la Corte IDH ha interpretado el derecho a ser escuchado a partir del artículo 8.1 de la CADH que debe ser entendido a la luz de artículo 12 de la CDN del cual venimos hablando, a partir del caso "Atala Riffo y Niñas vs Chile", que en su párrafo 196 destaca que "...*la intervención del niño se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino...*", que dicha adecuación debe contemplar el grado progresivo de autonomía personal de cada NNyA e incluso determinó que la Corte Suprema de Justicia de Chile había vulnerado las previsiones de esa normativa integrada, debido a que "...*no explicó cómo evaluó o tomó en cuenta las preferencias expresadas por las tres niñas ni qué relevancia les asignaba o por qué se apartaba de la voluntad de las menores; y que esta sólo se limitó a fundar su decisión en el interés superior de ellas...*"²⁸.

²⁷Beloff, Mary (2018) *Derechos del Niño. Su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, pág. 294.

²⁸ Ídem, p. 295, con cita del p. 208 del fallo "Atala Riffo" citado.

Debemos entender entonces que todo ello en conjunto conforma el marco y contexto mínimo del derecho a ser oído, y claramente puede verse, que el derecho a ser oído y a participar activamente lejos está del sistema adulto céntrico clásico de audiencias penales y exige una mayor integración de cuestiones que la mera declaración impone, pues no se conforma solamente con recibir la expresión oral y/o escrita de la voluntad de una persona menor de edad, sino que es necesario adecuar los espacios, vestimentas, condiciones, lenguaje, medios, tiempos y toda aquella circunstancia que fuera necesaria para la información previa, escucha y actos posteriores, incluida la revisión periódica, con las características descritas hasta aquí, garantizar la comprensión con información adecuada, de acuerdo a la autonomía progresiva de quien se exprese, tener debidamente en cuenta lo expuesto por la persona que participa, y luego de todo ello fundamentar su evaluación razonada de acuerdo al derecho vigente y especialmente motivada si la decisión se aparta de lo expresado por la/el NNyA, pues se trata no sólo de un sujeto de derechos sino también del/la titular de los derechos en juego, que, resulta reiterativo pero no innecesario decir, requieren un interés primordial y un plus de protección jurídica.

Garantizar el Derecho al Mejor Derecho

Finalmente, el tercer eje derivado de la desfragmentación como mandato del DIDH lo encontraremos en el Derecho al Mejor Derecho, el cual, más allá de las normas estipuladas para todas las personas humanas en distintos tratados e interpretaciones de organismos internacionales, cuya profundización excedería el marco del presente, en materia de niñez tiene un reconocimiento expreso como principio general en el artículo 41 de la CDN del siguiente modo:

“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”.

Deriva entonces tanto de la aplicación directa de la CDN como de una interpretación integral en este campo e integrada del derecho interno de un Estado parte (en nuestro caso Argentina) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tratados, convenciones, pactos, reglas,

directrices, observaciones, opiniones, informes, jurisprudencia, etc. de todos los organismos dispuestos por los sistemas universal e interamericano).

Como sostiene Juliano *“El concepto del derecho al mejor derecho parte de una concepción igualitarista que considera que las legislaciones locales no pueden restringir derechos y garantías consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos y que, por ende, los ciudadanos amparados por los tratados que los receptan tienen el derecho de reclamar la aplicación de legislación extraña a su propia jurisdicción territorial, que contemple de un modo más amplio y generoso la efectivización de sus derechos y garantías... La tesis del derecho al mejor derecho se refuerza con el contenido del artículo 2 de la Convención Americana, que obliga a los Estados a adoptar disposiciones de derecho interno tendientes a efectivizar los derechos y libertades garantizados por la Convención. Una arquitectura jurídica de esta índole implica que la efectivización de los derechos y las libertades debe ser tamizada con los principios de progresividad y pro homine, que necesariamente informan al derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, los derechos y las libertades no son conceptos pétreos, sino que, muy por el contrario, se encuentran sometidos a permanentes avances y transformaciones... La globalización que caracteriza a la modernidad tardía, o posmodernidad, que vivimos, también atraviesa al mundo jurídico. El viejo modelo del Estado nacional ha tenido que bajar sus fronteras, para admitir formas asociativas (Mercosur, Unión Europea), que se encuentran en pleno desarrollo y que, se supone, deberían permitir afrontar los desafíos de un mundo nuevo y complejo. La resignificación de los Estados necesariamente traerá aparejado el cuestionamiento de los desequilibrios en materia de derechos y garantías, que resultan inexplicables para ciudadanos que se encuentran amparados por los mismos tratados internacionales de derechos humanos. Una concepción de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos de esta naturaleza (la universalización de los derechos y las garantías) abre un abanico impresionante e impensado de consecuencias jurídicas que, por lo menos, merece ser reflexionado con detenimiento, en la búsqueda de la expansión de los derechos y las garantías, tan necesarias para la realización de los individuos, fundamentalmente de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad o que tienen menos posibilidades de ser oídos.”*²⁹

En resumidas cuentas, podemos afirmar que, de acuerdo a lo citado, sumado a los principios de la especialidad del derecho de la niñez, y en particular el Interés Superior con el alcance

²⁹ Juliano, Mario A. (2013) *El derecho al mejor derecho llegó a la Corte Suprema de Justicia*, en línea <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/07/doctrina36600.pdf>. Recuperado el 09/05/2020.

que le hemos dado, podemos afirmar que en cada caso en particular sea que se trate de un/a NNyA o un grupo o colectivo, resultarán de aplicación las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos de NNyA y a su efectividad de manera integral, simultánea y primordial, pues recuérdese lo asentado en relación al ISN.

Como puede notarse con esas solas referencias, estos dos últimos aspectos del Derecho Penal Específico para NNyA, la centralidad del Interés Superior del Niño y garantizar el acceso al Derecho al Mejor Derecho implican romper con las lógicas dicotómicas y pétreas del Derecho Penal adulto céntrico, con traspaso hacia un ordenamiento jurídico dinámico, permeable y en permanente revisión por parte de todos los organismos de interpretación y aplicación normativa en todos sus niveles con carácter de niño céntrico.

Ello supone una nueva resignificación en el entendimiento del juego de normas y roles en el derecho, puesto que a diferencia del sistema clásico jerarquizado en forma de pirámide, en este esquema de acceso al mejor derecho las jerarquías implican un piso con mandato abierto de análisis y efectividad, pero no un límite ni mucho menos un techo, por lo cual la máxima satisfacción integral de derechos, en primer lugar, y su contracara, la mínima afectación posible por la liberación del poder punitivo hacia personas menores de edad, puede encontrarse en cualquiera de los niveles de asiento normativo y de intervención orgánica del ordenamiento jurídico, con la sola exigencia de que las normas tengan vigencia (conforme a las reglas generales o a las dispuestas en cada norma analizada) y aplicabilidad (que no esté supeditada a la adecuación orgánica, funcional, etcétera o necesite necesariamente reglamentación).

Esto implica transversalidad, cruzamiento, integración y aplicación pro persona sobre todo cuando de ello no surja compatibilidad y armonía, por contraposición de disposiciones y/o dispositivos o porque existen diferencias que generen supuestos distintos, o por la razón que fuera.

CAPÍTULO II

EN EL FONDO HAY UN MODELO DE ESTADO

Dejaremos sentado desde estos primeros pilares del trabajo algunas cuestiones esenciales en términos de transparencia epistemológica. En esta parte del marco teórico debemos decir que siempre que se aborde el tema del control social de las infancias y adolescencias, se parte desde o se llega hasta un modelo de Estado, ya sea que ello se exprese con claridad o que se oculte.

Por supuesto que no haremos teoría del Estado de manera profunda aquí, porque no es el objeto del aporte y para ello remitimos a la bibliografía específica, tampoco haremos un repaso histórico sobre las formas, mecanismos y políticas públicas de control social de las infancias y adolescencias desde los dispositivos de justicia juvenil, para lo cual remitimos a los trabajos de Aníbal Ezequiel Crivelli³⁰ y Emilio García Méndez³¹ en nuestro medio, que además de particularizar sobre esa historicidad específica, sirven de disparador para mayores profundizaciones. Sí recalaremos en algunos aspectos esenciales.

Como dice Mary Beloff, en la actualidad, las cuestiones atinentes a los derechos de NNyA se debaten entre los modelos de Estado Liberal y Paternalista -más/menos justificado e injustificado-³², que entre otras cuestiones se diferencian en los modelos y caracteres de intervención, lo cual en nuestra región ha presentado una historicidad mucho más longeva en torno al tutelarismo apegado sin dudas al modelo de Estado Paternalista injustificado desde la última década del siglo XIX sobre todo a través y mediante la justicia juvenil³³, mientras que desde la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño y el resto del corpus iuris específico, a partir de finales de la década del 80 del siglo pasado, se debate entre el paternalismo justificado y el modelo liberal, incluso con paradigmas intermedios y ambiguos. En este marco, y más allá de las disquisiciones entre los modelos en pugna histórica, en ocasiones con grandes superposiciones, se debaten los derechos de defensa y los de protección, como así también los deberes de prestación a cargo del Estado que sin dudas debe ser el Estado de Derecho, eso no tiene discusión.

³⁰ Crivelli, Aníbal Ezequiel *Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil*. Editorial BdeF. Buenos Aires 2014.

³¹ García Méndez, Emilio ob cit nota 2.

³² Beloff, Mary (s/f). Conferencia en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=BMHOnvoSZ9k>. Recuperado el 05/02/2020

³³ Platt, Anthony M. (1997) *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. 3ra edición. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina.

Ahora bien, el sujeto que singulariza a todo el derecho penal juvenil también necesita definiciones en este marco del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que el derecho interno deberá respetar esa antropología y la realidad del sujeto NNyA sobre quien interviene y a quien regula en sus conductas, como así también cuando lo hace con las personas humanas adultas. Empero, es necesario reconocer que las disposiciones del DIDH no ingresan a un campo vacío, sino que lo hacen uno lleno de tutelarismo ejecutivo-judicial y paternalismo estatal y personal que transversaliza a todas las esferas culturales, por lo cual la impronta normativa no impera mágicamente, sino que es necesario revisar todo lo estructural (material y formal) y todo lo coyuntural (material y formal). Incluso, en ocasiones, se filtran y amalgaman cuestiones nuevas con viejas y ello produce traducciones (en término de Beloff) o adaptaciones que no siempre conducen a los fines deseados desde el paradigma convencional (a veces hasta contrarios) e incluso se impone la amalgama como paradigma de ambigüedad, para usar el término de Gomes da Costa³⁴.

Ahora bien, de acuerdo a ello, y al modo de intervenir sobre las franjas de la población de las que venimos hablando, en América Latina la traducción del paradigma de la Protección Integral en su aplicación latinoamericana, ha caído en gran medida en reduccionismo penal y legal, pues la gestión del control social de las infancias y adolescencias ha partido centralmente desde los dispositivos penales, pero aún en las políticas públicas a partir del paradigma convencional lo han sido también a partir y centralmente desde el derecho, todo lo cual, claramente, merece su revisión profunda, pues los mandatos que esos reduccionismos - legal y judicial- imponen son realmente hegemónicos.

El derecho es el paraguas de la protección especial dice Beloff³⁵, pero advierte que en América Latina nos hemos concentrado más en los límites al Estado que en las exigencias de protección especial (y esto es el paternalismo justificado incluso en los lineamientos sentados por la propia Corte IDH), cuando, en definitiva, la primera obligación estatal es prevenir el delito juvenil, si fracasa, juzgarlos como adolescentes, y si se los condena, que la sanción penal sea la adecuada y ejecutada como adolescentes, no como personas adultas, debiendo ser esa sanción penal juvenil también especializada, lo cual debería dar lugar a categorías especiales de determinación judicial de las sanciones para adolescentes y a un fuero de ejecución especializado, aunque no profundizaremos sobre ello ahora porque será materia de atención más adelante.

³⁴ Beloff, Mary (1999) *Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, en Justicia y Derechos del Niño N° 1. UNICEF. Santiago, Chile.

³⁵ Material citado en la nota anterior.

Esto implica un gran desafío que parece tan lejano de materializarse en nuestra región, como urgido ante las constantes reformas procesales. Una gran incógnita puede ser cómo construir mecanismos de control social efectivos en el tiempo sin recurrir a la privación de libertad como herramienta esencial, y ni siquiera al sistema penal como campo de acción central. Puesto que se han densificado las excepciones (privaciones de libertad y lógicas punitivas) convirtiéndose en regla general en vez de resultar excepciones de un paradigma comunitario (de integración y basado en la restauración de lazos comunitarios, y eventualmente en programas de justicia restaurativa).

Lo cierto es que uno de los grandes problemas de interpretar las garantías de personas menores de edad, como las de personas adultas, es el debilitamiento del principio de protección especial y con ello los deberes de prestación a cargo del Estado. Es decir, que aquello de que las mismas garantías más un plus sólo debe implicar más garantías es erróneo, pues para asegurar la protección especial de cada derecho de las personas menores de edad, debe contarse con distintas garantías, por ende, el plus no es simplemente a modo de sumatoria o acumulación, sino de especialidad, lo que implica distinción no sumatoria, especificidad no adecuación.

En ese contexto debe reconocerse y ponerse en valor la importancia del diálogo coordinado interinstitucional de acuerdo al principio de corresponsabilidad que exige no solo la integración interinstitucional en el Estado y extrainstitucional del Estado con las organizaciones de la comunidad, la ciudadanía y la familia, sino muy particularmente la coordinación y complementación de intervenciones y dispositivos, con mecanismos cruzados de responsabilidad y responsabilización integrada, que evite superposiciones superfluas y/o contradictorias en la interacción, valorando la multiversidad de fuentes de posibles soluciones, como así también la diversidad de criterios.

En relación a ello, la especificidad que describiremos en este trabajo tiene mucho que aportar en relación a las categorías epistemológicas que deben imperar. Podemos graficar, por ejemplo, con el tiempo y la forma de los actos e intervenciones estatales, pues claramente esos factores impactan de manera diferente en personas adultas que en NNyA. Y ello puede resultar de compleja concreción, cuando las personas efectoras necesitan más tiempo y están atadas a formas preconcebidas para resolver mejor de acuerdo a lógicas más adulto céntricas que niño céntricas. Mientras tanto, el tiempo de NNyA no espera y discurre entre la ineficiencia de los Estados para lograr mejores aproximaciones en sus deberes de prestación (piénsese en procesos penales que comienzan a los 16 años de una persona y culmina cuando tiene 23, pero también en los procesos de adopción y los de divorcios conflictivos, por

ejemplo), pero en lo penal ello resulta de interés manifiesto también, pues los procesos juveniles suelen diseñarse de manera refleja a los procesos para personas adultas con adecuaciones, sin que varíen demasiado los factores centrales, siendo ello una regla en la región y nuestro país no es excepción, por lo que a las reducciones judicial y legal de las que habla Beloff podríamos sumarle la reducción adulto céntrica, consistente en pensar que sólo adecuando las instituciones, dispositivos, normas, etcétera, previstas/os y dispuestas/os para las personas adultas se completa el sistema de protección especial de derechos del modo integral en que se exige desde el corpus iuris del DIDH para NNyA, lo cual -parece bastante evidente decir- está bastante lejos de eso.

De allí la necesidad de especializar el Sistema Penal incluyendo al Sistema de Garantías para personas menores de edad, y para seguir ejemplificando sólo con el factor tiempo, puede verse que en la CADH se habla de “*plazo razonable*” de los procesos para juzgar a una persona (Art. 8.1) y en el PIDCP de ser juzgada “*sin dilaciones indebidas*” (Art. 14.3.c), pero en la CDN se habla de que “*la causa será dirimida sin demora*” (Art. 40.2.iii) lo que ya desde lo semántico nos está indicando que no es lo mismo, puesto que, tanto el mandato de razonabilidad en el plazo como el consistente en que se admitirán las dilaciones si son indebidas permiten suponer que existen criterios discrecionales -más o menos amplios- e interpretaciones posibles en lo que se considere plazo razonable y dilaciones debidas.

En cambio, el mandato “*sin demora*” impone la obligación de no demorar, puesto que la preposición *sin* indica ausencia, carencia o falta de algo³⁶, y ese algo, en este caso es la demora. Por ende, no importa si esa demora es debida o indebida, ni si se mantiene o no durante un tiempo que pueda considerarse razonable. Este mandato impone no demorar, sin bemoles, sin ámbitos de apreciación, simplemente no demorar. Por ende, el único plazo posible es el necesario y suficiente para la realización de cada acto procesal, y una vez indicado en cada caso, no admitir demora o dilación alguna. Ello no es adecuación, sino conceptualización específica, que -claro- es necesario determinar, pero hacerlo atándola a los conceptos adulto céntricos de la CADH y el PIDCP con alguna adecuación, por ejemplo simplemente abreviar los plazos, indudablemente será un error, pues de lo contrario quienes redactaron la CDN hubieran establecido que los plazos procesales previstos para personas adultas debían ser reducidos en tal o cual medida y listo, pero eso no fue así, y ni siquiera se utilizó la misma terminología, por lo tanto, el sentido que debe darse a este mandato no se agota en la simple abreviación de plazos.

³⁶ Diccionario de la Real Academia Española (2022). En línea <https://dle.rae.es/sin?m=form>

Ese trabajo de interpretación es necesario hacerlo en todos los institutos y conceptualizaciones heredadas del derecho penal adulto céntrico. Ahora bien, ello no quiere decir que se deba prescindir de la normativa circundante, primero porque la propia CDN manda a tenerlas en cuenta en el primer párrafo del art. 40.2, pero además recuérdese que, precisamente derivado de la letra de esa norma -entre otras- se impone el estándar de que NNyA deben contar con todos los derechos de las personas adultas, en el ejemplo, las exigencias de ser juzgado en plazo razonable y no permitir dilaciones indebidas, pero además, contar con un plus específico, el estándar de que “*la causa sea dirimida sin demora*”, lo que implica que cada acto procesal debe realizarse dentro del tiempo estrictamente necesario para su realización, el cual debe ser el más breve que proceda y ello implica en su adecuación a cada caso.

En fin, además de la especificidad que más adelante definiremos, lo cierto es que en nuestro campo, es hora de pasar de la retórica de derechos a una tutela efectiva que permita asegurar las condiciones necesarias y, al menos, en principio, mínimamente suficientes para una existencia digna que incorpore a NNyA como sujetos de derechos con autonomía progresiva, incluso a aquéllas/os que han cometido contravenciones y/o delitos y esa tiene que ser la característica principal del modelo de Estado que impere.

Parece que esa senda es sólo posible mediante el modelo de Estado Social que imponen materialmente el respeto y efectividad de los derechos humanos, y en sentido formal, el complejo de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dejando atrás el modelo tutelarista del paternalismo injustificado, pero también el liberalismo, y con mayor razón aun todas las formas de neo liberalismos.

Para ello es fundamental cimentar las bases necesarias en relación a los derechos de NNyA reconociendo su entidad autónoma de sujetos de derechos, sin tutelaje adulto céntrico de las personas para modelarlas conforme a criterios hegemónicos, como así tampoco dejarlas sueltas al liberalismo propio de Estados capitalistas, pues, recordemos, que pensamos desde y para Latinoamérica, sino la más, al menos una de las regiones más desiguales y empobrecidas del mundo, en la cual los Estados tienen un gran abanico de deberes de prestación para efectivizar y derechos de defensa que asegurar en pos del desarrollo equitativo y con el mayor acceso posible a las condiciones para diseñar y llevar a cabo planes de vida propios de cada persona desde sus infancias. Por todo lo cual, el liberalismo redefinido de la modernidad tardía no podría tener cabida, pues tempranamente se rendiría a los pies del capitalismo salvaje que de manera hegemónica impone la globalización, y que en materia de utilización

de poder punitivo³⁷, se ha diseminado como un verdadero sistema de control global punitivo que es necesario primero conocer y luego deconstruir en pos de cimentar e instalar lógicas autonómicas, nuestro americanas, decoloniales y emancipatorias, como dice Eduardo Aguirre³⁸ a quien seguimos aquí.

Además, debe tenerse en cuenta lo que advierte Germán Martín Aimar (2021) en torno a que un paso necesario en la deconstrucción del adulto centrismo penal en dirección a un derecho penal específico adolescente, consiste en superar el diálogo espejo con el tutelarismo, línea de antinomias permanentes entre lo tutelar y lo convencional, que impide la crítica deconstructiva del adulto centrismo³⁹

Las aproximaciones de este acápite imponen la necesaria conclusión relativa a que el modelo de Estado Social implica algunas conclusiones sobre las cuales es necesario abreviar.

En primer lugar, que al sistema de responsabilidad penal para NNyA no se lo puede concebir como un compartimento apartado, autónomo e independiente, sino como parte integrante del Sistema de Protección Integral de Derechos de NNyA, no sólo en términos conceptuales, epistemológicos, sino también porque así lo imponen el art. 19 de la CADH y su interpretación por la Corte IDH desde el caso “Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala” (1999), pues recordemos que el primer mandato del DIDH es la prevención de la delincuencia juvenil, pasando por todos los estamentos y períodos del contacto de NNyA con el sistema penal hasta la integración comunitaria como fin último. Está claro que ello no es posible de otro modo que comprendiéndolo como parte del sistema más amplio e integral genérico y no como compartimento aislado. Es más, no debe ni puede funcionar de otro modo si se apunta a la efectividad de los derechos y a materializar los mandatos del DIDH, del otro modo se apuntará al enfoque punitivo, que ya sabemos los resultados que ha dado.

El modelo de Estado Social entonces, implica garantizar la protección integral de derechos, diseñar modelos de justicia específica para NNyA, diversificada, con asiento en la corresponsabilidad y con finalidad continua y eminentemente integradora, y eventualmente restaurativa ante conflictos, pero siempre respetuosa de los derechos humanos. En cambio, el modelo de Estado Liberal impone una judicialización destinada al control social de las infancias y adolescencias más empobrecidas, una criminalización meramente securitizante, respuestas punitivas para el control punitivo de los sectores más postergados de las

³⁷ Aguirre, Eduardo Luis (2013) *Sociología del control global punitivo. Apuntes sobre la seguridad, la guerra y la paz*. Editorial Servicop. La Plata, Buenos Aires, Argentina.

³⁸ Aguirre, Eduardo Luis (2018) *Elementos de Sociología Decolonial. Reflexiones empecinadas de epistemología emancipatoria*. Servicop. La Plata, Buenos Aires, Argentina y (2019) *Estar siendo. Una aproximación a la filosofía emancipatoria de Nuestra América*. Servicop. La Plata. Argentina.

³⁹ Martín Aimar, Germán ob cit nota 17, p. 25/33.

comunidades, y violatorias de los mandatos del DIDH en materia de integración comunitaria, brevedad, mínima intervención penal, desjudicialización, desincriminación de delitos juveniles, entre otros principios de la especificidad.

En suma, un modelo incluye con el fin de reducir la vulnerabilidad para la integración comunitaria y el otro excluye profundizando las desigualdades para la segregación social. Parece claro cuál es el que se impone como mandato desde el DIDH, aunque habrá que verificar sectorizada mente si ello es cumplido -o no- en todos lados (me atrevo a afirmar que no).

Debemos destacar aquí que los modelos de Estado imponen paradigmas, enfoques, finalidades y respuestas.

En torno a los patrones culturales de cada modelo de Estado y lo que implican, debemos decir que es necesario deconstruir los paradigmas adulto céntrico, patriarcal y liberal (con todos los *neos* adentro), en pos de los paradigmas de la especificidad, de la igualdad y social de derechos humanos. Asimismo, en torno a los enfoques, es necesario deconstruir el retributivo, individualista y deshumanizante, en pos de los enfoques restaurativo, corresponsable y humanizante.

En relación a las finalidades deconstruir las punitiva, segregatoria y minimizante del sujeto NNyA, en pos de las finalidades socioeducativa, integrativa y protagonista.

Por último, desandar el camino de las respuestas penales aisladas, excluyentes, exclusivistas y espasmódicas, en pos de respuestas sistémicas, integrales, integradas con el sistema de protección integral y planificadas.

Recién una vez que se comprenda y se asuma todo ese trasfondo, base, complejo epistemológico e ideológico que conforma el modelo de Estado Social se podrá avanzar de manera efectiva hacia modelos de sistema de responsabilidad penal de NNyA compatibles con el DIDH.

El piso más un plus

El Estado de Derecho requiere efectivizar el piso más un plus (que no es sumar sino agregar y mezclar). Volviendo sobre la idea del piso de derechos más un plus, lo primero que diremos es que la idea de plus como una suma de elementos distintos a los ya conocidos, debe ser desterrada definitivamente. Cuando en doctrina se habla de los derechos y garantías para

personas adultas más un plus para NNyA, se suele caer en el error de entender que ello implica tomar todos los derechos y todas las garantías con que deben contar las personas adultas y agregarles algunas especialmente previstas para NNyA. Ello no es más que un error tan común en la historia doctrinal y normativa, como incongruente con el sistema del DIDH y la ontología de las personas humanas menores de edad.

En este trabajo diremos varias veces que tanto el derecho penal como el procesal penal, y toda su conceptualización, institucionalidad, organización, etcétera ha sido pensada por, para, hacia, desde, con y en función de “personas adultas”. Por ende, afirmar luego que el sistema que tiene a NNyA como sujeto primordial debe tomar todo ello y sumarle algunas “cosas” no tenidas en cuenta por aquellos sistemas adulto céntricos, sería una gran incongruencia, sino una contradicción. Por ende, entender el plus a que se refiere el DIDH meramente como agregado es un contrasentido.

Ahora bien, etimológicamente *plus* significa más, y ello ha sido tomado por gran parte de la doctrina como sumar algo a lo ya existente. No debe perderse de vista que en su sentido etimológico *plus* implica sumar, pero en sentido material, no implica necesariamente sólo sumar en sentido numeral, matemático, a modo de escalones a una escalera. Quiero decir con esto que nada indica como mandato epistemológico y mucho menos normativo desde el DIDH, que el *plus* debe ser todo lo que ya está de anterioridad con más algunas cuestiones específicas encima. Es más, se impone precisamente lo contrario. Para graficar lo que digo introduzco números inventados: el sentido meramente sumatorio implicaría sostener que, si en el proceso penal las personas adultas tienen 30 derechos y garantías, pues las personas menores de edad tendrán 40, porque se le agregan 10 especialmente para ellas (pero las primeras 30 se les aplican como están), y si en derecho penal el delito tiene 4 elementos, para las personas menores de edad tendrán 5 porque se le agrega uno específico (pero los 4 anteriores se aplican como están). Es en gran medida es lo que se ha venido haciendo.

Ahora bien, *plus* en sentido material impone algo distinto, obliga a que deban revisarse lxs 30 derechos y garantías en lo procesal y los 4 elementos en lo penal, y sean modificadxs en todas las aristas y contenidos para que sean compatibles con lxs sujetxs NNyA y además se agreguen las específicas inexistentes para que todo el sistema guarde coherencia y reúna las condiciones de especificidad necesarias para la incorporación del sujeto NNyA, no concebido como protagonista con centralidad política originariamente. Lo sumatorio es correcto y válido para elementos separados (si tengo 10 lápices de colores y le agrego 5 más de colores distintos, tendré al final lápices de colores, solo que 15 en vez de 10), en cambio lo que aquí planteamos es agregar para adecuar de modo válido a fin de conseguir una mezcla sinérgica.

Es más, el sentido de una receta de cocina que el de alargar una escalera (si tengo harina en un recipiente y le agrego levadura, huevos y agua, en proporciones adecuadas y en el orden pertinente, tendré al final una masa, y no más harina, más huevos, más levadura y más agua). A esto nos referimos con sinergia, puesto que en el caso de derechos de NNyA no se suman elementos iguales a los ya existentes (lápices o escalones) que dan como resultado más elementos de esos mismos, sino que se agregan elementos distintos (huevos, levadura y agua) a los ya existentes (harina) y se obtiene como resultado un algo distinto a todos sus elementos. Véase que las reglas del debido proceso siguen esta lógica, el agregado de derechos y garantías no da como resultado más derecho y garantías (15 lápices), sino un debido proceso (una masa), y lo mismo sucede con la teoría del delito, el agregado de elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) al ya existente (acción), no da como resultado más elementos iguales (más acciones) sino uno distinto (el delito). Por ende, es este el sistema que hay que seguir en la consideración del plus, el agregativo sinérgico y no el sumatorio matemático.

Entonces, el *plus* específico, en sentido material implica sinergia y no sumatoria. Ello implica el incremento de la acción de diversas sustancias o diversos elementos por el hecho de actuar conjuntamente. No es lo mismo sumar que agregar, como no lo es tener más elementos (derecho penal y procesal penal con más elementos) que dar lugar a uno distinto (derecho penal y procesal penal específicos).

Conforme a ello, haremos en esta parte del estudio un aporte analítico un tanto más técnico normativo.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, receptada en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, dispone que en caso de personas con menos de 18 años en conflicto sociales penalizados, como mínimo -y en última medida- se los juzgue bajo el resguardo de todas las garantías constitucionales y convencionales reconocidas a las personas adultas (art. 40 CDN), y decimos como mínimo porque le agrega un plus, y es precisamente sobre este agregado de la especialidad sobre el cual trabajaremos en este aporte para delimitar las características específicas para el derecho penal aplicable a NNyA, e incluso esbozaremos algunas aproximaciones sobre garantías del proceso penal más adelante.

Recordemos que *plus* en este caso no sólo quiere decir más, en sentido sumatorio, es decir, que las personas durante la infancia y adolescencia tienen más derechos que las personas adultas. Eso es reduccionismo adulto céntrico. Lo que significa en realidad es que las personas durante la infancia y adolescencia tienen todos los derechos y garantías de las personas adultas, pero no de igual manera, sino con la resignificación impuesta por la

ontología propia de las personas durante esas etapas y la normativa específica aplicable, con más los derechos y garantías que por su protección especial requieren durante estas etapas de la existencia humana. La relación entre los derechos y garantías comunes a todas las personas humanas y los derechos y garantías específicos para NNyA no es ni debe ser sumatoria o meramente acumulativa, sino que es y debe ser sinérgica o de potenciación.

A modo de ejemplo inicial, podemos señalar que se estipula la necesidad de flexibilizar el catálogo de sanciones en pos de una respuesta que no se centre en la judicialización y mucho menos en la privación de la libertad. Lleva a lo que se conoce como principio de última ratio, que en el ámbito específico para NNyA impone la subsidiariedad de la prisión. Dice el art. 37.a de la CDN: *“la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”* –la negrilla me pertenece-, y además dispone que *“Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”* (art. 40.3.b,CIDN) –el resaltado es nuestro-.

Si a ello le agregamos una interpretación armónica con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing 1985), en cuanto establecen que incluso para los *“menores delincuentes” pasibles de sanción, “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente”* (11.1) –la negrilla es nuestra-; las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomendación R (87) 20, sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil; la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989); y la OC 17 de la CIDH que establece que *“para la detención de niños deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida.”* –la negrilla me pertenece-; más el articulado garantista de nuestra Constitución Nacional y con lo que añadiremos sobre los efectos adversos de la pena privativa de libertad, tal inteligencia sólo nos podrá conducir a una sola salida: el enfoque punitivo para NNyA es incompatible

con todo el plexo de su derecho específico en general, y lo estipulado en la CDN en particular⁴⁰ e incluso se habilita la desjudicialización aún para el abordaje de ciertos delitos.

Es dable agregar, además, que dicha inteligencia es seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo “Maldonado” del 07/12/2005, sosteniéndola en sus pronunciamientos posteriores “L., L.A.” del 18/12/2007, “García Méndez y Musa” del 02/12/2008, “G., J. L.” del 15/06/2010, “A.C.J.” del 31/10/17 y el reciente “H.,A.O.” del 24/06/2021, que aunque a mitad de camino en términos de mantenimiento del tutelarismo, ha estado derivada en parte de la Corte IDH y profundizada desde esta instancia a lo largo de su prolífica jurisprudencia sobre niñez y sistema penal cuyo estudio pormenorizado no haremos aquí, pero sí referiremos a lo largo de todo el trabajo.⁴¹

En nuestro estudio, además de los fallos reseñados de la CSJN y otros que agregaremos, utilizaremos los siguientes pronunciamientos de la Corte IDH con más los que puedan surgir durante el trabajo, sin ánimo de exhaustividad, pues en ellos se han delineado los estándares en relación a la justicia juvenil y los derechos de NNyA implicados en otros asuntos no penales que tienen incidencia en la investigación que aquí presentamos:

“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, Sentencia de 19 de noviembre 1999; Caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de 18 de septiembre de 2003; caso Molina Theissen vs Guatemala, sentencia del 4 de mayo de 2004; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú Sentencia de 8 de julio de 2004; Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay Sentencia de 2 de septiembre de 2004; caso Carpio Nicole y otros vs Guatemala, sentencia del 22 de noviembre de 2004; caso de las Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador, sentencia del 1 de marzo de 2005; Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005; Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana sentencia de 8 de septiembre de 2005; caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia sentencia de 31 de enero de 2006; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006; caso Servellón García y otros vs. Honduras sentencia de 21 de septiembre de 2006; caso Vargas Areco vs Paraguay, sentencia del 26 de septiembre de 2006; Resolución DE 4 DE JULIO DE 2006 Medidas Provisionales y Solicitud de ampliación de medidas provisionales respecto de la República Federativa del Brasil “caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo do Tatuapé de Febem” de la

⁴⁰ Como lo ha dicho el Comité de la CDN en su O.G. 24 recientemente, p. 76 y 99.

⁴¹ Puede verse en Beloff, Mary (2018) Derechos del Niño. Su protección especial en el sistema interamericano. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, y en Larsen, Pablo (2016) *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, pág. 328/358.

Fundazao CASA, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de julio de 2007 y del 25 de noviembre de 2008; caso Tiu Tojín vs Guatemala, sentencia del 26 de noviembre de 2008; caso González y otras (“campo algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; caso De la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009; caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010; caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay, resolución del 1 de julio de 2011; caso Contreras y otros vs El Salvador, sentencia del 31 de agosto de 2011; caso Familia Barrios vs. Venezuela, sentencia de 24 de noviembre de 2011; caso Gelman vs. Uruguay sentencia de 24 de febrero de 2011; caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012; caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012; caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; caso Uzcátegui y otros vs Venezuela, sentencia del 3 de septiembre de 2012; caso Vélez Restrepo y familiares vs Colombia, sentencia del 3 de septiembre de 2012; caso Masacres de Rio Negro vs Guatemala, sentencia del 4 de septiembre de 2012; caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador, sentencia del 25 de octubre de 2012; caso de la Masacre de Santo Domingo vs Colombia, sentencia del 30 de noviembre de 2012; caso Gudiel Alvarez y otros (diario militar) vs Guatemala, sentencia del 20 de noviembre de 2012; caso Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; caso Pacheco Tineo vs Bolivia, sentencia del 25 de noviembre de 2013; caso Veliz Franco y otros vs Guatemala, sentencia del 19 de mayo de 2014; caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, sentencia de 27 de agosto de 2014; caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana, sentencia del 28 de agosto de 2014; caso Rochac Hernández y otros vs. El salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014; caso comunidad campesina de Santa Bárbara vs Perú, sentencia del 1 de septiembre de 2015; caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, sentencia del 1 de septiembre de 2015; caso García Ibarra y otros vs Ecuador, sentencia del 17 de noviembre de 2015; caso Yarce y otras vs Colombia, sentencia del 22 de noviembre de 2016; caso Favela Nova Brasilia vs Brasil, sentencia del 16 de febrero de 2017; caso Vereda La Esperanza vs Colombia, sentencia del 31 de agosto de 2017; caso VRP vs Nicaragua sentencia del 8 de marzo de 2018; caso López y otros vs Argentina, sentencia del 25 de noviembre de 2019; caso de las Comunidades Indígenas Lhaka Honhat vs Argentina, sentencia del 06 de febrero de 2020; y caso “Mota Abarullo y otros vs Venezuela” del 18 de noviembre de 2020, advirtiendo de nuevo sobre la posibilidad de que cuando este texto sea presentado haya nuevos aportes que adunen sobre la dinámica del DIDH.

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL HUMANO Y CONVENCIONALIDAD

Partiendo de lo sentado hasta aquí, abrevaremos en una conceptualización del derecho penal que sirva de base compatible con el modelo de Estado de Derecho centrado en la efectividad de los derechos humanos de las personas, y en lo que nos convoca, la protección especial de derechos de NNyA.

Todo ello, aunque ya lo adelantamos al comenzar a hablar del efecto de desfragmentación del DIDH, agregaremos y profundizaremos ahora sobre el efecto de convencionalización⁴² que se manifiesta como herramienta de gran utilidad para asegurar los principios del derecho penal humano. Ejercicio que tenemos que hacer no sólo en los momentos interpretativos y aplicativos de la legislación, sino también y muy especialmente en el momento de la conformación teórica, en los andamiajes conceptuales de la teoría del derecho penal, de la que forman parte, por supuesto, la teoría del derecho penal, la teoría del delito, la teoría de la responsabilidad punitiva y en suma todas las ramas de conceptualización metodológica y bases epistemológicas en que se asienta nuestro saber disciplinar. En esta tarea, vamos por parte.

Como afirma el Prof. Eugenio R. Zaffaroni, el Derecho Penal es histórico, cultural y político⁴³, lo cual es necesario tener presente en diferentes momentos. En primer término, al analizar los procesos de nacimiento y desarrollo de las epistemologías y construcciones dogmáticas importadas, máxime como mayoritariamente ocurre desde hace más de un siglo en el ámbito penal del campo jurídico, las dogmáticas europeas en general, y las alemanas, italianas y españolas en particular. En segundo término, al momento de incorporar tales aproximaciones disciplinares a nuestra región y con ello nos referimos no sólo al ámbito académico sino eminentemente en los espacios de creación normativa y de interpretación jurisprudencial. En tercer lugar, al momento de revisión y adecuación de todo el campo jurídico y especialmente en el ámbito penal, en los procesos de reforma tanto de fondo como procedimental. Y, en cuarto lugar, por supuesto en los procesos de construcción de epistemologías latinoamericanas, que deberán manifestarse latinoamericanistas, decoloniales y situadas.

⁴² Arballo, Gustavo, ob cit nota 9, pág. 55.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2021) Conferencia virtual *Derecho Penal Humano*. CESJUL, Colombia. 25/04/2021. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=0cJdwXQjz4Q>

Simplificando, el derecho penal entendido como doctrina jurídico-penal consiste en hacer y describir discursos interpretativos del material legislativo aportado por las agencias políticas del Estado. En esa tarea, el objetivo político es eminentemente práctico, pues consiste en que las personas que operan el sistema penal, al aplicar las normas acojan las interpretaciones brindadas, si se trata de tribunales que sienten jurisprudencia siguiéndolas, y todo ello coadyuve a la definición del derecho. Para cumplir con ese objetivo el derecho penal utiliza un método, el dogmático, que tiene una técnica determinada, la dogmática penal, y que se encuentra sumamente desarrollada. Empero ello, debe comprenderse que no por técnico y hasta algunos dicen científico, deja de ser político. Es más, podríamos afirmar que es eminentemente político.⁴⁴

Ahora bien, en relación a esa técnica asumida como método por el derecho que contiene fines políticos, tampoco puede ser entendida con prescindencia de sus funciones. Binder se refería a la función de la dogmática penal en los siguientes términos:

*“Las normas penales cumplen sólo una función limitadora, y ello debe ser integrado y desarrollado. Todas las categorías y conceptos que utilice la dogmática penal deben estar al servicio de esta función limitadora y reductora. El desarrollo y perfeccionamiento de un nuevo instrumento del poder punitivo le corresponde al análisis político criminal, no a la dogmática penal. Si existen dos posibilidades de interpretación, la dogmática penal debe siempre optar por aquélla con mayor capacidad de limitar el poder punitivo. Su racionalización es siempre y exclusivamente una racionalización limitadora y reductora, ni siquiera estabilizadora del poder punitivo.”*⁴⁵

Zaffaroni va más allá, geopolíticamente, y refiere que la función de la dogmática penal, en latino américa debe tender al realismo⁴⁶. Esa necesidad implica fuertemente construir dogmática penal situada históricamente como han hecho los alemanes Binding con su normativismo y los mandatos de fortalecimiento del Estado en la época de Bismarck, Von Liszt y el derecho penal como límite a la política criminal de Guillermo II y el intervencionismo económico; los penalistas liberales de la época de Weimar –Radbruch y Marx Ernst Mayer-; Edmund Mezger y la legitimación del derecho penal que sirvió de base al nazismo versus la Escuela de Kiel y el derecho penal construido propiamente desde el Nazismo; la reconstrucción alemana con el derecho penal de Konrad Adenauer y Hans

⁴⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl *Derecho Penal Humano*. Hammurabi. Buenos Aires 2017, p. 55.

⁴⁵ Binder, Alberto (2004) *Introducción al Derecho Penal*. 1ra. ed. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina, p. 61.

⁴⁶ Conferencia de nota 36.

Welzel; y el avance de la Social Democracia que dio lugar al Neokantismo de Claus Roxin, entre otros, como el funcionalismo de Günther Jakobs.⁴⁷

En fin, las dogmáticas penales alemanas no deben ser analizadas como construcciones objetivas, apolíticas, atemporales y válidas para todo tiempo y lugar, sino que han sido construcciones eminentemente contextualizadas y situadas en relación directa tiempo espacial. Lo mismo vale para las españolas, italianas y otras de las recibidas en Latinoamérica y que han conformado las bases de las estructuras aplicadas desde siempre en nuestra región. Incluso, en la mayoría de los casos sin siquiera análisis crítico.

Las modernas dogmáticas alemanas provenientes de una incorporación europeizante de posguerra que encandiló como herramienta superadora del positivismo y que por su apego al fisicalismo se pretendió que se trataba de conocimiento científico, han marcado el penalismo regional. Esas dogmáticas fueron incorporadas como saber científico progresivo, acumulativo y políticamente aséptico, lo que al contextualizarlas puede verificarse que no era así, pero además se percibió como garantía del derecho penal liberal por aportar mayor previsibilidad y racionalidad, e incluso en un carácter evolutivo en el sentido de que se entendía a cada doctrina nueva como superadora técnicamente de la anterior, caracteres que en cierta medida permanecen hasta hoy⁴⁸.

Ahora bien, ello no quiere significar que haya que desconocer a la dogmática y al método dogmático en el derecho penal, y tampoco los avances de los estudios en esta materia con sus posibles aportes a nivel global y regional, sino que todo ese conocimiento disciplinar es necesario y fundamental para la elaboración de nuestro propio derecho penal adecuado a la región y al marco de poder actual⁴⁹. En suma, es necesario reforzar el avance de dogmáticas penales latinoamericanas y latinoamericanistas, que tengan en cuenta con centralidad la realidad de nuestra región y, por qué no, que sirvan de exportación.

En definitiva, dice Zaffaroni, usar la mejor técnica para hacer el puente que brinda la teoría penal está muy bien y de allí la utilidad de las construcciones extranjeras tan depuradas como la alemana y la española, pero cómo, dónde, qué tamaño, qué resistencia, intensidad, y con cuáles materiales resulta mejor el puente para afirmarse en nuestro suelo y dejar pasar nuestras aguas, serán cuestiones que tenemos que poner desde aquí, y para aquí, en América Latina.

⁴⁷ Ídem anterior, y Zaffaroni, Eugenio Raúl *Derecho Penal Humano*. Hammurabi. Buenos Aires 2017, p. 101/132.

⁴⁸ Ídem nota anterior, p. 103.

⁴⁹ Ibidem, p. 127.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que tantos años de dogmática penal han enseñado que no existe “EL” delito, por ende, no puede existir “LA” pena, no es lo mismo estafar, defraudar, evitar un pago tributario, que una violación, un homicidio, etcétera. Dice Zaffaroni, socialmente no tienen nada que ver, pero tampoco en ninguna de sus aristas en tanto conflicto, por ende, las penas deben ser distintas y tener distintos efectos en cada conflicto que, a su vez, es distinto. Las penas, tienen múltiples funciones como todo hecho de poder, y sobre ello también es necesario profundizar, y lo haremos más adelante en clave de diversidad. Por el momento, quedémonos con que el derecho penal debe adecuarse a ello y para poder cumplir con sus fines, respetando su metodología y sistemática, debe necesariamente partir de una base impuesta por el DIDH.

Esa base que Zaffaroni denomina Derecho Penal Humano⁵⁰, surge como programa político debido a la introducción de los derechos humanos en el campo del deber ser, lo cual impone al derecho penal la tarea de proyectar la materialización de ese deber ser en el mundo del ser. Es decir, que pueda materializarse en la sociedad, lo cual obliga a ir “...*en sentido diametralmente opuesto a los intereses del capital financiero transnacional.*”⁵¹

Ese andamiaje parte por desentrañar la antropología convencional, proveniente de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y constitucional, con el fin de delimitar los estándares filosóficos que deben servir de base de sostén y justificación tanto al poder de castigar, como a la antropología que debiera ser infranqueable en el marco normativo sustancial en materia de derechos humanos y poder penal, que funciona como límite ontológico y epistemológico para la habilitación de poder punitivo. Ello debe contrastarse permanentemente con el mundo del ser en el que se enclavan tamañas ideas fuerza, a fin de verificar algunas directrices en clave de efectividad, puesto que la misma centralidad del DIDH, imponer normas fundamentales que conduzcan el deber ser hacia el respeto de la dignidad humana, desde lo formal, ha de ser la misma centralidad que guíe la materialización para la efectividad en el mundo del ser, y que, entonces, cada vez haya menos diferencias entre el deber ser y el ser.

Por ejemplo, la premisa básica del Derecho Penal Humano es el concepto de persona, que Zaffaroni afirma se trata de un concepto jurídico (reconocido en las normas y delimitados los

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2014) *Derecho Penal Humano*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Año 4 N° 8. Setiembre 2014. LA LEY. Buenos Aires, Argentina.

⁵¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2017) *Derecho Penal Humano*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, p. 135.

aspectos de protección jurídica) pero de contenido óntico (el ser humano como tal y como fin en sí mismo)⁵² que impone límites.

Sobre esa base debe construirse la dogmática penal humana con sentido dinámico, de lucha constante en la contención del poder punitivo, que impulse al ser hacia el deber ser, reduciendo las diferencias entre ambos⁵³, lo cual -claro- no es tarea sencilla en la región más desigual del planeta, pero en el juego de pulsiones y contra pulsiones que las lógicas del poder punitivo y financiero manifiestan de manera permanente, el fortalecimiento del Estado de Derecho es central para garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana.

Ahora bien, ese tipo de construcción dogmática debe asumir las consecuencias que el entendimiento desde la lógica de los derechos humanos deriva en las agencias del sistema penal y especialmente en el Estado en tanto sujeto obligado internacionalmente y hacia su interior en materia de derechos fundamentales, desde la promoción y enseñanza, pasando por la protección, garantía y no violación de derechos humanos, hasta la prevención con debida diligencia de violaciones a cargo del propio Estado o de particulares como así también garantizar su no repetición, removiendo las prácticas e instituciones que corresponda, y tomando las medidas políticas, económicas, legislativas y de cualquier otra índole, en tanto sean necesarias y adecuadas para ello, como así también reparar las vulneraciones en caso de existir, garantizando posteriormente su no repetición. Particularmente, en nuestra temática, teniendo especialmente en cuenta la prioridad de la población a que está dirigido el estudio (personas menores de edad, NNyA) según los mandatos internacionales.

Por tales cuestiones, ya no es posible comprender, sistematizar y pretender que el derecho penal sea un compartimento estanco en el campo jurídico, sino en franca integración convencional -en lo normativo- y disciplinar -en lo conceptual-.

Tanto en el momento original de creación conceptual como en el de interpretación dogmática de las normas ya creadas, el análisis constitucional y convencional resulta un mandato ineludible, pero también lo es en el momento aplicativo tanto de las normas jurídicas vigentes como de las creaciones de la dogmática, por lo que en la interpretación estatal -sea administrativa o judicial- debe observar la adecuación al derecho penal humano, y para ello se cuenta con una herramienta fundamental: el control de convencionalidad, sobre lo que abrevaremos ahora.

⁵² Ídem anterior, p. 149/151.

⁵³ Ibidem, p. 152.

A propósito del control de convencionalidad

Lo que trataremos de hacer en esta parte del aporte es incluir en el análisis la exigencia de pasar por el tamiz de la constitución y los pactos internacionales a toda la conceptualización, normativa y prácticas del derecho penal conceptualizado, dispuesto y aplicado a NNYA en el ámbito penal, pues entendemos que de ese modo se verificará si las conceptualizaciones, disposiciones normativas y prácticas están o no en contradicción con los postulados de las normas del máximo nivel jerárquico, lo que constituye un paso esencial en la introducción de la perspectiva de niñez en el derecho.

De estar en tensión o contradicción se implicaría el incumplimiento de las normas internacionales y de las decisiones de los dos tribunales máximos de nuestro sistema jurídico –CSJN y Corte IDH en el ámbito regional y de los Comités y demás organismos internacionales en el ámbito universal-, cuyas resoluciones son de obligada aplicación en el ámbito interno por juezas, jueces y tribunales internos, que deberían realizar los controles de convencionalidad y de constitucionalidad que están obligados a realizar sobre las leyes que aplican y también sobre las prácticas y otros actos de órganos estatales, obligación que incluye el deber de abstenerse de aplicar leyes anti convencionales y/o inconstitucionales, y que incluye a todos los estamentos del Estado.

Todo ello puede verificarse conforme a la siguiente línea jurisprudencial.

Fallo “Girolodi”⁵⁴ de la CSJN:

“11. Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (artículo 75, inc. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.”

“De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. artículo 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, Ley 23054).”

⁵⁴ G. 342. XXVI. RECURSO DE HECHO “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N° 32/93.”. Fallo del 07/04/1995.

Respecto de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH, se ha pronunciado en los casos “Simón”⁵⁵, “Mazzeo”⁵⁶; y “Rodríguez Pereyra”⁵⁷, entre otros. En este último caso, se agregó, además, que los tribunales están obligados a hacer control de constitucionalidad de oficio, y están impedidos de aplicar normas inconstitucionales.

“9º) *Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan no conformidad con ésta, abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de lo poderes públicos”*

“Tal atribución -concluyó la Corte- "es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente legislativo ordinario" (Fallos: 33:162). Como es bien sabido, un año antes, en el caso "Sojo", esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente "Marbury vs. Madison" para establecer que "una ley del congreso repugnante la Constitución no es ley" para afirmar que "cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso que ambas se refieren" (Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte "no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional" (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620).”

“10) *Que el requisito de que ese control fuera efectuado petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso "Ganadera Los Lagos" (Fallos: 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden*

⁵⁵ S. 1767. XXXVIII. RECURSO DE HECHO. “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768.”. Fallo del 14/06/2005.

⁵⁶ M. 2333. XLII. “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad.”. Fallo del 13/07/2007.

⁵⁷ R. 401. XLIII. “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis otra el Ejército Argentino s/daños y perjuicios”. Fallo del 27/11/2012.

fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos los decretos de la administración, que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente este argumento, se afirmó posteriormente que, si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte si cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; 327:3117, considerando 4°).”

“Agregó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco "se opone la presunción de validez de los actos administrativos de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraria una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen la Constitución. Ni (... puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (Fallos: 327:3117, considerando 4° citado).”

“11) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20).”

Respecto de la obligatoriedad de los fallos de la propia CSJN ha sentado el criterio a partir del caso **“Cerámica San Lorenzo”**⁵⁸:

“2° - Que la Cámara en lo Penal Económico, al aplicar el art. 19 de la ley 12.906, prescindió de considerar la inteligencia acordada a aquella norma por el tribunal en el precedente que se registra en Fallos, t. 303, p. 917 (Rev. LA LEY, t. 1982-A, p. 3), en el cual el apelante sustentó la aludida excepción, y que aparecía conducente a la solución de esta causa. Tal circunstancia basta para descalificar la decisión en examen, porque no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de

⁵⁸ CSJN. “Cerámica San Lorenzo S.A. s/recurso extraordinario”. Fallo del 04/07/1985.

conformar sus decisiones a aquéllas (confr. doc. de Fallos, t. 25, p. 364). De esa doctrina, y de la de Fallos, t. 212, ps. 51 y 160 (Rev. LA LEY, t. 54, p. 307; t. 53, p. 39) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (confr. causa: "Balbuena, César A. s/ extorsión" -Rev. LA LEY, 1982-B, p. 150-, resuelta el 17 de noviembre de 1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante."

A lo cual agregó la CSJN que sus fallos no sólo son obligatorios, sino que los tribunales inferiores no pueden apartarse de ellos en materia constitucional-convencional, en los casos "*Chocobar*"⁵⁹; "*González, Herminia*"⁶⁰; "*Cofré*"⁶¹; y "*Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.*"⁶².

Respecto de la obligación de realizar control de convencionalidad, el avance jurisprudencial de la Corte IDH fue el siguiente:

Caso "Almonacid Arellano vs Chile"⁶³: una especie de control de convencionalidad y lxs Juezas/ces no deben aplicar leyes anti convencionales.

"124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación

⁵⁹ C. 278. XXVIII "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad." Fallo del 27/12/1996.

⁶⁰ G. 254. XXXV. R.O. "González, Herminia del Carmen c/ ANSES s/ reajustes por movilidad." Fallo del 21/03/2000.

⁶¹ C. 605. XXXIX. RECURSO DE HECHO. "Cofré, Raúl Armando y otro s/ causa N° 3933." Fallo del 23/12/2004.

⁶² A. 925. XLIX. "Arte Radiotelevisivo Argentino S. A. el Estado Nacional - JGM - SMC s/ amparo ley 16.986." Fallo del 11/02/2014

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Caso "Radilla Pacheco vs México"⁶⁴: revisar también las prácticas y no sólo las leyes, pero, además, el control debe ser de oficio.

“338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.”

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Caso “Cabrería García y Montiel Flores vs México”⁶⁵: todos los órganos del Estado deben hacerlo y no sólo los órganos del servicio público de justicia.

⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2009.

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”

Queda claro entonces con el escueto resumen jurisprudencial realizado que juezas/jueces y todos los estamentos estatales, tienen la obligación de no aplicar leyes inconstitucionales y/o anti convencionales, deben realizar obligatoriamente control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio sobre todas las leyes que apliquen y prácticas u otros actos que tengan por ante sí, pues lo contrario iría en contra de las normas del máximo nivel jerárquico y de los mandatos jurisprudenciales de la CSJN y de la Corte IDH en la materia.

Ahora bien, retomando lo ya expuesto en relación a que el Derecho Penal tiene como fin político la contención del poder punitivo conforme está dispuesto por el DIDH y que la dogmática penal tiene como fin práctico proponer estructuras que sean seguidas por cualquier intérprete de las normas jurídicas en general, y por los tribunales de justicia en particular, entonces esas estructuras deben adecuarse necesariamente a los mandatos del DIDH, pues su incompatibilidad llevaría a decisiones anticonvencionales, lo cual es válido también hacia los postulados en el nivel constitucional, pues de ese modo se asegura la compatibilidad legal (en este caso vertical), que junto con la armonía jurídica y la completividad lógica conforman las tres reglas que debe seguir el método dogmático⁶⁶, que como técnica depurada se utiliza en este campo conceptual.

⁶⁵ □CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO. SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010.

⁶⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. (2002) Ediar, 2da ed. Buenos Aires, Argentina, p. 79 y ss.

Derecho Penal Máximo para un Poder Punitivo Mínimo

Cuando nos referimos al concepto de derecho penal estamos aludiendo al saber jurídico, disciplina que mediante el método dogmática se encarga de conceptualizar al poder punitivo, al delito y a las sanciones penales, y que tiene como objeto de estudio a las normas jurídicas, por ende, no debe ser confundido ese término con éstas, a las que denominamos legislación penal. Por ende, el Derecho Penal Humano del que venimos hablando debe ser un derecho penal máximo, entendido como máximo contenedor del poder punitivo, para que se libere el mínimo posible de éste, porque al tratarse de un derecho penal de límites, desde el cual se procura construir un sistema de límites que funcionen como filtros consecutivos y de acción permanente, cuanto mayor cantidad sean, manteniendo su racionalidad, mayor será la reducción de la habilitación del poder punitivo que, entonces, se verá reducido al mínimo racional posible, luego de la fragmentación impuesta desde el derecho penal conforme al fin político de la dogmática penal, como una especie de dique de acuerdo a su poder jurídico de contención que eviten el paso del poder punitivo y, en suma, su totalización en un Estado de Policía⁶⁷.

Como puede verse, ello implica que el derecho penal no tiene un fin punitivo, sino que por el contrario impone límites a su habilitación, pero por supuesto no prohíbe la habilitación, pues no es abolicionista, como no lo es el DIDH que contiene mandatos de sanción y penalización de una multiplicidad de conductas, algunas más expresas (genocidio por ejemplo) que otras (daños ambientales) pero que claramente no impone el abolicionismo sino un conjunto de límites a la habilitación y ejercicio del poder punitivo estatal que implican, entonces, principios limitadores a que debe someterse la construcción del sistema de comprensión del derecho penal, como son los principios derivados de la exigencia de legalidad (formal, previa, escrita y estricta), de la exigencia de evitación de groseras disfuncionalidades con los derechos humanos (lesividad, humanidad, trascendencia mínima, prohibición de doble punición, buena fe y pro persona) y los derivados del principio republicano de gobierno (acotamiento material, superioridad ética del Estado, saneamiento genealógico y culpabilidad)⁶⁸, con un conjunto de derechos y garantías para poder efectivizarlos.

Ahora bien, con ello como base para el nivel macro, debemos tener presente especialmente en el derecho aplicable a NNyA, que el Comité de los derechos del Niño ha expresado en su

⁶⁷ Ídem anterior, p. 64/65

⁶⁸ Para conocerlos en detalle ver ibidem, p. 95/122.

Observación General N° 24 que la utilización de un método estrictamente punitivo para gestionar la conflictividad penal de NNyA es contrario a los principios básicos de la CDN. Así lo ha dicho:

“76. El Comité pone de relieve que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no solo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no se ajusta a los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el artículo 40, párrafo 1, de la Convención. Cuando un niño cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del infractor y a la gravedad del hecho, y se tomará en consideración la necesidad de seguridad pública y de sanciones. Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad.”

Por lo cual, no sólo desde la dogmática penal respetuosa del DIDH se impone un derecho penal máximo que reduzca a la habilitación de poder punitivo al mínimo posible, sino que desde los mandatos específicos de la CDN ello se impone en este ámbito particular del derecho, por lo cual ello deja de ser una opción teórica y pasa a ser un mandato del DIDH de observación obligatoria, pues cualquier concepción distinta que sea incompatible con ello, propondría un sistema de interpretación claramente anticonvencional.

No nos detendremos en profundizar todas las implicancias de lo que otrora se ha denominado minimalismo penal o derecho penal mínimo aludiendo a la minimización de la habilitación de poder punitivo, o en términos de principios aludiendo a la última ratio, sino que, habiendo sentado la cuestión de que en la especificidad del derecho aplicable a NNyA se impone como mandato la mínima habilitación posible del poder punitivo como base, podemos afirmar que es necesario entonces respetar no sólo todo lo concerniente a lo que ello implica sino también un mínimo de caracteres centrales aplicables al control y gestión de la conflictividad social penalizada que tiene como protagonistas a personas menores de edad, prescindiendo del enfoque puramente punitivo y reduciendo la habilitación de poder penal a su mínima expresión posible.

Partiendo del dato estructural de la selectividad, nos referimos también con todo lo dicho al mandato de no regresividad con enfoque en los derechos humanos, a no castigar a quienes nunca estuvieron en el pacto social o cuya incorporación ha sido hostil, a reconocer la

irregularidad de los Estados -y como consecuencia de la ley- que históricamente se ha mostrado en conflicto con NNyA y en suma a esquivar el camino que equivocadamente se ha desandado en nuestra región a partir de principios del siglo XX con las primeras normas del Patronato, específicamente en nuestro país desde la Ley Agote de 1919.

Precisamente, debido a ese anquilosamiento de tutelarismo, generado por más de cien años de vigencia jurídica, pero sobre todo cultural, es necesario fortalecer la idea de que el enfoque punitivista no tiene mucho de positivo para aportar a NNyA que han cometido delitos o que toman contacto con el sistema penal sin haberlos cometido, ni tampoco hacia las víctimas y mucho menos hacia la comunidad que no ha participado de esos conflictos, pero tampoco para el Estado ni en su razón de ser, que lo legitima, ni en sus funciones esenciales, en relación a la protección de bienes jurídicos y a la reducción de la delincuencia juvenil.

Como dice Martín Aimar (2021) la minimalización del derecho penal (él denomina derecho penal a la liberación de poder punitivo) se debe dar en por lo menos tres niveles, como mandato al legislador en el momento de la creación normativa (criminalización primaria) que debe tener en cuenta los mandatos del DIDH y descriminalizar conductas que aunque delitos para personas adultas, no lo sean en caso de ser cometidas por NNyA, como así también disminuir las sanciones y su determinación judicial; como mandato de desjudicialización y no jurisdiccionalización para el abordaje de las conductas ilícitas de NNyA (criminalización secundaria); y como mandato durante el proceso penal, para cumplir con el principio de última ratio de la pena, en general, y de la privación de libertad, en particular⁶⁹

Desmitificación.

Partiendo de esa base e ingresando en lo que pretendemos en este acápite, retomaremos aportes que hemos realizado antes⁷⁰ en relación a la desmitificación de los efectos beneficiosos de la maximización del poder punitivo sobre NNyA, en lo particular, en nuestro ámbito respecto de adolescentes.

En ese marco hablaremos de punibilidad en tanto supone la posibilidad de que a una persona se le aplique una sanción penal. Es decir, que se le pueda aplicar una pena determinada en

⁶⁹ Martín Aimar, Germán ob cit nota 17, p. 45.

⁷⁰ Osio, Alejandro (2017) *Bajar la edad de punibilidad es anticonvencional e inconstitucional*. Revista Pensamiento Penal 16/01/2017. En línea: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44730-bajar-edad-punibilidad-es-anticonstitucional-anticonvencional-ilegal-e-ilegitima> Recuperado el 30 de septiembre de 2021.

alguna ley de contenido penal. En nuestro país las penas pueden ser de reclusión, prisión, multa o inhabilitación (Art. 5 del Código Penal) y nada más, aunque ello se ha visto amplificado en la realidad por diversos factores.

En suma, lo que caracteriza a este concepto es el resultado que puede recaer sobre una persona a partir de cometer un hecho definido en una ley como delito, contravención o falta, reunir determinadas condiciones personales al momento del hecho (psíquicas y de autodeterminación) y tener determinada edad, también a ese momento.

Ahora bien, si con ello lo que se intenta es que el sistema penal a través de su catálogo de sanciones, entre las cuales se destaca por su ferocidad, pero además por su generalización, es la pena privativa de libertad, resulta una obviedad la exigencia de repasar los beneficios que irroga esa utilización del poder penal para luego justificar su aplicación a mayor cantidad de seres humanos y a partir de una edad más temprana, como muchas veces se pretende por estos lares, puesto que si lo que se intenta proponer es que debe aplicarse a más gente y antes, es porque genera beneficios; y para sopesar ventajas y desventajas, beneficios y perjuicios, deberíamos saber primero cómo funciona en la realidad, más allá de las especulaciones teóricas, las proyecciones políticas en clave proselitista y las estrategias mediáticas y económicas.

Con respecto a su dinámica de funcionamiento real, entre muchas otras características, puede decirse con apoyatura en la realidad histórica de nuestro país y la región (aunque también en términos generales), que el sistema penal funciona estructuralmente de manera selectiva. Esto es así, debido a que la gran expansión que ha alcanzado el programa criminal en nuestro país, es decir, la gran cantidad de conductas o hechos que se encuentran previstos en normas jurídicas bajo sanción penal es tal, que hace de imposible materialización ese inmenso programa criminal, agravado por la habilitación de poder punitivo en una innumerable cantidad de normas cuyo contenido mayoritario no es penal.

Pero, además, es materialmente imposible, ya que los poderes judiciales -de la Nación y de las Provincias- se encuentran limitados en sus recursos humanos y materiales y, por ende, pueden procesar sólo una pequeña porción de todo eso. Y de la pequeña porción que tramitan, a su vez, deben elegir una parte para llevar a una resolución definitiva, mientras que el resto queda en el camino, también debido a limitaciones y decisiones de política criminal, que en el ámbito penal juvenil implica una doble afectación en nuestro país, porque en la mayoría de las jurisdicciones no existe un fuero específico, por lo que funciona como anexo indeseado en el sistema penal para personas adultas.

Entonces, teniendo en cuenta sólo estas variables, podemos decir con respecto a lo primero, que esencialmente hay dos procesos o tipos de selección, una primaria (Congreso dicta la Ley estableciendo un delito) y una secundaria (la policía recolecta a la clientela), las cuales en la realidad funcionan invertidas, puesto que las agencias judiciales funcionan con las personas y los casos que las policías les aportan según directivas políticas. Y entre ellas, muy rara vez se sale de los estereotipos criminales fijados por las estructuras económicas del capitalismo y los sectores de poder hegemónicos⁷¹.

Por su parte, otras agencias del sistema aportan a esa construcción. Por ejemplo, los medios de comunicación construyen y reproducen estereotipos (criminología mediática) y sobre los que ya existen trabajan en su exacerbación para producir su fijación y facilitar su perpetuación. Pero también, y esencialmente, generar alarma social por enemigos internos que -según dicen y repiten- amenazan de manera constante y aun cuando sean fenómenos focalizados, se difunde la idea de que se trata de fenómenos generalizados en todo el país. Esto afecta la agenda legal del Congreso, pero también la política criminal de persecución judicial, esencialmente políticas ambas, y en el ámbito penal juvenil se coloca la puerta de entrada.

En general, y para relacionar esto que venimos diciendo con lo que ya se dijo antes sobre la selectividad del sistema, los casos que son digeridos por la burocracia son de manera constante sólo los que generan más alarma social y los que son dirigidos políticamente, los cuales no necesariamente son los más graves ni los que mayor daño social producen. Nuestros poderes judiciales, en torno a la conflictividad adolescente, corren detrás de ladrones de poca monta y comercializadores de estupefacientes al menudeo, y solo son finalizados los más burdos, los provenientes de los más vulnerables de la sociedad, y en poquísimos casos de las personas antes protegidas por alguna red de poder (los famosos *hijos de*) y que por algún motivo han perdido esa cobertura⁷² o que, por la brutalidad y exposición de los hechos, no pueden escapar al atrapamiento del sistema, que los deglute espasmódicamente más por estrategia de algunas de sus agencias (generalmente las mediáticas y las políticas) para fines propios, que por otras cuestiones que justifiquen algún trato diferencial⁷³.

Ahora bien, al igual que no todas las enfermedades reciben el mismo diagnóstico y tratamiento, por su diversidad, resultaría lógico pensar que tampoco todos los conflictos

⁷¹ Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit. Nota 65, pág. 65 y ss.

⁷² Ídem anterior.

⁷³ En Argentina el ejemplo más reciente de esto es el crimen de los *rugbiers* que tuvo como víctima al joven Fernando Báez Sosa en 2020 y cuyo juicio se desarrolla por estos días de enero de 2023.

sociales que derivan en la comisión de delitos son pasibles de la misma solución. Es como si para todas las enfermedades se prescribe aspirina, y si la persona se cura se habrá optado correctamente, si la persona no se cura se aumenta la dosis. Si sigue sin curarse, se aumenta aún más, y así hasta que la persona finalmente muere a causa de la enfermedad, de su alergia a la aspirina o de la sobredosis que se generó, lo cual quizá sea lo más probable. Lo mismo sucede con la pena carcelaria desde sus inicios⁷⁴, puesto que aparece como un sanalotodo social que en realidad no cura mucho ni se ha demostrado que produzca ningún fin positivo que supere la obvia segregación social de las personas condenadas, su inocuización mientras dure la pena⁷⁵, y, por supuesto, el placebo indicado de manera discursiva de que “*se hizo justicia*”.

En cambio, si se ha demostrado que desocializa, estigmatiza, genera la asunción e internalización de roles desviados, produce la percepción de otredad, las personas privadas de libertad dentro y fuera de la cárcel son percibidas como un "otro social" al cual es legítimo retacearle o quitarle la mayoría de sus derechos, tiende a propender mayores niveles de delincuencia dentro y fuera de los penales, y como regla general no resocializa, reeduca ni reinserta socialmente (salvo contadísimas excepciones), pero sí fomenta la perpetuación de la pobreza, se aplica selectivamente hacia los sectores más vulnerables de las sociedades, y aparece como regla general y utilizable de primera mano cuando debería ser la última opción.⁷⁶ En los últimos tiempos, en Latinoamérica, también utilizada como herramienta política en el marco del *lawfare*, aunque ello es harina de otro costal en la que no entraremos en este aporte.

En el ámbito penal juvenil, como dice Emilio García Méndez, la utilización de la privación de libertad históricamente disfrazada de protección ha llegado al límite máximo en la región, con corolario ejemplar a cargo de la CSJN que en su fallo “García Méndez y Musa” del año 2008, a raíz de un habeas corpus planteado en 2006 por la Fundación Sur en favor de todas las personas menores de edad privadas de libertad en Buenos Aires por aplicación del Decreto Ley de la última Dictadura (22.278), constitucionalizó esa normativa irregular por partida doble (por su origen y por su contenido) careciendo la Argentina de un régimen legal de fondo compatible con la CDN -lo que aún se mantiene-, convirtiéndose en un caso paradigmático de construcción judicial de vulnerabilidad.⁷⁷

⁷⁴ Foucault, Michel (2008) *Vigilar y castigar*. Siglo XXI. Buenos Aires, Argentina.

⁷⁵ Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob cit nota 65, p. 51 y ss.

⁷⁶ Ídem y Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009) *El enemigo en el derecho penal*. 2da reimpression. EDIAR, Buenos Aires, Argentina, p. 13-29 y 81-112.

⁷⁷ García Méndez, Emilio ob cit nota 2, p. 365/371

Podríamos continuar con la crítica deslegitimadora hacia la pena desde varias aristas más, pero creo que con lo dicho ya resulta suficiente a los fines de este aporte, como para concluir que no resulta lo más recomendable para solucionar conflictos sociales en los cuales intervengan personas en proceso de desarrollo cognitivo, conductual y físico, como son NNyA. Y cae de maduro, que no resulta lo más recomendable ni para los propios sujetos ni para la sociedad que las personas seleccionadas por el sistema penal desarrollen sus subjetividades dentro de las cárceles (o de institutos con otros nombres, pero de igual materialidad) pues ello sólo sumará más violencia al abordaje de conflictos sociales criminalizados, y, por ende, redundará en sociedades más violentas.

En este estado de cosas, bien podríamos decir que si lo que se busca como fin del proceso penal es la privación de libertad, que en nuestros lares, sólo es ejecutable en lugares de encierro y vulneración de casi todos los derechos de los seres humanos allí depositados (cárceles, seccionales de policía, alcaldías, vagones, contenedores, institutos de menores, hospitales neuropsiquiátricos, etcétera), aparece a todas luces, como imponente, la conclusión de que ello no es lo más recomendable para NNyA como proyecto de vida durante sus etapas de desarrollo personal más tempranas, aunque por algún motivo, hayan cometido hechos punibles. Empero, como hecho político y social, se impone ante sucesos que provocan lesiones de gravedad.

Ahora bien, para redoblar un poco el esquema, deberíamos ir un paso más atrás de la pena y tratar de verificar si el propio proceso penal es recomendable -o no- para NNyA, puesto que bien podría perseguirse con dicho procedimiento un fin distinto a la pena de prisión⁷⁸. Entonces, concediendo que el fin perseguido puede contener un abanico de posibilidades distinto a la prisión, deberíamos preguntarnos si la forma o el método para conseguir esos fines debe ser el proceso penal y, en su caso, con cuáles características.

De acuerdo al paradigma tutelar o de la situación irregular, cuando se detectara una vulneración de derechos hacia NNyA o por parte de NNyA, la primera intervención que podría suponer alguna privación de derechos importante o hasta la libertad, estaría a cargo del Juzgado de Familia y del Menor. Es decir, judicializar el caso como primer abordaje para que se decida a partir de allí las medidas a tomar y su seguimiento. Claro que dicho proceder resulta anterior y contradictorio al paradigma de la promoción y protección integral de derechos que ha recibido sanción legislativa internacional a partir de la Convención

⁷⁸ Como, por ejemplo, la nueva Ley 3353 de Procedimiento Penal para Adolescentes de La Pampa, que dispone un abanico tan importante de salidas alternativas a la sanción privativa de libertad, que la deja reducida al mínimo posible y de aplicación enteramente excepcionalísima. Puede verse en línea en: https://justicia.lapampa.gob.ar/images/Biblioteca/Procedimiento_Penal_para_Adolescentes_web.pdf

Internacional de los Derechos del Niño en 1989 (CIDN), incorporada a la Constitución Nacional en 1994 (artículo 75, inciso 12).

En nuestros lares, pese a haberse aprobado leyes de acuerdo al paradigma de la Promoción y Protección Integral de Derechos, se siguen materializando judicializaciones como primera y principal medida, en los procesos en los cuales aparecen adolescentes con imputación de comisión de alguna conducta que puede considerarse como delito o contravención, cuando la normativa convencional dispone expresamente lo contrario, verificándose lo que Gomes da Costa denomina como "el paradigma de la ambigüedad"⁷⁹. Esto es, desarrollar las mismas intervenciones "tutelares" de siempre, pero con el andamiaje discursivo nuevo, en su mayoría acudiendo al "interés superior del niño" que como Caballo de Troya ha ingresado en los sistemas de protección integral con la panza llena de tutelarismo.

Ahora bien, el ajuste en serio⁸⁰ al paradigma convencional impone que ante la posible vulneración de derechos a cargo de NNyA: primero, deban ser agotadas todas las medidas administrativas a disposición no privativas de la libertad. Pero hay más, a su vez, dentro de la fracción de casos que se judicialice por haber fracasado las medidas administrativas no privativas de la libertad, la utilización de medidas excepcionales que impliquen la privación de libertad de NNyA, sólo debe tener lugar como última opción, también fundada en el fracaso de las restantes medidas a disposición, que en este caso serán no privativas de la libertad, y en el caso de estar fundada, debe ser por el período más breve posible.

Para que puedan dictarse e imponerse privaciones de libertad, entonces, deberán necesariamente respetarse las garantías del debido proceso constitucional-convencional, que para el caso de NNyA no sólo incluye la observación de los cuatro pilares fundamentales que se enuncian generalmente para el proceso de adultos (acusación, defensa, prueba y sentencia) sino que también se agregan las específicas para este sector de la población previstas en la columna vertebral de normas jurídicas específicas, sobre lo cual volveremos en profundidad más adelante (acusación y defensa especializadas, participación activa de NNyA, prueba y sentencia especializadas, comprensibilidad y multidisciplina).

Está claro que las normas jurídicas aplicables indican que el proceso a observar para NNyA en conflictos sociales criminalizados es, primero, administrativo, como última opción, judicial, y en cuanto a las medidas a disponer, primero, las protectivas o restitutivas de derechos según corresponda, e incluso restrictivas, y una vez fracasadas todas ellas, acceder a

⁷⁹ Beloff, Mary (1999) *Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, en Justicia y Derechos del Niño N° 1. UNICEF. Santiago, Chile.

⁸⁰ Término utilizado en clave de Dworkin, Ronald (2008) *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, 7ª reimpresión, Barcelona, España.

la judicialización del caso, mediante el control de legalidad de las medidas extraordinarias o excepcionales, entre las cuales, la última opción, debe ser aquella que suponga la privación de libertad, por el menor tiempo posible y revisable periódicamente.

Sentado ello, y volviendo al eje central de esta parte del estudio, si bien ya repasamos los efectos perniciosos de la pena, deberemos repasar ahora las ventajas o perjuicios de que las personas transiten un proceso penal, porque dentro de la discusión sobre la gestión estatal de los conflictos sociales criminalizados en los que participen personas menores de edad, suele plantearse también bajar la edad mínima de responsabilidad penal, que amplía el espectro de la población destino del poder punitivo y en ese marco se suele incluir la discusión del enjuiciamiento también a personas no punibles, aunque el final no sea una pena sino otra medida (lo que nosotros hemos llamado imputabilidad⁸¹ en términos procesales).

El proceso penal en sentido estricto, esto es, desde el inicio de la denuncia o noticia de un hecho hasta que una condena queda firme y es ejecutada, no es tampoco una panacea ni un modelo recomendable en términos de efectividad de derechos, sino que produce los mismos efectos que la pena si las personas imputadas son privadas preventivamente de su libertad (y por estas zonas son más del 44% de los casos⁸²), pero además estigmatiza por su publicidad, por su extensa duración, porque activa los sistemas de control social formal e informal, produce la atribución y fijación de roles desviados, genera inconvenientes laborales serios, coadyuva a la otredad, lo cual a su vez, coadyuva a la asunción y apropiación de los roles desviados con referencia a la ley, a los operadores judiciales y a la policía (rol de imputado), e inicia la cadena de sujeción punitiva⁸³ por la cual el sistema penal juvenil alimenta al sistema penal de adultos en un número importante.

Entonces, como puede verse claramente, tampoco el proceso penal es de lo más recomendable para ser aplicado a seres humanos que no han llegado aún a la mayoría de edad, por lo cual es necesario reducirlo racionalmente.

Por otra parte, podríamos afirmar que debido a todo ello y al efecto pernicioso que el poder punitivo, liberado tanto en el proceso penal como en la pena, una política criminal adecuada al principio de progresividad implicaría reducirlo racionalmente, y en clave de no regresividad en materia de derechos humanos, procurar que no haya retrocesos, como por

⁸¹ Osio, Alejandro (2017) *Bajar la edad de punibilidad es anticonvencional e inconstitucional*. Revista Pensamiento Penal 16/01/2017. En línea: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44730-bajar-edad-punibilidad-es-anticonstitucional-anticonvencional-ilegal-e-ilegitima> Recuperado el 30/09/21, p. 2. Recuperado el 30 de septiembre de 2021.

⁸² Informe SNEEP Argentina 2019, p. 7. En línea: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2019.pdf Recuperado el 30 de septiembre de 2021.

⁸³ Ob. Cit. Nota 22.

ejemplo, bajando la edad mínima de responsabilidad penal o disponiendo la judicialización de personas no punibles, o ampliando la gama de delitos, puesto que se impondría un sistema coercitivo (sistema penal) con la habilitación de afectación de derechos fundamentales, entre ellos la libertad, a un sector de la población actualmente no comprendido, con la trascendencia a otros derechos que ello implica, que conforme al estado actual del ordenamiento jurídico implicaría ir en contra de los mandatos del DIDH.

En consonancia con todo lo aquí expuesto, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 24 ha dicho que:

“2. Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables...”

6. Los objetivos y el alcance de la presente observación general son los siguientes: ... c) Promover estrategias clave para reducir los efectos especialmente perniciosos del contacto con el sistema de justicia penal, con arreglo al mayor conocimiento que se tiene acerca del desarrollo del niño, en particular:

- i) Fijando una edad mínima de responsabilidad penal apropiada y garantizando el tratamiento adecuado de los niños tanto antes como después de esa edad;*
- ii) Aumentando la aplicación, en el caso de los niños, de medidas alternativas a los procesos de justicia formal y su orientación hacia programas eficaces;*
- iii) Ampliando el uso de medidas no privativas de la libertad para asegurar que la detención de los niños sea una medida de último recurso;*
- iv) Poniendo fin al uso de castigos corporales y a la aplicación de la pena capital y de cadenas perpetuas;*
- v) En las pocas situaciones en las que la privación de libertad se justifique como último recurso, garantizando que se aplique únicamente a niños de mayor edad y esté estrictamente limitada en el tiempo y sujeta a revisión periódica...”*

Queda claro entonces, que la dogmática penal aplicada al derecho de NNyA debe tener en cuenta necesariamente que el contacto con el sistema penal es pernicioso para los derechos de las personas menores de edad por lo cual, su función principal debe ser contener al máximo posible el poder punitivo para limitar al mínimo posible su liberación, pues lo contrario implicaría ir en contra del interés superior como regla general (Art. 3 CDN), y al fin de

permitir la generación de un plan de vida que le permita a cada NNyA asumir una función constructiva en la sociedad como fin particular de la intervención penal (Art. 40.1 CDN).

CAPÍTULO IV
DERECHO PENAL DIVERSO.
PREDOMINANTEMENTE REPARADOR v RESTAURATIVO

Respecto del cuarto eje sobre el que se pretende trabajar en este trabajo nos centraremos en caracterizar al Derecho Penal específico como Diverso, que asegure, permita y garantice la mayor diversidad de respuestas posibles a los conflictos abordados, aunque, por ser mandatos del DIDH, preponderantemente tendiente a lo reparador y reparatorio.

Por un lado, asentarse en el Derecho Penal Reparador, terminología que la tomamos de Fillia⁸⁴, pero trascenderemos de los aspectos trabajados por dicho autor, puesto que en este eje pretenderemos desentrañar también los estándares que imponen las Prácticas Restaurativas⁸⁵, teniendo especialmente en cuenta que es hacia donde van las proyecciones internacionales en el derecho de la niñez, por lo cual, afirmaremos que a todo lo anterior lo debe conformar, asimismo, un Derecho Penal Restaurativo.

En este eje nos proponemos la conceptualización y visibilización de los estándares que entendemos aseguran más y mejor el principio de última ratio del poder penal, que asocia el valor concreto de justicia de manera más cercana a la resolución del conflicto de base en los hechos punibles, apunta a la devolución del conflicto a las personas implicadas, de las cuales requiere una participación más activa, como así también otros caracteres que entendemos hacen, en el fondo, al entendimiento de una sociedad en una clave diferente a la excluyente y segregadora que impone el poder punitivo a través del litigio judicial y la adversarialidad procedimental como herramientas de gestión de los conflictos sociales. Es decir, trataremos de realizar consideraciones que apunten hacia la utilización de herramientas inclusivas y resolutorias, por oposición a las excluyentes y retributivas del derecho penal binario; y autocompositivas o al menos más participativas, por oposición a la lógica litigante de imperio estatal en los procesos penales para personas adultas. Por lo cual será necesario modificar sistemas de entendimiento de las respuestas que puede dar el sistema penal y resignificar la participación de las personas que operan las agencias estatales, pero también de la comunidad, de las organizaciones de la comunidad, y de las personas que han sido o son partes de los conflictos sociales penalizados.

⁸⁴ Fillia, Leonardo C. (2017) *Derecho Penal Reparador*. Di Plácido editores. Buenos Aires Argentina.

⁸⁵ Compartimos en torno a este término lo dicho por Germán Martín Aimar ob cit nota 17, p. 52/53.

Propondremos entonces, modelos que cuenten con la flexibilidad suficiente como para prescindir, si es necesario, de principios tales como el de oficiosidad, de adversarialidad, acusatorio estatal y de respuesta binaria en términos punitivos, caracteres que definen al proceso penal moderno, y en su reemplazo, apuntar a sistemas de resolución de conflictos con lógicas más republicanas, democráticas, participativas y colaborativas, incluyendo por sólo ejemplificar, la posibilidad de dictar resoluciones, acuerdos o hasta sentencias de manera colectiva, reuniendo personas que operan el sistema penal con las que han participado de los hechos punibles, también por supuesto quienes los han sufrido, presenciado, o personas u organizaciones de la comunidad que puedan aportar positivamente a su abordaje integral - como objetivo inmediato- y a su resolución sustentable -como fin último-, para buscar así la disminución del daño, generar bases de garantía para la no repetición, propendiendo a la integración en algo mucho más parecido al mundo de “iguales” que imagina Gargarella⁸⁶ y que mejore las relaciones para recomponer las redes sociales que los conflictos afectan en sus bases y que el proceso penal en vez de tender a recomponer, hace siglos que fractura aún más, agregando más roturas que reparaciones.

Este eje entonces, tendrá de particular que dará conclusión a todo lo que analizaremos con el fin estratégico de resultar propositivo. Esto es, que funcione como base epistemológica de la política social hacia los conflictos criminalizados causados por personas menores de edad y a la vez como meta a la cual debería dirigirse el sistema de responsabilidad penal para NNyA por ser el cauce que marca el DIDH. Por supuesto, como paso intermedio, el poder punitivo habilitado en ese marco debiera ser reducido a una mínima expresión, y a la par que se fortalezcan las intervenciones estatales, de la familia y de la comunidad en la enseñanza, promoción y protección de derechos humanos de NNyA para que no aparezca como necesario utilizar el poder punitivo que habilita el sistema penal. Camino este de difícil transcurrir y que debe, como regla de basamento necesaria, conformar una solidez suficiente como para amortiguar los embates del punitivismo proveniente de múltiples agencias del propio sistema penal (mediáticas, políticas y judiciales preponderantemente), sobre todo ante hechos graves que toman estado público y generan respuestas políticas contingentes y espasmódicas que luego se generalizan.

En suma, no queremos decir con esto último que trabajamos para encontrar el mejor derecho penal juvenil, sino que trabajamos para tratar de limitar lo mejor y más precisamente posible al poder punitivo que se pueda liberar hacia NNyA, sistematizando los estándares que

⁸⁶ Gargarella, Roberto (2016) *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Siglo XXI editores. Buenos Aires Argentina

entendemos deberían ser infranqueables al poder penal, y que debieran formar parte del catálogo mínimo de respeto no sólo en lo normativo, sino esencialmente en la realidad del ser. Siguiendo a Gauna Alsina y Gutiérrez⁸⁷ que la discusión profunda no debe ser siempre cuál es el mejor derecho penal juvenil para NNyA, sino cómo hacer para que los Estados puedan gestionar los conflictos en que este sector de la población participa, sin que sea necesario el sistema penal, y sin instalar la idea de que la maximización del poder punitivo es necesaria.

Ahora bien, mientras ello discurre y en el entendimiento de que las lógicas de poder global, regional y local provocan que las agencias del sistema penal sean instrumentos que materializan una *potientia puniendi* en permanente aumento y no ejercen un *ius puniendi* muy racional que digamos, nos encontramos inmersos en el marco de culturas que gestionan con represión los conflictos sociales que –en términos de Gargarella⁸⁸- incomodan a la colectividad, y más allá de dejar la crítica planteada, aportamos lo que estudiaremos en este aporte, y que entenderemos como lo más adecuado a los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de la utilización del poder punitivo de acuerdo a las reglas específicas del derecho aplicable con especialidad a las infancias y adolescencias, porque resulta obligatorio en nuestro sistema jurídico, nos guste o no.

La incompatibilidad de la finalidad punitiva en las intervenciones en materia de conflictos sociales criminalizados con las reglas provenientes del derecho penal específico para NNyA no es una opinión particular ni novedosa de nuestra parte, sino que puede leerse expresa en los mandatos del DIDH a través de diferentes instrumentos y en varios pronunciamientos de los órganos de interpretación de los tratados de derechos humanos, que claramente apuntan hacia la justicia restaurativa.

Como dice Barbirotto, el hecho de que a una persona adolescente se le impute un delito en un proceso judicial, no implica que necesariamente ese procedimiento termine en una sentencia formal⁸⁹ que imponga una pena o absuelva. Y ello tiene su asiento normativo en el art. 40.3.b de la CDN en tanto dispone que “*b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías*

⁸⁷ Gauna Alsina, Fernando y Gutiérrez, Mariano (2013) *Breves consideraciones sobre la reducción de la edad de punibilidad a los 14 años de edad*. Revista Pensamiento Penal del 03/10/2013. En línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37362-breves-consideraciones-sobre-reduccion-edad-punibilidad-14-anos-edad>

⁸⁸ Gargarella, Roberto *El reproche penal en una comunidad de iguales* en Kostenwein, Ezequiel (dir) (2017) *Sociología de la Justicia Penal*. Ediar. Buenos Aires Argentina.

⁸⁹ Barbirotto, Pablo (2013) *Proceso Penal Juvenil*. 1ra ed. Delta Editora. Paraná, Entre Ríos, Argentina, p. 99.

legales.” -negrilla agregada-, puesto que como afirma el autor de mención esa referencia de “*apropiado y deseable*” se refiere al interés de NNyA y no a otro interés, y como ya hemos referido, el propio Comité CDN ha sentado que el enfoque punitivo es incompatible con los principios de la Convención, y por ende con el Interés Superior de NNyA, como así también que los procesos judiciales seguidos contra NNyA, conforme disposición expresa del art. 40.1 de la CDN deben apuntar a fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de las demás personas, y teniendo en cuenta la edad de cada NNyA, promover la reintegración para que puedan asumir una función constructiva en la sociedad, todo lo cual sin lugar a dudas remite a procedimientos de resolución de conflictos no adversariales sino compositivos, eminentemente pedagógicos y no punitivos, a la par que obligan a los Estados a disponer políticas públicas de abordaje que conduzcan a la integración comunitaria de NNyA y no a su estigmatización, segregación y marginación producida por la privación de libertad en clave carcelaria.

El segundo resaltado apunta clara y expresamente a reducir a la mínima expresión posible la judicialización y como consecuencia a la punición, como también mandan expresamente tanto el art. 40.3.b recién transcrito como el 40.4 que dispone el principio de diversidad de las intervenciones ante la imputación y comisión de hechos punibles, ambos de la CDN, por supuesto partiendo del principio general de última ratio del poder punitivo, ya previsto en la base del derecho penal adulto céntrico que sirve de piso para el derecho penal específico.

Siguiendo con Barbirotto, debemos decir que tal conclusión se conforma también con el principio de excepcionalidad, que en el ámbito interamericano ingresa vía art. 19 de la CADH, según lo ha interpretado la Comisión IDH en su informe de 2011 “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” -párr. 222-, como así también la Corte IDH desde el fallo “Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay”, en tanto ambos organismos han sostenido e insistido en la obligación de los Estados de minimizar la judicialización y ofrecer otras alternativas de abordaje⁹⁰.

Ahora bien, sentadas esas bases, nos encontramos entonces con pasos sucesivos de análisis que continúan el planteo: el primero de ellos en la dicotomía judicialización o desjudicialización, que claramente las normas del nivel jerárquico superior inclinan por la excepcionalidad de la judicialización y el segundo de ellos ya dentro de la judicialización minimizada que surge del anterior, la dicotomía entre judicialización adversarial con enfoque punitivo o procedimientos compositivos con enfoque no punitivo que, como veremos, desde

⁹⁰ Ob. Cit. Nota anterior, p. 101.

el DIDH se manifiesta en una clara inclinación hacia formas de justicia no adversarial y no punitiva, ya sea mediante mecanismos de justicia restaurativa, restitutiva, colaborativa, asociativa, de mediación y/o de otras formas que se consideren adecuadas al ISN distintas a la adversarialidad con finalidad punitiva propia del derecho penal adulto céntrico heredado⁹¹.

En esa línea el Comité CDN en su O.G. 14 ha sostenido que:

“28. En la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité subraya que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes.”.

Y en la O.G. 24 lo volvió a reiterar en los siguientes términos:

“76. El Comité pone de relieve que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no solo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no se ajusta a los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el artículo 40, párrafo 1, de la Convención. Cuando un niño cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del infractor y a la gravedad del hecho, y se tomará en consideración la necesidad de seguridad pública y de sanciones. Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad.”

Para ahondar en lo que venimos diciendo veremos los instrumentos del DIDH citados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos de 2018⁹² y algunos otros, comenzando por el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

En primer lugar, el marco general está signado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su art. 5.5 exige tribunales especializados y el 19 medidas especiales de

⁹¹ Ver Marcón, Osvaldo (2017), pág. 53/54.

⁹² Aprobado mediante Resolución 813/2018 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (21/09/2018). En línea: https://www.cfj.gov.ar/src/img_up/13082020.5.pdf Recuperado el 08/11/2021.

protección para NNyA, que en su especificidad se integra con los lineamientos y disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, que en su art. 40.1 dispone el “...derecho de todo niño a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”; en el 40.3 párrafo inicial que se tomen “...todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños...”; y en el 40.3.b lo que ya citamos antes en relación a la desjudicialización y disposición de medidas no punitivas.

Por su parte, entre las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing- nos encontramos con las orientaciones básicas 1.1 a 1.3 que disponen al sistema de responsabilidad penal dentro de la política social de NNyA, lo cual debe ser rescatado y fortalecido por el Estado para el correcto encuadre de los conflictos penalizados de NNyA en la política social y no exclusivamente en la política criminal. Esas orientaciones hacen eje en el bienestar de NNyA, en las exigencias de prevención de la delincuencia juvenil, en la máxima disminución posible de la judicialización que a su vez reduzca al mínimo posible los efectos perniciosos del contacto con el sistema penal y en la capacitación permanente de la justicia para NNyA a fin de que “...no quede a la zaga de la evolución de una política social progresiva...” en relación a las infancias y adolescencias, marco en el cual debe incluirse a la intervención estatal de reducción de la delincuencia juvenil, por oposición al paradigma criminalizante y punitivista.

La orientación general 1.4 agrega a ello que la justicia para NNyA debe concebirse como parte del desarrollo nacional de cada país, lo cual resulta paradigmático e importante a tener en cuenta por los Estados, y que debe administrarse en el marco general de la justicia social, con el doble fin de proteger los derechos de NNyA y contribuir al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad, lo cual clara y expresamente integra los fines atinentes a NNyA y comunidad, que suelen presentarse como inescindibles desde los discursos punitivistas, en el sentido de que si se avanza en el reconocimiento de unos (derechos de NNyA en el ámbito penal) se afecta el orden pacífico y la seguridad de la sociedad, o viceversa, para avanzar en términos de obtención de paz social y seguridad se deben afectar los derechos de NNyA en el ámbito penal, maximizando la habilitación de poder punitivo tanto en lo formal (reducción de garantías procesales) como en lo sustantivo (maximización de penas, baja en la edad de punibilidad, reducción de institutos liberatorios, etcétera) e incluso en las prácticas de

selección criminalizante (mayores facultades policiales, requisas permanentes, vigilancias de ciertos sectores sociales, etcétera).

En las particularidades de las reglas citadas se vuelve sobre la desjudicialización, disponiéndose como regla general que debe examinarse siempre la posibilidad de abordar las situaciones conflictivas de NNyA sin recurrir a la justicia penal y al proceso de juicio (Regla 11.1) y reconoce facultades amplias de discrecionalidad para la resolución de esos casos, incluso prescindiendo de vistas oficiales, pero observando criterios de especialidad y armonía con los restantes dispositivos de este sistema (Regla 11.2).

En ese marco se dispone la remisión de casos a instituciones adecuadas y pertinentes de la comunidad o de otro tipo con participación y consentimiento de NNyA y su familia (Regla 11.3) como así también “...programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.”, privilegiando la satisfacción conjunta de intereses comunidad, Estado, víctimas, NNyA y sus familias, que aparece nuevamente en la Regla 17 al regular la sentencia y resolución de casos, en la 18 incluyendo diversidad a las formas y contenidos posibles de las medidas a disponer a imponer, tratando de desterrar nuevamente la teoría de la sábana corta que plantean las posturas que se asientan sobre fines punitivistas.

Por otra parte, en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), entre otras cuestiones, se establece el principio de última ratio de la privación de libertad entendida esta en sentido amplio (Reglas 1.1 y 11.b), la integración con los demás instrumentos de derechos humanos en sentido no punitivista (Reglas 1.2 y 9), y ya en la administración del encierro, se preponderan los fines educativos, de formación profesional y trabajo sumándose a las actividades recreativas (Reglas 38 a 47) apuntando a desterrar el castigo como política de tratamiento, propia de los institutos de menores del paradigma tutelar más afines a las lógicas carcelarias que a organismos de abordaje socio educativo.

En la misma línea, las Reglas 2.3 y 2.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), también hacen eje sobre la flexibilidad en las medidas a implementar para adecuarlas a cada conflictividad y cada NNyA, la proporcionalidad en las respuestas estatales y la desjudicialización para los abordajes.

Entre las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil – Directrices de Riad-, si bien todas resultan de fundamental importancia para las cuestiones abordadas en este trabajo, las principales a efectos del tópico de este acápite son las 5, 6, y 52 a 59.

La 5 en tanto impone “...reconocer la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia...” que implique estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes para evitar la criminalización de NNyA; disponer políticas públicas que incluyan oportunidades para el desarrollo personal, en particular educativas y de protección de quienes están en peligro o en situación de riesgo social; la formulación de doctrinas y normativas que adecuen una red de organismos y servicios “...cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien...”; velar por el interés general de NNyA y comprender que parte de las conductas contrarias a los valores y normas generales son parte del proceso de crecimiento y tienden a desaparecer en la edad adulta; y generar conciencia sobre que la estigmatización en roles desviados puede contribuir a que NNyA desarrollen pautas permanentes de adecuación a esas situaciones.

La 6 en tanto dispone la creación de “...servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil...”, lo que claramente busca romper con la posición exclusivamente estatista de los servicios y programas de protección de derechos humanos de NNyA, aunque por supuesto no excluye la responsabilidad estatal de crear organismos oficiales, pero los ubica como última instancia a recurrir para el control social.

Asimismo, en el Proyecto de Directriz 15 de las Directrices de Acción Sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal⁹³ se ratifica el compromiso internacional de poner el eje en la prevención con base en el trabajo coordinado del Estado, la comunidad, la familia y NNyA en pos de un desarrollo integral y no en la penalización o el castigo como política pública de intervención, mejorando a su vez los servicios de justicia juvenil y los organismos de reinserción social (p. 35 y 36).

Por otra parte, en los Principios Básicos sobre la utilización de los programas de justicia restaurativa en materia penal de las Naciones Unidas⁹⁴ se establece una diferenciación conceptual entre programas, procesos y resultados restaurativos:

⁹³ Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social, anexo. Recuperado el 03 de enero de 2022 de [https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Ni%20en%20el%20Sistema%20Judicial%20Penal%20\(1997\).pdf](https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Ni%20en%20el%20Sistema%20Judicial%20Penal%20(1997).pdf)

⁹⁴ Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social. En línea https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf. Recuperado el 03/01/2022. En sentido similar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2006) *La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea*. 2006/C 110/13. En línea <https://intercoonec.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>. Recuperado el 03/01/2022.

“1. Programa de justicia restaurativa. Es un programa que usa procesos restaurativos y busca alcanzar resultados restaurativos. 2. Proceso restaurativo. Cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un crimen, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias. 3. Resultado restaurativo. Es un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. Los resultados restaurativos incluyen respuestas y programas como reparación, restitución y servicio a la comunidad, con la meta de cumplir con las necesidades individuales y colectivas y responsabilidades de las partes y para alcanzar la reintegración de la víctima y del delincuente.”.

Y ello cobra importancia en su aplicación, puesto que en el mismo instrumento se aclara que los programas pueden ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia penal, mientras que los procesos sólo cuando hay evidencias suficientes contra la persona imputada y siempre que se cuente con el consentimiento de las personas imputadas y las víctimas (p. 6 y 7).

Allí se dispone también que deberían conformar la regla general de intervención ante conflictos penalizados de NNyA, puesto que el p. 11 habilita la remisión de casos a las autoridades de la justicia penal cuando los procesos restaurativos no sean adecuados o posibles. E incluso, en esos casos, en los procesos judiciales deben empeñarse por la responsabilidad de las personas imputadas hacia las víctimas y en su reintegración a la comunidad por oposición a la adversarialidad que impera desde siempre en nuestros lares.

En el ámbito interamericano también se cuenta con una serie de instrumentos que claramente conducen en la línea que venimos describiendo. Esto es, hacia una justicia restaurativa para NNyA que incluya como última ratio a la judicialización y a la privación de libertad como último recurso. Entre ellos contamos con los siguientes:

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 17/2002, que en su párrafo 135 refiere que el derecho internacional apunta a reducir la judicialización de los conflictos que afectan a NNyA y a que sean resueltos con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la CADH cuidando siempre de no alterar o disminuir los derechos de las personas, por lo que son admisibles todos los medios alternativos de resolución de conflictos, instando a su regulación.

La Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, impulsada y aprobada por la

Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)⁹⁵, apunta a que los Estados desarrollen políticas públicas de justicia y acceso a la justicia de NNyA incluyendo instancias comunitarias para la solución restaurativa de conflictos evitando la judicialización, incluyendo de manera transversal la perspectiva de género y el enfoque de diversidad étnica para Iberoamérica.

Específicamente en el punto 4 se deja sentado que “4. *Los Estados Iberoamericanos velarán para que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor, sino que comporten un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación.*”, incorporando de ese modo expresamente el enfoque restaurativo de la intervención en el ámbito penal de NNyA en pos de desterrar la lógica punitiva del castigo retribucionista.

Esta declaración continúa con la promoción de distintas medidas de intervención respetando el carácter educativo (p.5), la excepcionalidad de la judicialización (p.6), la última ratio de la privación de libertad (p.7) y el fomento de la participación activa de NNyA, pero también el involucramiento de la comunidad en la construcción y ejecución de las políticas públicas (p.11).

En la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa del año 2009⁹⁶, dentro de las preocupaciones principales que motivan a su dictado se encuentran la utilización frecuente de la privación de libertad en la justicia para NNyA (preventiva y en ejecución de sentencias) y la contribución limitada y negativa de las sanciones clásicas. En cambio, se resaltan los efectos positivos comprobados de los mecanismos de justicia restaurativa.

Define a la Justicia restaurativa para NNyA como “...una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido...” y refiere que debe aplicarse en todas las etapas del proceso judicial, y ya sea como medida principal, alternativa o adicional. Allí se destaca que llevado un caso ante un tribunal o juez/a debe intentarse primero un

⁹⁵ Recuperada el 03 de enero de 2022 de <https://intercoonec.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>

⁹⁶ Adoptada en el Primer Congreso Mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa organizado por la Fundación Terre des hommes (Lausanne), en colaboración con la Fiscalía de la Nación del Perú, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Asociación Encuentros - Casa de la Juventud, los días 4 a 7 de noviembre de 2009. Recuperado el 03 de enero de 2022 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion30009.pdf> En sentido similar las Declaraciones de Costa Rica, Tegucigalpa y El Salvador sobre Justicia Restaurativa en América Latina.

procedimiento de justicia restaurativa, aunque se exige para ello que haya evidencia suficiente contra la persona imputada, lo que refuerza la idea de que los procedimientos restaurativos no deben implicar la flexibilización de garantías o directamente su anulación, ni la mengua del principio de inocencia.

Por su parte, la Comisión IDH en el informe *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas* del año 2011⁹⁷, se ocupa en los párrafos 233 a 246 de los medios alternativos de resolución de conflictos y de la remisión de casos.

Allí indica que son plenamente admisibles medios alternativos de resolución de conflictos siempre que no se afecten los derechos de las personas, e incluso que esos medios pueden facilitar la reconciliación entre personas víctimas e infractoras, que pueden ayudar a la reintegración de NNyA a la comunidad (233 y 234) y que pueden ser utilizados sin recurrir a la judicialización (235). Asimismo, se destacan los efectos positivos acreditados en los países de la región que los utilizan (237 y 238) aunque por la limitación y exigüidad, la Comisión insta a ampliar su uso (239) con aclaración de no limitar sus derechos y siempre que hubiere pruebas suficientes para inculpar a NNyA (240).

Para la remisión, la Comisión se apoya en la normativa internacional del sistema universal que ya hemos visto en este aporte, la promueve para instar a la desjudicialización, definiéndola como “...*la supresión del procedimiento ante la justicia juvenil y la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad...*” (245) e indica que en este recurso se deben brindar respuestas rápidas, adecuadas y siguiendo recomendaciones de las personas expertas en cada situación, garantizándose siempre la participación activa de las personas imputadas, las víctimas, y sus familias, como así también la comunidad (246).

Ahora bien, sentado todo ello ¿A qué conduce todo este paradigma diferente al punitivo? Un primer y lineal pensamiento hegemónico impuesto por las agencias mediáticas de los grandes grupos fácticos de poder en conjunto con y desde los países que imponen la hegemonía cultural y económica, indicaría que a la impunidad, porque tenemos grabado a fuego el concepto de que si el Estado no responde hacia el delito de NNyA con el sistema penal de manera punitiva, entonces se garantiza la impunidad del culpable y se deja sin respuesta a la víctima, se decide en favor de los derechos humanos de las personas delincuentes por sobre los derechos humanos de la sociedad en general y de las víctimas en particular.

Esto que puede avistarse muy sencillamente con sólo buscar una noticia resonante en el ámbito mediático de cualquier país de la región, máxime en años electorales, e incluso revisar

⁹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 13/07/2011. Recuperado el 03 de enero de 2022 de <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>

los debates parlamentarios de las reformas penales de los últimos 30 años por nuestros lares, además de estar basado en una serie de falacias, lo que promueve es por entero desaconsejado desde el DIDH como pudimos ver.

Desde la academia, los estrados judiciales, la generación de prácticas y la circulación de capital simbólico en lo procesal y penal se aporta mucho también a la enemistad de las personas en conflicto cuando se burocratizan en las agencias administrativas y judiciales de abordaje; se maximiza la adversarialidad entre las personas erigidas en “partes” y las estrategias litigiosas en clave de lucha de poder entre agencias estatales que suprimen la voluntad individual de las personas protagonistas de los hechos; se profundizan las lógicas de control cruzado con basamento en verdades formales que muchas veces nada tienen que ver ni con lo que realmente ha sucedido ni con lo que sucederá en lo sucesivo; se exacerbaban mecanismos procesales que maximizan las formas y producen consecuencias negativas sobre el necesario compromiso con la verdad real que debería tener todo proceso estatal; se actúa negativamente sobre la comunicación y las relaciones de todas las personas que intervienen en la judicialización de los conflictos sociales en los roles que fueran necesarios, como así también sobre las posibilidades restauradoras del tejido social dañado en los conflictos y a cuya reparación debería coadyuvar el Estado como organizador de la comunidad y obligado principal a la protección de derechos humanos, en vez de coadyuvar a su quiebre definitivo; e incluso se suele privilegiar la utilización de mecanismos que tienen fines exclusivamente de ingeniería procesal y fines estrictamente procesales, sin atracción alguna por los verdaderos intereses que legitiman el sistema penal, los derechos sustanciales que cimentan el sistema de garantías del debido proceso y que en definitiva dinamitan las relaciones sociales sobre las cuales se incide y de la comunidad que conoce de manera indirecta estos quehaceres y que viene acumulando disconformidades hacia un poder que deja mucho que desear en torno a las relaciones comunitarias y lógicas democráticas que debería privilegiar. El imperio de la utilización del juicio abreviado es un buen ejemplo de todo ello.

Aquí debemos aclarar que todo el andamiaje jurídico y conceptual específico para NNyA, tanto el referido como el omitido por cuestiones de brevedad, obliga a la revisión de las reglas del debido proceso penal y del diseño procesal a implementar para personas menores de edad, porque en gran medida están diseñadas desde el derecho procesal penal adulto céntrico con base en el litigio y en la adversarialidad, que impone contenidos confrontativos que se manifiestan hasta en un lenguaje de tipo bélico (técnicas de *litigación*, igualdad de *armas*, etcétera)

Ahora bien, más allá de eso, y aunque resulte una perogrullada profundizar sobre los desaciertos de la propuesta de maximización punitiva imperante en nuestra región desde hace tiempo, si lo que se pretende es la reducción de la delincuencia juvenil e inicialmente una gestión más eficiente de la problemática social generada a partir de ello, claramente se impone que la conclusión debe ser una respuesta más integral que la punitiva y eminentemente no adversarial, pero ello no supone necesariamente falta o ausencia de respuesta, sino que pueda esquematizarse una respuesta que se ubique por fuera del enfoque punitivo y que lo minimice lo más posible, pero que a la vez trabaje sobre la base de la responsabilidad individual -de quienes cometan hechos punibles-, del Estado -en gestionar de manera eficiente las agencias de intervención- y social -de la comunidad y la familia- apuntando a restablecer o reparar los lazos sociales comunitarios que afectan los conflictos interpersonales penalizados, o al menos no profundizar con más adversarialidad y dicotomías maniqueas la rotura de esos tejidos necesarios para la convivencia ciudadana y la cohesión social.

Ahora bien, sin avanzar demasiado en el análisis sociológico de las estructuras judiciales y de las lógicas de los procesos penales con sus consecuencias, que a nuestro criterio resultan claras con solo repasar lo producido en la región, que claramente está lejos de las aspiraciones de justicia de las comunidades y la reintegración social como fin de las penas privativas de la libertad, podemos decir que existe una respuesta más evolucionada y centrada en la dignidad humana para los conflictos sociales penalizados en los cuales participen NNyA, los programas y mecanismos de Justicia Restaurativa, que el DIDH impone y que conforme la define la ONU *“...parte de una concepción distinta y más amplia de la infracción, puesto que ésta no se percibe como una simple transgresión de las leyes, sino que reconoce que los infractores dañan a las víctimas, a la comunidad e incluso a ellos mismos. Considera que la sociedad está formada por la conjunción de intereses individuales, formando entre ellos el llamado tejido social. Por ello, una infracción corresponde al alejamiento de los intereses individuales, o a una rotura del orden o tejido social. La justicia restaurativa tiene por objetivo el acercamiento de los intereses divergentes de las partes: víctima, infractor y comunidad. Se trata de un proceso en el que los intereses de las víctimas cuentan, en el que pueden participar y ser tratadas de manera justa y respetuosa, y recibir restauración por el daño sufrido. Al participar en la toma de decisiones, las víctimas tienen*

*voz para determinar cuál puede ser un resultado aceptable para el proceso y para encaminarlo hacia un cierre.*⁹⁸

La justicia con enfoque restaurativo no es un dogma, pero tiene principios esenciales que la fundamentan y que la diferencia del paradigma hegemónico imperante. Entre ellos podemos referir que aborda de manera más integral y respetuosa de la dignidad humana tanto a la persona imputada como a las víctimas directas o indirectas y a la comunidad, que humaniza los roles de los organismos del sistema penal, visibiliza a NNyA como sujetos de derechos y de garantías, que erige al procedimiento penal en un proceso fundamentalmente educativo y pedagógico que permita llegar a la responsabilización, entendida esta no sólo en lo formal o jurídico penal sino como un proceso de aprendizaje y maduración personal con comprensión de las consecuencias de los actos, promoviendo la empatía hacia las demás personas, especialmente las víctimas, y a su vez que éstas sean erigidas en sujeto de derechos y de garantías claves para la resolución de los conflictos en los que han sido partes damnificadas, atendándose a sus intereses y necesidades evitando su revictimización.

Asimismo, desde este enfoque se resalta la participación de la comunidad, de sus recursos institucionales, sociales e individuales y que estos sean puestos a disposición de la resolución pacífica y efectiva de los conflictos sociales penalizados.

En definitiva, como puede verse, desde este enfoque se propone siempre la reparación y la paz social, como objetivo principal frente a los conceptos de enemistad y retribución⁹⁹.

Para cerrar este acápite debemos decir que no se nos escapa que existen casos de una gravedad o complejidad que pueden tornarse de imposible abordaje mediante el enfoque restaurativo, por diversas cuestiones, pero también sabemos que su utilización puede maximizarse reservando los recursos clásicos para los supuestos con caracteres inabarcables por éste, lo cual minimizaría la habilitación de poder punitivo con todos los efectos beneficiosos que ello generaría sobre las personas menores de edad en contacto con el sistema penal.

Ahora bien, entendemos que la relación entre derecho y cambio social puede ser redefinida a partir de la maximización de lógicas más participativas, democráticas, igualitarias, autocompositivas, y, en definitiva, que impliquen una mayor participación directa de la

⁹⁸ Campistol, Claudia y Herrero, Víctor (s/f) *Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal.* Terre des homes, Colombia, p. 8. Recuperado el 04 de enero de 2022 de <https://intercoconnecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>

⁹⁹ Ídem, p. 9.

comunidad en el abordaje y resolución de los conflictos sociales penalizados. Es necesario dirigir las principales modificaciones a las concepciones de resolución de conflictos, a la modificación normativa, y principalmente a las prácticas tanto estatales como comunitarias en torno a ello, desandando el camino deconstructivo del hegemónico paradigma litigioso y adversarial.

Claramente, en nuestra disciplina un enfoque maniqueo de modelos -lo tutelar vs la CDN- no ayuda tampoco a la justicia restaurativa. El modelo tutelar tiene puntos de encuentro con esta última, como la concepción inicial del conflicto, sus causas, las interacciones posibles, estrategias de intervención, etcétera, como así también las tiene el sistema de responsabilidad, aunque ambos cuentan con cuestiones centrales que los hacen chocar de frente con el enfoque restaurativo, por lo cual es necesario redefinir las cuestiones y desasociarlo de uno o de otro con exclusividad, sin perder de vista que las reformas deben ser sustanciales para garantizar efectividad en el acceso a derechos humanos y no sólo cosméticas jurídicas o formales.

En ese marco, el DIDH tiene una dimensión e impacto mucho más importante que lo normativo o positivista, la claridad política y solidez de las argumentaciones tienen mayor poder performativo que las decisiones abstractas, por más que los resultados favorezcan o no a NNyA, y todo lo restaurativo es lo que no hacemos en América Latina (salvando las buenas experiencias existentes) y que deberíamos hacer, como así también la maximización de todos los recursos disponibles como salidas del sistema penal (diversión y remisión) mediación y justicia restaurativa (control social informal y no penal); y salidas anticipadas del sistema penal (principio de oportunidad), y una vez iniciados los procesos, durante todas sus etapas, soluciones procesales con consecuencias reparatorias (que es distinto que contenidos reparatorios de sanciones penales: en la primera no hay declaración de responsabilidad, y en los segundos hay juicio previo -declaración de responsabilidad y necesidad de reparar el daño).

Ahora bien y para dejar planteada la cuestión, debemos dejar sentado que, si se conduce hacia el carril de una política social de abordaje de conflictos sociales penalizados de NNyA con enfoque restaurativo, la multidisciplina se impone como paradigma contrario al absolutismo jurídico (que impone el reduccionismo legal). Se necesitarán más profesionales de pedagogía, de la docencia, de psicología, de ciencias sociales, de la salud, etcétera y menos profesionales del derecho, lo cual necesariamente reducirá la lógica del castigo y el enfoque punitivo.

CAPÍTULO V

DERECHO PENAL SUSTANCIAL O DE FONDO

En torno al Derecho Penal Sustancial o también denominado de Fondo, nos ocuparemos de revisar algunas categorías aportadas por la dogmática para analizarlas en el marco de la amalgama provista por el derecho de la niñez delimitado por el DIDH y la Constitución Nacional, a fin de verificar la adecuación o necesidad de corrección de la conceptualización disponible, con el fin de producir una estructura teórica del derecho penal aplicable al derecho penal para personas menores de edad. En este ámbito hay aspectos sobre los cuales se puede profundizar, especialmente sobre algunos discutidos en la doctrina del campo disciplinar sobre lo cual pretendemos realizar un aporte que pueda significar una derivación conceptual, racional, filosófica, jurídica de los mandatos del máximo nivel normativo, fuertemente asentado sobre el campo social y las realidades sobre las cuales el sistema penal incide.

En esta parte del trabajo nos ocuparemos de algunas incidencias específicas sobre la Teoría del Delito y sobre la Teoría de la Responsabilidad Penal en función de los principios de Lesividad, Legalidad y Culpabilidad.

Principio de legalidad

En esta materia no ingresaremos en el análisis completo y específico del principio de legalidad, para lo cual remitimos a la frondosa bibliografía al respecto, sino que nos limitaremos a algunos caracteres generales que como estándares deben ser observados necesariamente, puesto que además de resultar centrales en la observación de este pilar del Estado de Derecho que en su sentido complejo tanto obliga como restringe al Estado en sus tres poderes y que se relaciona tan estrechamente con el principio de culpabilidad al punto de que las exigencias de ley formal, previa, estricta y escrita apuntan en gran medida a que la comunidad pueda conocer con precisión el ámbito de conductas sujetas al poder punitivo.

Como dice Piqué se trata de un principio que constituye una garantía criminal (el hecho debe estar contemplado como delito previamente en una ley formal), una penal (precisión en la descripción de la conducta y monto de la pena), una jurisdiccional (la existencia del delito y

monto de la pena debe derivar de un pronunciamiento judicial conforme a la ley) y de ejecución (el cumplimiento de la pena debe estar regulado legalmente)¹⁰⁰ y debe reunir cuatro requisitos: previa, formal, escrita y estricta.

En el ámbito interamericano la Corte IDH ha venido delineando este principio dispuesto expresamente en el artículo 9 de la CADH desde su Opinión Consultiva 6/86¹⁰¹ y cuenta con un número importante de fallos al respecto¹⁰², entre los cuales nuestro país registra una sentencia en su contra por no cumplirlo, específicamente en torno a la manifestación de máxima taxatividad legal consistente en un mandato al legislador a fin de que realice el máximo esfuerzo para que la norma penal sea lo más precisa posible al establecer el ámbito de conductas sujetas a sanción penal. Se trata del caso “**Kimel vs Argentina**”¹⁰³, en el cual la Corte IDH ordenó modificar el Código Penal argentino en torno a los delitos contra el honor –calumnias e injurias-, en parte por no cumplir con el requisito de precisión en la redacción de los tipos penales, en los siguientes términos:

“63. La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”¹⁰⁴. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de

¹⁰⁰ Piqué, María Luisa (2013) *Principio de legalidad y de retroactividad* en La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Regueira, Enrique M. Alonso (dir). LA LEY. Buenos Aires, Argentina, p. 167.

¹⁰¹ Corte IDH (1986). *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

¹⁰² Corte IDH. Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137; Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153; Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219; Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177; La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207; Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; e Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO KIMEL VS. ARGENTINA. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

¹⁰⁴ Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra nota 44, párr. 40, y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 44, párr. 89.

legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:” La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana¹⁰⁵.”

66. *La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (supra párr. 18).”*

67. *En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.”*

Por lo que dichos estándares deben ser asegurados sin rodeos en nuestro territorio, pero ahondaremos un poco más sobre el particular en lo relacionado a la tipificación penal, trayendo a colación las siguientes precisiones de la Corte IDH. Con cita del fallo “Usón Ramírez vs Venezuela” y “Casillo Petruzzi y otros vs Perú”, Antkowiak explica que la Corte IDH sostiene que el principio de máxima taxatividad legal “...exige que las “acciones y omisiones” criminales sean definidas “con términos estrictos e inequívocos que acoten las conductas punibles”. La tipificación de un delito “debe formularse en forma expresa,

¹⁰⁵ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 12, párr. 121, y Caso Lori Berenson, supra nota 12, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones “deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”. Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 124.

precisa, taxativa y previa”, debido a que “el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano...”¹⁰⁶

En el ámbito del derecho penal específico aplicable a NNyA, es de fundamental importancia observar estos parámetros, porque la imprecisión conceptual y normativa está arraigada en este ámbito debido a la fortaleza de los conceptos jurídicos indeterminados propios del tutelarismo, que no se irá de un día para otro y perdurará de seguro por mucho tiempo más, e incluso quizá se resignifique hasta tanto se desarrolle con efectividad el proceso deconstructivo del que hemos hablado a la largo de este trabajo y seguiremos propugnando. Por lo cual es necesario recurrir en búsqueda y suplantación de todas aquellas categorías de imposible precisión jurídica y material, pero, sobre todo conceptual, como las que han reinado como ejes fundamentales de las normas propias del tutelarismo, por ejemplo situación irregular, abandono moral, desamparo, disposición provisional, buen padre de familia, etcétera, incluidas en el catálogo legislativo en general y penal en particular, cuando ello no debería ser así por resultar incompatible con los mandatos del artículo 9 de la CADH y que en el ámbito interno también lo encontramos en los artículos 18 y 19 constitucional. Pues, recordemos, en nuestro ámbito habilitan poder punitivo vía Dec-Ley 22278-22803, norma esta que presenta, desde su existencia, un problema grave de legalidad, debido a que fue sancionada por el Poder Ejecutivo Nacional de un gobierno de facto, en 1980, durante la última dictadura en Argentina y lleva la firma del genocida Videla.

Pero el proceso constructivo del derecho penal específico, no se agota en la materialización del momento deconstructivo del tutelarismo, sino que también debe incluir un momento de construcción epistemológica, normativa y práctica específicas. Para aportar también a ese momento, avanzaremos en algunos aspectos propios del derecho penal aplicables a NNyA y no a personas adultas, como son los caracteres de la ultra actividad de la ley penal y la especialidad como límite a la retroactividad de ley penal más benigna.

En torno a la ultraactividad de la ley penal sabemos que implica la aplicación de una ley penal más allá del tiempo de su vigencia, hacia atrás o hacia adelante. Piqué la refiere como la principal excepción a la exigencia de aplicar la ley vigente al momento del hecho siempre con la exigencia que resulte más favorable a la persona frente al poder penal del Estado, e indica que se trata de un principio de política criminal asociado a cambios en la valoración

¹⁰⁶ Antkowiak, Tomás (2014) *Artículo 9 Principio de legalidad y de retroactividad* en Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Konrad Adenauer stiftung, México, p. 257. Recuperado el 05 de enero de 2022 de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

social de los hechos¹⁰⁷ y que no se refiere sólo a la conducta descrita en el tipo, sino también a la pena (calidad y cantidad), a la ejecución de la pena, a los plazos de prescripción, a la modalidad de ejecución de la pena, al proceso, a restricciones sobre derechos, etcétera. En fin, a todo aquel instituto que modifique la cantidad de poder punitivo que habilita.

Ahora bien, ello encuentra otros ribetes en el derecho penal para NNyA porque un elemento que delimita la aplicación de la legislación penal específica es la edad de las personas, variable que por encima de la edad adulta de responsabilidad penal (18 años en Argentina, Art. 1 Dec-Ley 22278) ya no genera incidencias, con la única excepción de la avanzada edad para la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad (70 años en Argentina, Art. 10.d CP).

En el ámbito de punibilidad relativa (16 y 17 años de edad en Argentina, Art. 1 Dec-Ley 22278) ello cobra una especial significación en torno a la ultraactividad de la ley penal, puesto que el marco legal de fondo permite la aplicación de la legislación específica para adolescentes a personas adultas y si bien ello resulta del principio de aplicación de la ley vigente al momento del hecho, genera una multiplicidad de inconvenientes en la práctica al tener que aplicar legislación de fondo y procesal establecida con miras a personas adolescentes cuando las personas ya son adultas, y ello ocurre frecuentemente en nuestro país debido a la demora de las agencias judiciales en resolver los casos, dictándose sentencia y por lo tanto imponiéndose penas a personas de más de 20 años de edad por hechos cometidos siendo adolescentes, lo cual repercute en los exámenes que se deben tener en cuenta, los tratamientos susceptibles de realizarse, las medidas en cumplimiento durante los procesos, las modalidades de cumplimiento de las sanciones, incluida la pena privativa de libertad e incluso la permanencia de personas adultas en establecimientos especializados para adolescentes, luego de haber cumplido los 18 años de edad, pese a los mandatos en sentido contrario de los arts. 4 a 6 del Dec-Ley 22278, puesto que de observarse estrictamente en todos los casos ello conspiraría contra el fin primordial de la privación de libertad (Art. 5.6CADH y 10.3PIDCP) y en particular para personas que han cometido delitos siendo menores de edad (Art. 40CDN).

De hecho, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 24, punto 35, ha recomendado a los Estados “...*que los niños que cumplan 18 años antes de completar un programa de medidas extrajudiciales o bien una medida no privativa de la libertad o privativa de la libertad puedan finalizar el programa, la medida o la sentencia, y no sean*

¹⁰⁷ Ob.cit. nota 86, p. 168.

enviados a centros para adultos.”, y en el punto 36 que “En los casos en que un joven cometa varios delitos, unos antes y otros después de cumplir 18 años de edad, los Estados partes deberían considerar la posibilidad de establecer normas procesales que permitan aplicar el sistema de justicia juvenil respecto de todos los delitos cuando haya motivos razonables para hacerlo.”.

En lo concerniente a la ley penal más benigna, también la revisión de acuerdo a la perspectiva especializada de niñez marca algunas diferencias, por ejemplo, un límite que ordena privilegiar la especialidad en concreto por sobre la ley más benigna en sentido abstracto. Recordemos que los principios específicos del derecho penal para NNyA deben ser siempre privilegiados en su ponderación con los principios del derecho penal adulto céntrico en caso de colisiones o de manifestarse alguna tensión conflictiva, por aquello que ya describimos del interés superior del niño como principio rector principal y del derecho de acceso al mejor derecho, ambos contemplados en la CDN y bases fundamentales en materia de principios e interpretación.

Para graficar lo que venimos diciendo citaremos el caso “A.M., X.A.” de La Pampa, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia el 16/09/21 en el cual el Tribunal de Impugnación Penal de esa provincia había resuelto, en un conflicto de competencia trabado entre una Jueza de Audiencia de Juicio con competencia procesal para personas adultas y el Juzgado de Familia y NNyA de General Pico, en torno a la interpretación de la Ley 3353 sancionada en julio de 2021 (que dispuso el Proceso Penal para Adolescentes conforme a los parámetros de la CDN) y la Ley 1270 vigente desde 1990 (que dispone el Régimen Penal de la Minoridad mediante parámetros propios del paradigma tutelar).

El Tribunal de Impugnación Penal sostuvo que como la Ley 3353 en su artículo 72 derogaba a la ley 1270, aunque otorgaba un plazo para adecuar agencias y entrar en vigencia que no había pasado, resultaba igualmente aplicable y por lo tanto al no haberse dispuesto los órganos específicos para la aplicación de la ley 3353 debía entender la Jueza de Audiencia de Juicio para personas adultas, aunque carezca de especialidad, y ya no el Juzgado de Familia y NNyA por carecer de esa competencia en la nueva ley.

En cambio, el Superior Tribunal de Justicia, siguiendo el planteo de la defensa pública sostuvo que la interpretación de ese artículo 72 de la Ley 3353 no podía escindirse del 74 de la misma norma que otorga al Poder Judicial un plazo año para la creación y adecuación organizacional a fin de asegurar la especialidad, por lo cual sostuvo que si bien se encuentra vigente la norma nueva, no es aplicable por falta de especialidad aunque disponga todo un procedimiento e institutos que en sí mismos son más benignos para las personas imputadas,

por lo tanto deben continuar los Juzgados de Familia y NNA en uso de la competencia de la ley 1270 hasta tanto se pueda garantizar la especialidad orgánica y personal para aplicar la nueva ley.

Así lo sostuvo:

“3°) Que el art. 74 de esa nueva legislación, estableció el plazo de un año, prorrogable por única vez por un término igual, para que el Poder Judicial ajuste su situación organizacional y de especialización para que magistrados y funcionarios se especialicen en la temática de niñas, niños y adolescentes en infracción con la ley penal.

De esta manera la normativa recrea los principios de la Convención de los Derechos del Niño e incluso las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre administración de justicia de menores

Ahora bien, ello no significa, como sostiene la defensora, que la ley de procedimiento juvenil no se encuentre vigente, sino que su aplicación se halla supeditada al ajuste y adecuación que debe realizar el poder judicial, pues resulta de imposible práctica hasta tanto no se cumpla con las exigencias convencionales (estructura funcional y principio de especialización).

Todo ello en cumplimiento de principios convencionales, como el definido en el art. 22.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas de administración de justicia de menores, que establece que “Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.”

Así es que, en cumplimiento de esos principios, corresponde que sean los magistrados y funcionarios a cargo de los Juzgados de la Familia, Niñas, Niños y Adolescentes, con experiencia en la temática en cuestión, quienes asuman la tarea requerida, hasta tanto se cumpla con lo prescripto en el art. 74 de la ley 3353.

No resulta plausible, como se define en el decisorio atacado, que resulte más ventajoso para el adolescente la intervención de la Audiencia de Juicio, (conf. art. 27 de la ley 3353), precisamente porque el orden supranacional requiere una justicia especializada y el organismo jurisdiccional de mención, en la actualidad no la tiene.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ Fallo “A. M., X. A.” en legajo por conflicto de competencia s/ recurso de casación. Sentencia del 16/09/2021. Recuperado el 05 de enero de 2022 de <https://www.juslapampa.gob.ar/jurisprudencia/Home/Detalle/34147>

De ese modo puede verse gráficamente en el caso que mediante una interpretación integrada del DIDH y el derecho interno, se privilegia la especialidad por sobre la ley penal más benigna -en este caso procesal- a fin de garantizar los principios derivados de la CDN en materia de proceso penal para adolescentes y a su vez se dispone la ultraactividad de una ley derogada por otra que, si bien vigente, no resulta aplicable por falta de las condiciones necesarias para garantizar la especialidad orgánica y personal. Esta variación en la manifestación del principio de legalidad es específica de la legislación para personas menores de edad, pues no es susceptible de que suceda en el ámbito procesal para personas adultas.

Principio de lesividad

El principio de lesividad tiene anclaje normativo en el artículo 19 de la CN en tanto impone que las acciones de las personas que no dañen de algún modo a terceras personas, al orden o a la moral públicas, quedarán exentas de la autoridad de los Magistrados, por oposición al ámbito de reserva en el cual Nino sostenía que se asentaba el principio de autonomía¹⁰⁹. Como hemos abordado en trabajos anteriores, este principio ha sido expuesto por Luigi Ferrajoli con el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria*, lo cual significa que sin daño no debe existir ley penal, ni delito, ni pena.

Este principio rector en derecho penal que limita la posibilidad estatal de punir, para no permitir la punición de modos de vida, tipos morales o aspectos raciales, religiosos, sexistas, o cualquier otro motivo no basado en acciones humanas que el poder de turno considere no adecuados a su propia moral o ética. Como dice Roxin -siguiendo a Rudolphi- el moderno derecho penal no se vincula, como el antiguo, a la inmoralidad –subjetiva o religiosa- de la conducta para punirla, sino a su dañosidad social, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común, y asumida que sea la concepción de una necesaria afectación a un bien jurídico para que pueda habilitarse poder punitivo estatal, nos parece claro que la normativa fundamental cuando dice en el artículo 19 CN “*que de ningún modo ofendan*” más “*ni perjudiquen a un tercero*”, exige para que una acción deje de ser privada -y por ende en reserva de la autonomía- y pase a ser materia de posible legislación penal, debe

¹⁰⁹ NINO, Carlos S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea. Argentina.

trascender a su autor y provocar en un tercero –particular u orden o moral pública- un daño concreto o un peligro cierto.

Así entendido el principio constitucional que abordamos, y sin ingresar en mayores detalles, debemos afirmar que todos los tipos mediante los cuales se intente habilitar poder punitivo, contenidos en leyes penales manifiestas, latentes o eventuales, absolutamente todos, antes de ser aplicados y subsumir un hecho, conducta o acción en sus términos, debe primero superar el test de lesividad u ofensividad. Es decir, que si el objeto de estudio reúne los requisitos de una acción y de que ésta se encuentra comprendida en un tipo penal deberá sometérselo al test referido, que hace alusión sólo a la lesividad estricta, primera en el tiempo, pura, esencial. Esto es, específicamente si la conducta puede de algún modo afectar a un tercero en su persona o derechos mediante lesión –daño- o peligro; y si no lo hace, y se trata sólo de la inexistencia de peligro o afectación alguna o la creación de un peligro abstracto, deberá declararse a la ley que lo contiene como inconstitucional por apartarse de las mandas fundamentales, que por otra parte se han visto reforzadas en el año 1994 con la introducción a su texto –art. 75 inc.22- de los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por nuestro país, pues se estaría vulnerando además el principio de reserva que surge del mismo articulado constitucional y es el anverso de la lesividad.”¹¹⁰

Es atinado recordar aquí también lo resuelto por la CSJN en el fallo “**Arriola**”¹¹¹:

“17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos -y en lo que aquí interesa- el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de

¹¹⁰ Osio Alejandro (2012) *La simple tenencia de arma de fuego. Su inconstitucionalidad múltiple*. Editorial LA LEY. Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, 18 de abril de 2011. y (2012) *Revista de la Asociación Pensamiento Penal*, edición N° 150, 03 de diciembre de 2012. Recuperado el 05 de enero de 2022 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/12/doctrina35144.pdf>

¹¹¹ A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080.”, fallo del 25/08/2009.

hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía -que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso "Ximenes Lopes vs. Brasil," del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que -16- probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..."(CIDH, Serie C NI 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re "Gramajo" (Fallos: 329:3680) quién además agregó que "...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad – sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad..." (ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343)."

Y, sobre todo, lo dicho por el Dr. Lorenzetti en su voto sobre la inconstitucionalidad, lisa y llana, de todos los tipos penales de peligro abstracto:

"14) Que la norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama innominada de delitos. -34- En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y

que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva.”

18) Que, de conformidad con los argumentos desarrollados, corresponde aplicar al sub lite el estándar jurídico y la regla de derecho enunciados en "Bazterrica" ya citado. De ello se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad.”

Sin embargo, y en franca vulneración de esa delimitación del principio de lesividad, tenemos en el derecho penal aplicable a NNyA una costumbre propia del tutelarismo, bastante arraigada, que supone la inclusión de figuras de peligro abstracto basadas en presunciones de derecho y figuras de autor que aun cuando no haya daño o delito -véase el art. 4 del Dec-Ley 22278- habilitan dispositivos penales, lo cual no sólo vulneran el principio de lesividad, sino actividades exentas de la autoridad Estatal, pues vulneran el llamado derecho penal de acto y el ámbito de autonomía privada. Al menos desde el lado del enfoque punitivo ese límite es infranqueable, lo que no quiere decir que las mismas circunstancias no sean abordadas desde el enfoque de derechos humanos, en caso de que se verifiquen vulneraciones, pero por fuera del sistema penal.

Y si bien el derecho penal para NNyA es eminentemente un derecho penal de autor, ello tiene la significación de que la onticidad de la persona objeto de la normativa penal es específica, y por ende, la diagramación de toda la conceptualización, normativa y prácticas lo debe ser para adecuarse, pero ello de ningún modo permite la ampliación de la habilitación de poder punitivo con base en ello y con diseño especial de normas que habiliten sanciones penales contrarias al principio de acto, que como pilar del estado de derecho se impone como límite al derecho penal y por ello debe servir de base infranqueable para la construcción de la especificidad. Así la CSJN ha sostenido que:

“La idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad (...) la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso

concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.”¹¹²

Por todo lo cual, nuevamente decimos, que en las conceptualizaciones, normativas y prácticas del derecho penal específico aplicable a personas menores de edad es necesario revisar todas las construcciones, figuras y prácticas habilitantes de poder penal para desvincular todas aquéllas en que no haya afectación a ningún bien jurídico por daño, pero no sólo eso, sino también de aquellas en las cuales no lo haya por peligro concreto, y que son directamente discriminatorias por asignación presuntiva de roles desviados o delictuales a determinados individuos en virtud de cualidades personales que no hace a sus actos sino a sus modos de vida, a la conducción de sus planes de existencia, y por ende, enteramente anti convencionales e inconstitucionales por avasallar el principio de reserva constitucional y no conformar la lesividad requerida. Esa revisión debe ser necesariamente exhaustiva, y su control doctrinario, judicial y efectivo debe ajustarse a las mandas del DIDH y la especificidad de la que en este trabajo nos ocupamos.

Ahora bien, estos mandatos del derecho específico han resignificado el ámbito de posible penalización en base al principio de lesividad si se trata de NNyA, y con ello al art. 19 de la CN, puesto que tanto la Convención como el Comité CDN instan a la atipicidad específica de algunos delitos cuando son cometidos por NNyA, y a que aun ante comisión de delitos, es decir, de acciones lesivas y punibles, los casos puedan ser desjudicializados y abordados por áreas no judiciales del Estado con enfoque de derechos humanos y no con enfoque punitivo. Esto significa que la CDN estaría imponiendo con esa desjudicialización, que aun cuando hubiera ofensa a terceros y/o al orden o moral pública, la acción también quedaría exenta de la autoridad de los Magistrados, extendiendo el alcance, claramente más allá de la letra de la Constitución Nacional.

Manifestaciones específicas del principio de Lesividad

Lesividad y Riesgo en la especialidad

¹¹² CSJN “GRAMAJO” Fallos: 329:3680, con cita de CorteIDH, Serie C N° 126 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005.

Siguiendo la línea de lo que venimos hablando, en materia penal para NNyA nos encontraremos con manifestaciones específicas del principio de lesividad, en las cuales nos detendremos un momento, sin ánimo de exhaustividad, pues recordemos que este trabajo tiene como fin proponer la perspectiva y sentar algunas bases, no examinar y delimitar por completo todas las aristas de la especialidad (lo cual sería inabarcable en un solo texto).

En este momento del análisis, nos detendremos un momento en la noción de riesgo o peligro sobre los bienes jurídicos en conductas penalizadas durante la adolescencia. Pasaremos por los delitos de peligro concreto, peligro abstracto, delitos de aptitud y hasta llegar a la construcción de sujetos peligrosos a quienes criminalizar, pues todo ese abanico se ha verificado a lo largo y ancho de la historia mundial del control social sobre las infancias y adolescencias, y por supuesto en América Latina, no siendo una excepción nuestro país, por lo cual resulta necesario primero visibilizarlo y luego destacar que es necesario modificar esos rumbos para lograr los fines planteados por la CDN. Para ello seguimos trabajos anteriores de nuestra autoría¹¹³.

Cuando insistimos en la necesidad de respetar el test de lesividad como herramienta limitadora de la habilitación de poder punitivo en la especialidad, apuntamos a evitar que la incardinación epistemológica conduzca hacia un derecho penal de riesgos que pueda devenir en una especie de derecho penal del enemigo.

En nuestros tiempos, ha cobrado hegemonía la concepción de sociedad de riesgos, descrita en sus caracteres y aristas desde la obra de Ulrich Beck¹¹⁴ y también por otros muchos autores, entre los cuales se encuentra Cornelius Prittwitz, representante de la Escuela de Frankfurt, a quien seguiremos aquí.

Las agencias que han conducido las políticas criminales de los países de Latinoamérica, han respondido con los institutos propios del sistema penal hacia esos riesgos, de manera sostenidamente expansiva, en términos punitivos, incluyendo la ampliación en la intervención y control social mediante distintos sistemas coactivos, y para ello se ha echado mano a diferentes herramientas provenientes tanto de los EEUU como de Europa, de manera más político-económica (colonial) que crítico-adaptativa (revisionista), y muy poco ha imperado en términos situados desde/en/hacia nuestra América (decolonial).

¹¹³ Osio, Alejandro (2012) *El derecho penal del riesgo y la expansión punitiva estigmatizante*. Revista Pensamiento Penal del 05/11/2012. Recuperado el 05 de enero de 2022 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35033-derecho-penal-del-riesgo-y-expansion-punitiva-estigmatizante>

¹¹⁴ Beck, Ulrich (1988) *Risikogesellschaft – Auf den Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, Alemania. En castellano (1998) *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, España.

Ahora bien, partiendo de la existencia de una multiplicidad de riesgos, muchas veces vistos como incuantificables e incontrolables en las sociedades actuales¹¹⁵, se impone como consecuencia su clasificación sociológica, jurídica y con ese fácil acceso transversal en todos los niveles de conocimiento. Asimismo, en la praxis se ha logrado teñir todos los planos del actuar, y del vivir, de las sociedades modernas con la lógica y el modelo del riesgo¹¹⁶, y el sistema de abordaje preventivo que supone. Lo que aquí se cuestiona en esencia no es eso en sí mismo, sino que ese abordaje tanto preventivo como sancionatorio, la gestión de riesgos sea mediante el poder punitivo del Estado, máxime si se trata de NNyA.

Compartimos entonces la idea de Prittwitz de que “*En paralelo con el desarrollo social, también la política criminal, la teoría de las penas y todo “el derecho penal” son caracterizados por la “sociedad de riesgo” de Ulrich Beck.*”¹¹⁷

De este modo, y en lo específico, en el derecho penal contamos con conceptos tales como riesgo permitido y no permitido, aumentos y disminuciones de riesgos, excesos en los riesgos, atenuaciones de los reproches penales basados en las distintas valoraciones de los riesgos, etcétera. Esto atraviesa toda la dogmática penal y procesal, fundamentalmente en unión o anclaje a la idea de prevención, convirtiéndolas en securitarias. Aunque es necesario hacer la salvedad de que los conceptos de riesgo no son iguales en todos los campos, por ejemplo, son sustancialmente diferentes el utilizado por Roxin en el campo de la dogmática, y el utilizado por Beck en lo sociológico.

No ha sido necesario mucho tiempo para que el derecho penal comenzara a mutar de acuerdo a esa influencia “negativa” de la sociedad de riesgo, puesto que se pasó de un derecho históricamente orientado –en reglas generales- hacia el pasado, para juzgar hechos dañosos concretados, a un sistema de control social destinado en gran medida al futuro¹¹⁸, para prevenir la reiteración de hechos delictivos y en suma dotar de mayor seguridad a la comunidad. Y, por supuesto que, en la administración de los riesgos de la sociedad, no se tardó mucho en producirse el salto lógico desde el reproche ante riesgos materialmente concretados en daños, para dar una respuesta sancionatoria, al intento de gestionar esos

¹¹⁵ De la Cuesta Aguado, Paz M. (2007) *Tipificación del riesgo y delitos de peligro*. Revista de Derecho Penal *Delitos de Peligro-I*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina., 2007-2, pág. 126.

¹¹⁶ Prittwitz, Cornelius (2009) *Tendencias actuales del derecho penal y de la política criminal. El derecho penal entre “derecho penal de riesgo” y “derecho penal del enemigo”*. Colecciones Derecho y Justicia. Heredia, San Joaquín de Flores, Costa Rica.

¹¹⁷ Ídem, p. 14.

¹¹⁸ Prittwitz, Cornelius (2011) *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo*. Conferencia elaborada para el Congreso Jurídico Internacional sobre Globalización, Riesgo y Medio Ambiente, que se celebró en Granada del 3 al 5 de marzo de 2010. Ponencia en Escuela de Verano sobre Ciencias Criminales y Dogmática penal y Procesal Alemana, Göttingen, Alemania, septiembre de 2011, pág. 5.

riesgos previniendo que se produzcan daños venideros, y aún futuros riesgos más o menos abstractos, arista en la cual la conceptualización de “bien jurídico” y, en particular de “bien jurídico protegido”, ha sido de vital importancia.

Esta cuestión no se presentaría de manera negativa per se, si no fuera porque como instrumento de gestión de los riesgos, se ha utilizado en demasía el brazo más violento del Estado –el poder punitivo-, el cual también coincide en ser el más selectivo estructuralmente – socialmente “hacia abajo”¹¹⁹- y, como si fuera poco, mediante la intervención más aflictiva –y quizá más ineficaz- con que se cuenta en un Estado de derecho histórico como el nuestro – la pena de prisión- especialmente cuando es dirigida hacia las personas en sus primeras etapas de la vida.

Ahora bien, en esta línea de tránsito desde los Estados post welfare europeos, devenidos en desnutridos Estados gendarmes en América Latina, desde las décadas de los años 60 y 70 del siglo pasado, se han venido “identificando” los orígenes de la producción de los riesgos que más alarma social generan, de manera exclusivamente unidireccional, o a lo sumo bidireccional, y desde allí se han diseñado políticas públicas de criminalización expansiva, y de mayor control social de tinte punitivo, que en la década del 90 en términos generales en nuestro país ha recibido una acogida de brazos extremadamente abiertos, pero que en esta primera veintena del siglo XXI también se ha manifestado pan-penalista, aunque con una modalidad “reaccionaria”, refleja ante supuestos de “emergencia” que tienen más de político, oportunismo y espasmo, que de reflexivo, racional y planificado.

El tipo de construcciones que venimos reseñando trasciende lo categórico y conceptual, y se materializa en leyes que expanden el umbral criminalizante a niveles anteriores al daño – conductas meramente riesgosas o de peligro abstracto- para posibilitar una selección primaria más amplia, pero también, que pregonan un trato diferente a las personas una vez que fueron seleccionadas por el sistema penal y categorizadas en algunos de los estereotipos merecedores de la tolerancia cero.

Esto, no es ni más ni menos que derecho penal de riesgo, entendido como “*preservación del futuro frente a grandes riesgos mediante el Derecho Penal*”¹²⁰ devenido en Derecho Penal del Enemigo, mediante la elasticidad del concepto basal –riesgo-, y la selección direccionada de los portadores, a quienes se erige en enemigos de un valor “seguridad ciudadana”

¹¹⁹ Por sólo citar dos textos en los que se da cuenta de la selectividad penal véase Baratta, Alessandro (1999) *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI, México; y Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. (2002) Ediar, 2da ed. Buenos Aires, Argentina.

¹²⁰ Prittwitz, Cornelius (2003) *Sociedad de riesgo y derecho penal. Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, España.

indeterminado¹²¹ y político-económicamente construido. Lo cual, por otra parte, ha sido siempre así.

Nos referimos a aquello del peligro autoritario que adopta el derecho penal del riesgo haciendo hincapié en el elemento represivo¹²². Este riesgo del derecho penal del riesgo, puede vislumbrarse a simple vista como materializado en las permeables sociedades latinoamericanas de la segunda mitad del siglo XX y lo que va del XXI.

Vale decir a modo de corolario sobre esto último, que, si bien, históricamente este derecho excepcional para “no personas”¹²³, se ha aplicado a “enemigos externos”¹²⁴ tales como terroristas, narcotraficantes, delincuentes económicos, ambientales, etcétera; en nuestras latitudes la misma lógica bélica¹²⁵, maniquea, neoliberal y de exclusión personal y jurídica (de otredad), ha sido aplicada para seleccionar enemigos internos¹²⁶, tales como pobres – Argentina-, negros –USA y Brasil-, miembros de pueblos originarios –Chile y Bolivia-, etcétera, con el único límite de la selectividad criminalizante del propio poder penal¹²⁷, por cierto irracional y con dominio piramidal desde la cumbre.

Este fenómeno se ha sucedido estratégicamente de modo transversal en términos punitivos, de acuerdo a una doble faz: por un lado, en la faz cronológica de las personas, puesto que se

¹²¹ Diez, José Luis (2005) *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 07-01, pág. 9.

¹²² Anitúa, Gabriel Ignacio (2010) *Historias de los pensamientos criminológicos*. 2ª reimpresión. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, pág. 520

¹²³ Jakobs, Günther (2007) *Derecho penal del enemigo*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

¹²⁴ Gracia Martín, Luis (2003) *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del Enemigo'*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 07-02-2005. En línea <http://criminet.ugr.es/recpc>

¹²⁵ Anitúa, Gabriel Ignacio (2006) *Seguridad insegura. El concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico*. Revista Pensamiento Penal del 02/08/2006. En línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30817-seguridad-insegura-concepto-juridico-seguridad-humana-contra-discurso-belico>. Así también la concepción de que no existe posible derecho penal del enemigo sin presuponer una guerra que es necesario declarar contra alguien o algo: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009) *El enemigo en el derecho penal*. 2da reimpresión. EDIAR, Buenos Aires, Argentina, pág. 136/137.

¹²⁶ Como expresan los investigadores colombianos Huertas Díaz, Omar; Torres Vásquez, Henry; Díaz Pérez, Nydia Cecilia (2010) en *El leviatán de los mass media, el peligro de la otredad y el derecho penal: La construcción mediática del enemigo*: “...el vivir en una sociedad de riesgos ocasiona la proliferación de temores o miedos en los que la peligrosidad cobra una inusitada relevancia. En esa dinámica, el principal sujeto de persecución no es un individuo en particular, es llanamente el “otro”. Un ser tan cambiante que está determinado por las conveniencias estatales; así, para los gobiernos del Primer Mundo, la inmigración ilegal sucumbe ante la posibilidad irreal de atentar contra la existencia del Estado, y en desarrollo de ese principio se establecen medidas antiterroristas en contra de inmigrantes (Torres, 2008, p. 118). En el Tercer Mundo, la otredad enemiga se manifiesta ya no contra los extraneos, sino contra los propios nacionales.” Artículo de reflexión producto del trabajo de investigación que los autores realizan dentro del grupo en Derechos Humanos “Antonio Nariño y Álvarez”, registro COLCIENCIAS COL0053849, categoría B, 2010, Universidad Pedagógica Nacional. Línea de Investigación “Sistemas de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”. Disponible en el sitio de la Asociación Pensamiento Penal: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/criminologia02_0.pdf

¹²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl *El Enemigo en el Derecho Penal* (2009) 2ª reimpresión. Ediar. Buenos Aires Argentina, pág. 160.

las criminaliza de acuerdo a categorías, desde que en la niñez se toma el primer contacto con alguna agencia punitiva; y por otro lado, en la faz estatal de intervención, puesto que las estrategias amplificadoras incluyen normas de fondo (en códigos penales, leyes penales y normas penales en leyes no penales), como así también en normas jurídicas de forma (leyes procesales restrictivas de derechos, normas que limitan la progresividad en el ámbito de la ejecución de la pena, amplían la discrecionalidad en el ámbito penitenciario, limitan la posterior integración comunitaria mediante la estigmatización también reglada), y por último, como si fuera poco, todo ello ha generado un impacto profundo en las prácticas en el ámbito procesal y de actuación de las agencias punitivas –ejecutivas y judiciales- que conspiran de modo contundente contra un cambio en los paradigmas establecidos de actuación, y mucho más, en la práctica cotidiana.

Este proceso de gestión de los riesgos mediante el brazo represivo del Estado que venimos describiendo, se vale, en nuestros lares, de múltiples herramientas para lograr consenso y amplificación comunicativa y coactiva. Quizá las dos más fervientemente utilizadas sean, por un lado, la construcción de estereotipos criminales, signados como perteneciente a un “otros”, que los ubica directamente en la vereda de enfrente a la sociedad “normal” o “de incluidos” (“la gente”), y por el otro, la ampliación del programa penal que habilita la criminalización, no sólo mediante la inclusión de tipos penales en las legislaciones – criminalización primaria-, sino también, y fundamentalmente, mediante la interpretación amplia de la posibilidad estatal de intervención punitiva, esto es, el adelantamiento de la punibilidad a niveles muy anteriores a la lesión de un bien jurídico .

Este proceso conducente a la identificación de “los otros” se ha visto dirigido económica¹²⁸ y político-electoralmente, y ello ha producido de manera acorde, que las causas sociales de los riesgos no interesen tanto como los sujetos que protagonizan los hechos de delincuencia que, según se reitera de manera sistemática en los medios masivos de comunicación, ponen en jaque a la seguridad ciudadana permanentemente.

Este programa económico, social, político y comunicacional, tiene como una de sus características especiales, la construcción de estereotipos que funcionarán como destinatarios de las políticas de intervención punitiva, o de mano dura. A veces disfrazándolo con etiquetas o eufemismos –reincidentes-, y otras veces lisa y llanamente señalándolos de modo directo – delinquentes juveniles-, con títulos rimbombantes repetidos hasta el hartazgo 24x7.

¹²⁸ Böhm, María Laura (2011) *Políticas de seguridad y neoliberalismo*. En Armando Fernández Steinko (comp.) Crimen y Globalización. Editorial Trotta. Madrid, España.

Al echar a rodar estos tipos de programas sobre la realidad, es decir, al producirse el proceso selectivo que habilita la criminalización secundaria, esa creación del estereotipo grabado a fuego mediante la comunicación feroz, produce en la interacción social la asignación de roles y la asunción de esos roles -por exigencia societaria-, como el anverso y el reverso del mismo fenómeno.

Es decir, que el sector-poder de la sociedad ofrece estereotipos criminales para que las personas que ingresen en las diferentes categorizaciones sean ubicadas más cerca o más lejos del peligro de selección -vulnerabilidad a la criminalización-, y esto una vez que resulta materializado en una persona, o en un grupo de personas, funciona como un estigma infeccioso, que empuja al portador a comportarse de acuerdo a su rol “desviado”, y que si no lo hace, se le exige que lo haga mediante la intervención punitiva de las agencias ejecutivas (policías)¹²⁹, se lo entrena para que lo haga (en las instituciones de encierro) y ello se instala también mediante los mecanismos de control social informal.

Por ello, no es alocado pensar, que una parte importante de los estereotipados se conviertan en clientes habituales del sistema penal, y el fenómeno, en vez de mitigado, se vea reproducido por la prisión, que en lugar de “reinsertar en la sociedad”, o insertar a quienes nunca lo estuvieron, como se pretende desde lo normativo (Art. 75, inciso 22, de la CN, y 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP), funciona como “fábrica de delincuentes”. El problema -entre otros muchos- es que la materia prima de esa fábrica es siempre la misma y la proporcionan las agencias punitivas mediante la selección criminalizante llevada a cabo desde los sectores-poder de las sociedades hacia -únicamente- los excluidos, marginados y/o simplemente estereotipados.

Este marco de asociación “Derecho Penal del Riesgo y Creación de Estereotipos” leído en lógica binaria de amigos y enemigos de un indeterminado valor “Seguridad”, acarrea dos de los problemas más importantes en esta mutación del derecho penal de riesgos en “Derecho Penal de Enemigos”.

¹²⁹ Mediante la identificación diaria en la vía pública, el acoso por lo que se posee materialmente si no corresponde a los estándares de pobreza en que se encuentran inmersos -tener zapatillas de marca por ejemplo-, al agobio para que se brinde información sobre personas de su misma extracción social, la falsa imputación de delitos, la demora por vagancia, el aporreo por la falta de colaboración y las estancias cortas -y no tanto- en las comisarías junto a personas que sí han delinquido, etcétera. Véase, entre otros Míguez, Daniel (2005) *Los pibes chorros. Estigma y Marginación (claves para todos)*. Editorial Granica. Buenos Aires, Argentina; Kessler, Gabriel (2004) *Sociología del delito amateur*. Editorial Paidós. Buenos Aires, Argentina; y Guemureman, Silvia (2002) *La contracara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social judicial*. En Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel (comps.) *Violencias, Delitos y Justicia*. Editorial Manantial. Buenos Aires, Argentina, págs.169 a 189.

Primero, que la arbitrariedad del sector-poder de la sociedad en la creación de estereotipos permite que éstos se desarrollen mediante un efecto multiplicador categorial, es decir, que haya cada vez más “grupos” de personas que son estereotipadas negativamente; y segundo, que la indeterminación de los conceptos que permiten la concreción de las criminalizaciones primaria, dogmática y secundaria, produce una ampliación numérica de los “conjuntos” de personas categorizadas, al tornarse sumamente flexibles y permeables las fronteras o límites atinentes a los conceptos que funcionan como pilares de la construcción en sus diferentes campos de acción: “seguridad” de quiénes y qué se debe hacer en su nombre; “riesgo” que merezca ser prevenido, permitido o no permitido; “peligro” antes que esperar a la lesión de bienes jurídicos; “función del sistema punitivo” visto como sanalotodo o como prima ratio¹³⁰; etcétera.

Esto, desde un entendimiento en lógica bélica, lleva a la creación de seres que a la luz del Estado son verdaderos portadores de riesgos¹³¹, aunque nada hayan hecho al margen o en contra de ley penal alguna. María Laura Böhm los denomina “homo inseguritas”, y esta nueva alocución no hace referencia al otrora infractor de leyes o peligroso por vinculación directa con delitos o por determinadas características físicas, sino que esta categoría reúne a todas aquellas personas que puedan tener alguna vinculación con acciones o situaciones que se catalogan como riesgosas para la sociedad.

Como decíamos, una de las herramientas del sector-poder de la sociedad para llevar a cabo este control social punitivamente amplificado, y dirigido a los potencialmente peligrosos por entenderse los portadores de riesgos inconmensurables, es la creación de tipos penales más amplios para permitir la punición en niveles anteriores a cualquier viso de lesión, materializándose así un derecho penal en el cual se ignora su carácter fragmentario¹³².

En el ámbito dogmático se han creado multiplicidades de categorías de delitos donde no existe lesión a bien jurídico alguno, y se los denomina de peligro, yendo desde el concreto hasta el directamente hipotético o de aptitud abstracta para producirlo (véase el caso de la Asociación ilícita del art. 210 del CP), pasando por el concreto abstracto, el abstracto

¹³⁰ Araujo Aranda, M. Paulina (2007) *Reflexiones acerca de la peligrosa expansión del poder punitivo: Derecho Penal de Riesgo*. Revista Ruptura. Libro Anual de la Asociación de Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, pp. 228-239, con cita de Ferrajoli, Luigi *Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales*. Universidad de Camerino, Italia.

¹³¹ En alemán “Gefährder” y en inglés “Endangerer”.

¹³² Kindhäuser, Urs (2009) *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*. Revista para el análisis del derecho. IndDret 1/2009. Barcelona, España. En línea <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>. Recuperado el 06 de enero de 2022.

concreto, el abstracto potencial, el de acumulación, y el de aptitud, por enunciar algunas de las definiciones utilizadas¹³³.

Aquí sólo traeremos a colación la categoría de delitos de aptitud por considerarlos una herramienta que estira llevando al límite de elasticidad la intervención del poder punitivo de manera insoportable a la luz del principio de lesividad que describimos someramente antes, y que se superpone directamente a la esfera del poder administrativo sancionador¹³⁴ con argumentos tales como que existen delitos que no persiguen la protección de bien jurídico alguno¹³⁵ o directamente erigiendo en bien jurídico a casi todo. Se argumenta que de otro modo el derecho penal no estaría a la altura de las sociedades de riesgos actuales en su función preventiva, y si no cumple con la prevención, debe maximizarse su habilitación es un derecho penal securitario.

Tales delitos de aptitud han sido entendidos como “*de peligro potencial o hipotético como categoría dentro de los delitos de peligro o bien como una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto. Esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Mediante la introducción de dichos elementos, se tipifica un comportamiento <<idóneo>> para producir peligro...*”¹³⁶.

Esta expansión desde lo dogmático, pero también desde lo legislativo y judicial, entre muchos otros desvalores, produce que la selectividad estructural del sistema punitivo se profundice y que los excluidos aumenten en cantidad y en calidad, por ser vistos como enemigos del orden social de “los de adentro” debido a su disfuncionalidad para el orden económico neoliberal.

Es quizá esto último lo que funciona como *big bang* de los “nuevos delitos” y hasta como pilar de sostén, me refiero con ello al capitalismo imperante en este siglo XXI, y al pretendido orden neoliberal de brazos manifiestamente excluyentes y extremadamente

¹³³ Puede verse una reseña breve de estas categorías en Roxin, Claus *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 1. Civitas, Madrid, España., Sección 3ª, párrafo 11; Schröder, Friedrich Christian (2007) Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto. Revista de Derecho Penal Delitos de Peligro-I. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina; y en Gracia Bogado, María y Ferrari, Débora Ruth (2009) *Sociedad de Riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. En línea <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Delitos%20de%20aptitud.Ferrari.pdf>

¹³⁴ Rusconi, Maximiliano (2009) *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina, pág. 368.

¹³⁵ Hefendehl, Roland (2002) *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-14-2002. En línea: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf

¹³⁶ Bogado, María Gracia y Ferrari, Débora Ruth (2009) *Sociedad de Riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético*. Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIDPE), p.3. Recuperado el 06 de enero de 2022 de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_02.pdf

desigualizantes (si se me permite el neologismo). Como el martillo para las brujas en la época de la inquisición, el poder punitivo sigue siendo la herramienta más violenta y expansiva para el “orden” pretendido actualmente, fiel a su historia tanto penal como económica.

Ahora bien, el sistema penal en nuestros lares, por ser naturalmente una burocracia, y como tal, autosatisfactiva e incapaz de autodestruirse en su retroalimentación y compartimentalización, se ha nutrido históricamente de manera selectiva, y ello se debe estructuralmente, entre otras, a dos cuestiones básicas: la incapacidad de llevar adelante el enormísimo programa penal legislado y la capacidad limitada de procesar los casos más simples, direccionando la criminalización a los hechos llevados a cabo por las personas con mayores carencias sociales y económicas, lo que implica menor preparación intelectual.

Esta otredad generada desde el propio sistema penal, que mira prácticamente siempre hacia el mismo sector de la sociedad, que, necesario es aclararlo, no tiene los medios para producir los delitos de mayor dañosidad social, aunque sí los que más alarma generan, se ve potenciado desde los medios masivos de comunicación¹³⁷, que generalmente, pertenecen al sector opuesto de la pirámide económica y resultan funcionales a las políticas de ley y orden propias del neoliberalismo imperante, que instiga constantemente al punitivismo securitizante¹³⁸.

Esta potenciación generada desde los “mass media” es llevada a cabo mediante la generación de alarma para infundir terror hacia estereotipos político-criminalmente creados¹³⁹, desde una lógica binaria en lo sociológico –otredad- mediante la imagen distorsionada de la realidad criminal, que aporta un pilar fundamental en la configuración de tales estereotipos como enemigos. Completa el cuadro de situación que los “mass media” son, en nuestros días, los principales formadores de opinión pública, y por ende, colocan en la agenda política y extraen de ella, lo que sea más conveniente a los intereses sectoriales que representan, y esto se traduce en la influencia decisiva sobre las decisiones políticas y la asignación al sistema punitivo de múltiples funciones que no le son propias, como las sociales, de seguridad, simbólico preventivas, retrospectivas, etcétera, mostrando la insuficiencia de intervención estatal cuando lo punitivo no está presente¹⁴⁰.

¹³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011) *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelara*. EDIAR, Buenos aires, Argentina, pág. 370.

¹³⁸ Bóhm, ob.cit.

¹³⁹ Fuentes Osorio, Juan L. (2005) *Los medios de comunicación y el derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-16-2005. En línea <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>: “Esta dependencia de los medios para conocer el entorno, unida al dibujo distorsionado de la realidad criminal que transmiten como superabundancia de ciertos delitos y ausencia de otros, y a la confianza del auditorio en la veracidad del mensaje, podría consolidar una imagen de la realidad criminal exagerada, que podría contribuir a generar «miedo al delito»” (p. 13).

¹⁴⁰ Ídem., p. 23, 41 y 105.

Aunque se puede compartir en parte la posición de Anitúa¹⁴¹ respecto a que la construcción del sujeto delincente estereotipado marginal no es “culpa” de los medios masivos de comunicación exclusivamente, sino que es buscado por la estructura de poder dentro de la cual se encuentra el poder penal; no puede negarse de ningún modo –creo- el amplio poderío de los “mass media” tanto en el proceso de construcción de esos grupos de estigmatizados como tales, como en la definición de sus caracteres, el mantenimiento de la situación de otros que de algún modo los determina socialmente, como así también en la profundización de la desigualdad de trato tanto legislativo como material.

Y esto, no debe olvidarse, por la ferocidad en la reiterancia y sostenimiento en el tiempo, con que se construye y reproduce, genera opinión pública, entendiendo esto como una visión de la “realidad” por parte de millones de personas consumidoras de los “mass media” (que incluye medios de comunicación televisiva, radial, digital, redes sociales y otros medios de comunicación que en la actualidad se proyectan con un poder directamente omnicompreensivo), provoca cambios de conducta y de hábitos de vida en sociedad, que producen aún más la segregación entre “unos” y “otros”.

El profesor Zaffaroni actualmente define esto que venimos diciendo como una verdadera “criminología mediática”¹⁴², que aunque no es novedosa en su discurso punitivo y de creación de una masa criminal de diferentes, sí presenta caracteres y actores nuevos, entre los cuales se encuentran la sublimación de las super víctimas héroes utilizadas tiránicamente para pregonar la punición sustentada en bases de venganza, lxs tele políticxs mediáticos, que en su actividad diseñan la agenda legislativa en base a la platea electoral, entre muchos otros caracteres que es necesario tener en cuenta para no ser permanentemente engañados, sin perder de vista que esta estrategia comunicacional político-económica y social de neo punitivismo medial, en definitiva, en la sociedad de riesgos actual “...no disminuye ningún riesgo, sino que distrae de los riesgos mayores, potencia los del delito ordinario por su efecto reproductor necesario para sostener su costosa burocracia y la industria de la seguridad consiguiente y, además, oculta el mayor riesgo, que es el de la desviación del poder punitivo hacia su descontrol respecto de otros sectores de la población con consecuencias imprevisibles”¹⁴³.

¹⁴¹Anitúa, Gabriel Ignacio (2011) *Medios de comunicación y criminología*. Revista de Derecho Penal y Criminología. LA LEY. Buenos Aires, Argentina, pág. 67.

¹⁴²Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011) *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. EDIAR, Buenos aires, Argentina, conferencias decimosexta y decimoséptima, pág. 365 a 418.

¹⁴³ Ídem, p. 410.

A modo de corolario sólo diremos que aun cuando la extensión y complejidad de los temas tratados en esta parte del trabajo merecerían estudios más profundos, estamos en condiciones de afirmar tres cuestiones sin demasiado temor al yerro:

Primero, que el derecho penal del riesgo expande poder punitivo y puede degenerar en derecho penal del enemigo muy fácilmente en los permeables estados latinoamericanos -si es que no la ha hecho ya-;

Segundo, que las estrategias punitivistas atraviesan transversalmente a la ciencia penal (derecho penal sustantivo, procesal penal y de ejecución de penas) como así también a otros niveles del conocimiento (criminología, sociología, política, economía, etcétera); y

Tercero, que los medios masivos de comunicación, en nuestra región, forman parte de uno de los principales engranajes de la mecánica globalizada expansiva del poder penal para generar opinión pública, modificar las agendas políticas, imponer estereotipos y aumentar las ya radicales diferenciaciones en los planos del deber ser y del ser de las sociedades actuales.

Principio de culpabilidad

Manifestaciones específicas del principio de culpabilidad. Derecho Penal de Actor.

En materia de culpabilidad, se ha diferenciado desde antaño entre el Derecho Penal de Acto y el de Autor, propendiendo las posturas modernas hacia el primero, incluso en nuestro país y la región se reconoce asiento constitucional-convencional. En Argentina por ejemplo arts. 18, 19 y 75.22CN, 9CADH y 14PIDCP por sólo enumerar los centrales, siendo cimero y sendero el fallo “Maldonado” de la CSJN al respecto.

Pero en la especialidad del derecho penal para NNyA se afirma desde hace mucho tiempo que es eminentemente de autor, porque centra su especificidad precisamente en las características del sujeto sobre el que se interviene, de hecho, hay una innumerable cantidad de normas jurídicas y mandatos de organismos internacionales que requieren especialidad en todos los ámbitos de intervención, como ya hemos visto y veremos en este trabajo, y que en el caso de las doctrinas que lo explican hacen un gran esfuerzo por diferenciarlo del derecho penal de autor adulto céntrico.

Ahora bien ¿qué efectos tiene todo eso en torno a la responsabilidad por el hecho propio? ¿O no tiene ninguno? Pues, entendemos que sí, y que precisamente se centra en diferenciar cuáles son los aspectos que hacen del Derecho Penal para personas menores de edad un

derecho penal que llamaremos de Actor, para diferenciarlo y no caer en deficiencias ya desde lo semántico, en esta puja de delimitar el derecho penal de autor y determinar cuáles son los aspectos que deben estar excluidos de la especialidad por implicar el derecho penal de autor que colisiona con los mandatos constitucionales y convencionales del derecho penal de acto.

Para que no entren en tensión derecho penal de autor en caso de NNyA y derecho penal de acto como mandato constitucional y convencional, debemos decir que nos referimos a derecho penal de actor en esta especialidad en tanto debe tomar como base óptica las características particulares de la persona humana en desarrollo progresivo de su autonomía durante la infancia y adolescencia, y que por encontrarse en esas etapas resulta cualitativamente distinta que la persona adulta, y por ende esa onticidad obliga a la construcción de una dogmática específica y en su caso a la adecuación de todas las categorías conceptuales que provengan del derecho penal adulto céntrico, como así también a las reformas legislativas y reconstrucción de prácticas adecuadas a ello, pero en relación a los hechos propios y no a lo que la persona es. Es, en definitiva, lo que hemos denominado al principio como epistemología infanto adolescente (en relación al sujeto) por oposición al adulto centrista que impera y ha imperado desde siempre en el capo jurídico en general y en el ámbito del derecho penal en particular, en función de sus actos (en relación a los hechos punibles).

Desde este enfoque diferencial infanto adolescente y de acto, se puede construir perfectamente un derecho penal específico que llamamos Derecho Penal de Actor, puesto que resultará compatible con el derecho penal de acto y sus exigencias, pero no dejará de ser derecho penal de autor por su base óptica distinta -persona humana NNyA- que obliga a un enfoque diferencial -perspectiva infanto adolescente- sin vulnerar los límites impuestos por el derecho penal de acto.

Ahora bien, como podrá verse a lo largo de este trabajo, este Derecho Penal de Actor que es a la vez una especie de derecho penal de autor que cumple con los límites del derecho penal de acto, no amplía el poder punitivo sino que muy por el contrario apunta a su reducción y por ende, las características especiales de la persona durante la infancia y adolescencia no podrán utilizarse para justificar el aumento del poder punitivo ni imputarse en contra de la persona frente al poder penal del Estado, sino todo lo contrario. Tampoco debe ser pervertida transformándose en base de peligrosismo, ya no patologizante como en el viejo positivismo criminológico, sino etarizante, -si se me permite el neologismo aplicado al peligrosismo con asiento en la edad de la persona- que por sí solo, o combinado con otros, perjudique la situación de las personas menores de edad frente al poder punitivo o se ensayen

preventivismos punitivistas, todo lo cual puede aumentar su vulnerabilidad a la criminalización, justificar medidas y acciones diferenciadas, aumentar las penas o entidad de las sanciones penales, agravar las condiciones de encierro, bloquear institutos liberatorios, etcétera.

Queremos decir, que el Derecho Penal de Actor, por específico, habiendo relevado de manera especial la situación etaria de la persona humana que determina las características cerebrales, conductuales y comportamentales, y, en definitiva, la subjetividad por el desarrollo progresivo e inmadurez de algunos elementos de la persona humana determinantes de las posibilidades de acción durante la infancia o adolescencia, tendrá las mismas exigencias y los mismos límites que el derecho penal de acto, que impiden y hacen anticonvencional e inconstitucional al derecho penal de autor heredado del derecho penal adulto céntrico.

En el fallo “Maldonado” la CSJN realiza las siguientes consideraciones, en la línea de lo que venimos exponiendo:

“7) ... en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, "su minoridad al momento del hecho". Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la "edad" es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el a quo consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido.

11) ... en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, "su minoridad al momento del hecho". Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la "edad" es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el a quo consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho

cometido. En efecto, la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la "peligrosidad", pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal. Por otra parte, en caso de recaer condena, la gravedad del nuevo hecho habrá de ser valorada en esa decisión posterior, y serán las reglas del art. 58 del Código Penal las que habrán de asegurar, si correspondiere, una valoración global, que evite la plural valoración agravante del mismo elemento bajo rubros diferentes: en un juicio, como "defraudación de la confianza" y como revelador retroactivo de "peligrosidad", y en el otro, por el ser el objeto propio de la condena."

En suma, el Derecho Penal de Actor es a la vez derecho penal de acto y derecho penal de autor, parcialmente, por eso a la vez no es uno ni otro sino que se trata de uno específico, y por ello, lo denominamos distinto, pero que se entienda, es un derecho penal específico para personas menores de edad que releva la onticidad cualitativamente diferente de la persona humana durante la etapas de infancia y adolescencia, con respeto por las exigencias y límites del derecho penal de acto (o de hecho o de acción, como quieran llamarlo).

En resumidas cuentas, en el momento posterior a la deconstrucción adulto céntrica, el derecho penal de actor, es como dice Martín Aimar (2021) discutirle al derecho penal adulto céntrico el concepto exclusivista del derecho penal de acto y excluyente de todo derecho penal de autor¹⁴⁴, que en el ámbito penal para NNyA debe ser específica, precisamente por las características etarias de las personas durante la infancia y adolescencia, que a la vez exige una corresponsabilidad multifrente, sobre la cual volveremos luego, pero que necesariamente impone estándares propios para esta especialidad.

Este argumento con asiento normativo en el artículo 40.4 de la CDN y Regla de Beijing 5.1 impone también que las sanciones sean adecuadas a las circunstancias, dentro de las cuales claramente está el autor, como así también las sociales, culturales, económicas, etcétera.¹⁴⁵

Pero también compartimos la observación de Martín Aimar (2021) en tanto que la concepción de acción o acto del derecho penal adulto céntrico está ligada estrechamente al concepto retribucionista, mientras que por el contrario el derecho penal de autor está más ligado a la rehabilitación en tanto inserción o reinserción de personas¹⁴⁶, y en la especialidad

¹⁴⁴ Martín Aimar, Germán D. ob cit nota 17, p. 106.

¹⁴⁵ Idem, p. 106/107.

¹⁴⁶ Ídem, p. 107.

el fin último de toda intervención, ya no de la pena, debe conducir pedagógicamente a la integración comunitaria positiva por mandato convencional y del soft law.

Por otra parte, la necesaria observación primordial del interés superior del niño en cada intervención, incluido el abanico de posibles sanciones impone que la persona NNyA y sus derechos sean lo importante, incluso con mayor relevancia que el acto cometido, puesto que el mandato convencional implica relevar el pasado, tanto qué ha hecho como quién lo ha hecho y debido a cuáles circunstancias, en cuáles contextos y con cuáles relaciones, entendidas en sentido dinámico tanto en lo sincrónico como diacrónico (lógica de película y no de foto), pero con los ojos puestos en el futuro de esa persona NNyA¹⁴⁷ en corresponsabilidad Estado, NNyA, familia, víctimas y comunidad.

Como dice Martín Aimar (2021):

*“El desafío epistemológico y práctico de nuestra especificidad/especialidad será desarrollar la relación entre el necesario reproche social institucionalizado... la responsabilidad adolescente... rompiendo con la inercia consecualista de la seriación adultocéntrica de acto/castigo/encierro y hegemonización mimetizante del autor en su acción”*¹⁴⁸

¹⁴⁷ Ibidem, p. 109.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 110.

CAPÍTULO VI

EL PUNTO DE PARTIDA Y CENTRO NEURÁLGICO DEL ESTUDIO: LA ONTICIDAD DE LA PERSONA HUMANA EN DESARROLLO PROGRESIVO.

Como adelantamos en la introducción, retomaremos aquí un viejo concepto de Hans Welzel limitador del poder punitivo que en este caso sirve de eje fundamental e infranqueable para la revisión de toda la teoría penal (aspecto conceptual), toda la normativa específica aplicable a la niñez, pero también el resto que le sirve de piso (aspecto normativo), y la institucionalidad y prácticas (aspecto material), todo lo cual debe ser específico para respetar la onticidad del sujeto sobre el cual se interviene: persona humana con autonomía progresiva en un momento especial de su desarrollo (infancia y adolescencia). En nuestro país la edad de responsabilidad penal ubica el análisis en las personas durante la adolescencia, pero sin irnos más lejos, en nuestro continente, existen edades de responsabilidad penal realmente bajas que incluyen a personas durante la infancia, por eso la referencia a ambas etapas.

En primer lugar, diremos que la necesidad de una dogmática penal juvenil específica surge sustancialmente de dos fuentes principales –aunque no únicas-, por un lado una fuente material consistente en el respeto por la ontología del ser humano, y por otro lado en una fuente formal como es el ordenamiento jurídico que se ha desarrollado a lo largo de casi 100 años en los ámbitos internacional y nacionales, y refiero esto último en plural porque los sistemas de Control Social y el Derecho Penal Juvenil trascienden las fronteras territoriales y comprenden a todas las infancias del mundo, hayan firmado o no la CDN (de los 196 miembros de la ONU sólo resta Estados Unidos firmarla, luego de que en 2015 la firmaran Somalia y Sudán) y otros instrumentos internacionales, pues todos tienen en alguna medida – más o menos- conformadas conceptual, normativa e institucionalmente un derecho penal específico –en más o en menos- aplicables a Niñas, Niños y Adolescentes (NNyA), siguiendo los lineamientos de la Convención o no. Incluso, debemos decir, que la situación de que los Estados hayan signado la CDN, no quiere decir que hayan adecuado debidamente sus legislaciones internas, y mucho menos sus prácticas, para muestra basta la Argentina y su legislación de fondo en la materia (Dec. Ley 22278).

Aunque no profundizaremos demasiado en ello, debemos saber que hablar de derechos de NNyA es algo nuevo en términos de historicidad humana. Quien utilizó por primera vez la voz “Derechos del niño” fue Thomas Spence en 1796, y si bien la historia moderna de las

infancias es también la historia de la educación -como decía P. Ariés¹⁴⁹-, en América Latina puede estudiarse además desde el ámbito del control socio-penal -como dice García Méndez¹⁵⁰-. Su implantación jurídica universal es más reciente aún en términos históricos, pues comenzó en el Siglo XX con los Convenios de la OIT sobre edad mínima para trabajos industriales, trabajo nocturno y de mujeres antes y después del parto del 13/6/1921, teniendo como referencia a la Declaración de Ginebra de 1924 sobre la base de la redacción de Eglantyne Jebb, quien había fundado la "Save The Children Fund" en 1919.

Ahora bien, ingresando a la cuestión penal, la genealogía e historicidad del Derecho Penal es más antigua que el derecho de la niñez, y ha sido desde sus inicios adulto céntrica. Toda la teoría penal está cimentada histórica y conceptualmente sobre, para y desde la persona humana adulta (a esto podría denominarse como adulto centrismo penal) y si fuéramos más allá, también podríamos decir que ha sido patriarcal (a esto podría denominarse como patriarcalismo penal), pues se ha pensado en-por-para-desde el hombre y no en-por-para-desde las mujeres y mucho menos en-por-para-desde diversidades no binarias. Y podríamos seguir definiendo con más precisiones la historia penal en relación a subjetividades no centrales, pero frenaremos allí para no desvirtuar el enfoque.

Lo cierto es que en la delimitación histórica de las estructuras, conceptos, principios y límites establecidas/os en el derecho penal, nunca las personas menores de edad fueron sujetos centrales de consideración.

Las personas menores de edad como sujetos no sólo que han recibido invisibilidad –primero- y periferia –luego- en la historia penal, sino que lo pertinente a destacar es que el Derecho Penal no ha relevado que se trata de un ser que ontológicamente¹⁵¹ cuenta con características diferenciales respecto del mismo sujeto en su edad adulta, que ocupó siempre la centralidad. Por supuesto que no estamos afirmando que NNyA no sean personas humanas, pues hay una relación que, gráficamente y sin rigor científico, podríamos decir de que es género a especie, lo que queremos significar es que la persona humana subjetivamente considerada no es un ser estático, sino dinámico, que en su crecimiento evoluciona, se dinamiza en su interior y exterior, y transita por diferentes etapas. Dentro del género persona humana, la menor de edad (hablamos de infancia y adolescencia) y la adulta son cualitativamente distintas, por la situación etaria por la cual transitan, pues, entre muchas otras diferencias, esta última se

¹⁴⁹ Stearns, Peter (2020) *Historia de la Infancia*. En línea <https://iacapap.org/content/uploads/J.9-Historia-Infancia-Spanish-2018.pdf>. Recuperado el 01 de agosto de 2020.

¹⁵⁰ García Méndez, Emilio ob cit nota 1, pp. 51 y ss.

¹⁵¹ En el sentido cosiano de onticidad –ver Cossio, Carlos *La racionalidad del ente: lo óntico y lo ontológico*, en línea http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1980_ontico_ontologico.pdf, consultado el 10/07/20.

regula subjetivamente por su autonomía determinada, mientras que en la infancia y adolescencia la persona humana se rige por una autonomía que se manifiesta progresiva, en permanente desarrollo¹⁵² y que, por ello, tanto biológica como conductual y socialmente son distintas.

Esa progresividad de desarrollo avanza desde estadios de dependencia absoluta al nacer, cada vez menor en la primera infancia, hacia espacios temporales de menor autonomía, pasando por estadios de autonomía relativa hasta acercarse a la autonomía plena y finalmente conseguirla; y es precisamente en las etapas de infancia y adolescencia en que las personas nos encontramos en los momentos de conformación de nuestra personalidad, de definición de nuestras subjetividades y de adquisición y aprehensión de capacidades que autonomizan por sectores a las personas.

Incluso la adolescencia para algunas posturas es considerada como de transición entre la infancia y la adultez, por lo cual la sensibilidad a los estímulos es de mayor impacto que en las otras etapas y las dinámicas conductuales son muy específicas en cada una de las etapas, y todas distintas a la personalidad adulta (aunque claro, hablamos en términos generales, pues las individualidades pueden guardar singularidades que se aparten de los cánones generales). Sin profundizar demasiado en ello, sólo con relevar ese conocimiento no jurídico que implica una referencia ontológica ineludible, se torna útil la recuperación del viejo concepto de Hans Welzel que referíamos al inicio, cuando hablaba de lo óntico-ontológico, de las estructuras lógico-reales o lógico-objetivas que el Derecho como estructura formal no puede modificar al incorporar el concepto sustantivo de Acción (o conducta) como elemento sustancial sobre el cual estructurar lo demás, pues esos datos de la realidad le preceden al derecho y son impuestos por la realidad, por lo que no puede ni desconocerlos ni modificarlos¹⁵³. En suma, ello implica el respeto por el mundo tal cual es, límite primero a la habilitación de poder punitivo y sobre la cual volveremos más adelante. Ahora bien, debe comprenderse que esa limitación del respeto al mundo tal cual es, abarca a todos los fenómenos incluyendo a la persona humana, por lo cual, considerarlas como un ser homogéneo sin distinción de etapas vitales, implica alterar lo que en el mundo es, un ser dinámico que transita distintas etapas, presentando características diferentes durante todas ellas.

¹⁵² De acuerdo a la psicología evolutiva –Ariés- (citado por Stearns, *ibid.*) o del desarrollo –Berger y Feldman- (citadas por Delgado Losada, María Luisa (2020) *Psicología del Desarrollo*. En línea <http://www.herrerobooks.com/pdf/pan/9788498352535.pdf>. Recuperado el 25/07/20.

¹⁵³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. (2002) Ediar, 2da ed. Buenos Aires, Argentina, pág. 416.

El Comité de Derechos del Niño ha relevado en reiteradas ocasiones esa onticidad para asentar los caracteres, principios y desarrollos específicos del derecho de NNyA y las acciones necesarias en consecuencia.

Así, por ejemplo, ha sostenido en la Observación General N° 15, título “*F. Evolución de las capacidades y trayectoria vital del niño*” lo siguiente:

“20. La infancia es un período de crecimiento constante que va del parto y la lactancia a la edad preescolar y la adolescencia. Cada fase reviste importancia en la medida en que comporta cambios diversos en el desarrollo físico, psicológico, emocional y social, así como en las expectativas y las normas. Las etapas del desarrollo del niño son acumulativas; cada una repercute en las etapas ulteriores e influye en la salud, el potencial, los riesgos y las oportunidades del niño. Entender la trayectoria vital es decisivo para apreciar la manera en que los problemas de salud de la infancia afectan a la salud pública en general.

21. El Comité reconoce que las capacidades cambiantes del niño repercuten en su independencia al adoptar decisiones sobre las cuestiones que afectan a su salud. Observa también que, a menudo, surgen discrepancias profundas en cuanto a esa autonomía en la adopción de decisiones, siendo habitual que los niños especialmente vulnerables a la discriminación tengan menor capacidad de ejercerla.

En la Observación General N° 20 volvió sobre la cuestión en el título “*III. Razones en favor de centrar la atención en los adolescentes*” y sostuvo que:

“9. Los adolescentes se desarrollan a un ritmo veloz. La importancia de los cambios en el desarrollo que se producen durante la adolescencia aún no se ha comprendido de manera tan generalizada como la importancia de los cambios que se producen en la primera infancia. La adolescencia es una etapa del desarrollo humano única y decisiva, caracterizada por un desarrollo cerebral y un crecimiento físico rápidos, un aumento de la capacidad cognitiva, el inicio de la pubertad y de la conciencia sexual, y la aparición de nuevas habilidades, capacidades y aptitudes. Los adolescentes experimentan un aumento de las expectativas en torno a su papel en la sociedad y entablan relaciones más significativas con sus pares a medida que pasan de una situación de dependencia a otra de mayor autonomía.

10. A medida que atraviesan su segundo decenio de vida, los niños empiezan a explorar y forjar sus propias identidades personales y sociales sobre la base de una compleja interacción con su propia historia familiar y cultural, y empieza a aparecer en ellos un sentido de la propia identidad, que suelen expresar mediante el lenguaje, el arte y la cultura, tanto individualmente como en asociación con sus pares. Para muchos, este proceso se

desarrolla en torno a su participación en el medio digital y está considerablemente influenciado por ella. El proceso de constitución y expresión de la identidad es particularmente complejo para los adolescentes, ya que estos abren una vía entre las culturas minoritarias y la cultura dominante.

Reconocer la adolescencia como parte del curso de vida

11. Para asegurar el óptimo desarrollo de cada niño a lo largo de la infancia, es necesario reconocer los efectos que cada período de la vida tiene en las fases posteriores. La adolescencia es un período de la infancia valioso en sí mismo, pero también es un período de transición y oportunidad decisivo para ampliar las posibilidades en la vida. Las intervenciones y experiencias positivas en la primera infancia facilitan el desarrollo óptimo de los niños en su proceso hacia la adolescencia. Sin embargo, toda inversión en los jóvenes puede ser en vano si no se presta la suficiente atención a sus derechos durante la adolescencia.”

En la misma Observación General en el título “IV. Principios de la Convención”, sostiene:

“15. El Comité hace hincapié en la importancia de valorar la adolescencia y sus características asociadas como una etapa de desarrollo positiva en la infancia. Lamenta la generalizada caracterización negativa de la adolescencia, que redundando en intervenciones y servicios limitados y centrados en los problemas, y no en un compromiso de crear entornos óptimos para garantizar los derechos de los adolescentes y apoyar el desarrollo de sus capacidades físicas, psicológicas, espirituales, sociales, emocionales, cognitivas, culturales y económicas.

El respeto del desarrollo evolutivo

18. El artículo 5 de la Convención dispone que la dirección y orientación que impartan los padres debe guardar consonancia con la evolución de las facultades del niño. El Comité define dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos. El Comité ha señalado que, cuanto más sepa y entienda un niño, más tendrán sus padres que transformar la dirección y la orientación en recordatorios y luego, gradualmente, en un intercambio en pie de igualdad.

Y siempre en la O.G. 20 también en el punto “VI. Medidas generales de aplicación”, sostiene que:

“39. Los Estados deben promulgar leyes que afirmen el derecho del adolescente a asumir responsabilidades cada vez mayores en relación con las decisiones que afecten a su vida, o

revisar en este sentido las ya vigentes. El Comité recomienda a los Estados que adopten límites mínimos de edad legal, compatibles con el derecho a la protección, el principio de interés superior y el respeto del desarrollo evolutivo del adolescente. Por ejemplo, los límites de edad deben reconocer el derecho a adoptar decisiones en relación con los servicios y tratamientos sanitarios, el asentimiento a la adopción, el cambio de nombre y las solicitudes presentadas a los tribunales de familia. En todos los casos debe también reconocerse el derecho a asentir y denegar consentimiento que asiste al niño que, sin haber alcanzado esa edad mínima, muestre discernimiento suficiente. Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal. También debe considerarse la posibilidad de que se presuma la capacidad jurídica del adolescente para solicitar servicios y productos urgentes o preventivos de salud sexual y reproductiva, y para tener acceso a ellos. El Comité subraya que, si lo desean, todos los adolescentes tienen derecho con independencia de su edad a acceder de forma confidencial a orientación y asesoramiento médicos sin el consentimiento de un progenitor o tutor legal. Este derecho es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad¹⁸.”

Más recientemente, en la Observación General 24, en el título “C. La edad y los sistemas de justicia juvenil” ha sostenido lo siguiente:

“22. Las pruebas documentadas en los campos del desarrollo infantil y la neurociencia indican que la madurez y la capacidad de pensamiento abstracto todavía están evolucionando en los niños de 12 a 13 años, debido a que la parte frontal de su corteza cerebral aún se está desarrollando. Por lo tanto, es poco probable que comprendan las consecuencias de sus acciones o que entiendan los procedimientos penales. También se ven afectados por su entrada en la adolescencia. Como señala el Comité en su observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, esta es una etapa singular de definición del desarrollo humano caracterizada por un rápido desarrollo del cerebro, lo que afecta a la asunción de riesgos, a ciertos tipos de toma de decisiones y a la capacidad de controlar los impulsos. Se alienta a los Estados partes a que tomen nota de los últimos descubrimientos científicos y a que eleven en consecuencia la edad de responsabilidad penal en sus países a 14 años como mínimo. Además, las pruebas obtenidas en los ámbitos del desarrollo y la neurociencia indican que los cerebros de los jóvenes continúan madurando incluso más allá de la adolescencia, lo que afecta a ciertos tipos de toma de decisiones. Por consiguiente, el Comité encomia a los

Estados partes que tienen una edad mínima de responsabilidad penal más elevada, por ejemplo 15 o 16 años, e insta a los Estados partes a que no la reduzcan en ninguna circunstancia, de conformidad con el artículo 41 de la Convención.”

Ahora bien, en función de esa ontología diferente del sujeto NNyA en tanto objeto de conocimiento e intervención del Derecho Penal, entendemos que una primera implicancia debe ser contar con el relevamiento de algunos aspectos específicos que irradian su análisis:

- Una historicidad humana y jurídica propia (que en muchos aspectos ha sido construida);
- Un complejo normativo históricamente diferenciado (que ha tenido más avances en algunos supuestos que en otros, como la ultra actividad de la ley penal, por ejemplo);
- Un complejo conceptual propio (que presenta avances significativos, especialmente en las últimas décadas); y
- Un complejo institucional propio (que históricamente aparece diferenciado desde fines del s/XIX y que siempre se verá en desarrollo conforme al principio de progresividad)

Por último, debemos aclarar que en relación a la legislación en nuestro país, compartimos la denominación adolescentes y no menores ni jóvenes, ni tampoco la asociación de alguno de esos términos con la conflictividad o estados de incapacidad frente a la ley, para lo cual hay múltiples razones que por estar suficientemente explicadas por Martín Aimar (2021)¹⁵⁴ remitimos a esa obra, y precisamente por las razones allí invocadas y las que hemos adunado aquí, es que hablaremos más adelante de proceso penal específico para adolescentes y no de proceso penal juvenil o justicia juvenil como se suele utilizar mayoritariamente en el mundo, aunque en términos epistemológicos, en general, nos hemos referido a personas menores de edad.

Entendemos que la adecuación terminológica, implica un paso más en el proceso de construcción específica en este campo disciplinar, deconstruyendo las conceptualizaciones provenientes del derecho penal adulto céntrico, pero también de algunos sectores de la especialidad de niñez y adolescencia, que a nuestro criterio yerran en el ámbito nominativo.

Autonomía

¹⁵⁴ Martín Aimar, Germán ob cit nota 17, p. 61/101

Por tales razones y con el fin de construir conocimiento, normativa y prácticas específicas para el derecho penal aplicable a NNyA es necesario revisar toda la dogmática penal (Sistema Penal, Teoría del Derecho Penal, Teoría del Delito, Teoría de la Responsabilidad Punitiva, y en su Interdisciplinariedad con otros saberes, fundamentalmente las estructuras del Derecho Procesal Penal Específico y de la Política Criminal en este ámbito) y usar las bases para redefinir y/o sistematizar la existente y/o construir una nueva que a nuestro criterio, debe implicar al menos seis aspectos, pilares o formas de autonomía:

- Autonomía objetiva: entendida ésta como la construcción conceptual de una dogmática sistematizada que se adecúe a la persona humana con autonomía progresiva, especialmente en la etapa de conformación de su personalidad;
- Autonomía formal o normativa: entendida como la incorporación de los principios del Derecho Penal Humano especializado en el corpus iuris de NNyA para el diseño de la normativa específica, general, especial, procesal y de ejecución;
- Autonomía Disciplinar: esto es lo atinente a la epistemología e implica la construcción de categorías conceptuales propias y exclusivas que permitan la independencia disciplinar del Derecho Penal adulto céntrico;
- Autonomía material u orgánica: esto es, la construcción de institucionalidad propia y exclusiva que la independice de las organizaciones adulto céntricas, ya sean estatales o de otra índole;
- Autonomía subjetiva: entendida como la formación especializada para la producción normativa, doctrinaria y jurisprudencial, como así también para la dotación de personas efectoras a los diferentes sistemas de responsabilidad, para permitir la construcción, sistematización y aplicación sustentable del derecho penal específico;
- Autonomía consecuente o derivada: entendida esta como la producida por la interdisciplinariedad con otros saberes y la re significación que ello implique, especialmente de aquéllos que desarrollan su actuación en el sistema penal, principalmente el Derecho Procesal Penal, puesto que la especificidad aquí planteada, incidirá de manera re definitoria de sus principios, garantías y de las exigencias de un debido proceso penal específico.

Si bien en este trabajo nos ocupamos del Derecho Penal, lo cierto es que la autonomía puede tener horizontes más amplios. En nuestro ámbito, Rafael Sajón proponía ya en la década del 60 al Derecho de Menores como disciplina autónoma, aunque partiendo de un modelo eminentemente afincado en el paradigma tutelar que consideraba a las personas menores de

edad como incapaces¹⁵⁵, pero ya concebía la idea de que lo que definía verdaderamente al nuevo derecho (como él le llamaba) era la persona menor de edad y la regulación normativa aplicable, que imponían:

*“Un Derecho de Menores como disciplina con contenido específico, a la que le dan organicidad temática su télesis (formación del incapaz menor) y su metodología (protección integral del menor). Su objeto propio: normas jurídicas que regulan las relaciones referentes a las personas e intereses de los menores)”*¹⁵⁶

Hoy podríamos afirmar que se trata de una autonomía asentada sobre la especificidad, que la transversalidad de los principios específicamente aplicables a personas menores de edad impone nuevos parámetros disciplinares y normativos, que la teleología está fijada en las normas de la CDN integrada al resto del DIDH, y específicamente en el ámbito penal en el art. 40 de la CDN, como así también la metodología propia impone especificidad, pero manteniendo lo que ya Sajón refería como necesario y suficiente para un cuerpo de doctrina a fin de sostener su autonomía:

“a) Que sea bastante amplio para merecer un estudio expreso y especial;

b) Que contenga doctrinas homogéneas, dominadas por conceptos generales y comunes distintos, de los conceptos informadores de otras disciplinas;

*c) Que tenga un método propio, o sea, que utilice procedimientos especiales para el conocimiento de las verdades que constituyen el objeto de sus investigaciones.”*¹⁵⁷

Y concluye en algo que compartimos, en este ámbito disciplinar existe una coordinación sistemática de normas en relación al interés superior de NNyA y a su protección integral. Es decir, la centralidad es la persona NNyA y la especificidad marcada por el sistema normativo determina la sistematicidad de la disciplina jurídica específica. Bien podría decirse que los fundamentos y directivas que tanto Sajón como toda la corriente doctrinaria que propiciaba y fundamentaba la autonomía del Derecho de Menores (con argumentos que pasan por lo histórico, biológico, jurídico, sociológico y normativo), aun con su ropaje tutelarista, fueron una base firme de comienzo de deconstrucción del adulto centrismo en el derecho argentino. Ahora bien, hemos venido mencionando la especificidad necesaria en este ámbito disciplinar, no obstante, no hemos determinado de qué hablamos.

¹⁵⁵ Sajón, Rafael (1995) *Derecho de Menores*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, p. 267/269 con cita de la obra del mismo autor (1967) *Nuevo Derecho de Menores*. Humanitas. Buenos Aires, Argentina, pág. 25.

¹⁵⁶ Ob cit, pág. 268.

¹⁵⁷ Ídem.

¿Qué significa que sea específico?

La especificidad es un mandato normativo expreso en la CDN, pues su artículo 40.3 dispone que:

*“3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones **específicos** para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...”* -la negrilla me pertenece-

Por lo tanto, la especificidad como mandato normativo en el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos es innegable, puesto que a la norma se suma la interpretación que ha realizado el Comité CDN en su O.G. 24, punto 8, segundo párrafo:

*“Sistema de justicia juvenil: la legislación, las normas y reglas, los procedimientos, los mecanismos y las disposiciones aplicables **específicamente** a los niños considerados infractores y a las instituciones y los órganos creados para ocuparse de ellos.”* – negrilla agregada-

Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, si bien el artículo 19 de la CADH habla de “protección especial”, la Comisión IDH ha sentado desde su Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” (2011), entre otras cuestiones, que:

*“60. El corpus juris de los derechos de los niños establece con claridad que éstos poseen los derechos que corresponden a toda persona además de que tienen derechos especiales derivados de su condición. Por ello, en el caso de los niños, su condición supone el respeto y garantía de **ciertos principios mediante la adopción de medidas específicas y especiales** con el propósito de que gocen efectivamente sus derechos cuando sean sometidos al sistema de justicia juvenil.*

*82. En el mismo sentido, el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que ... 83. De manera similar, la Corte ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de **atender en forma diferenciada y específica** las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal...*

85. Así pues, la especialización requiere **leyes, procedimientos e instituciones específicos** para niños, además de capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil...

91... Si bien la Comisión reconoce que no siempre es posible que existan en todo el territorio jueces dedicados a conocer exclusivamente casos de niños acusados de infringir leyes penales, considera que, como mínimo, los jueces que conozcan estos casos deben estar debidamente capacitados para poder decidir casos sobre justicia juvenil, en aplicación de todos los **derechos y garantías específicos** establecidos para los niños.” -negrilla agregada-

Y así durante todo ese informe se habla permanentemente de especificidad a fin de determinar en concreto cada cuestión atinente a NNyA y sistemas de justicia juvenil compatibles con el corpus iuris específico.

Ahora bien, sentado ello, para poner en el centro el foco de este estudio y avanzar en lo que consideramos especificidad, podemos decir que para que todo el derecho penal aplicable a NNyA sea específico es necesario avanzar en, por lo menos, tres cuestiones centrales:

- En primer lugar, redefinir los cimientos y romper con todo elemento del paradigma adulto céntrico. Es decir, poner en sospecha y revisión a todo el Derecho Penal heredado, incluido el de la parte especial;
- En segundo lugar, centrar la estructura sobre los principios de Interés Superior del Niño y Derecho al Mejor Derecho, normativamente propios del ámbito penal específico; y
- En tercer lugar, reconfigurar los caracteres estructurales para que pueda ser autónomo, epistemológica, formal, material, objetiva y subjetivamente, además de normativo.

Y una vez en ese pedestal, base de sustento, sistematizar lo existente y sentar bases para la construcción de conocimiento, normativa y andamiaje exclusivo, sistemático, especializado y situado.

Todo ello, entonces, conformará la estructura fundamental del estudio que nos hemos propuesto realizar. Comencemos.

CAPÍTULO VII
DECONSTRUIR EL PARADIGMA ADULTOCÉNTRICO
(y construir uno más igualitario y menos dicotómico)

Llegados hasta aquí, debemos adentrarnos ahora en uno de los ejes principales del trabajo a realizar para la cimentación de las bases de un verdadero derecho penal específico para personas menores de edad¹⁵⁸, la deconstrucción del adulto centrismo, hegemónico en el campo disciplinar que nos ocupa.

El adulto centrismo ha significado e implica aún una relación asimétrica de poder entre personas adultas y NNyA, que ha generado y genera relaciones de dominio que es necesario deconstruir para que estos últimos se posicionen con una mayor centralidad. Este concepto lo tomamos de Duarte Quapper y a su tesis doctoral remitimos para su profundización¹⁵⁹. Jurídicamente la deconstrucción del adulto centrismo como paradigma, implica la revisión de todas las disciplinas y sus construcciones para verificar patrones, estereotipos y conceptos adulto centristas a fin de su remoción y construcción de bases más igualitarias, que en definitiva coadyuven al posicionamiento de NNyA como verdaderos sujetos de derecho (como manda la CDN y su Comité desde siempre).

En el ámbito penal ese proceso constructivo de la infancia ha generado en diferentes períodos distinta asimilación teórica, desde la inicial invisibilización, pasando por la asociación con la incapacidad de delito, incapacidad psíquica para la comprensión de la criminalidad, asociación con inculpabilidad por falta de autodeterminación, y hasta las más modernas construcciones sobre la culpabilidad disminuida (ver fallo “Maldonado” de la CSJN y “Mendoza y otros vs Argentina” de la Corte IDH por ejemplo).

En fin, nunca la persona menor de edad ha sido eje como sujeto político-penal paradigmático con carácter central junto a las personas adultas, sino que la construcción simbólica de NNyA debió siempre encajar en alguna de las categorías periféricas disponibles en el adulto centrismo¹⁶⁰ y eso es necesario que sea superado¹⁶¹ en el ámbito conceptual, pero también y

¹⁵⁸ Teniendo especialmente en cuenta el concepto que ya aclaramos al inicio de este trabajo.

¹⁵⁹ Duarte Quapper, Claudio (2016) *El adulto centrismo como paradigma y sistema de dominio. Análisis de la reproducción de imaginarios en la investigación social chilena sobre lo juvenil*, p 309 y ss. En línea https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2016/hdl_10803_377434/cdq1del1.pdf. Consultado el 24/06/20.

¹⁶⁰ Duarte Quapper, Claudio *ibid.*, pp. 88, 160, 288, 309, 399 y 417.

¹⁶¹ UNICEF (2013) *Superando el adulto centrismo*. En línea <https://www.yumpu.com/es/document/read/36645660/superando-el-adultocentrismo-4>. Recuperado el 17 de julio de 2020, donde se destacan las tensiones entre el control de adultos -control social- frente a la autonomía progresiva de NNyA.

esencialmente, en el metodológico y en el normativo del campo jurídico. Por supuesto incluyendo la concepción de NNyA como presente y no como mera transición o proyecto de adulto¹⁶² o adulto en potencia, será una realidad diferente pero presente no en transición.

Caracteres estructurales del Derecho Penal Específico para Personas Menores de Edad.

Llegados aquí, para avanzar en el análisis que nos hemos propuesto, indicaremos los aspectos centrales de la estructura del Derecho Penal Específico para Personas Menores de Edad que proponemos, tratando de fortalecer la función central de la dogmática penal como construcción dirigida a limitar el poder punitivo¹⁶³.

Autónomo (autonomía no es independencia)

La autonomía a la que se aspira indica que, tomando las bases epistemológicas y conceptuales del Derecho Penal, se puedan redefinir las que sea necesario tomar y crear las bases para las que deban introducirse como nuevas; crearse lisa y llanamente las que sean necesarias y de esa manera quede perfilado un ámbito de conocimientos que ya no requiera al Derecho Penal General para su evolución, sino que pueda cimentar, construir, evolucionar, crear, etcétera, conocimientos, normativa, institucionalidad, formación subjetiva y evolución de manera autónoma, sin seguir siendo un apéndice de aquella rama a modo de “penalito” o hermanito menor del Derecho Penal, como suele decir Martiniano Terragni en relación a este aspecto.

Es decir que el derecho penal específico para NNyA pueda ser autónomo normativamente (como en gran parte ya lo es), epistemológica o conceptualmente (eso está en permanente construcción) y materialmente, como sostiene Peter-Alexis Albrecht desde hace tiempo en Alemania¹⁶⁴ pero también que pueda serlo objetiva y subjetivamente.

¹⁶² Tomando la idea de Morales, Santiago y Magistris, Gabriela Niñez (2018) *Niñez en Movimiento, del adulto centrismo a la emancipación*. 1ra edición. Chirimbote. Buenos Aires, Argentina.

¹⁶³ Binder, Alberto (2004) *Introducción al Derecho Penal*. 1ra. ed. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina, pp. 61.

¹⁶⁴ Albrecht Peter-Alexis (1990) *El derecho penal de menores*. Traducción de Juan José Bustos Ramírez. PPV. Barcelona, España.

Ahora bien, aclaramos que la consideración de que el Derecho Penal que denominamos específico para NNyA pueda ser autónomo no quiere decir que sea independiente, puesto que no por Específico deja de ser “Derecho” y “Penal”, pero además los cientos de años de estudio y progreso (aunque a veces han sido regresiones¹⁶⁵), con más los que se van produciendo en las distintas latitudes y momentos históricos del Derecho Penal, mucho tienen para poder aportar al derecho aplicable a las infancias y adolescencias, y no olvidemos tampoco que estamos pensando en una disciplina cuyo campo de intervención es el sistema penal, con todo su conjunto de agencias y dinámicas que a su vez implica normativa penal de fondo y otros muchos aspectos en común. Pero siempre la mirada hacia todo ello debe ser revisionista, crítica, mirando con enfoque de derechos humanos desde la perspectiva infanto adolescente y con el detector de adulto centrismo prendido en todo momento, a fin de no trasladar conceptualizaciones, categorías, herramientas, institutos, etcétera, que perviertan la especificidad sistemática del derecho penal para personas menores de edad.

De modo didáctico, podríamos graficar lo que pretendemos decir en forma de árbol genealógico:

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha de ser la raíz, que contiene en su interior al Corpus Iuris Específico aplicable a las Infancias y Adolescencias que impone un Sistema Integral de Protección Especial de Derechos y también contiene al Derecho Penal Humano, al Derecho Civil Humano, etcétera. De tales particularizaciones se generarán los troncos que derivarán primordialmente en Derecho Público y Derecho Privado. De ellos surgirán diferentes ramas, del primero el Derecho Penal –tanto el General como el Especial-, el Administrativo, etcétera, y del segundo el Civil, por ejemplo.

En esta ubicación es necesario agregar una nueva rama dependiente del Derecho Público: el Derecho Penal Específico para Personas Menores de Edad, rama que si bien autónoma nunca independiente ni de sus troncos ni mucho menos de su raíz, de los cuales deberá nutrirse permanentemente, compartiendo por supuesto contenidos con las otras ramas, pero sin perder especificidad. Es más, en claves analítica y fáctica el Sistema de Protección Integral de Derechos de NNyA debe interrelacionar de manera integrada a todas las ramas que conforman el mismo árbol porque precisamente su razón de ser paradigmática proviene de la raíz.

Entonces, autonomía no es independencia, pero tampoco es compartimentalización, la integración es fundamental para la vida del sistema normativo. Para seguir nuestra gráfica,

¹⁶⁵ Ver Zaffaroni-Alagia-Slokar, *ibid.*, pág. 298 y ss.

diremos que, si se caen algunas hojas, se modifican o cortan algunas ramas, el árbol podrá recuperarse; si un viento fuerte lo inclina, todo el árbol desde su raíz hará fuerza para sostenerse en pie, si alguien lo tala a la altura del tronco las ramas también morirán, pero la raíz sobrevivirá, y si alguien saca el árbol de raíz, todo él sucumbirá inexorablemente. Lo mismo sucedería con el DIDH, el Derecho Público y el Derecho Penal Específico, raíz, tronco y rama.

Y si bien no es materia de este trabajo, entiendo que otras ramas podrían conformarse en el entrecruzamiento del Derecho Específico aplicable a las Personas Menores de Edad y el Derecho Civil, o el Derecho Administrativo, o el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, etcétera, por la transversalidad ontológica de las infancias/adolescencias y su recepción en el campo jurídico. Ahora bien, debemos aclarar que por imposición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que planteamos como ramas ya no puede ser fragmentado en compartimentos disciplinares estancos, imaginemos un árbol con forma de enredadera, por lo cual todas las ramas entrelazadas entre sí deberán utilizar conceptos comunes derivados de otras ramas que a su vez se entrelazan con otras, y todas provienen de los troncos y por supuesto se nutren de la misma raíz, debido al efecto desfragmentador del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶⁶, al cual el derecho penal no puede ser ajeno.

Interdependiente

Ahora bien, es importante entender que debido a que todas las ramas comparten la raíz común del Derecho Específico aplicable a las Infancias y Adolescencias por pertenecer al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Constitucional, pero no todas las ramas comparten los mismos troncos, que son autónomos entre sí como también resultan autónomas entre sí las ramas, pero a la vez tanto troncos y ramas resultan interdependientes (pues comparten raíz), por ello deben guardar coherencia y compatibilidad tanto conceptual como normativa. Más allá de que cada rama pueda tener distintos valladares o estándares respecto de las diferentes conformaciones conceptuales en torno a cada especialidad conforme al sistema y fundamentos de responsabilidad con que cada rama cuenta. Por ejemplo, no son iguales –ni deben serlo- los fundamentos de responsabilidad de las ramas civil y penal, ni

¹⁶⁶ Arballo, Gustavo. Ob cit nota 9, pág. 59-60.

tampoco comparten tronco, una es del Derecho Privado y otra del Derecho Público, pero ambas comparten la raíz mencionada; y por ejemplo no son –ni deben serlo los sistemas ni fundamentos de responsabilidad de las ramas Administrativa y Penal y sin embargo comparten tanto tronco –Derecho Público- como raíz –DIDH y CN-.

Para ejemplificar de una manera más concreta, que en Argentina una persona de 14 años pueda decidir algunas cuestiones en función del cuidado al propio cuerpo no debe significar necesariamente que pueda ser criminalizada por algún acto ilícito, pero el concepto de persona con autonomía progresiva debe ser el mismo y el reconocimiento como sujeto de derechos debe ser el mismo. En esos ámbitos de interrelación entre ramas es necesario también profundizar estudios para lograr compatibilidad y especialidad, aunque no ingresaremos en ello para no desvirtuar el objeto del presente trabajo, pero hay mucho por hacer sobre todo en lo relativo a las infancias y adolescencias en situaciones y relaciones asimétricas de poder y en entornos institucionales para efectivizar la transversalidad de la perspectiva.

Completo.

La completitud del Derecho Penal Específico para NNyA exige que tanto las bases epistemológicas como la conceptualización y demás caracteres de la producción disciplinar en este ámbito puedan cubrir todo el campo de actuación. Es decir, que se dote de bases y conceptualización de tal amplitud y adecuación a la especificidad que pueda cubrir todos los aspectos relativos a las infancias y adolescencias en contacto con el sistema penal, ya sea porque han sido seleccionadas por la criminalización secundaria o susceptibles de ser abordadas por alguna de las agencias del sistema penal en sentido amplio¹⁶⁷.

Esto quiere decir que la construcción de autonomía debe comprender todos los ámbitos de alcance del Derecho Penal Específico, sin que queden áreas reservadas a construcciones heredadas del derecho penal adulto céntrico. Todo debe ser revisado, todo debe ser tamizado desde el enfoque de derechos humanos, primero, y desde la perspectiva infanto adolescente, segundo.

¹⁶⁷ Zaffaroni-Alagia-Slokar, *ibid.*, pp. 18 y ss.

Exclusivo.

En este aspecto diremos que lo necesario para lograr en torno a la exclusividad es que la construcción epistemológica si bien pueda ser común a la raíz y troncos antes señalados, la construcción conceptual, normativa, institucional, etcétera, aplicable de manera específica a las infancias y adolescencias implicadas en conflictos sociales penalizados¹⁶⁸ u objeto de criminalización, sean exclusivamente aplicables a esta rama en particular. Es decir, que pueda construirse una masa de conocimiento que resulte adecuado con exclusividad a esta clase de conflictos. Y con adecuado queremos significar que releve en su conformación todos los datos diferenciales que tanto las personas menores de edad aportan, como los conflictos en los que participan las personas en estas etapas, y las particulares respuestas que el ordenamiento jurídico les deparará en su arista penal.

En este marco, la especialidad impone salir de la lógica del castigo hacia la Responsabilidad y en lo procesal hacia métodos participativos de abordaje y resolución de conflictos que a su vez implique a la corresponsabilidad Estado-Comunidad-Familia-NNyA, por así surgir de los mandatos convencionales (Ej: O.G 24, Comité CDN).

Sistemático.

En este punto tomamos las bases epistémicas del Derecho Penal General y conforme a ello, las exigencias en torno a un Derecho Penal Específico para NNyA con los caracteres que queremos delinear en el presente. Debe exigirse que siga una sistemática que torne metodológicamente adecuado tanto su estudio, como su explicitación, su comprensión y su aplicación, pero que también permita su evolución y efectividad.

Para ello será necesario sentar sus principios y sistematizarlos, sus conceptualizaciones centrales y sistematizarlas, y por último definir las garantías específicas y sistematizarlas,

¹⁶⁸ Usando la terminología de Marcón, Osvaldo A. (2017) *Justicia Juvenil: de las cicatrices de la Conquista a la imaginación no punitiva (en perspectivas postcoloniales)*. Espacio. Buenos Aires, Argentina.

para que todo guarde coherencia, compatibilidad y armonía jurídica conforme a las reglas del método dogmático penal¹⁶⁹.

En ese marco se presentarán efectos específicos que repercutirán en la redefinición de la Teoría del Delito, en particular sobre los conceptos de Acción, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad y Punibilidad, y hasta la aspiración de contar con un Derecho Penal Específico en su parte especial.

Actualmente algunos efectos cuentan con más desarrollo que otros, como por ejemplo lo atinente a la culpabilidad disminuida, pero algunos otros son incipientes y varios necesitan de mayor atención para su revisión. Sobre ello volveremos más adelante.

Especializado.

En torno a la especialidad que es necesaria para el derecho penal específico del que hablamos, nos referimos a que la masa de conocimiento disciplinar en este ámbito debe ser especialmente construida en relación a las personas menores de edad, y a la especial protección de sus derechos que imponen los ordenamientos jurídicos con raíz en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Constitucional.

En torno a ello tenemos precisiones que provienen precisamente de esa raíz que profundizaremos en este estudio, y es sin dudas uno de los pilares de todo el corpus iuris internacional y nacional aplicable a la niñez/adolescencia la exigencia de especialidad en las intervenciones, en la normativa, en la institucionalidad, en las personas intervinientes y en todo aspecto que haga a las políticas públicas y medidas de cualquier índole colectiva y/o individual cuando de NNyA se trata.

Podemos decir con Couso que “...*A la luz de los conocimientos empíricos aportados por la psicología del desarrollo y la criminología, y de los principios de derecho internacional que exigen dar un tratamiento jurídico especial a los adolescentes en materia penal, distinto del que reciben los mayores de edad...*”¹⁷⁰ deben sistematizarse los estándares especiales a tener

¹⁶⁹ Zaffaroni-Alagia-Slokar, *ibid.*, pág. 79 y ss.

¹⁷⁰ Couso, Jaime (2012) *La Especialidad del Derecho Penal para Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, 1er semestre. Chile, p. 267 – 322. Recuperado el 06 de enero de 2022 de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/815/757>

en cuenta en este campo disciplinar, y especialmente en relación al poder punitivo, que evidencia mayor desarrollo en lo procesal que en lo penal sustantivo.

Sin pretensión de exhaustividad en torno a la especialidad, vamos a introducirnos en algunos aspectos para realizar algunas precisiones.

Como dice Terragni siguiendo a Beloff, el derecho de NNyA a la protección especial (principio de especialidad) ha sido reconocido desde los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos y se ha ido delineando de manera progresiva a lo largo del tiempo, tanto en el ámbito universal como interamericano, con principal énfasis e integralidad en la CDN¹⁷¹ siendo su marco normativo general los artículo 5.5 y 19 de la CADH, 40.2.b y 40.3 de la CDN, las observaciones generales 12 y 24 del Comité de los Derechos del Niño, aunque en todas hace mención a ello, las reglas 2, 6.3, 12, 16, 22 de las Reglas de Beijing, las 11.b y 81 de las Reglas de La Habana, las directrices 52 y 58 de las Directrices de Riad, la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte IDH, puntos 96 y ss, y su frondosa jurisprudencia al respecto, y el informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas de la Comisión IDH de 2011, puntos 81 y ss.

Como reglas generales, la especialidad tiene como base que la participación de NNyA en la vida de relaciones en general y en los procesos judiciales en particular, requiere de medidas especiales de protección para garantizar el acceso a sus derechos y el respeto de la dignidad humana intrínseca conforme a momento etario por el que atraviesan, y ello implica adecuar las normas jurídicas aplicables a NNyA, adaptar la institucionalidad, especializar a todas las personas que intervengan en cualquier momento e instancia de los procedimientos en los cuales participen NNyA, y especialmente cuando se trata del poder penal del Estado (personas de las agencias policiales, judiciales, administrativas, de dispositivos de intervención, de institutos de privación de libertad, etcétera), disponer las acciones necesarias y la diagramación conceptual y normativa adecuada para ello, e incluso los órganos y acciones que fueran pertinentes para asegurar la especialidad en todas las intervenciones.

Un aspecto central en este campo, amén de la especialidad normativa e individual de las que hablamos, es el caso de la especialidad orgánica, sobre la cual la Corte IDH ha insistido desde el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay” del año 2004, requiriendo normas y personas efectoras específicas, a lo cual muchos países se resisten, e incluso en nuestro país varias provincias inobservan este mandato y no asignan organismos especializados y exclusivos para las agencias penales destinadas a personas menores de edad.

¹⁷¹ Terragni Martiniano (2019) *Justicia juvenil y especialidad*. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina.

Situado.

En torno a este aspecto rescataremos el valor de la singularidad, esto es que las bases epistémicas, las conceptualizaciones, la normativa y todo lo atinente a las herramientas que en el campo jurídico se utilizan para el abordaje de la conflictividad social, debe ser necesariamente situada, y esto significa que se deba tener en cuenta y consideración para la construcción y aplicación, los aspectos culturales, geográficos, etnográficos, sociológicos, etcétera que definen a las infancias y adolescencias en los distintos momentos históricos y en los distintos espacios territoriales, para respetar sus diversidades sin pretensión universal de las especificaciones, pero además y fundamentalmente para abreviar en las mejores herramientas de comprensión, dispositivos y programas más adecuados y abordajes con mayores niveles de efectividad.

Claramente hay infancias y adolescencias diversas en tanto diversas son las personas y los lugares en que transcurren, no son iguales en Europa y Latinoamérica, por ejemplo, más concretamente, tampoco lo son en Finlandia y en Argentina. Es más, en el mismo continente latinoamericano las infancias y adolescencias tampoco son iguales en el cono sur y en el meridional, e incluso al interior de los países, como Argentina, por ejemplo, no son iguales las infancias y adolescencias de pueblos originarios en el Chaco Salteño que las de descendientes de inmigrantes europeos en Puerto Madero (Buenos Aires). En fin, el análisis situado permite una corrección final de las observaciones que redundará en mayores precisiones y en mejores posibilidades de incidir en las realidades de manera más efectiva.

Ahora bien, sin caer en una extrema relatividad que impida construir conceptos generales, esos datos no pueden pasar desapercibidos, pues de lo contrario se crearán conceptos hegemónicos no universalizables. Esos datos de la realidad, por el contrario, permitirán definir conceptos generales, pero con la flexibilidad suficiente como para, en el último momento de concreción, adecuarlos con mayor precisión y delinearlos más específicamente de modos más pertinentes a las infancias y adolescencias en sus ubicidades asegurando sus singularidades, hasta culturales. Ello implicará que las políticas públicas de NNyA, entre ellas la política criminal, respeten las diversidades y eviten la imposición hegemónica de un conjunto de bases, principios, conceptos, normas y garantías rígidas con pretensión universal –como las que históricamente hemos heredado en el Derecho Penal Sustantivo de Alemania

fundamentalmente y que han sido euro centristas y europeizantes- (y que alcanzan incluso hasta el propio DIDH, pues recordemos que también las normas del derecho internacional han tenido vencedores, vencidos y ausentes en su formulación).

Tal ubicuidad y situación de las construcciones disciplinares y sobre todo teniendo en cuenta que pueden resultar de proyectiva normativa, jurisprudencial, práctica, cultural, etcétera, resulta necesario e imperioso en nuestra región latinoamericana frente a la histórica construcción europeizante, máxime en lo que al derecho y legislación penal se refiere.

Para que se entienda, con lo dicho en este último aspecto pretendemos una redefinición desde, por y para nuestra América, y con ello nos referimos a una primera revisión profunda que implique construcciones desde lo regional y local, como dan cuenta Alejandro Alagia y Rodrigo Codino recientemente con la criminología, por ejemplo¹⁷². Hay muchos estudios etnográficos e investigaciones en este sentido en toda Latinoamérica sobre NNyA en contacto con el Sistema Penal, y por supuesto también en Argentina, que demuestran que esto se trata de una tarea ya iniciada pero que aún requiere de sistematización en torno al impacto sobre el derecho penal, que, sin embargo, registra mayor estudio en relación al derecho procesal penal.

¹⁷² Alagia, Alejandro y Codino, Rodrigo (2019) *La descolonización de la Criminología en América*. 1ra.ed. Ediar. Buenos Aires, Argentina.

CAPÍTULO VIII

EFECTOS EN MATERIA DE TEORÍA DEL DELITO

Para introducir lo que es materia de esta tesis con pretensión de sentar bases, en este acápite incluiré más preguntas que respuestas. Por otra parte, las estructuras dogmáticas que utilizaremos pueden profundizarse en Zaffaroni-Alagia-Slokar¹⁷³.

Inicialmente debemos resaltar que es imposible avanzar en una dogmática penal escindida de lo político, lo social, la realidad latinoamericana, la criminología, la sociología, y en suma todo el campo disciplinar que se interrelaciona con el derecho penal tanto en la interdisciplinariedad secante como tangente, debido a que tiene como fin político la contención y reducción del poder punitivo estatal y que pretende incidir sobre realidades sociales complejas en la región más desigual del mundo, todo lo cual necesariamente debe impregnar la dogmática consecuente. No podemos pretender desde la dogmática imponer al mundo lo que no es, sino que el mundo tal cual es impondrá las características de la dogmática.

Acción

El denominado sustantivo del delito suele definirse como hecho humano, voluntario y final, concepto éste que cumple una doble función: política (de límite a la habilitación de poder punitivo) y vinculante (de los adjetivos que sobre él se predicán para completar el delito).

Adherimos conforme a ello a una concepción pre típica de acción que limite desde la realidad a las posibilidades de penalizar conductas, y consideramos que su base normativa es constitucional-convencional (Arts. 18 y 19CN, 11,2 DUDH, 9 CADH, 15 PIDCP y 40.2 CIDN). Entendemos que siempre es preferible que el concepto básico respete la realidad porque proporciona una base más segura para la comunidad frente a las posibilidades de ampliación del poder penal del Estado y también para el propio Estado -y cualquiera de sus integrantes- como límite a su irracionalidad, respeto a la realidad óptica desde el cual partimos precisamente el presente estudio.

¹⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 2da ed. Buenos Aires 2002.

En suma, entonces, el concepto de acción es jurídico, limitado por la realidad, su base es constitucional y del derecho internacional, debe elaborarse para contener el poder punitivo y debe servir de base y vínculo a todas las estructuras típicas -activas, omisivas, dolosas y culposas-¹⁷⁴.

La finalidad funciona como elemento reductor en este concepto de acción, pero aquí sobreviene la primera pregunta ¿la voluntad y la finalidad tienen el mismo contenido en la adultez que en la niñez y en la adolescencia? La respuesta más lógica y coherente con lo que hemos trabajado hasta aquí es que no, pero ello no parece haber sido relevante en la conceptualización penal adultocéntrica de acción, por lo cual habrá que formular distinciones en este aspecto, al menos en el sector de la minoridad que se encuentre por encima de la Edad Mínima de Responsabilidad Penal (EMRP) y por debajo de la Mayoría de Edad legalmente dispuestas, que si bien en Argentina es un margen acotado de 2 años (entre 16 y 18), en otros países es de mucha mayor amplitud, incluso comprensiva de edades muy tempranas de la niñez, como Granada o Trinidad y Tobago con EMRP a los 7 años, por sólo ejemplificar con algunos de nuestro continente.

Los supuestos de ausencia de acción por involuntabilidad y las fórmulas legales de insuficiencia de las facultades y alteraciones morbosas ¿no necesitarán también de ajustes para respetar la especificidad? No podremos detallarlo ahora de manera precisa, pero si la persona de la cual emana la acción no ha sido tenida en cuenta en su onticidad (cognitiva, psíquica y conductual) para la construcción y delimitación de todas esas conceptualizaciones dogmáticas del concepto de acción, ni tampoco las características subjetivas propias de la etapa etaria en la cual se encuentra, claramente, se impone la conclusión de que todo ello merece revisión y eventualmente adecuación para respetar y a la vez responder a la especialidad.

Y podemos decir más, la circunstancia de no comprender la criminalidad del acto o la imposibilidad de dirigir las acciones por fuerza física irresistible interna o externa no pueden ser analizadas de igual manera en personas adultas que en personas menores de edad, sobre todo en contextos coactivos de reducción de sus espacios de subjetividad por asimetrías de poder, ya sean físicas, conductuales, o por el motivo que fueran. Lo cierto es que el poder de dirección de las conductas es del mundo adulto, incluso como mandatos derivados de la propia CDN como ya hemos visto, inversamente proporcional en función de la edad, es máximo al nacimiento y durante la primera infancia, va disminuyendo luego en las etapas

¹⁷⁴ Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob cit, p. 399 y ss.

posteriores y aumentando la autonomía de modo progresivo, hasta la autonomía plena de la adultez. Esa gradualidad, no ha sido tenida en cuenta en el concepto de acción heredado del derecho penal adulto céntrico.

Ahora bien ¿Sabemos cómo es dogmáticamente todo esto en una persona en formación dentro de los límites de la capacidad penal de acción? Parece que no, pensemos solamente que el paradigma de análisis dogmático ha sido siempre la persona adulta y que hay países que penalizan desde edades muy tempranas (7-8 años de edad), sin que el concepto de autonomía progresiva tenga repercusión alguna al momento de analizar los elementos del concepto de acción, aunque sí con repercusión al momento del análisis de culpabilidad, lo cual es harina de otro costal como luego veremos.

Puesto en duda eso jurídicamente ¿Qué pueden aportar otras disciplinas como la psicología y las neurociencias, por ejemplo, a estas cuestiones?

Sobre este particular hay avances significativos que podríamos traer a colación, como el de Mercurio y López¹⁷⁵ sobre los cuales nos detendremos al momento de analizar la culpabilidad, pero que en este momento del análisis referido a la conducta debemos decir que desde las neurociencias está demostrada la relación del lóbulo frontal y la corteza prefrontal con los comportamientos sociales y antisociales del ser humano. Precisamente las zonas cerebrales que no se encuentran maduras aún durante la adolescencia y que se encargan del control de los impulsos, el control de las emociones, la ponderación de riesgos y el razonamiento moral¹⁷⁶ como así también la propensión a tomar riesgos, experimentar riesgos nuevos o cada vez más grandes, actuar en grupos dirigidos por una especie de voluntad grupal, conducidos por la pertenencia a la grupalidad y con conductas impulsivas¹⁷⁷ que en su contenido cuanto menor sea la edad mayor será la irracionalidad de los comportamientos, los cuales en muchos casos, analizados en casos de personas adultas daría lugar a pensar en alguna patología o eventualmente una afección producida por alguna sustancia. Sin embargo, se considera totalmente propia de las etapas de desarrollo en el caso de infantes o adolescentes.

Por ende, y sin profundizar demasiado, es lógico pensar que en el caso de los elementos de la acción, ello debe tener alguna incidencia que permita excluir ya en este estamento la

¹⁷⁵ Mercurio E. y López F. (2009) *Cerebro y adolescencia. Implicancias jurídico penales*. Revista Pensamiento Penal 02/2017. En línea <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/doctrina44831.pdf>. Recuperado el 20 de enero de 2022. También Mercurio E. (2009) *Neurociencias y derecho penal*. VERTEX Revista Argentina de Psiquiatría vol. XX. Buenos Aires, Argentina, p. 62/70 y Mercurio E. López F. y Morales Quintero L. (2019) *Psicopatología forense y neurociencias: aportaciones al sistema de justicia para adolescentes*. Boletín mexicano de derecho comparado / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México.

¹⁷⁶ Mercurio E. y López F. (2009), p. 11.

¹⁷⁷ Ídem.

posibilidad de avanzar con el análisis típico, puesto que lo contrario implicaría analizar la tipicidad de conductas propias de las características biológicas y de desarrollo de las personas humanas, lo cual claramente implica una manifestación de derecho penal de autor que contraría tanto el principio de acción con todos sus elementos, en lo teórico, como las previsiones constitucionales y convencionales que lo contienen, y que a su vez prohíben el derecho penal de autor, en lo normativo, *in malam parte*.

Aquí entonces, a los elementos tradicionales del concepto de acción habría que adecuarlos para cumplir con el respeto por la onticidad de la persona menor de edad y modificar y/o agregar todos los que fueran necesarios para ello. Por ejemplo, a este que reconozca la autonomía progresiva deberíamos ubicarlo dentro de los elementos positivos de la acción como análisis de la capacidad de conducta, denominándolo capacidad progresiva que incluiría sólo aquellas conductas propias de la decisión autónoma de cada persona en función de las posibilidades de su franja etaria; y dentro de los elementos negativos de la acción como incapacidad derivada de la autonomía progresiva, excluyendo del concepto de acción a los fines penales, todas aquellas conductas propias de la realidad etaria por la que se transita que aparecen de modo irrefrenable.

Bueno, debemos aclarar que podemos ampliar el abanico de preguntas, para las cuales no tenemos respuestas definitivas, ni las presentaremos aquí porque nuestro objeto es evidenciar la necesidad de revisión y sentar las bases que justifiquen su realización y el enfoque desde el cual debe realizarse, pero no acabar los estudios de cada ítem a revisar, lo cual además sería imposible en un solo trabajo.

Tipicidad

Conforme a la estructura que tomamos como base para el análisis problemático de este aspecto de la teoría del delito, podemos afirmar que la tipicidad implica la confirmación de un pragma conflictivo y lesivo. Los tipos penales pueden dividirse en activos y omisivos, dolosos, culposos y preterintencionales, y para todos ellos es necesario analizar siempre aspectos objetivos y subjetivos, nada de lo cual desarrollaremos aquí en detalle por el enfoque que nos hemos planteado. Para ello remitimos a Zaffaroni-Alagia-Slokar¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro (2002) *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 2da ed. Buenos Aires Argentina.

Ahora bien, dentro de la tipicidad objetiva sistemática nos encontramos con diferentes elementos en términos analíticos, como el Sujeto Activo con toda su fenomenalidad, y si partimos precisamente de una fenomenalidad distinta a la de personas adultas, por la autonomía progresiva, se nos impone preguntarnos si ello ha de tener algún impacto aquí o no. Por ejemplo, personas en etapa de formación progresiva de sus autonomías que conforme a las capacidades individuales adquiridas en su breve edad desarrollan acciones que implican aumento de riesgos permitidos e incluso asunción de riesgos no permitidos ¿tales acciones no forman parte de la personalidad adolescente? Aquí, nos parece que la psicología evolutiva o del desarrollo tiene mucho más para especificar que el derecho penal adulto céntrico. Y aquí no nos referimos a conductas propias de la etapa adolescente que se manifiesten irrefrenables, lo cual sería analizado en el concepto de acción, sino aquéllas que aun sabiéndose ilícitas, configuran pequeñas ilicitudes propias del necesario corrimiento de límites que la avanzada infancia y la adolescencia imponen como tendencia comportamental en las personas, por supuesto, en algunas más y en otras menos, pero el desafío de los límites de lo permitido (en sentido amplio, abarcando a todas las normas impuestas y no sólo a las legales), es una tendencia clara en estas etapas de la vida de las personas humanas, y ello debería implicar la atipicidad de muchas de ellas.

Por solo ejemplificar con algo, incluir atipicidades específicas en caso de determinadas lesiones leves, pequeños daños y hasta conductas lesivas hacia animales, producto de actividades propias de esta franja etaria, para las cuales los programas de mediación comunitaria, de restauración, y mecanismos participativos y/o compositivos de los conflictos, e incluso sancionatorios vía administrativa, resultarían mucho más adecuados que el poder punitivo del estado vía judicial.

Por otra parte, la dominabilidad que en su segunda regla exige analizar el entrenamiento y las capacidades especiales del sujeto ¿Pueden ser las mismas en personas adultas que en personas en formación y con capacidad progresiva? ¿En actividades complejas y que requieren experiencia adquirida, como conducir un automotor, también? ¿Y eso es válido pensarlo en igualdad respecto de la responsabilidad penal a edades muy tempranas?

Claro que esas preguntas conducen a respuestas de inmediata revisión, puesto que -según pensamos- queda claro con solo indagar un poco sobre las cuestiones que se analizan técnicamente para considerar delito a una conducta de cualquier persona, que cuando se le imprime la perspectiva infanto adolescente, nos encontramos con que no hay especificidad. Ergo, se están aplicando a personas menores de edad categorías conceptuales que tienen como objeto de análisis a las personas adultas, lo cual merece corrección.

Asimismo, en materia de participación criminal la revisión es urgente puesto que definitivamente no es igual entre personas adultas que entre NNyA, o entre personas adultas con NNyA, sobre todo en la adolescencia. Por ejemplo, si se recorre un poco la especialidad práctica, se verá muy claramente que la tipicidad de banda en la concepción adulto céntrica y las dinámicas de grupalidad en la adolescencia no se llevan muy bien entre sí, pues la dogmática penal de los delitos de participación necesaria o los que incluyen bandas o grupos, no ha tenido en cuenta a las personas en su formación progresiva y las dinámicas propias de estas etapas etarias, por lo cual ese tipo de agravantes no sólo que no ha tenido en cuenta a la personalidad adolescente para su definición sino que la contraría directamente, y ese plus de pena entonces aparece como injustificado, cuando el mayor reproche, justificado en las personas adultas, se vuelve derecho penal de autor en la adolescencia al coincidir con características de la etapa vital que se transcurre. Ergo, la agravante queda sin base fáctica de sustento, queda sin motivación válida e incluso se manifiesta contraria a las disciplinas que nutren al derecho penal, por supuesto, también a la función de la dogmática penal, y, en definitiva, su mantención implica ir en contra de la estructura lógico-objetiva del mundo real. En materia de tipos omisivos también podríamos preguntarnos cómo se determinaría la responsabilidad en tipos impropios y en casos de garante determinados por fuentes distintas a la legal cuando desde el mismo ámbito normativo no se imponen responsabilidades consecuentes a personas durante la infancia y adolescencia. En este ámbito, la interpretación adultocéntrica incurre en el absurdo de tipificar la conducta de la persona titular de una protección especial de sus derechos conforme al resto del ordenamiento jurídico y a la cual jurídicamente no se le exigen deberes de cuidado del prójimo.

Es cierto que será difícil encontrar casos en la práctica, no obstante, pueden existir, por ejemplo, en caso de adolescentes que mediante programas de capacitación y/o actividades formativas o colaborativas en clubes, centros culturales, comunidades religiosas, grupos Scout, etcétera, suelen desarrollar actividades con niñas/os pequeños a su cuidado, incluso en actividades riesgosas, como nadar, acampar durante las noches, recorrer senderos, etcétera. Adolescentes que deben quedar al cuidado de hemánxs más pequeños, por diferentes eventualidades que bien pueden implicar cumplimientos de deberes jurídicos, o acciones atípicas y hasta fomentadas por el derecho. En fin, la pregunta es ¿en esos casos, se debería evaluar la posición de garante en la tipicidad omisiva del mismo modo que respecto de personas adultas?

En el ámbito de la tipicidad subjetiva, y teniendo en cuenta los elementos básicos, como el conocimiento y la voluntad en los tipos dolosos, toda la teoría de los errores, los llamados

elementos subjetivos distintos del dolo y la previsibilidad de resultados, arrojan también algunas preguntas de necesario tratamiento en el derecho penal actual, entre las cuales podemos formular las siguientes: ¿Cómo gravita la inexperiencia propia de la edad en la observancia y/o el cumplimiento del deber de cuidado? ¿Y en su previsibilidad? ¿Y en el cálculo de las posibilidades de evitación en los tipos omisivos?; ¿Cómo gravita la ontología de personas adultas y de personas menores de edad en actividades complejas, de grupos o de masas, o en actividades empresariales o de corrupción orgánica, o en actividades que implican aumento de riesgos permitidos o auto puesta en peligro? ¿Y en organizaciones criminales? Todo ello, claramente necesita de una revisión con enfoque de derechos humanos y perspectiva infanto adolescente, de lo contrario se seguirá incurriendo en los errores metodológico y epistemológico que venimos señalando.

Por otra parte, en materia de atenuantes, deberíamos preguntarnos si la emoción violenta de un adolescente y las circunstancias extraordinarias de atenuación en personas menores de edad se manifiestan de igual manera que en personas adultas. Puesto que la conformación cerebral, el abanico de comportamientos posibles, la mayor impulsividad y los reducidos frenos inhibitorios propios de la adolescencia, podrían tener incidencia en estos institutos. Lo cual, no parece haber sido de relevancia dogmática en la construcción y delimitación adultocéntrica.

En definitiva, con lo dicho hasta aquí nos preguntamos si se pueden trasladar de manera completa y sin especificidades todas las categorías propias de la tipicidad en sus aspectos objetivos y subjetivos desde el derecho penal adulto céntrico al derecho penal para personas menores de edad. Y con solo repasar algunos elementos, sin demasiada profundización, y sólo planteando algunos interrogantes, parece que no.

Como corolario y a la vez consecuencia de lo relevado en el punto anterior sobre las especificidades de las conductas infantiles y adolescentes, nos veremos obligadxs a una revisión de las conductas punibles en la legislación penal adulto céntrica, a fin de despenalizar para NNyA aquellas conductas propias de esas etapas de desarrollo de la persona humana, que se imponen biológicamente, y que son desarrolladas por todxs lxs NNyA en mayor o en menor medida, aunque el elemento selectividad del sistema penal cuando no es relevado conduzca a pensar que solo se manifiestan en determinados sectores socio económicos, y para las cuales los Estados deben implementar medidas de intervención más efectivas y menos perniciosas que el sistema penal, respetando así la realidad óptica de la persona humana en desarrollo y dando cumplimiento al mandato del artículo 40 de la CDN conforme lo ha interpretado el Comité de los Derechos del Niño en su O. G. 24. Nos

referimos a despenalizar algunos delitos para el caso de ser cometidos por NNyA, por ejemplo, lesiones en riñas o peleas, pequeños hurtos, daños, actividades de connotación sexual (y hasta mantener relaciones sexuales consentidas cuando se trata de personas sin asimetrías de poder por varias razones, entre ellas etarias -15, 16, 17, 18 años de edad-), pequeñas estafa y defraudaciones, consumos de sustancias prohibidas, actividades físicas riesgosas para sí y tercerxs con resultados dañosos leves, etcétera.

Antijuridicidad

En este estrato del análisis de la teoría del delito es quizá donde menos desarrollo reconstructivo podemos vislumbrar inicialmente, debido a que la diferencia ontológica de la que partimos se basa en los aspectos subjetivos derivados de la autonomía progresiva de NNyA, y en el ámbito de la antijuridicidad los aspectos subjetivos juegan un papel menos relevante que en los otros niveles analíticos, al menos en las fórmulas normativas. De hecho, desde hace años hemos asumido una postura objetiva en relación a este nivel analítico y seguiremos ese aporte anterior en el tratamiento de la cuestión¹⁷⁹.

Sabido es que las leyes no sólo contienen normas prohibitivas, sino también permisivas, pues a veces la acción anti normativa aparece como un derecho en cabeza del que la lleva a cabo, a quien no puede negársele su realización, ya que al ser parte de su ejercicio de libertad social esto disuelve el conflicto. Así, cabe decir, que de la legislación se deducen normas prohibitivas, pero también permisivas, de allí que la interpretación no contradictoria de las primeras configurará el orden normativo mientras que la no contradicción del orden normativo con los preceptos permisivos conforma un orden jurídico¹⁸⁰.

El conjunto de esos preceptos permisivos se denomina genéricamente causas de justificación o de licitud, y conforman un nuevo nivel dialéctico en la teoría del injusto, mediante el cual se refuerza la exclusión de las manifestaciones más irracionales del poder punitivo, pues comprueba la licitud de conductas cuya tipicidad penal ya ha sido superada. No debe considerárselos ni excepciones a determinadas reglas ni particularidades de algo más general, pues las normas permisivas al confirmar el ámbito de libertad humana constitucionalmente

¹⁷⁹ Osio Alejandro (2011) *Las causas de justificación en su dinámica dogmática y práctica*. LA LEY. Suplemento Penal y Procesal Penal del 19 de septiembre de 2011. Buenos Aires. Argentina

¹⁸⁰Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro (2002) *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 2da ed. Buenos Aires Argentina, pág. 589 y ss.

reconocido confirman en sí mismas una regla, y son tan generales como las normas prohibitivas, pues dejan dentro o echan fuera de lo antijurídico conductas que las violan; y su mayor particularización obedece a que cumplen su función en los límites del ámbito de restricción de la libertad, donde pese a existir una conflictividad lesiva, no resulta contraria a derecho. En suma, expresa una *“antinormatividad circunstanciada que el legislador político reconoce como ejercicio de un derecho”*¹⁸¹.

Ahora bien, dijimos que los preceptos permisivos garantizan el ámbito de libertad humana constitucionalmente reconocido, y esto significa que los derechos cuyo ejercicio se reconocen son los mismos que garantiza el principio de reserva del artículo 19 de la Carta Magna. Dialécticamente, esto se materializa en dos estadios diferentes, la negación –causa de justificación- de la negación –prohibición penal- que arroja como síntesis la afirmación –reconocimiento del derecho que se ejerció-, no se trata de agregar y quitar o de sumar y restar, sino de sintetizar. Debe tenerse en cuenta además que la acción típica es sólo un indicio de anti normatividad y que las causas de justificación tienen la capacidad de neutralizar ese indicio, por ello provienen no solo de la ley penal sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico, ya que la antijuridicidad de una conducta humana deberá chocar contra el ordenamiento jurídico funcionando como tal para que se afirme su ilicitud.¹⁸²

En nuestro país todos los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente forman parte de la libertad de las personas, que funciona como regla en un estado constitucional de derecho, y la limitación a ella, es decir, la intervención del legislador, es la excepción, y debe ser la última ratio en el caso de la intervención punitiva, por ser la más violenta manera de regulación estatal. De todo lo dicho, y del carácter fragmentario y sancionador del sistema punitivo, deriva que ninguna de las causas de justificación, cuya fórmula general en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 34, inciso 4º, del Código Penal, crea derechos, sino que se limitan a reconocer el ámbito de lo permitido o lícito en determinadas circunstancias. Es decir, a precisar los derechos reconocidos por la Constitución y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones donde es difícil reconocerlos¹⁸³.

Hay cierto consenso respecto a que, considerar a la antijuridicidad como juicio definitivo de la prohibición de una conducta, supone ver al orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, de modo que no podría afirmar y negar la misma cosa

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem.

al mismo tiempo. Empero ello, nada impide que una conducta lícita en un ámbito del derecho genere responsabilidades en otro ámbito del mismo ordenamiento jurídico, debido a diferentes fundamentos de responsabilidad, diferencia basal que excluye el escándalo jurídico que significaría considerar lícito un acto en una rama del derecho e ilícito en otro ámbito normativo; y que de no meritarse, llevaría a la errada conclusión de que el ejercicio regular de un derecho, afirmado en sede penal, no podría generar ninguna responsabilidad en otro fuero. Ahora bien ¿cómo operan las causas de justificación? Dicen Zaffaroni-Alagia-Slokar textualmente que “...operan en una tensión dialéctica con las prohibiciones típicas y reafirman la regla de libertad del art. 19 CN. Por eso las causas de justificación como tipificaciones de conductas permitidas (de ejercicio de derechos) se comportan en el campo penal como verdaderos contratipos...”¹⁸⁴. Son entonces “... la calificante de la conducta típica que cierra el desvalor jurídico mediante la verificación de que no se ratifica la libertad en razón de ninguno de estos contratipos. Su separación de la tipicidad se impone por razones (a) lógicas (no puede preguntarse por un permiso si antes no medió una prohibición), pero ante todo por razones (b) materiales (no puede concluirse que una conducta prohibida es contraria al derecho sin antes verificar que no se halla reafirmada la regla general de la libertad, por tratarse del ejercicio de un derecho)”¹⁸⁵

He aquí el quid de la cuestión de las causas de justificación. Estas resultan particulares en un doble sentido, por un lado, porque se tratan de ejercicios de derechos, pero éstos no son ordinarios, sino que consisten en la realización de conductas normativamente prohibidas -por un tipo penal-, y por otro, que es imprescindible para no cercenar la base constitucional de la libertad y no destruir el orden jurídico, que se verifique en cada caso si esa libertad civil no se encuentra reafirmada por una especie de valoración del acto -por un contratipo-.

Entonces, todos los extremos del hecho punible deben verificarse en conjunto para considerar a una acción como delictiva, y si bien ésta tiene elementos subjetivos y objetivos, por lo que la tipicidad debe ser congruente con ella para configurar el supuesto de hecho legal -tatbestand-, al llegar al nivel de la antijuridicidad, como los elementos que componen las causas que la excluyen está constituido por una valoración ex ante del legislador sobre el indicio de antijuridicidad que supone la acción típica, al excluir uno de los dos elementos que conforman el tipo penal, excluye la posibilidad de atribuir la calidad de delito a la acción, más allá de la confirmación -o no- del elemento subjetivo, puesto que este tipo de normas

¹⁸⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2009) *Estructura básica del Derecho Penal*. 1ª edición. EDIAR. Buenos aires, Argentina, pág. 189.

¹⁸⁵ Ídem anterior, p. 190

permissivas resuelven el conflicto ex ante. Es decir, para que haya delito necesitamos acción -objetiva/subjetiva-, tipicidad -objetiva/subjetiva-, antijuridicidad -objetiva-, y culpabilidad -objetiva/subjetiva-, y todos esos elementos son necesarios, si falta alguno, la delictualidad -si se me permite el neologismo- cae, y cae en el nivel en que se produce la ausencia del elemento, por lo que no permite que se siga en el análisis.

Tenemos especialmente en cuenta la siguiente idea del profesor Polaino Navarrete:

*“...que el aspecto objetivo y el componente subjetivo del comportamiento humano, en el sistema de la teoría del delito, no son compartimentos estancos autónomamente configurados y carentes de toda relación entre sí, y por ello sólo metafóricamente puede hablarse en rigor de la existencia de un “tipo objetivo” y de un “tipo subjetivo” como sectores en que se escinde el sistema del delito. En particular, en la estructura del injusto típico, “lo objetivo” y “lo subjetivo” no constituyen “tipos” escindidos, sino facetas de la conducta típica que se relacionan mutuamente, aspectos que se combinan intrínsecamente entre sí. El injusto típico no es injusto impersonal ni mera infracción formal de la norma, que prescinda de los aspectos inherentes a la actitud personal del autor y que se limite a la unilateral desvaloración de las propiedades objetivas de la acción. Por ello, puede concluirse que el injusto típico constituye una síntesis de elementos de varia naturaleza, en cuya virtud se configuran los tipos legales, que describen determinados comportamientos humanos, no sólo por los componentes esenciales que los integran, sino también por el singular modo en que los mismos confluyen en una concreta manifestación de la voluntad personal que alcanza relevancia social y merece desaprobación jurídica sobre la base de su nocividad material”.*¹⁸⁶

Por ende, en el nivel de la antijuridicidad, aunque en su onticidad lógico-objetiva las acciones contengan elementos objetivos y subjetivos, al momento de verificar si se encuentran justificadas por el ordenamiento jurídico las ya típicas, no es necesario exigir la comprobación de la existencia de los elementos subjetivos, sino sólo de los objetivos, debido a que una vez verificada la justificación objetiva estatalmente dispuesta en la norma, que produce la justificación de lo verificado en el tipo penal, ya tendremos la carencia de uno de los elementos del delito, debido a la observada valoración -juridicidad- en el nivel siguiente al de la desvaloración -tipicidad-, por lo que sería inútil indagar sobre los elementos

¹⁸⁶ Polaino Navarrete, Miguel (2000) *El injusto típico en la teoría del delito*. Editorial mave, Corrientes, Argentina, pág. 108.

subjetivos, cuando en el nivel analítico anterior se halla la causal que jurídicamente justifica la conducta.

Teniendo en cuenta lo referido hasta aquí sobre las causas de justificación, debemos decir a modo de corolario que si bien reconocemos la existencia de elementos objetivos y subjetivos en las causales que dogmáticamente excluyen la antijuridicidad, en la dinámica de su funcionamiento adscribimos a la idea de una justificación objetiva, es decir que sólo resulta necesario y exigible la verificación de esta parte de las causales, ya que las fuentes últimas de las justificaciones son el ejercicio de un derecho y/o el actuar dentro de un marco situacional previamente valorado por el legislador como justificador, lo sepa o no el agente, tenga o no la intención de cometer un delito, o actúe o no por y para conseguir la defensa del interés preponderante de acuerdo a la situación en la que se encuentra.

Sin perjuicio de ello, nos es necesario afirmar que un estudio más pormenorizado del asunto, nos permitiría sin lugar a dudas una comprensión más acabada del tema, pero excedería el marco y el objetivo de este trabajo, por lo cual dejaremos aquí.

Con lo dicho hasta ahora, estamos en condiciones de afirmar que todo ello no quita que pueda implicarse un desarrollo en profundidad más adelante, pues como decíamos antes, la revisión, deconstrucción y construcción de nuevas categorías conceptuales, analíticas y nuevos límites y estructuras en este campo sin lugar a dudas dará lugar a desarrollos que en este momento no nos surgen. Pese a ello, podemos inicialmente esbozar algunas preguntas en torno a causas de justificación específicas:

La Agresión Ilegítima y la Falta de Provocación Suficiente en la Legítima Defensa ¿merecen alguna especificidad cuando se trata de dinámicas adolescentes? Claro que los patrones conductuales adolescentes difieren de los de personas adultas, y una de las dinámicas que suelen generalizarse tienen que ver con el uso de la violencia para la pertenencia o el posicionamiento en los grupos y en los diferentes espacios de interacción, para el desarrollo de la reputación en los distintos niveles de socialización, incluso en los espacios deportivos, comunitarios, escolares, barriales, etcétera, y sin ingresar en el campo de disputas por espacios de poder, las dinámicas adolescentes incluyen actitudes agresivas de mayor o menor levedad según los contextos, como modos de relacionarse, conocerse, intercambiar relaciones, posicionarse, etcétera.

Otra cuestión a determinar puede ser ¿Cómo se delimitan los requisitos de esa causa de justificación en contextos de maltrato infantil? Nos referimos con esto a que desde la conceptualización adulto céntrica se suele analizar la inminencia para justificar la necesidad, y para legitimar la defensa, se realiza un análisis sincrónico. Esto, que se viene poniendo en

crítica y revisión desde la perspectiva de género, y sobre lo cual hemos realizado aportes que seguiremos aquí¹⁸⁷, también debe revisarse desde la perspectiva de niñez y adolescencia, puesto que los procesos de victimización, reducción de la subjetividad, apropiación de la voluntad, subyugación y demás caracteres de la victimización con razón en el género puede presentarse de maneras similares en la victimización infanto adolescente, y por ende, es necesario realizar un análisis diacrónico al momento de verificar o no los requisitos de la legítima defensa.

A este respecto es necesario tener en cuenta que la doctrina penal históricamente no contiene en sus estructuras la perspectiva de niñez y adolescencia, como ya hemos referido antes aquí, por ejemplo, en torno a la voluntad, el consentimiento para determinados actos, el poder correctivo disciplinar y punitivo, entre muchos otros temas de la dogmática penal puestos en crisis por la pretendida igualación -en general- en términos de derechos humanos, y la perspectiva de niñez y adolescencia -en particular- respecto de NNyA.

Entre las categorías problemáticas se encuentran sin duda los conceptos de consentimiento para la tipicidad de determinadas conductas que implican disposición de bienes jurídicos propios y que históricamente han sido apropiados por el sistema adulto céntrico, o que significan agresiones o violencia, incluso sexual, las causas de justificación y hasta de inculpabilidad, por lo cual todo ello requiere de revisión para deconstruir de la dogmática penal las grandes porciones de adulto centrismo que contiene, pues convengamos que el campo jurídico penal no ha sido ajeno a este paradigma cultural, sino más bien reproductor.

Si consideramos todo ello y entendemos además que el propio discurso jurídico que utilizamos en las normas, doctrina y jurisprudencia penal contiene adulto centrismo, se nos aparece muy clara la obligación de revisar y deconstruir andamiajes que se suelen presentar como “dogmáticos” para dar lugar a conceptualizaciones más igualitarias, pues lo contrario llevará al razonamiento circular inevitable de tratar de resolver las problemáticas de las personas oprimidas acudiendo al amo y sus armas (parafraseando a Audre Lorde), lo cual es tierra fértil para la redefinición reproductiva de las opresiones.

Ahora bien, pensemos que en una relación simétrica y de dinámica intrafamiliar, en caso de producirse un encuentro conflictivo entre las personas que la conforman, el consentimiento para los actos puede presentarse asimétrico en términos de poder, pero no por ello no debe ser pasible de actualización permanente, y lxs NNyA mantener siempre las posibilidades de decisión de acuerdo a su autonomía progresiva, dominar el curso causal de sus acciones de

¹⁸⁷ Osio, Alejandro (2020) *La necesidad de las investigaciones género sensitivas y el respeto a la legalidad penal*. Revista LA LEY. AÑO LXXXIV N° 55. 20/03/2020. Buenos Aires, Argentina.

conformidad o disconformidad (consentimiento o no) con los actos a realizar o participar, y a los cuales se les incorpore o se les pretenda incorporar, y no perder la autonomía de la voluntad de manera incondicionada y autónoma por el solo hecho de la dinámica adultocéntrica de la estructura de la cual forman parte.

El análisis entonces debe ser complementario, sumatorio e integrado, en lo diacrónico (historicidad relacional y de contexto) y en lo sincrónico (actos en concreto contextualizados), y entendemos que esto aparece como problemático por lo deficitario en la dogmática penal de la legítima defensa cuando de personas menores de edad se trata, puesto que desde un análisis sincrónico puede ser todo muy claro, pero cuando se agrega el análisis diacrónico ello puede verse modificado por el contexto y las dinámicas propias de lo relacional y situacional que pueden llevar a conclusiones distintas, por oposición a las asentadas sobre presunciones derivadas de estereotipos adulto centristas.

En suma, entendemos que concebir al maltrato infantil/adolescente y la violencia sobre personas menores de edad sólo como foto en un acto determinado o sólo como historia relacional estereotipada, con prescindencia de las dinámicas de los actos lesivos, en vez de comprenderlo de manera integrada tanto sincrónica como diacrónica y centrar la dogmática de las violencias contra NNyA en la dignidad humana y los posibles abusos en el consentimiento en particular de cada NNyA, implica también un análisis problemático en clave de análisis sensitivo a la perspectiva de niñez y adolescencia, y esto vale tanto para cuando puede ser acreditada como para cuando no.

Ahora bien, si las falencias en torno a la intervención con esa perspectiva aparecen carentes desde las bases de las dogmáticas que se utilizan en las praxis judiciales o de otra índole, y se utilizan categorías y conceptualizaciones propias del adulto centrismo sin redefinición, ello signará todas las intervenciones, incluido por supuesto sus resultados.

Para ejemplificar la problematización a la cual apuntamos, traemos a colación dos cuestiones: a veces, las víctimas de maltrato pueden planificar acciones lesivas contra sus agresores o aprovechar circunstancias de desprotección sin que por ello dejen de actuar en legítima defensa (esto suele verse más a menudo en casos de bullying), pero para ello, es necesario redefinir el concepto de agresión ilegítima de este instituto. Otras veces las víctimas de violencia infantil/adolescente suelen desarrollar conductas que en apariencia se muestran como voluntarias, por ejemplo, en contextos de estructuras familiares o sociales muy fuertes con poder coactivo emocional de mucha incidencia sobre la subjetividad, pero claro, para detectar las vulneraciones en esos contextos, es necesario redefinir los conceptos a utilizar, pues de lo contrario serán invisibilizadas y como consecuencia, reproducida la opresión.

Para culminar, diremos que la legítima defensa necesita también revisión en torno a la racionalidad en el medio empleado (especialmente en torno a la desproporcionalidad de las conductas defensivas), el exceso en casos de intensidad de la conducta defensiva, en situaciones de recupero de bienes jurídicos, y en la defensa de terceros (especialmente en determinados contextos) en sus formulaciones dogmáticas adulto céntricas, puesto que no han tenido en cuenta las conductas y patrones conductuales durante la adolescencia, y quizá el análisis psico-social sobre todo en la incorporación y pertenencia a grupos de pares puede modificar el análisis de algunos de esos elementos o al menos su particularización para incluir la perspectiva necesaria.

Culpabilidad

La culpabilidad como tercer estamento de la teoría del delito es en el cual se individualiza el reproche, es decir, es el que permite vincular de manera personalizada al injusto con su autor, por lo cual determina la magnitud en que podrá liberarse poder punitivo de manera adecuada hacia una persona en particular en función de su hecho punible¹⁸⁸.

Es este el aspecto de la teoría del delito que mayor centralidad ha tenido en la especialidad, sobre todo en relación a la culpabilidad disminuida y la determinación especial de la pena, por lo que se han generado una multiplicidad de aportes doctrinarios, recepciones normativas y fallos jurisprudenciales. Sin ánimo de exhaustividad, abordaremos algunas cuestiones que merecen atención en materia de culpabilidad desde la perspectiva infanto-adolescente.

Este momento del análisis aportará los datos necesarios para precisar de manera concreta si el injusto verificado puede ser reprochado a su autor/a, si puede imponerse una pena y en su caso en cuál medida y con cuáles alcances. No obstante, si existen causales de exclusión o cancelación de la punibilidad, ello se verá en el siguiente estamento.

Por ende, la culpabilidad personaliza y por ello individualiza de manera concreta el reproche, puesto que no hacerlo implicaría la presunción de que todas las personas somos iguales, lo cual claramente es falso, pero además implicaría la presunción también falsa de que todas las personas somos inmutables, y es aquí donde radicará nuestro énfasis. Claro que todas las personas no somos iguales, y por ello debe hacerse un análisis concreto en cada caso respecto

¹⁸⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 2da ed. Buenos Aires 2002, p. 650 y ss.

de cada persona en el momento determinado en que desarrolló su conducta típica y antijurídica, a este momento del análisis lo denominaremos individual.

Pero el momento de concreción de la culpabilidad, implica también incluir en el análisis la situación de desarrollo de cada persona con sus cambios, incluyendo en ello el desarrollo progresivo en determinadas edades, como la infancia y adolescencia, y así también en la adultez y la vejez con enfoque diferencial como indican los mandatos de derechos humanos al respecto. Por ende, su culpabilidad será disminuida en el momento de desarrollo de sus capacidades, de su personalidad, y en fin en las etapas de conformación de su subjetividad, en las cuales el dato óntico de la persona humana en desarrollo, con las características que ya hemos visto y veremos en este trabajo, deberá ser tenido en cuenta necesariamente al momento de concretar el análisis de culpabilidad.

Sobre los elementos, caracteres y cuestiones problemáticas y específicas de la culpabilidad no profundizaremos porque excedería el marco propuesto para este trabajo y existe una diversa y enorme producción en la cual hacerlo, por lo cual proseguiremos con los aspectos que entendemos necesitarían revisión con enfoque infante adolescente.

La denominada co-culpabilidad como correctivo a la culpabilidad de acto no es algo nuevo en la doctrina, puesto que sus antecedentes se remontan a Jean Paul Marat (mediados del siglo XVIII) y consiste en incluir en el análisis de culpabilidad el diferente status que registra cada persona de acuerdo a su ubicación en los estratos sociales, económicos, culturales, etcétera y que en relación a determinados delitos, los condicionamientos que de ello se derivan pueden ser determinantes o al menos justificantes, como la miseria e imposibilidad de procurarse el sustento propio, que fuera recogido en el artículo 34 del CP.

Ahora bien, teniendo en cuenta a la personalidad en formación con todas las capacidades en desarrollo progresivo durante la infancia y adolescencia, en virtud de lo cual el bloque normativo específico impone responsabilidad al Estado, la comunidad y la familia para la dirección de NNyA a fin del desarrollo de una vida digna y que lleguen a cumplir roles activos y productivos en la comunidad, debiendo corresponsabilizarse entonces, para el caso de que falencias derivadas de incumplimientos o inobservancias en esas responsabilidades deriven en que NNyA cometan delitos.

En suma, las exigencias del Estado y la comunidad serán directamente proporcionales a lo que han brindado para que el delito no suceda por parte de NNyA y, por ende, ello debería compensarse al momento de determinar el quantum de una sanción penal debido al reproche de las conductas imputadas a cada NNyA. Es decir, que el fenómeno de descontextualización y aislamiento de acción preponderantes en el derecho penal cuando se analizan acciones de

personas adultas, no tiene cabida en el derecho penal específico para NNyA, que impone la valoración de las corresponsabilidades cuyo incumplimiento, inobservancia, acción en contrario u omisión de observación, ha dado lugar al delito, o al menos ha coadyuvado -o no impedido- a que suceda. En suma, no se trata de incluir en las sanciones penales a las personas u organismos corresponsables, sino de ponderar esas corresponsabilidades incumplidas a fin de disminuir la sanción a las personas menores de edad, graduándolas sólo en lo fue objeto de su propia autodeterminación responsable, descontándole el ámbito de incumbencias propio del mundo adulto a su respecto¹⁸⁹.

Entendemos entonces, que ya no se puede afirmar certeramente y con total liviandad como se ha hecho históricamente en la dogmática adulto céntrica, que los condicionantes del posicionamiento social, económico, cultural en que una persona se encuentra y los condicionamientos o variables de incidencia sobre las conductas no tienen uno o más aspectos diferenciales en NNyA y en personas adultas, y no nos referimos únicamente a los condicionamientos económicos derivados de la pobreza e indigencia, sino a todos y en toda la diversidad de posicionamientos y/o pertenencia de clase, como así también de las corresponsabilidades, tratando de sanear ese concepto de Zaffaroni, Alagia, Slokar (2008, p. 514) que aparecería restrictivo si fuera traspolado a la especificidad del derecho aplicable a personas menores de edad.

Lo que queremos significar es que el impacto condicionante o directamente determinante del posicionamiento de clase, de las corresponsabilidades incumplidas y del momento determinado de análisis, gravitarán de manera distintas en el derecho de NNyA y en el aplicable a personas adultas, por lo cual ese baremo debe ser tenido en cuenta en caso de presentarse, especialmente cuando derivan de corresponsabilidades incumplidas en el marco del mandato de protección especial (como por ejemplo “...ausencia de políticas públicas, defectos de implementación, desfinanciamiento, falta de recursos humanos o recursos no especializados, tardanzas burocráticas inexplicables, falta de dispositivos, dispositivos colapsados, políticas no adecuadas convencionalmente, o como sucede en muchos casos, el Estado con intervenciones iatrogénicas -biografías hiper institucionalizadas-... O peor aún, situaciones estatales directamente criminógenas...”¹⁹⁰ como lo que ocurre en los institutos de encierro para NNyA), porque ello amplía la vulnerabilidad frente al poder penal del Estado, e incluso la genera, y todo ello sin dudas obliga al análisis interseccional de derechos humanos.

¹⁸⁹ Martín Aimar ob cit nota 17, 133/135.

¹⁹⁰ Martín Aimar ob cit nota 17, p. 134.

Ahora bien, para incluir también la consideración de la selectividad penal, debe analizarse la culpabilidad por la vulnerabilidad como síntesis entre la culpabilidad por el acto y por la vulnerabilidad¹⁹¹. En este marco se debe considerar el estado de vulnerabilidad frente al poder penal del Estado del cual cada quien parte, y el reproche será determinado en particular por el esfuerzo realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.

Teniendo en cuenta, entonces, las diferentes interseccionalidades en relación a las vulnerabilidades de NNyA y las corresponsabilidades incumplidas que puedan tener incidencia en el mayor estado de vulnerabilidad frente al poder penal del Estado debido a la mayor cantidad de características propias de los estereotipos criminalizados, que por ello, hacen más vulnerable a la persona frente al poder punitivo, por lo cual sus esfuerzos para ser criminalizados serán mucho menores, sólo se le podrá reprochar el esfuerzo realizado, pero además de la parte reprochable deberán descontarse las corresponsabilidades incumplidas con incidencia en el hecho punible, algo que no sucede con las personas adultas, pues de lo contrario se les estaría reprochando los hechos propios y las falencias en el ejercicio de las responsabilidades de dirección del mundo adulto.

En la especialidad del derecho de NNyA debe incluirse el aspecto que amplifica la vulnerabilidad frente al poder penal del Estado, consistente en que la criminalización suele hacerse efectiva sin esfuerzo alguno, por la mera presunción de riesgo e incluso con fundamento filantrópico de tutela en casos criminalizables en los cuales no ha existido delito o no se ha comprobado, como ya abordamos antes en este trabajo, y lo que es peor, que la normativa jurídica aún vigente en Argentina así lo permite (Dec-Ley 22278).

Lo cierto es que la dogmática adulto céntrica penal no lo ha relevado, y por ende no ha previsto un sistema de compuertas conceptualmente sólidas con asiento normativo en el máximo nivel jerárquico que contenga o impida esta liberación de poder punitivo totalmente arbitraria e ilegítima, que necesariamente debe ser corregida conceptual y normativamente.

Por otra parte, pero en el mismo análisis de culpabilidad, en torno a la comprensión de la criminalidad y su inexigibilidad por incapacidad psíquica, error o situación reductora, entendemos que existe un gran trabajo por hacer y que hay que enfrentar para producir las bases ciertas del derecho penal específico para personas menores de edad, puesto que es necesario deconstruir los prejuicios transformados en categorías conceptuales, propios de la asignación de incapacidad de delito históricamente construida en torno a la niñez¹⁹² que

¹⁹¹ Ídem, p. 514/520.

¹⁹² Claramente en su intervención virtual del día 15/05/2020 Martín Aimar, Germán (2020) Encuentro *La especialidad en la Justicia Juvenil*. UNLPam. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=fgxzvxjbo4Y>

paraleliza o categoriza a NNyA de manera uniforme con personas con discapacidad mental o capacidad restringida. Fundamento que, incluso, es tomado y reproducido aún como fundamento principal cuando se propone determinar una edad mínima de responsabilidad penal, lo cual tampoco es adecuado, pero sobre ello volveremos más adelante con mayor rigurosidad.

Claramente, en torno a la incapacidad psíquica de culpabilidad, errores de prohibición y reducción de la autodeterminación es necesario un estudio profundo con enfoque diferencial desde la perspectiva infanto-adolescente que respete la onticidad de la persona en desarrollo progresivo de manera autónoma, despegándose definitivamente de su inclusión o asociación a personas adultas con discapacidades mentales (en el caso de la inimputabilidad o imputabilidad disminuida) y de manera específica en circunstancias que impliquen la reducción importante o determinante del espacio de autodeterminación (en el caso del estado de necesidad exculpante). Podríamos preguntarnos en torno a esto último, por ejemplo, si el clásico ejemplo propio de la dogmática adulto céntrica de la Tabla de Carneades serviría para analizar la culpabilidad de NNyA a fin de determinar certeramente si existe o no estado de necesidad exculpante, y en caso de que así no fuera, cuáles serían las variables de análisis que faltan.

Ahora bien, para retomar, como ya dijimos, el mayor desarrollo en la especialidad se presenta sin dudas en relación al concepto de culpabilidad disminuida, con anclaje en los Arts. 16, 18 y 19 CN, 40,3 y 40,3 a. de la CDN, O. G. 10/07 y O. C. 17/02. 40,3) y los mecanismos específicos para NNyA.

En este aspecto, la progresividad en el desarrollo de la autonomía de NNyA debe ser relevada necesariamente al momento de analizar la culpabilidad por las posibilidades de comprensión del mandato normativo que permita la elección racional entre la adecuación de la conducta o la violación de lo normado, es decir, la posible motivación en la norma y las posibilidades de adecuar la conducta conforme a la comprensión del derecho dirigiendo las acciones en sentido normativo o anti normativo, incluyendo las dificultades para ello derivadas de la etapa etaria en la que se encuentre la persona y también los condicionamientos internos y externos que tengan origen en otras cuestiones no asociadas a la edad (patologías, lesiones, consumo de sustancias, etcétera).

Lo cierto es que, como dice Part, tanto desde las neurociencias como desde la psicología evolutiva está demostrado que las personas no son iguales en la infancia y adolescencia que en la adultez, puesto que no son iguales los grados de maduración del cerebro en zonas determinantes para los comportamientos ni son iguales los patrones conductuales en cada

etapa etaria, pues el desarrollo es progresivo, no estando maduras sino hasta después de la adolescencia algunas zonas del cerebro como los lóbulos frontales encargados del control de los impulsos, la regulación de las emociones, la ponderación de riesgos y el razonamiento moral, y fundamentales para la planificación y ejecución de planes de acción¹⁹³, como así la tendencia a producir conductas riesgosas, a comportarse de acuerdo a dinámicas de grupalidad de pares que favorece la comisión de ilícitos sumadas a la inmadura capacidad de autodeterminarse con comprensión de lo ilícito y motivación de la conducta en las normas, por lo cual la persona humana es cualitativamente diferente en los distintos momentos de su desarrollo progresivo¹⁹⁴. Ergo, ello debe tener necesariamente impacto al momento de analizar la individualización del reproche, que debido a todo ello debe ser menor en NNyA, y como consecuencia la determinación de la sanción penal nunca puede ser igual o mayor que en el caso de personas adultas.

En torno a esta cuestión la Corte IDH se ha pronunciado en el fallo “Mendoza y otros vs Argentina” del siguiente modo en los considerandos 143 y 145:

“... la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. ... Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta...”

Y específicamente en el ámbito local, la CSJN se ha pronunciado en el fallo “Maldonado” del siguiente modo:

“16) Que, por otra parte, en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o

¹⁹³ Part, Daniela R. (2021) *Culpabilidad disminuida y sanción penal en niños, niñas y adolescentes*. Editores del Sur. Neuquén, Argentina, p. 86 y ss.

¹⁹⁴ Ídem, p. 90.

bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena.

36°) Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994. Dicho principio recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral... De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia...

37) Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental... Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional. Aunque es meridianamente claro que en nuestro sistema constitucional es inadmisibles la autoritaria culpabilidad de autor o sus variables, incluso admitiéndola sólo ad argumentandum, tampoco el reproche podría tener la misma entidad. Retrotrayéndonos a los mismos momentos en que imperaron en algunas extrañas latitudes estas concepciones autoritarias, y manejando sus conceptos, era dable observar que en los niños y adolescentes son bastante frecuentes comportamientos que en los adultos la psiquiatría de la época calificaría como psicopáticos, por lo cual no podría hablarse de idéntico reproche de personalidad, cuando a ojos vistas se trata de una

personalidad con su esfera afectiva no completamente desarrollada, y tales actos no son patológicos en tal etapa. Se dan en los niños comportamientos en acting-out, o sea, de paso del estímulo al acto, que la psiquiatría que admite el concepto de psicopatía los considera en el adulto como síntomas de esta patología, siendo claro que en el niño son producto de la falta de desarrollo o evolución de su esfera afectiva propias de su etapa vital.”

Si se leen adecuadamente las razones expresadas por la Corte IDH, puede verse que la menor sanción penal no se deriva sólo de una culpabilidad meramente disminuida, sino de las características propias de la persona menor de edad. Debemos aclarar ahora, entonces, que preferimos denominarla culpabilidad específica de personas menores de edad y no culpabilidad disminuida, puesto que, en función de todo lo que hemos dicho hasta aquí, entendemos que no es suficiente ni adecuado sólo imponer una pena menor que la que le correspondería a una persona adulta en la misma situación, sino que lo que corresponde de acuerdo a la onticidad de las personas menores de edad y a los mandatos del DIDH (lo recién citado es sólo una muestra), es una pena graduada de acuerdo a los elementos que impone la especificidad, uno de los cuales, por supuesto, es que sea menor que la de una persona adulta en la misma situación, pero que de ningún modo se agota allí.

Por último, debemos decir también que se deriva de esa onticidad de persona en desarrollo con autonomía progresiva, el obligado análisis especial de los posibles errores de prohibición, incluso partiendo de poner en duda el principio base de que el derecho vigente se presume conocido por todos, presunción propia del derecho penal adulto céntrico, liberal, elitista y leguleyo, que no sólo resulta falso en la actualidad en relación a NNyA, sino que resulta falso esencialmente en relación a la mayoría de la población, máxime con la magnitud y complejidad de las normas positivas vigentes.

Decimos esto porque si bien en la realidad esa presunción de conocimiento del derecho es falseable muy fácilmente en el caso de personas adultas, incluso en colectivos de personas con capacitación elevada y hasta formación jurídica, pues la expansión punitiva mundial, exacerbada en latino américa en particular, ha tornado de imposible conocimiento más o menos completo a la legislación penal existente debido a la amplitud y complejidad del programa de criminalización primaria generado y que encima es modificado asiduamente, lo que complica más su conocimiento, sobre todo en las últimas décadas en que la inflación legislativa ha sido exorbitante, lo cual sumado a la mala técnica utilizada en la mayoría de las reformas, lo espasmódico de sus sanciones, y lo críptico del conocimiento necesario para conocer los límites exactos de todos los tipos penales vigentes, da como resultado precisamente lo contrario: el derecho debería presumirse desconocido por todos.

Mucho más falseable lo es teniendo en cuenta los índices de analfabetismo, alfabetización básica y formación elemental o primaria en nuestros lares, que abarca la gran mayoría de personas de la comunidad, y si a ello agregamos la variable consistente en la etapa de formación en caso de NNyA conforme a la edad en que ingresan al sistema de responsabilidad penal, claramente pueden verse conmovidos los principios adulto céntricos clásicos y el Estado verse exigiendo conductas motivadas en las normas vigentes en base a falsas presunciones de su conocimiento e introyección. Por ejemplo, en Argentina la EMRP es alta (16 años) y ello puede generar espacios de sustento en relación a un conocimiento básico de las normas y su comprensión, al menos en estándares generalizables para exigir cierta adecuación social de conductas (al menos del abanico nuclear de delitos clásicos), siempre con desigualdad en relación a las personas adultas, pero hay muchos países que tienen EMRP que son muy bajas, de 7, 8, 10, 12 años de edad, lo cual se ubica por debajo de la culminación de los procesos de enseñanza primaria o elemental y como es obvio por debajo de las posibilidades de adquirir los conocimientos básicos que permitan la comprensión del sistema normativo en general y de las normas penales en particular, y no hablamos de conocimiento teórico o conceptual, sino del bagaje cultural necesario para poder comprender e introyectar los mandatos normativos elementales y adecuar las conductas propias conforme a esa comprensión en lo que hace al alcance de las normas prohibitivas y permisivas, y a la determinación de los espacios de libertad y autonomía, como así también de auto preservación en casos de necesidad exculpante. Todo lo cual, sin lugar a dudas, entendemos que necesita revisión tan urgente como profunda al tratarse de personas menores de edad y su ingreso al sistema penal.

Punibilidad

En torno al análisis de las causas que excluyen la punibilidad, se pueden formular algunos interrogantes también:

En primer lugar, en torno a las previsiones en relación al artículo 40.3.a de la CDN y el mandato de que el Estado establezca una edad mínima por debajo de la cual no puede haber responsabilidad penal y sus implicancias. Esta cuestión de derechos humanos regulada en el máximo nivel normativo que sustancialmente es una barrera de política criminal y no una causal de falta de comprensión o incapacidad psíquica de delito, aunque ha sido tratada así

por la doctrina mayoritaria en nuestros lares históricamente. Volveremos en seguida sobre ello para profundizar.

En el análisis de las causas excluyentes de la punibilidad, y especialmente en lo concerniente al principio de oportunidad también podemos interrogarnos sobre si debe asimilarse al derecho penal para personas adultas o debe ser ampliado en consideración a las circunstancias personales propias de NNyA y los mandatos del DIDH en torno a la desjudicialización y la reducción al mínimo posible de las sanciones penales.

En particular, la remisión como instituto procesal específico, que configura una causal de no punibilidad no prevista en el derecho penal adulto céntrico ¿qué implicancias debe tener, ¿cómo debe regularse, con cuáles alcances?

En torno a los regímenes de la acción penal y de la pena, si tomamos en cuenta (sólo por el momento para no complejizar demasiado) el distinto impacto del paso del tiempo y de los condicionantes contextuales en personas adultas y en personas menores de edad, como así también la adecuación de las corresponsabilidades no cumplidas por parte del Estado, la familia y la comunidad ¿podemos afirmar que deben ser iguales en el derecho penal para personas adultas que en el que denominamos específico para NNyA? ¿Qué incidencia tienen los principios de la especialidad concernientes a la brevedad y a la revisión periódica? ¿Cómo deberían impactar sobre las causales de suspensión, interrupción y extinción de acción penal o de penas por prescripción? ¿No deberían analizarse causales nuevas aplicables sólo a NNyA? ¿No sería necesario y adecuado pensar en nuevas causales de extinción de acciones y de penas?

Véase, por ejemplo, que sobre el régimen de extinción de las acciones penales cuando se trata de personas menores de edad víctimas de delitos, se han acogido argumentos de especialidad en relación a las personas en desarrollo progresivo en las últimas dos reformas al Código Penal argentino desde la Ley 26705 (más conocida como ley Piazza) de 2011 y la ley 27206 de la última reforma de 2015, pero no han sido parte del mismo proceso de reforma normativa, ni de otras, las consideraciones especiales para los casos en que las personas menores de edad sean imputadas de delitos, por ejemplo, disponiendo un régimen especial de acción penal y de la pena a su respecto con asiento en los principios de brevedad y revisión periódica, tanto para la disposición de la acción, como para su suspensión, interrupción y extinción, ya sea por prescripción, insubsistencia o por algunas otras causales que puedan considerarse válidas solo para este ámbito disciplinar.

Y como corolario, podemos afirmar que tampoco existe un gran desarrollo dogmático específico respecto de excusas absolutorias especiales para el caso de NNyA, que conforme a

todo lo expuesto hasta aquí respecto de la onticidad de la persona humana en desarrollo en las diferentes etapas de la vida, aparece como necesario, e incluso hasta podría sustentar conceptualmente la generación de nuevas excusas absolutorias que la dogmática penal adulto centrista no ha aportado y que procesalmente incluso podrían relacionarse con la remisión, fundar un principio de oportunidad ampliado, una suspensión de juicio a prueba ampliada, y otros institutos procesales que funcionen como herramientas específicas con apego a los principios de desjudicialización y brevedad, habiendo en la especialidad práctica ejemplos al respecto, incluso en lo normativo (La Ley 3353 de La Pampa prevé tales institutos de manera ampliada por la especialidad, por ejemplo).

Punibilidad y Edad Mínima de Responsabilidad Penal (EMRP)

En torno a esta cuestión hemos hecho aportes anteriores que seguiremos para el desarrollo de las cuestiones centrales¹⁹⁵.

Para comenzar nos vemos en la necesidad de distinguir en el ámbito de lo discursivo tres conceptos que suelen vertirse mediática, política y hasta académicamente como sinónimos cuando, en rigor, no lo son: Imputabilidad, procesabilidad y punibilidad.

Imputabilidad en derecho significa que a una persona humana se le pueda atribuir como propia una determinada acción o conducta, que puede ser delito, falta o contravención, o no estar formalmente sujeto a una pena. Es decir, que a una persona determinada se la pueda indicar como responsable de una infracción contenida en una norma sancionatoria también determinada.

Así, entonces, puede subdividirse ese concepto en dos planos diferentes. Por un lado, la imputabilidad penal, relacionada con la posibilidad de atribuir a una persona uno o más hechos determinados, lo cual tiene que ver con sus capacidades subjetivas. En general, esto es la posibilidad de relacionar a un ser humano con un acto material o intelectual de acuerdo a sus capacidades físicas, psíquicas y/o psiquiátricas¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Osio Alejandro (2017) *Bajar la edad de punibilidad es anticonvencional e inconstitucional*. Revista Pensamiento Penal del 16/01/2017; (2017) *Posible violación a los derechos humanos. No hay razones para bajar la edad de punibilidad*. Revista Contexto universitario. Año 11 N° 48. mayo 2017. EdUNLPam; (2017) *La edad de punibilidad como cuestión de derechos humanos ¿quién puede fijarla? ¿las provincias pueden elevar la nacional?* Revista Pensamiento Penal del 19/10/2017.

¹⁹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro Derecho Penal. Parte General. (2002) Ediar, 2da ed. Buenos Aires, Argentina.

Por otro lado, tenemos la imputabilidad en su arista procesal, relacionada con la posibilidad de que una persona pueda ser pasible de ser imputado en un proceso penal a raíz de la atribución de un hecho que pueda ser encuadrado como infracción a una ley penal en sentido amplio. Esto es, la posibilidad de que a algunas personas a partir de determinada edad o momento de sus vidas se las pueda relacionar con un hecho delictivo y someterlas a un determinado sistema de procesamiento o enjuiciamiento penal, en el cual deben seguirse determinados requisitos (reglas del debido proceso) y pasos para llegar a una solución final (sentencia)¹⁹⁷.

Esto diferencia a las personas a las cuales puede aplicarse un proceso de orden estrictamente penal de aquéllas a las cuales se les impone un proceso formalmente de otra índole pero materialmente punitivo, y en tercer lugar, personas a las cuales no se puede aplicar un proceso punitivo, y ni siquiera judicial.

Como hemos visto antes, en el estado actual de la legislación aplicable en Argentina a personas menores de edad, según la franja etaria en que se encuentren, se prevén tipos de procesos que pueden producir materialmente una amalgama entre dos de esas categorías de intervención. En nuestro país, por ejemplo, se prevén procesos asistenciales o tutelares de acuerdo al paradigma que en América Latina se conoce como "Tutelar o de la Situación Irregular"¹⁹⁸ y conforme a las leyes nacionales y provinciales que mantienen al sistema de Patronato como paradigma normativo, con más una importante cantidad de normas no penales y resoluciones administrativas que disponen la conformación, función y atribuciones de agencias que gestionan las problemáticas de niñez y adolescencia en varias de nuestras provincias, ello es mantenido. Esta normativa no sólo es anterior, sino también contraria e incompatible con el paradigma de la "Promoción y Protección Integral de Derechos"¹⁹⁹ en el cual se alinean las normas internacionales vigentes, la Ley Nacional 26.061, y varias de las leyes de protección integral de derechos de nuestras provincias.

Volviendo a la cuestión terminológica planteada, en segundo lugar tenemos a la Punibilidad que, para ser concisos, supone la posibilidad de que a una persona se le aplique una sanción penal, es decir, que se le pueda aplicar una pena determinada en alguna ley de carácter penal. En nuestro país las penas pueden ser de reclusión, prisión, multa o inhabilitación (Art. 5 del Código Penal).

¹⁹⁷ Binder (2009) ob cit, p. 115 y ss.

¹⁹⁸ Platt, Anthony M. (1997) *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. 3ra edición. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina; y Beloff, Mary (2008) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

¹⁹⁹ Beloff, ob cit nota anterior, p. 31 y ss.

En suma, lo que caracteriza a este concepto es el resultado que puede recaer sobre una persona a partir de cometer un hecho definido en una ley como delito, contravención o falta, reunir determinadas condiciones personales al momento del hecho (autodeterminación por ejemplo) y tener determinada edad, también a ese momento.

Ahora bien, y pese a las diferencias conceptuales brevemente enunciadas, creemos destacable que cuando se habla de bajar la edad de imputabilidad y punibilidad lo que se intenta es que el sistema penal, ya sea con procesos especializados o no, o con aplicación del sistema de adultos a personas que no cuentan al momento de la comisión del acto que se les atribuyese con la edad mínima de responsabilidad penal actual, siempre significa ampliar el espectro de actuación del poder penal del Estado por ampliación a un sector poblacional que es definido por el legislador y que, anteriormente a ello, no estaba comprendido dentro del abanico de personas susceptibles de ser sancionadas penalmente.

Natural y lógicamente, podría pensarse que sin importar lo que se pretenda, por aquello de que el fin no justifica los medios, pero teniendo en cuenta que, de cualquier forma, la ampliación de la categoría de seres humanos capaces de ser incluidos en el brazo penal del Estado, por ejemplo, bajando la edad de punibilidad ahora enmarcada en 16 años (al menos la relativa, art. 1 y 2 del Dec-Ley 22.278 -ref 22.803-) por debajo de esa edad, como se ha pretendido en nuestro país en 2019²⁰⁰ y tantas veces antes, lógicamente significará que un mayor número de personas sea pasible de ser captado por el sistema penal y antes en el tiempo.

Ahora bien, deberían demostrarse los beneficios que irroga la utilización del poder penal para luego justificar su aplicación a mayor cantidad de seres humanos y a partir de una edad más temprana, puesto que si lo que se intenta proponer es que debe aplicarse a más gente y antes, es porque ha de generar ventajas y/o beneficios para la tríada imputadxs, víctimas y comunidad, o al menos para algunx de ellxs. Y para merituar ventajas y desventajas, beneficios y perjuicios, ya nos hemos ocupado antes en este trabajo de demostrar que, más allá de las especulaciones políticas y estrategias mediáticas, lo cierto es que, en términos generales y salvadas las excepciones existentes, el contacto de personas menores de edad con el sistema penal no aporta nada bueno al desarrollo de un plan de vida digna, ni a la comunidad en términos de prevención y seguridad, y tampoco a las víctimas en clave de reparaciones. Entonces, como puede verse claramente, ni la pena privativa de libertad ni el

²⁰⁰ El proyecto de ley presentado puede verse en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_regimen_penal_de_la_minoridad.pdf

proceso penal son de lo más recomendable para ser aplicado a seres humanos que no han llegado aún a la mayoría de edad.

El efecto negativo del contacto de NNyA con el sistema penal ha sido relevado por el Comité de la CDN, que en la O.G. 24 ha dicho lo siguiente:

En la introducción:

“2. Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.”

Entre los objetivos de esa observación ha indicado que se encuentra el de:

“c) Promover estrategias clave para reducir los efectos especialmente perniciosos del contacto con el sistema de justicia penal, con arreglo al mayor conocimiento que se tiene acerca del desarrollo del niño, en particular:

i) Fijando una edad mínima de responsabilidad penal apropiada y garantizando el tratamiento adecuado de los niños tanto antes como después de esa edad...”

Como uno de los elementos fundamentales para una política integral de justicia juvenil en materia de prevención, insta a:

“9. Los Estados partes deben consultar las Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal y las investigaciones nacionales e internacionales comparadas sobre las causas fundamentales de que haya niños que entren en contacto con el sistema de justicia juvenil, y realizar sus propias investigaciones para fundamentar la elaboración de una estrategia de prevención. Las investigaciones han demostrado que los programas intensivos de tratamiento basados en la familia y la comunidad, diseñados para introducir cambios positivos en aspectos de los diversos sistemas sociales (hogar, escuela, comunidad, relaciones entre iguales) que contribuyen a crear graves dificultades de comportamiento en niños, reducen el riesgo de que éstos entren en los sistemas de justicia juvenil.”

Asimismo, podríamos afirmar también que bajar la Edad Mínima de Responsabilidad Penal en la Argentina, violaría el principio de progresividad en su mandato de no regresividad en materia de derechos humanos, puesto que se impondría un sistema coercitivo (sistema penal) con la habilitación de afectación de derechos fundamentales, que produce efectos perniciosos en relación a las posibilidades de desarrollo de un plan de vida acorde a los fines de la CDN, y pone en serio riesgo la libertad especialmente de algunos sectores de la población,

precisamente los de mayor vulnerabilidad, y que, conforme al estado actual de la legislación vigente, no se vería afectada por tales amenazas de criminalización y eventualmente sanción penal, cuando desde el DIDH se manda precisamente a lo contrario.

Normativamente, ya está dispuesto el piso por los artículos 40,3, a) de la CIDN y Art. 1 del Dec-Ley 22278 (16 años) con la recomendación del Comité de los Derechos del Niño de no bajarla (O.G. 24), por lo que un avance por sobre los derechos en el sentido indicado, claramente iría en contra del principio de progresividad, por implicar una política regresiva, afectándose derechos humanos que tienen un límite impuesto desde el Estado, y que son derechos adquiridos de la comunidad, especialmente de NNyA.

Pero también se vería afectado el principio de igualdad ante la ley (Art. 16 de la CN y O.C. 17), debido a que, internamente, la equiparación entre personas susceptibles de responsabilidad penal debería tener en cuenta la situación etaria, lo cual obliga a un trato jurídico desigual, por la diferente condición personal. En el orden externo (normas del DIDH) también surge la misma imposición, esto es, reconocer un diferente estatus jurídico entre tales sujetos de derecho, diferentes grados de responsabilidad, y la imposibilidad de ser captados por el sistema penal, debido a que se encuentran en el proceso de formación de su personalidad, lo cual a su vez obliga a generar responsabilidades disminuidas, tal y como ha dicho la Corte IDH en el fallo “Mendoza y otros vs Argentina” en relación a las penas perpetuas, relacionándolo con el principio de culpabilidad que ya vimos.

Como también vimos, bajar la edad de punibilidad no sólo es anti convencional e inconstitucional, sino también ilegítimo, no recomendable, inadecuado, basado en falacias e infundado porque además de ser regresivo, el único fin que persigue es el castigo, por una multiplicidad de razones que a modo de ejemplo enunciarnos: no es cierto que sea el único modo de asegurar garantías a NNyA de menos de 16 años de edad; no es necesario sancionar nuevas leyes sino cumplir con las vigentes; la cantidad de NNyA de 14 y 15 años de edad que intervienen en delitos graves es ínfima; el Estado no puede controlar las cárceles que tiene, mucho menos podrá si le agrega más; el sistema penal es discriminatorio, selectivo y estigmatizante; los NNyA son el eslabón más débil de los grupos delictivos y empresas criminales; las penas previstas no son intocables sino que históricamente han tendido a su aumento; y además se criminalizaría, una vez más, a las víctimas del neoliberalismo imperante, como dice la profesora Claudia Cesaroni²⁰¹.

²⁰¹ Cesaroni, Claudia (2013) *Diez motivos para no bajar la edad de imputabilidad*. Revista Pensamiento Penal del 03/10/2013. En línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37307-diez-motivos-no-bajar-edad-imputabilidad>

A todo lo cual podemos agregar que el discurso punitivista de baja de edad de punibilidad se asienta sobre una gran falacia doble, que consiste, por un lado, en afirmar que la penalización de las personas aporta beneficios en torno a la reinserción social o resocialización de las personas (a modo de solución para los conflictos sociales), y por otro lado, en que la penalización provoca una disminución en los hechos delictivos futuros (mayor seguridad a la población), cuando ambas afirmaciones, por múltiples razones, son esencialmente falsas, aunque políticamente rentables en estos días, pero también nunca demostradas.

Ahora bien, tomada las decisiones respecto al sistema judicial de responsabilidad penal y a la porción de la población aplicable, teniendo en claro que ya no se puede modificar regresivamente el sistema dispuesto en Argentina, sino a lo sumo mejorarlo, en términos político criminales, deberíamos tomar una tercera decisión referente al tipo de sanción aplicable. Es decir, si para las personas adultas (desde los 18 años de edad en adelante) la prisión es la sanción penal por antonomasia y algunas otras escasísimas alternativas ¿para las personas menores de edad, cuál/es es/son?

Pues supongamos que no se logra bajar la edad de punibilidad a los 14 o sí, todx lxs NNyA que pasen por un debido proceso legal con todas las garantías ¿a qué llegan? ¿A la prisión o a otro tipo de sanción o medidas?

Bueno, nuevamente las normas internacionales indican algunas precisiones que sólo enunciaremos, pues el ingreso a su análisis excedería el marco de esta parte del aporte: principio de no judicialidad; diseño de instituciones administrativas y no gubernamentales de prevención; políticas públicas integrales de protección de derechos; usar como última opción la judicialización, y en caso de judicializar, la última opción debe ser la penalización, pues hay a disposición un ramal importante de medidas alternativas, entre ellas las de justicia restaurativa como ya vimos; y aún dentro de las penas o sanciones posibles, un sistema distinto al de personas adultas que no conduzca a la prisión sino a una diversidad de sanciones posibles²⁰².

Sucintamente, las conclusiones a que se podrían arribar entonces, podrían ser tres: en primer lugar, no es recomendable ni adecuado que las personas menores de edad sean sometidos al mismo sistema penal que para personas adultas; en segundo lugar, si se les aseguran sus derechos en ese marco, tampoco deberían recibir la misma sanción penal (prisión: sanción privativa de la libertad como medida principal); y en tercer lugar, bajar la edad de punibilidad

²⁰² Reglas de Beijing para prevenir la delincuencia juvenil, y artículo 40.4 de la CIDN.

para que a ese sistema ingresen personas con menos de 16 años de edad es ilícito, inconstitucional, anti convencional, ilegítimo e innecesario.

Y decimos que no se ha demostrado que sea necesario porque, amén algunos lugares en que se focalizan problemáticas de cierta gravedad conflictiva de personas menores de edad (principalmente en el AMBA²⁰³), lo cierto es que cuando se levanta la mirada hacia todo el país, se puede verificar que es mentira que la participación de personas menores de edad en delitos graves es un problema acuciante que impone y justifica bajar la edad mínima de responsabilidad penal, que recordemos es aplicable a todo el país, por lo cual, en todo caso deberán resolver del modo en que sea necesario los problemas en los sectores en que se focalizan esas problemáticas, echando mano a las políticas públicas que sean pertinentes y adecuadas, pero de ningún modo un problema focalizado puede justificar la necesidad de una reforma de alcance nacional.

En este punto, se suele seguir pensando de manera unitaria (porteño centrista), creyendo falsamente (y haciéndonos creer mediante los medios de comunicación hegemónicos) que los problemas y situaciones que suceden en el AMBA y sus alrededores, son los problemas y situaciones del país entero, y que, como tal, los debe resolver el Congreso Nacional a través de la habilitación de mayor poder punitivo, que también se habilitaría para todo el país, que en su diversidad, desde un punto de vista federal, no solo que no lo necesita, sino que sería enteramente perjudicial. Es decir que, en este punto es necesario reconducir las discusiones y debates en términos de federalismo, y deconstruir el porteño centrismo que tantas veces impera en los motivos que justifican la legislación nacional (y en los contenidos de las leyes como consecuencia de eso), sin tener en cuenta toda la diversidad nacional. Porteño centrismo que, incluso, impera también en muchas consideraciones conceptuales, teóricas y analíticas en la doctrina nacional, aunque sobre ello no profundizaremos en este aporte, pero sí recalaremos en la cuestión de la edad de punibilidad desde un punto de vista federal.

Edad de Punibilidad y Federalismo

²⁰³ El AMBA es la zona urbana común que conforman la Ciudad de Buenos Aires y los siguientes 40 municipios de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berazatagui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López, y Zárate. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/sabias-que-es-el-amba>

Haremos aquí un aporte posible a la cuestión de la fijación de la edad mínima de responsabilidad penal, en lo concerniente a cuál es la parte del Estado legitimada para ello, y qué podrían hacer las provincias desde el principio de federalismo ante un avance del Estado central sobre los derechos de NNyA frente al poder penal.

En este momento pondremos en crisis una cuestión que pareciera no haber sido muy analizada a lo largo de la historia y que parece un consenso genérico sin demasiada revisión. Me refiero a la afirmación consistente en que el estado nacional es quien tiene el poder de fijar la edad de punibilidad de las personas y que en caso de decidir subirla o bajarla sería el Congreso de la Nación el órgano facultado para ello, debiendo acatar pasivamente las provincias la imposición central.

Ahora bien, cuando se bucea un poco más sobre los argumentos normativos de tal afirmación nos encontramos con que son difíciles de hallar; cuando se leen las discusiones parlamentarias y los antecedentes del Código Penal de 1921, que contenía la fijación de edad de punibilidad no se encuentran fundamentos sobre ello, y cuando uno revisa las cuestiones constitucionales implicadas pareciera que el argumento implícito, la mayoría de las veces, y expresado en algunas oportunidades, se derivaría del artículo 75.12 de la CN que autoriza al Congreso de la Nación a dictar códigos de fondo, entre ellos el penal. Pero aun cuando ello parece evidente, estamos aún sin poder responder a la pregunta inicial, puesto que, aunque el Congreso de la Nación esté autorizado para dictar las leyes penales especiales, haciendo una interpretación forzosa del mandato de dictar códigos (aunque no sean lo mismo), aún no surge que la edad de punibilidad debería estar en un código de fondo. Y aunque se pueda argumentar que lo que clásicamente se denominaba aplicación de la ley penal respecto de las personas o imputabilidad, esto es designar al sector poblacional al cual se le aplicará la legislación penal es una atribución del legislador nacional por implicar la decisión de fondo sobre la aplicación personal de la ley penal, estamos todavía rengos en la respuesta, porque aún no podremos responder si las provincias pueden o no subir la edad de punibilidad que la legislación nacional fije mediante ese atributo legislativo de fondo.

Y si a ese análisis le agregamos la variable proveniente de la reforma constitucional del año 1994 y entendemos a la fijación de edad de punibilidad en clave de derechos humanos, la cuestión se complica, pero de tal amalgama surge sólo una posible respuesta, como veremos.

Vamos por parte. Al momento de la aprobación del originario artículo 64.11 de la Constitución Nacional (hoy 75.12), nada se dice sobre la edad de punibilidad. La única discusión de la que dan cuenta las actas de la sesión versa sobre la de Gorostiaga (miembro

informante de la comisión que propuso el proyecto de constitución) y Zavalía en torno a la facultad del Congreso de la Nación de dictar los códigos y leyes generales para la nación²⁰⁴. Entonces tenemos que en el ámbito de la discusión constitucional nada se dijo sobre la edad de punibilidad, y lo mismo sucedió en la reforma de 1994.

Veamos cómo ha sido la cuestión en la legislación infra constitucional y en la doctrina.

Como dice Claudia Cesaroni:

*“El Código Penal sancionado en 1921 establecía la edad de punibilidad en 14 años. Durante el gobierno peronista, en 1954, se estableció en 16 años, en el marco de una política dirigida a la protección de la infancia (Ley 14.394). La Dictadura, en una de sus primeras medidas (Decreto Ley 21.338), derogó parcialmente esa norma, y fijó la edad de punibilidad en 14 años, decisión que mantuvo en el Régimen Penal de la Minoridad, creado en 1980 (Decreto Ley 22.278). En mayo de 1983, meses antes de la recuperación de la democracia, la edad de punibilidad volvió a establecerse en los 16 años.”*²⁰⁵

Esa es la historicidad de la regulación de la edad de punibilidad, a la cual debe agregarse que antes del código de 1921, la punibilidad regía en el artículo 81, inciso 3 del Código de 1887 con una edad de inimputabilidad absoluta (menores de 10 años), una edad de transición en la cual se penalizaba sólo si se acreditaba discernimiento (de 10 a 15 años) y la punibilidad plena a partir de los 16 (sistema muy criticado por cierto en su época²⁰⁶). Pero ¿qué es lo que demuestra eso? No mucho, solo el dato histórico de que el legislador central fue el que se ocupó siempre del instituto. Ahora ¿cuáles eran los argumentos para ello?

El Código Penal de 1921, preveía la punibilidad de las personas menores de 18 años de edad en sus artículos 36 a 39, y el primero de ellos comenzaba diciendo que *“No es punible el menor de catorce años”*. Este código borró el sistema de transición del de 1887 y desterró el tan criticado y considerado anacrónico para la época “discernimiento” como herramienta de habilitación punitiva.

En la expresión de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados al proyectar el código (a la cual adhirió la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores²⁰⁷), luego de criticar el sistema vigente desde 1887, se expresa lo siguiente:

²⁰⁴ Anales de Legislación Argentina, 1954, p. 20/23.

²⁰⁵ Cesaroni, Claudia “Cinco cuestiones sobre la baja de la edad de punibilidad”. En línea: <http://cepoccepoc.blogspot.com.ar/2017/02/cinco-cuestiones-sobre-la-baja-de-edad.html>

²⁰⁶ Ver Soler ob cit, pág. 44, nota 6.

²⁰⁷ Moreno (h), Rodolfo (1922) *El Código Penal y sus antecedentes*. Tomo II. H.A. Tomassi editor. Buenos Aires Argentina, pág. 351.

*“Estamos persuadidos de que el discernimiento, la apreciación de la moralidad o inmoralidad de los actos, de ciertos actos sobre todo como los delitos, comienza generalmente antes de los diez años. Empero, un menor de catorce años, en virtud de sus cualidades personales diversas, su desarrollo incompleto, de su escasa fuerza para resistir a las tentaciones, de los cambios que en él se han de operar necesariamente y de las series de los datos positivos que lo diferencian de los mayores de esa edad, aunque comprenda la criminalidad de un hecho y lo ejecute a designio no podrá ser equiparado a un adulto para responsabilizarlo de igual manera y someterlo a la misma penalidad. La aplicación a los impúberes en algunos casos, cualesquiera que sean, de los medios represivos calculados y establecidos para los adultos, importa prescindir del primer elemento de las condiciones personales del agente, que deben tenerse en cuenta para fijar la represión; y dará siempre resultados negativos y perjudiciales a los impúberes y a la sociedad: a los primeros porque quedarán inscriptos en el grupo de los criminales y así habrán salvado uno de los mayores obstáculos que podrá preservarlos del delito, el temor de ser confundidos con los bribones y el deseo de mantener en los demás la creencia en su honestidad; a la sociedad porque habrá gastado simplemente su dinero cuando no lo haya hecho para alimentar a un reincidente futuro. Los menores de catorce años, declarados absolutamente incapaces por el código civil, no pueden ni deben estar sujetos a las penas establecidas para los adultos”.*²⁰⁸

En las páginas siguientes²⁰⁹, citando a Rivarola en su “Derecho Penal Argentino” se da cuenta de la crítica al concepto de discernimiento y su posible acreditación, como así también de la legislación francesa de por entonces, el Congreso Penitenciario de 1914 (específicamente el trabajo del Dr. Jorge Coll), lo expuesto por el profesor de la UBA Jorge P. Ramos en relación al atraso con que contaba la legislación argentina al respecto, los estudios de Jiménez de Azúa respecto del Proyecto de Código Penal para Suiza de 1912 que abandonó la cuestión del discernimiento, optando por fijar la edad de punibilidad a los 14 años y autorizando medidas precautorias y educativas al intervenir con personas menores a esa edad, y otras distintas para adolescentes (de 14 a 17 años).

Luego se sigue con el resto del articulado concerniente a la institucionalización de adolescentes de acuerdo a sus problemáticas, y a página 157 se aclara que la pena sólo podrá imponerse cuando el adolescente sea muy peligroso y cometiera delitos muy graves, pero teniendo en cuenta lo que denomina “...atenuación prevista para la edad de transición...”.

²⁰⁸ Código Penal de la Nación Argentina (1922). Ley 11179. Edición Oficial. Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía. Buenos Aires Argentina, p. 152/3.

²⁰⁹ Idem p. 154/156.

En esa misma página y la siguiente se cita al código penal alemán y al de Noruega que también preveían la edad mínima de punibilidad a los 14 años.

Como puede verse, parece que la motivación original de los legisladores de 1921 estuvo asentada sobre fijar una barrera de política criminal basada en las consecuencias del sistema penal sobre las personas menores de 18 años de edad, estableciendo una edad de transición entre la no punibilidad absoluta a los 14 años y el establecimiento de medidas educativas y de precaución (propias del paradigma del patronato imperante) para quienes cometían delitos a partir de esa edad, reservando la pena para delitos muy graves y peligrosidad demostrada, tomando nota de consideraciones que se parecen mucho a las actuales en torno a la capacidad progresiva, a la consideración de las personas en desarrollo dentro de las franjas etarias referidas y también en pos de evitar la estigmatización del sistema penal. Ergo, la legislación originaria en el Código Penal de 1921, al legislar la edad mínima de punibilidad no se asentó sobre la capacidad o no de comprender la criminalidad de los actos en tanto presupuesto necesario para acreditar la imputabilidad de las personas, sino que fijó una barrera político criminal en tanto límite para la intervención penal del Estado.

Rodolfo Moreno (h) en la obra ya citada aquí transita por todos los antecedentes del tema respecto de la edad de punibilidad en los proyectos de Código Penal para Argentina, que por razones de extensión no detallaremos aquí²¹⁰, a páginas 342/343 reseña la correspondencia de la legislación argentina con la más avanzada por entonces (proyecto suizo de 1916, alemán de 1909, austríaco de 1909 y códigos noruego y japonés) y aclara al final, citando a la Comisión de Códigos del Senado de la Nación que las decisiones en torno a la temática se han tomado “*de acuerdo con la política criminal*”²¹¹.

El legislador argentino volvió luego sobre la cuestión en la legislación de familia (Ley 14394), y en legislación de la última dictadura cívico-militar (leyes 21338, 22278 y 22803), y en ninguna de las reformas se fundamentó sobre la atribución del estado nacional en la fijación de la edad mínima de responsabilidad penal, pero si se argumentó sobre los fundamentos y objetivos de la legislación propuesta.

En el mensaje del Poder Ejecutivo del 08/12/1954 respecto de la ley 14394 en que se propone la edad mínima de punibilidad en 16 años, se afirma que:

²¹⁰ Ob cit, pág. 315/352.

²¹¹ Ob cit, pág. 351.

*“La idea que priva en el proyecto –arts. 1° a 13- es la de sustraer a los menores del código penal para ser sometidos a un régimen especial, adecuado a las modalidades de cada uno, destinándolos, cuando correspondiera, a establecimientos asistenciales o educacionales.”*²¹²

La expresión de motivos de la Ley 21338 que bajó el límite a los 14 años no se pronuncia sobre el particular²¹³, pero sí la de la Ley 22.278 que lo mantiene. Dice lo siguiente:

*“Todo tope apriorístico que se determine podrá merecer diverso tipo de críticas; sin embargo y en favor del elegido, cabe anotar que el mismo coincide con el adoptado por el Código Civil para diferenciar a los menores impúberes de los menores adultos (art. 127, C.C.), siendo oportuno recordar que dicho ordenamiento, en su art. 54, prescribe la incapacidad absoluta de los primeros. Por otra parte, en cuanto a la conveniencia de mantener la edad de 14 años como hito demarcatorio de la inimputabilidad, respecto de la de 16 años que preveía la ley 14.394 antes de la reforma introducida por la ley 21.338, es oportuno señalar que, a pesar de la prédica de algunos especialistas en favor de esta última edad la doctrina se venía inclinando por mantener los 14 años como límite mínimo”*²¹⁴

Por su parte, al proponer la ley 22.803 que vuelva la edad mínima de punibilidad a los 16 años, y que rige hasta el presente, se dijo:

*“Las condenas a menores que cometieren delitos entre los catorce (14) a dieciséis (16) años se contraponen con las características integradoras de la personalidad que es dable observar en ese lapso. La comprensión de lo ilícito, la aptitud intelectual –dependiente de un mayor y rápido proceso de aprendizaje- y una más temprana actividad socializadora son elementos que deben ser analizados dentro del campo que ofrece la inmadurez de aquellos que no han convivido lo suficiente como para afrontar con responsabilidad los resultados negativos que pudieran causar sus conductas. La posibilidad de ejercitar una tutela eficaz entre los catorce (14) y dieciséis (16) años permite augurar dentro de una ponderada esperanza, que el menor superará sus conflictos y alcanzará razonablemente la integración de su personalidad”*²¹⁵

Es decir que, aún en esta ley proveniente de la dictadura más represiva y atroz de la historia argentina, las consideraciones en torno a la niñez en conflicto con la ley penal manifiestan la nocividad y negatividad de la penalización de adolescentes entre 14 y 16 años de edad, aludiendo a su incompatibilidad con la posible integración comunitaria, y más allá de los rasgos tutelares de la argumentación final, suben la edad de punibilidad asentándose en lo nocivo del poder penal y apostando a la tutela de adolescentes en vez de a su represión.

²¹² Anales de Legislación Argentina. 1954; p. 237.

²¹³ Anales de Legislación Argentina. 1976: p. 1113 y 1131.

²¹⁴ Anales de Legislación Argentina. 1980: p. 2576/2577.

²¹⁵ Anales de Legislación Argentina. 1980. Tomo XL.C. LA LEY. Buenos Aires 1983: p.1355.

Doctrinariamente la cuestión de la punibilidad era tratada como una cuestión de inimputabilidad por inmadurez. Para ello es útil ver el cuadro de situación pintado por Soler, quien da cuenta además de la historicidad del instituto y los nuevos planteamientos sobre el tema al comentar la legislación argentina, haciendo mención a la distinción radical entre punibilidad y no punibilidad inicial, luego la edad de transición fijada por el código de 1887, haciendo foco en el discernimiento, hasta la ley 14394 que pone el foco en la gravedad de los hechos, manteniendo el destierro del discernimiento como diferendo, ya establecido por el código de 1921, como hemos visto²¹⁶.

Núñez la trataba dentro de las causas naturales de inimputabilidad y coincidía con Soler en que se trataba de la incapacidad de responsabilidad penal por inmadurez de la persona, sobre la cual el legislador imponía una presunción *iuris et de iure* al estipular una edad mínima, que decía no era una ficción arbitraria del legislador sino basada en la ciencia y en la experiencia política²¹⁷.

Como conclusión entonces podemos afirmar que si bien en la doctrina se trató siempre a la edad de punibilidad como una causa sustancial de inimputabilidad por inmadurez para adecuar la conducta al derecho, siendo el tope fijado en las legislaciones una ficción, que de 1887 a 1921 aceptaba bemoles (acreditar el discernimiento), y luego de ello ha sido presunción *iuris et de iure*, en los motivos de la legislación ello no fue lo determinante, como vimos, sino que primó la fijación de una barrera de política criminal para evitar la estigmatización, apuntar a la tutela en vez de a la represión de adolescentes y unificar criterios con el Código Civil.

Lo cierto es que, de acuerdo a todo ello no podemos todavía responder los dos interrogantes fijados al inicio, sino sólo concluir que la edad mínima de responsabilidad penal ha sido siempre legislada por el estado nacional y no por las provincias, dato histórico que de por sí no implica fundamento normativo constitucional ni mucho menos convencional, puesto que luego de la reforma del año 1994, aún no se ha ejercido el poder legisferante al respecto.

Lo que sí podemos afirmar con lo investigado es que, en principio, los constituyentes de 1853 y los legisladores de 1921, debieron considerar como materia propia del Estado central la fijación de edad de punibilidad (o, mejor dicho, imputabilidad como se denominaba por entonces, aunque actualmente los conceptos difieran) debido a que era materia contenida en todos los códigos penales de esas épocas sin discusión alguna al respecto. Aunque también se

²¹⁶ Soler, Sebastián (1970) *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. 3ªed. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires Argentina, pág. 42/46.

²¹⁷ Núñez, Ricardo C. (1965) *Derecho Penal Argentino*. Parte General. II. 2ªed. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina, pág. 32/33.

podrá decir que eran parte de esos códigos las contravenciones y luego fueron sacadas del código penal argentino y legisladas provincialmente, pero nos parece que la cuestión que aquí tratamos, entendida como la posibilidad de imputar delitos penales y permitir por ello el ingreso de personas a la órbita del poder punitivo del Estado, ya sea para el proceso penal y la imposición de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad (imputabilidad) o para ser pasible de ésta última (punibilidad), supone la fijación de una barrera de política criminal que es facultad del Estado nacional, no sólo por mandato constitucional al atribuir la legislación de fondo, sino ahora, más modernamente y en lo particular desde 1994, para cumplir con el mandato convencional de fijar una edad mínima de responsabilidad penal a que obliga la Convención de los Derechos del Niño (Art. 40, inciso 3, punto a.).

Ahora bien, el federalismo argentino en términos de legislación sustantiva y formal funciona de manera más o menos limitada por la propia Constitución Nacional respecto de las facultades delegadas y no delegadas expresamente por las provincias que la conformaron, aunque ello no es tan pacífico como la afirmación parece indicarlo, puesto que en este aspecto se dice que la Constitución Argentina se separó de la de USA imponiéndose el federalismo atenuado propuesto por Alberdi, quedando finalmente un híbrido en el cual hay superposición de legislaciones, zonas grises no delimitables con facilidad, materias que son consideradas concurrentes e incluso hasta materias que no han sido referidas en la taxatividad del originario artículo 64.11 de la CN –actual 75.12- y que han sido reguladas por las provincias y por la nación, y hasta legislaciones de forma y fondo tanto en normas nacionales como en provinciales, todo lo cual en caso de conflicto hasta ha dado lugar al llamado por Pedro J. Frías “*federalismo de concertación*” que obliga a las provincias y al Estado central a realizar acuerdos para legislar. Así también existen otras cuestiones cuyo tratamiento ahora ampliarían en demasía los presupuestos de este aporte, por lo cual no nos detendremos en su análisis. Sobre ello remitimos a la bibliografía específica²¹⁸.

Sólo nos quedaremos aquí con la afirmación consistente en que la legislación de fondo en lo relacionado a la edad de imputabilidad y punibilidad, aunque no se trata de una de las

²¹⁸ Segovia, Juan Fernando (1986) *Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y especiales* en Pérez Gilhou, Dardo (et al) *Atribuciones del Congreso argentino*. Depalma. Buenos Aires Argentina; Ekmedjian, Miguel Ángel (1997) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. Buenos Aires Argentina; Badeni, Gregorio (2010) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires Argentina, pág. 792/799, y Tomo III. Buenos Aires 2010; Gelli, María Angélica (2009) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Tomo II. Buenos Aires Argentina; y Ayrolo, Valentina (2013) *El federalismo argentino interrogado (primera mitad del siglo XIX)*. Locus. Revista de historia, Juiz de Fora. V. 36, n 01, pág. 061/084. En línea:

<https://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/view/2787/2021>

facultades mencionadas entre las delegadas, pero que históricamente se ubicaba dentro de los códigos penales de fondo, podemos aceptar que se trata de una facultad del gobierno central pero que por implicar una cuestión de derechos humanos, incluso de mandato y regulación específicos de instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (Art. 40.3.a de la CIDN), lo legislado por la nación no puede considerarse como una facultad exclusiva y excluyente del Estado central sino como una facultad compartida, en el sentido de que para una mejor satisfacción del acceso a un derecho y cobertura ante su posible afectación, la intervención del gobierno central marque el piso e integre a las provincias, pudiendo éstas dictar una legislación más amplia a fin de asegurar la mayor cobertura y acceso a los derechos en pos de la progresividad de su satisfacción²¹⁹. Lo que queremos decir con ello es que las normas nacionales fijan el piso en materia de derechos humanos, pero no el techo, por lo cual las provincias pueden dotar de mayor cobertura a los derechos en cuestión y adecuar su derecho interno de manera más acorde a los mandatos internacionales, lo cual configurará un mayor y mejor cumplimiento con las normas del DIDH.

En la lógica del cumplimiento de los derechos humanos hacia adentro por parte de los estados signatarios de compromisos internacionales que asume como obligatorios, los organismos internacionales de protección de derechos humanos bregan por su aseguramiento sin importar la organización interna de los Estados obligados, incluso así lo manda normativamente el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (conocido como cláusula federal) puesto que es el Estado en su totalidad el obligado con el compromiso internacional, pero para el caso de que se encuentre organizado de manera interna con ciertas autonomías, esas partes de un Estado están también obligadas por conformar el estado central que signó el tratado o la convención, aunque la legislación central funciona sólo como piso para la legislación y prácticas internas de las partes autónomas. Por ende, pueden legislar y diseñar recursos e implementar medidas que sean superadoras de la legislación y prácticas del estado central, pues ello implicará un mayor aseguramiento en la cobertura de derechos humanos hacia adentro del Estado comprometido internacionalmente, tanto en sus obligaciones pasivas como en las positivas²²⁰.

²¹⁹ Ampliaremos siguiendo la obra de Barrera Buteler, Guillermo (2010) *Los poderes no delegados* en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Hammurabi. Buenos Aires Argentina, y en la misma obra, también del mismo autor *Los poderes expresamente prohibidos a las provincias*.

²²⁰ Abramovich, Víctor (2004) *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina*. En línea: http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2001) *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En línea:

Y aquí debemos hacer una integración normativa para encuadrar la cuestión de la edad de punibilidad. El artículo 19 de la CADH permite la integración de toda la normativa internacional de derechos humanos de la niñez²²¹, conforme es sostenida jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sólo por ejemplificar citamos el caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)” en que se sostuvo que: “*Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana*”.

Ambas convenciones entonces deben integrarse, lo cual especificando sobre el artículo 1 de la CADH, 2 de la CDN respecto de las obligaciones de los Estados partes, la cláusula federal del artículo 28 de la CADH y el derecho al mejor derecho del artículo 41.b de la CDN, dan como resultado que las obligaciones en materia de derechos humanos de NNyA debe ser asegurado como obligado principal respecto de todo ser humano por los Estados signatarios (Estado central en Argentina), pero ello funciona como piso, pues sus organizaciones internas (las provincias en Argentina) pueden subir el estándar de protección y/o acceso de los derechos. Como contracara, en materia de vulneración de derechos humanos el Estado signatario no puede escudarse en las autonomías internas²²², por lo cual sumándolo a lo anterior, podemos concluir que la organización interna de un Estado que se compromete internacionalmente en materia de derechos humanos no es tan relevante, y en todo caso, la legislación y prácticas del Estado central funciona como piso por debajo del cual no puede afectarse el cumplimiento interno, y como límite para sus vulneraciones, pero no como techo, puesto que el mandato en la cobertura de derechos humanos es, precisamente, el de progresividad.

Como hemos visto, en nuestra organización federal ello no sólo que no ha sido prohibido de manera expresa para las provincias como materia sobre la cual no pueden legislar, sino que aparece como una facultad deducida en pos de las atribuciones del Congreso de la Nación, debido al dato histórico de que la fijación de la edad mínima de responsabilidad penal en tanto imputabilidad personal estaba en los códigos penales de la época como ley de fondo,

http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_ApuntesExhibibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1.

²²¹ Cano, Eleonora y Kawon, Jéssica (2013) *Artículo 19. Derecho del niño*. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/019-cano-kawon-nino-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da-3.pdf>

²²² Ampliaremos en la senda de Bazán, Víctor (2013) *El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas*. Estudios constitucionales, Año 11, N° 1, pág. 37/88. En línea: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art03.pdf>

pero ello ha tomado nuevos ribetes en torno a la lógica del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente en lo normativo constitucional, al nuevo inciso 22 del artículo 75 de la CN, que como literalmente manda, la incorporación de los tratados allí mencionados, entre los cuales está la CADH y la CDN no deroga artículo alguno de la primera parte y deben entenderse complementarios de los derechos allí acordados, lo que sumado a otras reformas del mismo proceso de 1994, estableció nuevos ribetes al federalismo constitucional e integró a las provincias y al Estado nacional en un bloque de garantía de derechos con facultades compartidas y obligaciones concurrentes, siendo la efectiva concretización de los derechos humanos uno de los objetivos del nuevo federalismo (Art. 75, incisos 18 y 19), como dice Andrés Gil Domínguez, quien también afirma que:

“El sistema federal argentino dejó de ser una forma de estado o una distribución territorial y política del poder para convertirse en una garantía de los derechos. En la medida en que no entendamos esto difícilmente podamos realizar un análisis conceptual realista de la reforma constitucional de 1994 en materia federal”²²³.

Por ende, las organizaciones internas de los Estados signatarios se encuentran, por mandato del derecho internacional de los derechos humanos, en entera libertad para legislar y diseñar recursos, herramientas y medidas que consideren necesarias para ampliar la cobertura de derechos humanos en la rama del ordenamiento jurídico que sea, con mayor razón en la rama del derecho más violenta del Estado y que, también por mandato convencional, ha de ser la última opción (principio de última ratio), lo cual claramente se cumple de manera más acorde y con mayor cobertura de derechos humanos si se eleva la edad de punibilidad, obstaculizando el acceso al sistema punitivo de personas cada vez en más corta edad, en vez de con su baja e ingreso a la cadena punitiva de sujeción de la cual ya hemos hablado en este trabajo.

Este argumento es de aplicación respecto de muchos otros institutos en el derecho internacional de los derechos humanos, como ser la edad mínima para la participación de NNyA en conflictos armados²²⁴, y en general para subir umbrales de acceso al agua potable, a

²²³ Gil Domínguez, Andrés “El federalismo unitario argentino (1994-2014)”. Revista Pensar en Derecho N° 5, pág. 95. En línea: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/elfederalismo-unitario-argentino-1994-2014.pdf>

²²⁴ En el siguiente link puede verse el protocolo en el cual el Comité de Derechos Humanos acepta la fijación de una edad mínima para participar en los conflictos armados que pueda variar hacia adentro de los estados parte, fijando éstos un piso mínimo para sus organizaciones internas. https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=m2zlbpxgizAC&oi=fnd&pg=PA3&dq=protocolo+ni%C3%B1os+en+conflictos+armados+edad+de+participaci%C3%B3n+&ots=AB0kjFjPY9&sig=K_ji_j2m0qz7_Mlur_WaM3hrTrwc#v=onepage&q=protocolo%20ni%C3%B1os%20en%20conflictos%20armados%20edad%20de%20participaci%C3%B3n&f=false

una vivienda digna, el medioambiente sano, como así también respecto de otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y no podría afirmarse que una provincia no puede ampliar las legislaciones y prácticas del Estado nacional respecto del acceso a tales derechos. Por lo tanto, ¿cuáles serían los argumentos jurídicos para sostener lo contrario respecto de la cobertura ante la afectación de derechos humanos frente al poder penal del Estado? Entendemos que no hay argumentos más que el ejercicio de la *potentia puniendi* ejercida históricamente por el Estado nacional, pero sin apoyatura constitucional expresa para prohibir la ampliación de derechos por las provincias, y ahora desde el año 1994, tal prohibición iría directamente en contra de los mandatos convencionales y del federalismo redefinido en esa reforma.

Entendemos entonces que, como la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos es del Estado nacional, pero los organismos internacionales han sentado que mientras los estándares internacionalmente tolerables se cumplan no interesa la organización interna de cada Estado parte, las provincias no pueden bajar el piso de garantías nacionalmente dispuesto, pero sí ampliarlo. Por ello, podrían fijar una edad de ingreso al sistema penal más alta (o imponer un procedimiento judicial o no judicial que no termine en una pena), lo cual sería más protectorio en materia de derechos humanos, puesto que configuraría un límite más estricto para la habilitación de poder punitivo y la obligación de generar estructuras y medidas de intervención no judiciales y de protección integral de derechos para personas que con menos de la edad fijada cometan delitos.

Internacionalmente la edad de punibilidad tolerable es 14 años (O.G. 24 Comité de los Derechos del Niño), pero en nuestro país bajar de 16 sería regresivo, y habría que preguntarse ¿Por cuáles razones si el Estado Nacional decide una edad de imputabilidad y/o punibilidad por ejemplo de 14 años en contra de los mandatos del DIDH, las provincias no podrían decidir 15, 16, 17 o 18, o imponer un procedimiento que no termine en una pena? Recuérdese también que la fijación de un tope de edad en la ley a fin del instituto tratado es y ha sido siempre una ficción sin precisiones ni justificación científica alguna, sino una presunción del legislador sobre la capacidad de las personas para ser imputadas de un delito sin posibilidad de demostrar lo contrario, y así también lo indica la CDN. En suma, una barrera político criminal fijada más o menos arbitrariamente por cada Estado.

Que el tema de la edad de punibilidad es ley de fondo y que haya estado alguna vez en el código penal (estuvo en el de 1887 y en el de 1921) sólo es un dato histórico como vimos, pero no resulta por sí sólo ningún fundamento sólido para limitar las facultades provinciales que puedan ampliar la protección del derecho a la libertad y de todos los derechos implicados

ante la posible afectación mediante un proceso penal, pues como vimos también, no puede afirmarse con certeza si fue o no delegada esa atribución por las provincias, y tampoco estaría tan claro que sea de la nación más que sólo como dato histórico.

Aparte, tampoco esa afirmación legitima que ello sea una facultad exclusiva del Estado central y excluyente de las provincias, y no pueda ser una facultad compartida con obligaciones concurrentes en clave de derechos humanos de acuerdo al nuevo federalismo delineado por la reforma de 1994 o que las provincias decidan elevar el tope más o menos arbitrario en torno a la presunción establecida en la ley.

Suponer que las facultades no delegadas expresamente son de la nación, implica una afirmación contra histórica al dar por supuesto que el estado central existió antes que las provincias y nuestro país hubiera sido un gobierno central que se dividió en partes, cuando ha sido al revés precisamente- Y es también una conclusión unitaria, al considerar que las facultades no delegadas por las provincias por falta de previsión las tendría el gobierno central, lo cual contradice no sólo al federalismo como forma constitucional sino hasta las normas y prólogo de la carta magna, máxime con la nueva configuración en términos de bloque o conjunto convencional a partir de 1994.

Por lo tanto, en el actual ordenamiento jurídico argentino, convencionalmente conformado, no existe anclaje normativo alguno que impida a las provincias ampliar el margen de protección de derechos humanos garantizando más ampliamente los principios de la CDN (ultima ratio, derecho penal mínimo, desjudicialización de conflictos penalizados, descriminalización, educativo, de socialización, e interés superior del niño, entre ellos) con las medidas que fueran adecuadas, entre varias, subir la edad de punibilidad, evitando así el temprano inicio de efectos perniciosos producidos por el contacto de NNyA con el sistema de justicia penal, o imponer un procedimiento no judicial o judicial que no termine en una sanción penal.

Un argumento en contrario podría ser que, si cada provincia pudiera decidir la edad de punibilidad, ello generaría inseguridad jurídica. Ahora bien, en primer lugar, ello no responde sobre quién tiene la facultad de hacerlo (si la nación, las provincias, o ambas) sino que se refiere a las consecuencias de implementar lo que hemos denominado argumento federal, lo cual es hilo de otro costal. Pero además, la inseguridad jurídica entendida como regulación diferenciada en distintas provincias y, por ende, la dificultad de conocer el derecho por parte de la comunidad, con más la variabilidad que puede generarse por el cambio de legislación en las diferentes jurisdicciones, son problemas propios de la dinámica del poder punitivo -en el mundo del ser- debido a la composición de todo Estado federal, y que existen en múltiples

áreas del ejercicio del poder punitivo (y en otras áreas del derecho también -lo administrativo por ejemplo-) y sin embargo no se han producido tantas discusiones al respecto.

Entonces ¿por qué es tolerable para lo procesal, lo contravencional, lo administrativo sancionador, el tránsito, el cierre de tipicidad de un montón de delitos que se remiten a reglamentos y normas locales, entre ellos los delitos culposos, homicidios, malas praxis, etcétera, y en cambio no podría tener lugar respecto de la edad de punibilidad. Si la respuesta es por la delegación de potestades de las provincias, volvemos a las conclusiones anteriores y a la pregunta central ¿Está claro que las provincias delegaron esta potestad o es meramente un dato histórico que a esa potestad siempre la ejerció el Estado Central y por ende se afirma acríticamente que es una potestad propia y excluyente? Pues recordemos que lo que la doctrina trataba como inimputabilidad en tanto aplicación de la ley penal respecto de las personas no fue lo relevante para la legislación en nuestro país.

Y además ¿Esa inseguridad jurídica no se debe también a la inflación penal punitiva? ¿Entonces, es tolerable para ampliar el poder punitivo, pero no para reducirlo? ¿Quién se atreve a decir que conoce ciertamente todo el espectro de conductas sancionadas en nuestro país? ¿Y para el caso, las diferentes normativas procesales de disposición de la acción penal, la diversidad de criterios jurisprudenciales por provincia, y aun las diferentes decisiones de los tribunales dentro de una misma provincia y los cambios jurisprudenciales hasta de los mismos tribunales en el tiempo, con zigzags incluidos hasta de la CSJN, no generan también inseguridad jurídica? ¿No hace variar ello lo que está sancionado con pena en un lugar y tiempo determinados respecto de lo que no lo está en otros del mismo territorio nacional? ¿No es también lo que ha sucedido con las personas no punibles, que en algunas provincias son judicializadas y en otras no?

Ahora bien, si consideramos todo ello sumado a las dinámicas de poder en las cuales se encuentran inmersas las agencias judiciales de nuestro país y la región, lawfare mediante y todo lo demás sobre lo que no ingresaremos en detalle pero que involucra afectaciones sistemáticas a principios centrales como imparcialidad, inocencia, legalidad, igualdad, culpabilidad, etcétera ¿podemos afirmar con tanto ahínco que existe una tal “*seguridad jurídica*” que estaría en juego?

Entendemos que quizá sea hora de que las provincias fortalezcan el principio federal y ante medidas regresivas en materia de derechos humanos aumenten los límites de protección utilizando las facultades no delegadas expresamente al Estado central y las que derivan del derecho internacional de los derechos humanos. Y si a esa lógica se le suma el análisis en clave de derecho al mejor derecho -que ya analizamos antes- el resultado sería que si bien las

provincias deberían respetar el mínimo federal podrían decidir elevarlo, no sólo en beneficio de las personas menores de edad, sino en pos de legislar un sistema penal más reducido (principio de *última ratio*) con un sistema de protección integral de derechos más amplio, y más adecuado a la CDN.

Otra respuesta en contra del argumento federal podría ser que si las provincias fijan diferentes edades de punibilidad se violaría el principio de igualdad constitucional. Las respuestas serían otras preguntas ¿Por qué? ¿Si se eleva el estándar de protección de derechos humanos y se reduce el poder penal del Estado, es posible argumentar violación al principio de igualdad?

Como respuestas a esos interrogantes sólo diremos que partimos de la base de que el Estado sin importar sus divisiones internas, tiene la obligación de garantizar el mayor acceso y la mayor cobertura posible de los derechos humanos, entre ellos la libertad, la salud, la educación, el centro de vida, y otros específicos en materia de niñez que pueden ser afectados por el sistema penal, como ya dijimos, siendo la elevación de la edad de punibilidad un límite más estricto a la habilitación del poder punitivo del Estado que pone en riesgo a esos derechos. Ergo, hacerlo implica una mayor cobertura, pregonada desde el DIDH mediante el mandato de progresividad, la exigencia del mayor esfuerzo posible para asegurar los derechos humanos frente al poder penal, el principio de *última ratio* en la habilitación del poder punitivo, el mandato de desjudicialización y de reducción de tipos penales para NNA, entre otros.

Para cerrar, diremos con Beloff²²⁵ que si la crisis entre derechos de NNA y ley penal es recurrente y pese a los cambios sigue existiendo es porque el encuadre es problemático y las razones de la crisis son de otro orden, pues la incidencia estadística es baja y la ponderación de eficacia y justicia de la intervención penal en términos de incidencia sobre la realidad también, por lo cual tanto desde lo normativo como de lo empírico la incidencia no es importante.

Asimismo, el sujeto ofensor NNA impide por su singularidad (crecimiento) sostener un límite claro de entidad suficiente para afectar bienes jurídicos. Entonces, teniendo en cuenta todo ello, en caso de tener que cambiar la ley ¿cuál sería? ¿la de la edad, la de protección, la ley procesal, la de lugares de cumplimiento de las sanciones, la de protección integral? Si siempre el resultado es el mismo, entonces quizá la respuesta no está en lo que ya se ha intentado.

²²⁵ Beloff, Mary (s/f), Conferencia en línea <https://www.youtube.com/watch?v=6m2nZKr5pRY> recuperado el 04/02/2020

También diremos aquí, que es necesario tener mucho cuidado con las propuestas disfrazadas de garantismo, puesto que el debido proceso legal reducido al ámbito penal no es correcto, es aplicable a todas las interacciones entre un particular y el Estado (procesos administrativos por ejemplo si la consecuencia es una restricción de algún derecho -caso “Bulacio”-). Entonces, en Argentina, y aún en casos de personas inimputables debería ser asegurado el debido proceso sin importar el que se genera (administrativo, judicial o de otro tipo), por ende, no es cierto que bajar la edad de punibilidad para judicializar antes es la única manera de asegurar un debido proceso.

También sabemos que el discurso de que la intervención necesaria para casos de NNyA involucrados en crímenes graves debe ser penal es fuerte en términos performativos y tiene un amplio consenso mediático y social. Es un encanto patético del derecho penal, que tiene un efecto placebo que dispone una estrategia de aumento en el territorio de lo prohibido y de la intensidad (tiempo) del castigo, y si la población destino se escapa a su campo de acción, entonces será necesario bajar la edad de ingreso para abarcarla, pues no hacerlo se interpretará como no dar respuesta. Esa solución cuando es penal es de construcción rápida y produce saciedad inmediata para lo emocional, aun cuando está demostrado que no resuelve absolutamente ninguna de las causas generadoras, ni mucho menos previene de futuras.

Por lo tanto, es necesario seguir los mandatos del DIDH relativos a no bajar la EMRP, a salir de la lógica penal e ingresar en las garantías de protección especialmente sobre personas con mayor vulnerabilidad por los factores que fueran, y para ello es necesario un análisis con un marco más amplio de conocimientos no reducido al derecho, aun en éste último con un marco normativo más amplio y no reducido al penal, y dentro de esta arista con un abanico amplio de posibilidades y no reducido a la sanción, mucho menos a la privativa de libertad.

CAPÍTULO IX
TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PUNITIVA
NECESIDAD DE UNA CATEGORÍA AUTÓNOMA DE
RESPONSABILIDAD PENAL ESPECÍFICA

En este acápite nos ocuparemos de la consecuencia de la responsabilidad penal, esto es el abanico de sanciones penales posibles, entre ellas la paradigmática de privación de libertad, como así también abordaremos la necesidad de reflexionar y profundizar sobre diferentes aspectos que permitan ahondar en la creación de una categoría propia de Responsabilidad Penal que incluya aspectos que son centrales en la especialidad como el Fundamento de la Necesidad de Sanción Penal como filtro siguiente al de la Responsabilidad Corresponsable, la construcción y determinación colectiva e interdisciplinar de la Sanción a imponer, y de la Cantidad y Calidad, y la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad, como así también de mecanismos específicos e institucionalidad propia para la ejecución de las sanciones penales.

Desmitificación de la pena privativa de libertad.

Comencemos con el punto de partida de lo que proyectamos que, como camino, encuentra asidero en un punto de vista tanto negativo como agnóstico en relación a la pena tradicional del sistema punitivo, en este caso aplicada al derecho penal para NNyA. Esto es, sin negar la existencia de la pena como hecho político ni pretender su abolición, como dicen Zaffaroni-Alagia-Slokar²²⁶ que no se le asigne ninguna función positiva en cuanto a su aplicación y sustento; el segundo término se obtiene por exclusión, ya que es la imposición coactiva del Estado que no entra ni en el modelo reparador ni en el administrativo directo; y en tercer lugar, porque ha demostrado la realidad a lo largo de la historia que ninguno de los fines que se le han asignado han sido siquiera mínimamente cumplidos, y con esto aludimos a todas las teorías que han pretendido legitimar el castigo estatal, desde una visión positiva de la pena, tanto desde las llamadas teorías absolutas basadas en los postulados de Kant y Hegel, con sus

²²⁶ Zaffaroni-Alagia-Slokar (2006), pág. 56.

diferencias entre sí, relacionadas con una idea de venganza; como a las relativas, las cuales asignan a la pena funciones políticas declaradas, tanto las llamadas de prevención general que tienen a la sociedad como destinataria, ya sea desde un aspecto negativo (atemorizar a la población) o positivo (mantener la fidelidad al derecho), como así también las llamadas de prevención especial que se incardinan hacia el individuo en conflicto, ya sea positivamente (para re-algo) como negativamente (para neutralizarlo o eliminarlo de la sociedad); teorías que merecerían un tratamiento en particular que excedería el marco del presente proyecto, por lo que remitimos a la bibliografía específica para ello²²⁷.

Es dable mencionar que estas afirmaciones aplicables al sistema penal para personas adultas eminentemente retributivo, y que nunca tuvieron en miras a las personas durante la niñez y adolescencia, son reforzadas cuando se analizan respecto de los sistemas penales previstos para personas menores de edad, primero en lo fáctico, pues a lo largo de la historia si algo han demostrado la privación de libertad eufemísticamente preventiva o tutelar -durante los procesos, no siempre penales- y la retributiva -como sanción penal- ha sido precisamente un amplio abanico de negatividades y vulneraciones de derechos que en nada han coadyuvado a los fines dispuestos en la CDN, siendo un estudio fundamental en esta cuestión el de Ezequiel Crivelli²²⁸ y por supuesto el clásico de Anthony Platt²²⁹ que da cuenta de los orígenes del encierro de NNYA en América.

A lo dicho cabe sumarle un dato no menor en relación a la pena, y es la verificable selectividad del sistema que la impone, y que se materializa palmariamente no solo en nuestras latitudes sino en todo el globo, lo que visto sólo en relación hacia los conflictos en que participan NNYA arroja como resultado que la gran mayoría de criminalizados son -parafraseando a Franz Fanón- los condenados de la tierra, los que poco o nada tienen, económica, educativa, social, y/o afectivamente hablando; los nadies en términos de Eduardo Galeano. Esto puede ser ilustrado claramente trayendo a colación al profesor pampeano Eduardo Aguirre, quien ha escrito que:

"Entre los factores más analizados sobre la delincuencia es la edad de los victimarios. El incremento de la delincuencia juvenil e infantil presenta un serio problema social; en Argentina el porcentaje de inculcados menores de 21 años creció en forma sostenida desde 1995. De igual

²²⁷ Fleming, Abel y López Viñals, Pablo (2014) *Las Penas*. Rubinzal Culzoni editores. Santa Fe, Argentina; y Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 2da ed. Buenos Aires 2002.

²²⁸ Crivelli, Aníbal Ezequiel (2014) *Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil*. Editorial BdeF. Buenos Aires, Argentina.

²²⁹ Platt, Anthony M. (1997) *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. 3ra edición. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina.

manera, la proporción de inculpados menores de 21, ha crecido entre 1991 y 1997 en una tasa promedio anual de 2,1%, pero en el período 1995-97 este crecimiento adquirió rapidez alcanzando el 7,8 % anual (Cerro y Meloni, 1991, p. 21). ... Por otro lado, el nivel de instrucción de los delincuentes es una variable central a la hora de caracterizar a este grupo poblacional. En el período 1996-1999 el porcentaje de inculpados con nivel educativo inferior al secundario (analfabeto, escasa y primaria) superó el 91% en todos los años a nivel nacional y en las provincias (conf. Lucía Dammert: "La criminalidad en Argentina de los 90s, en Magazine N° 7, DHIAL, IIG, PNUD). Debe señalarse además que una de las sensaciones generalizadas que campea actualmente entre los argentinos es que existe una enorme cantidad de "nuevos pobres", y que la situación de millones de estos seres humanos sin trabajo, sin vivienda, sin acceso al consumo ni a los servicios fundamentales que históricamente prestó un estado que hoy se bate en franca y aventurada retirada, es un verdadero caldo de cultivo para la proliferación delictiva en una sociedad que ve diluirse sus lazos de solidaridad y disminuir ostensiblemente su capital social”²³⁰.

A ello sumado que, teniendo en cuenta el relevamiento político-social, pero por sobre todo humano, efectuado por Daniel Míguez²³¹, que la criminalización primaria, y posterior exclusión, de estos sectores ha crecido de igual o mayor manera sostenidamente a lo largo de los últimos años en la Argentina. El dato de la selectividad del sistema penal se completa con la circunstancia de que, en nuestra región, éste se encuentra capacitado sólo para atrapar no sólo a los más vulnerables por su status social sino también por su torpeza, es decir que quienes delinquen de manera burda, evidente, grosera o desprovista de envolturas estratégicas será captado por el sistema penal, mientras que quienes lo hacen bajo el paraguas del Estado, con cobertura de los altos intereses económicos, políticos, de otra índole similar o de manera inteligente, programada, encubierta, etcétera, no lo serán, salvo excepcionalísimos casos; todo lo cual llevó a Carrara a motar de “schifosa scienza” (ciencia asquerosa) al derecho penal hace tiempo.

La criminalización primaria, y la secundaria consecuente, dirigidas sistemáticamente ambas hacia sectores determinados, conduce no a otra cosa que a la asignación de un rol determinado a sectores específicos de la población. Esto es, en cuanto a NNyA, a su posicionamiento como un otro en la sociedad y a su anclaje y reforzamiento en ese rol de otredad, en ese status de excluido, de no ciudadana/o, que le permite al Estado avasallar parte de las garantías

²³⁰ Aguirre, Eduardo Luis (2002) *Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal juvenil*. En línea: http://www.robertexto.com/archivo18/delinc_juven.htm.

²³¹ Míguez, Daniel (2005) *Los pibes chorros. Estigma y Marginación (claves para todos)*. Editorial Granica. Buenos Aires, Argentina.

constitucionales y convencionales con que cuenta como persona en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y aplicarle en consecuencia un derecho de máxima velocidad, al punto tal que en el caso de niñas/os con menos de 16 años de edad, no les da derecho siquiera a un debido proceso legal (véanse sino los dispositivos anticonvencionales del Dec-Ley N° 22.278 con la modificación del 22.803, y la Ley Provincial 1270 de La Pampa como muchas otras que continúan con el paradigma tutelar).

Este tratamiento como otro, como no ciudadano ha llevado a un derecho penal del enemigo, justificado en la razón de que ante el fenómeno de la delincuencia, más específicamente, en relación a los delincuentes, el Estado tiene dos formas de reacción: o los trata como personas y trata de reducir los aspectos vulnerables para coadyuvarlos en el desistimiento del delito y permitir su integración comunitaria, o los trata como individuos a los que hay que inocuizar para impedir, mediante coacción, que destruyan el orden jurídico y social. Digo individuo en esta última alternativa, parafraseando a Jakobs en el sentido de que *“quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás”*²³². Extremo jurídico y filosófico, que puede considerarse como un intento de fundamentación aparente de la segregación para no confesar la incapacidad estadual y de la pena privativa de libertad para asegurar la permanencia de un orden y seguridad hipotéticos en un estado constitucional de derecho, pero que como paradigma jurídico implica una afrenta directa a los mandatos convencionales de igualdad y no discriminación a la par de la invisibilización del incumplimiento con todos los deberes de prestación en materia de derechos humanos por el Estado.

Desde el punto de vista punitivo esto se tradujo, como es obvio pensar, en un aumento de penas para los reiterantes en el delito y/o reincidentes, pero en el derecho procesal penal se ha producido un fenómeno que Silva Sánchez²³³ denominó de diferentes velocidades. Esto es, que en el marco del ordenamiento jurídico penal se han diferenciado dos velocidades: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, en el que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos; la segunda velocidad está conformada por las infracciones que se encuentran conminadas con penas sólo pecuniarias en las que cabría flexibilizar esos principios básicos -y reglas- proporcionalmente a la menor gravedad de los

²³² Jakobs, Günther (2007) *Derecho penal del enemigo*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

²³³ Silva Sánchez, Jesús María (2001) *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Edición. Civitas. Barcelona. España.

hechos; mientras que en la tercera velocidad –o derecho penal del enemigo- coexisten la aplicación de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político-criminales y de las reglas de imputación, entiéndase en relación al proceso penal, flexibilización y/o vulneración de garantías constitucionales. Podemos decir entonces, que el poder punitivo para personas menores de edad en Argentina, pareciera que tiene una cuarta velocidad con los mismos efectos perniciosos y con disfraz de un debido proceso desfondado totalmente, o ya sin debido proceso, especialmente para las personas no punibles.

Desde la criminología crítica, en relación al tema que nos ocupa hasta el momento, es decir, la pena privativa de libertad como medio de control social, se cuestionó con argumentos como:

“...en contra del discurso instrumental manejado por la Criminología y la ciencia Penal tradicionales, la idea del consenso en la que se fundamentaba el orden social, advirtieron que las sustentaciones filosóficas y jurídicas de la pena se formulan en forma distanciada de una ponderación real del ejercicio del poder penal del Estado y evaluaron los costos sociales y materiales de la pena privativa de libertad y su fracaso como instrumento de intimidación y/o de resocialización.”²³⁴.

Desde estas posturas se pregonó un cambio radical en la forma de control social, en sus políticas, tanto desde el punto de vista social como desde el sistema penal, mediante la combinación de ciencia y praxis dirigidas a que la criminología no funcione como auxiliar de un modelo legitimador, sino que se ponga en crisis el sistema de coerción penal, promoviendo formas alternativas de resolución de conflictos.

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

²³⁴ Leal Suárez, Luisa; García Pirela, Adela (2005) *Criminología crítica y garantismo penal*. Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del Control Social, ISSN 0798-9598, Vol. 33, N°. 4, 2005, págs. 429-444. En línea: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r06741-2.pdf>

Responsabilidad Penal Específica

Ahora bien, desmitificada la pena en su concepción adultocéntrica, y reconociendo que no existen las mismas profundidades en las construcciones de teorías de la pena, del castigo penal o de sanciones penales respecto de NNyA, debemos avanzar en la deconstrucción del sistema penal como apuntado al castigo, y en la especificidad del derecho penal para NNyA la finalidad debe ser la responsabilidad corresponsable penal adolescente.

¿Qué queremos significar con esto? Como dice Marcón, es una condición necesaria la reconfiguración de la responsabilidad²³⁵, puesto que, si bien desde la sanción de la CDN se han venido dando procesos de reforma y adecuación, las construcciones discursivas, en el pasaje al acto, son fagocitadas por la lógica “*socio-penal-represiva*”. Es interesante el repaso histórico que hace el autor sobre la responsabilidad en clave occidental y en clave latinoamericana²³⁶ para abreviar en la necesaria reconfiguración del concepto de responsabilidad.

Por supuesto, para lograr efectividad, dice el autor, es necesaria la capacidad de acogimiento comunitario, para que “*algo del orden de lo real encuentre un anclaje eficaz en el escenario socio-judicial...*”²³⁷ y en ese ámbito la retroalimentación servicio de justicia y comunidad es estrictamente necesaria.

Por su parte Martín Aimar²³⁸ en tanto se refiere a que los estándares internacionales que rigen la materia imponen salir del paradigma del castigo del derecho penal adulto céntrico para ubicar en la centralidad al concepto de responsabilidad, puesto que ello implica tratar a las personas menores de edad como sujetos de derechos que deben asumir sus responsabilidades en el desarrollo de su vida, y no ser objeto de adultización mediante el parangón disminuido con las personas adultas.

Pensar en términos de responsabilidad infanto adolescente implica no condicionar sus decisiones a sus impulsos, ni considerar que son incapaces de control, sino abrir un abanico de consideraciones y, por ende, de posibles intervenciones y herramientas de abordaje que

²³⁵ Marcón, Osvaldo (2017) *Justicia Juvenil: de las cicatrices de la Conquista a la imaginación no punitiva (en perspectivas poscoloniales)* Espacio editorial. Buenos Aires, Argentina, pág. 17.

²³⁶ Ob cit, pág. 12/17.

²³⁷ Ob cit, pág. 27.

²³⁸ Martín Aimar ob cit nota 17, p. 91/101

den lugar a diversas sanciones²³⁹ con graduación creciente desde las que menos poder punitivo habiliten y por ende menos derechos restrinjan, hasta la pena privativa de libertad que se torne con una eventualidad excepcionalísima, y siempre centrándolas en la finalidad convencional.

La noción de responsabilidad, entonces, se enfoca primordialmente en el futuro y ya no en el pasado como en el derecho penal adulto céntrico, y por ende se redefine en responsabilidad a partir de lo que ha hecho cada NNyA y no por lo que han hecho. En este marco es posible considerar a la responsabilidad subjetiva en el ámbito penal con necesaria interdisciplinariedad, y con finalidad pedagógica, a la vez que inexorablemente debe introducirse una complejidad destinada a delinear la especificidad de las sanciones penales en clave de formación progresiva de personas con autonomía en desarrollo para la internalización de normas de convivencia y patrones conductuales ajenos al delito²⁴⁰.

En este marco, pueden plantearse enormes discusiones en torno a las penas y sus fines en el ámbito del derecho penal específico para personas menores de edad, incluso en torno a las escalas penales de la legislación de fondo que claramente no han sido ni previstas ni calculadas en el derecho penal adulto céntrico teniendo en cuenta a NNyA, volcados históricamente a la inimputabilidad en la “confusión” históricamente determinada y reproducida entre imputabilidad y punibilidad, conceptos que claramente son diferentes y que ya nos encargamos de delimitar ontológica, conceptual y normativamente.

Toda la discusión en torno al concepto de necesidad de que la pena sea privativa de la libertad, y a regímenes diferenciados de ejecución penal, sobre lo cual no hay siquiera un marco regulatorio nacional de fondo en Argentina y tampoco en muchos otros países, claramente merece una profunda revisión epistemológica, normativa, jurisprudencial y de realidad en las prácticas, no se puede ni se debe seguir condenando a adolescentes como si fueran personas adultas, pero con un poco menos de pena, porque eso no es lo que impone la especificidad de la sanción penal, eso es un como sí retributivo, una alteración culposa del adulto centrismo punitivista. No sólo debe ser inferior la pena, sino que debe ser distinta en su contenido, ejecutada de otra manera, con otras formas y en otros espacios, con otros alcances, con otra forma de ejecución, con diversidad de programas y dispositivos, y, en fin, con revisión periódica y extinción anticipada si se alcanzan los fines que impone la CDN. En suma, debe ser distinta no sólo más corta.

²³⁹ Ídem, p. 95.

²⁴⁰ Ibidem, p. 96.

También debemos analizar cómo influye en el proceso de ejecución de las sanciones penales el Principio de Brevedad, pues pueden realizarse consideraciones, por ejemplo, en relación a la perforación de los mínimos penales al determinar el quantum de una pena privativa de libertad; a la necesaria revisión periódica que permita modificaciones sustanciales (cuali y cuantitativas) e incluso considerar algún instituto extintivo de la continuación de las sanciones penales impuestas si se logra el fin determinado en el art. 40 de la CDN o, en caso contrario, los fundamentos que puedan resultar válidos para concluir en su continuidad. Esto justifica la creación de una nueva causal de extinción de la pena, aplicable a este ámbito específico.

Sin dudas, esta categoría conceptual de revisión de la continuidad de la privación de libertad tan desarrollada en el marco procesal de la prisión preventiva en el derecho procesal penal adulto céntrico, y que motiva la revisión periódica con argumentación y acreditación de los motivos por los cuales la prisión debe continuar o ser interrumpida para recuperarse la libertad o ser sustituida por una medida menos gravosa, incluso con regulaciones que imponen plazos máximos de duración, carece de igual detalle en la especialidad que nos convoca en relación a la institucionalización de personas menores de edad sin condena, y también en relación a las sanciones penales, pese al mandato convencional de revisión periódica y de permitir la privación de libertad por el menor tiempo que proceda.

Así también lo atinente a las medidas ¿de seguridad? para personas por debajo de la EMRP, y todo lo concerniente a sistemas reales de justicia restaurativa con mecanismos reales de composición y métodos participativos de resolución de conflictos, que merecen una definitiva incorporación a la especialidad como ya hemos visto en este trabajo, aunque debemos decir que en estos últimos aspectos se ha avanzado mucho en las últimas décadas. Empero ello, deben dejar de ser una elección coyuntural de algún espacio político, y su aplicación depender del mayor o menor compromiso y acuerdo de las personas efectoras de los sistemas, manteniéndose la actual situación de experiencias aisladas y contadas excepciones en el ámbito nacional y provinciales, puesto que al ser mandatos del DIDH en general, y del corpus iuris de niñez en particular, es obligatorio para el Estado cumplir con ello, por lo que en términos de política pública de abordaje de la conflictividad infanto/adolescente, estos mecanismos deben desbancar a las intervenciones de tinte punitivo y pasar a ser la centralidad, no la periferia o programas aislados, y hacia ese Norte deben avanzar el Estado argentino y todos sus componentes internos.

Retomando entonces, la responsabilidad penal como categoría autónoma en el derecho penal específico para personas menores de edad debe incluir todos aquellos datos no contenidos en

el ámbito de la culpabilidad que maximicen la última opción de la pena privativa de libertad, y aun en el caso de habilitarla, que sea por el menor tiempo posible, contar con varias formas posibles, ser ejecutadas en condiciones y espacios especiales e incluso poder ser revisadas periódicamente, habilitándose modificaciones y hasta su extinción.

Teniendo en cuenta entonces el ámbito personal de reproche especializado, acreditado en la culpabilidad, incluir en el elemento analítico siguiente -Responsabilidad Penal- todos aquellos elementos que hacen a la exigibilidad contextualizada de acuerdo al conjunto de responsabilidades en torno a NNyA como lo vimos al momento de la culpabilidad, pero ahora posteriores a la verificación de un delito (acción típica, antijurídica y culpable) a fin de justificar la imposición de una sanción penal, primero, y dentro del abanico de sanciones penales, la pena privativa de libertad, como última ratio, debiendo comenzar necesariamente por otra menos gravosa, y recién poder justificar la imposición de esta en el fracaso de las anteriores. Es decir, que este estamento cobra autonomía en el momento de determinación concreta de la pena (cuyos contenidos quitará a la culpabilidad adultocéntrica) sumado al momento de aplicación material de la pena determinada en concreto en la culpabilidad, y procesalmente en el tiempo de Cesura, esto es el tiempo entre la declaración de autoría y la audiencia de imposición de pena, durante el cual se debe trabajar en función de la determinación de la necesidad de la sanción a imponer y poder justificarla al momento de la asignación en lo que suele denominarse Audiencia de Imposición de Pena.

Traeremos a colación algunas citas para encuadrar lo que necesitamos para el posterior desarrollo:

Como dicen Bustos y Hormazábal “...*el reconocer la autonomía ética implica a su vez reconocer su responsabilidad, esto es, que responde, que tiene respuestas frente a otro. En consecuencia, que otro le puede exigir una respuesta. Luego responsabilidad es igual a exigibilidad. Ahora bien, si consideramos este planteamiento desde el punto de vista del Estado y su intervención punitiva, la exigibilidad implica examinar si el Estado está en capacidad de exigir una respuesta determinada a una persona. Para que tenga esa capacidad es indispensable que le haya dado las condiciones para exigir esa respuesta, pues de otra manera, se estaría en el ámbito de la total arbitrariedad y el terror estatal (Bustos y Hormazábal, 1997: 140)*”²⁴¹.

Marcón²⁴² por su parte afirma que “*Todo acto criminal supone la convergencia de distintos niveles de responsabilidades no asumidas que, claro está, incluyen al Estado. Éste debe*

²⁴¹ Citado por Martín Aimar ob cit nota 17, p. 97.

²⁴² 2013, p. 29.

retomarlas junto al joven en una especie de corresponsabilidad. Pretender que quien ejecutó una conducta sea el único responsable, es como mínimo, irracional". Mientras que Pitch²⁴³ sostiene que *"La cuestión de la responsabilidad debe, entonces, plantearse más allá de la responsabilidad penal y la imputabilidad. Debe ser construida como un problema relacionado a las tareas asignadas a la justicia juvenil, el gobierno local, la escuela y la familia. Así desplazada, la responsabilidad del joven puede ser reconceptualizada"* y el cuadro de interpretación ya no conceptual sino normativa del máximo nivel jerárquico lo cierra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en la O.C. 17/2002 afirma que *"Es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado"*²⁴⁴

Pero además de ello, necesario es recordar nuevamente que en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad se indica que *"(5) ... Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo."* De lo cual, entre otras cuestiones que veremos más adelante, debe colegirse que esa especial tutela debe comprender también al tejido conceptual que las personas integrantes de los órganos del sistema de justicia aplican y no sólo a medidas materiales de acceso, lo cual sería una conceptualización por demás restrictiva.

Ahora bien, esa exigibilidad del Estado y de la comunidad que en general puede tener ciertas justificaciones genéricas, estructurales o coyunturales antes de que una persona menor de edad sea criminalizada, lo cierto es que luego de declarada su autoría del delito y verificados todos los extremos que habilitan la liberación de poder punitivo, pierde toda justificación posible en caso de no ser observadas en el marco de un conjunto concreto de medidas a cumplir durante el abordaje concreto a realizarse (denominado tratamiento tutelar en el Dec-Ley 22278) de acuerdo a la autoría declarada, las condiciones del/la actor/a y en función de la determinación concreta de la sanción penal a imponérsele, y en su caso la aplicación de pena privativa de libertad, o por el contrario la disminución sancionatoria y hasta su prescindencia (Art. 4 Dec-Ley 22278).

Ahora bien, esto implica todo ese conjunto de elementos que ya se analizaron en la culpabilidad individual más las corresponsabilidades particularizadas en el abordaje a realizarse, dentro del cual la responsabilidad penal de NNyA aparecerá como una síntesis

²⁴³ 2003, p. 187.

²⁴⁴ Todos citados por Martín Aimar, Germán ob cit nota 17, p. 111.

concreta entre su apego a las medidas dispuestas y las corresponsabilidades del Estado, familia y comunidad implicadas en ellas, pues la necesidad de la sanción penal deberá entonces estar fundada únicamente en el fracaso de las medidas dispuestas para no habilitarla, con más el análisis exhaustivo del desarrollo de la autonomía progresiva en el transcurso del tiempo desde la autoría hasta la imposición de sanción (que en nuestro país suele ser muy extenso, en algunas circunscripciones más que en otras), y todo ello debe ser probado en todos los casos a fin de habilitar la culminación sancionatoria, puesto que la consecuencia lógica e inevitable del apego al abordaje durante el período de cesura, será la absolución. Ergo, cualquier otro tipo de resolución requiere asentarse en el fracaso de las medidas implementadas para lograr el fin convencional de la pena en el caso de adolescentes, lo cual, requiere como contracara, el aseguramiento de esas medidas en debida forma y conforme a lo proyectado, con asignación del mayor nivel de recursos posibles, y por supuesto, en caso de duda beneficiar a la persona menor de edad frente al poder penal del Estado, por aplicación del conocido principio adulto céntrico de *in dubio pro reo*, que en este campo disciplinar debe ser extendido en función del Interés Superior del Niño, a todos los momentos de valoración que impliquen habilitación de poder punitivo. Ergo, debe regir no sólo en el ámbito de la declaración de autoría, sino también en el momento de imposición de la sanción penal y en cada momento de análisis sobre su modificación o continuación en el marco de las revisiones periódicas.

Ahora bien, recordemos, que al momento de realizar estos análisis muy posiblemente nos encontraremos con personas adultas, debido a la exigencia del art. 4 del Dec-Ley 22278, por ende, ello deberá ser tenido en cuenta al momento de acreditarse la culpabilidad para determinar en concreto las medidas a imponer durante la cesura. Asimismo, debe ser tenido en cuenta al momento de determinar en concreto si existe o no la necesidad sancionatoria, que en el caso tiene dos dimensiones, la primera de ellas es la sanción penal, y la segunda de ellas es la pena privativa de la libertad, y ambas funcionar en una progresividad con prelación lógica igual a la de los estamentos de la teoría del delito -si no se supera una, no se puede pasar a la otra-.

Con ello queremos decir que las seriaciones al determinar una sanción en el derecho penal específico para personas menores de edad no debe ser acción típica, antijurídica y culpable al modo adulto céntrico, sino que debe ser acción (con las características infanto-adolescentes) típica (con características específicas en sus elementos y catálogo específico de tipos penales que además tengan sólo penas máximas), antijurídica (con causales de justificación específicas y redefinición de las clásicas), culpable (descontando corresponsabilidades ajenas

hasta el momento del hecho que sumadas a la culpabilidad específica habilite penas inferiores a la de personas adultas e incluso inferiores a los mínimos legales, pero también distinta), responsable (descontando corresponsabilidades ajenas previas y posteriores al hecho y acreditando los cambios en la autonomía progresiva y la seriación progresiva: justificación de sanción, que además sea penal y como última ratio privativa de libertad, cada una fundada en el fracaso de la anterior y todas revisables periódicamente, modificables y hasta extinguibles) y punible (contar con EMRP, y que no existan causas de exclusión o cancelación de la acción o de la pena), siempre teniendo en cuenta los caracteres específicos de cada estamento, y en el caso de la seriación en la responsabilidad penal debe respetarse la progresividad lógica en la cual cada elemento de la categoría sólo puede habilitarse en la fundamentación del fracaso del anterior (que en realidad es verificación de que no puede aportar efectividad alguna).

Para ejemplificar la categoría responsabilidad de la que estamos hablando, diremos que para que sea necesaria la sanción, debe fundamentarse y acreditarse de manera concreta que ninguna otra forma de resolución a disposición puede ser efectiva porque al haberse intentado han fracasado. Ello rompería con el mandato adulto céntrico de la seriación delito = sanción en pos de los principios pro persona, de no regresividad, de diversidad y de excepcionalidad, pero especialmente de asunción por parte del Estado de su propia responsabilidad en los términos de la CDN.

Asimismo, una vez justificada la necesidad de sanción penal, se debe fundamentar y acreditar en concreto que la única sanción penal de posible efectividad es la privativa de la libertad, que sólo puede habilitarse para el caso de que se acredite que no existe ninguna otra sanción penal que pueda ser efectiva para el caso en concreto, como así también el tiempo que se requerirá para ello y que para el caso de que resulte ser menor a los mínimos legales mientras existan, que se puedan imponer sin problemas.

Y, por último, para el caso de que se justifique la pena privativa de libertad que se imponga por el tiempo más breve posible y durante su ejecución sea revisable periódicamente a fin de poder modificarla, y hasta considerarla extinguida cuando se logre la finalidad convencional de la CDN. Ello rompería con el mandato adulto céntrico delito = sanción penal privativa de libertad fija, en pos de los principios de brevedad, revisión periódica y flexibilidad. Sólo de esa forma se cumpliría con los mandatos provenientes de la CDN y del soft law que venimos citando in extenso en este trabajo.

Debemos aclarar aquí, aunque es fácilmente advertible de lo que venimos diciendo, que para la implementación de lo que venimos tratando, será necesario adecuar la legislación de fondo a los mandatos del DIDH en general y del corpus iuris de niñez en particular, pues,

consideramos, que el Estado argentino aún se encuentra en deuda con ello, y dentro de las modificaciones normativas que debe realizar, no debe reducirse sólo a un proceso penal adecuado a la especificidad, sino que debe revisar toda la legislación penal aplicable, incluido, por supuesto, el propio Código Penal que carece por completo de perspectiva infante adolescente en sus disposiciones.

CAPÍTULO X

INTERDISCIPLINARIEDAD ESPECÍFICA. DERECHO PROCESAL PENAL

Interdisciplinariedad

Sentadas las bases atinentes al derecho penal sustantivo o de fondo, podemos avanzar ahora en el marco de su relación con otras disciplinas. Cuando hablamos de interdisciplinariedad en este momento del análisis de las bases del derecho penal específico, nos referimos a la terminología utilizada por Zaffaroni-Alagia-Slokar en relación al Derecho Penal y su relación con otros saberes, que podemos sintetizar diciendo que se pueden clasificar en saberes jurídicos y no jurídicos, según correspondan al orden del derecho o no, y en secantes o tangentes, según compartan parte del objeto de estudio superponiéndose en algunos aspectos, o simplemente se toquen y coincidan en los límites del objeto de conocimiento²⁴⁵.

Usando esa clasificación para el Derecho Penal Específico para personas menores de edad el cuadro de saberes tangentes y secantes, jurídicos y no jurídicos de relevante consideración para la especialidad de este trabajo incluiría a los siguientes: entre los saberes secantes no jurídicos a la política criminal y la criminología; entre los saberes secantes jurídicos al derecho penal, al derecho procesal (este es el más desarrollado), al derecho de ejecución penal y al derecho contravencional; entre los saberes tangentes jurídicos al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos, y entre los saberes tangentes no jurídicos a toda la interdisciplina atinente al trabajo con y para NNyA (de imposible cita exhaustiva y por ello prescindimos de hacerla).

Ahora bien, del derecho penal ya nos ocupamos antes y ahora resta el derecho procesal penal. Sin dudas, en general el sistema de garantías previsto en ese campo²⁴⁶ será el que implique mayor desarrollo, y en particular la conformación de la Justicia Juvenil como se denomina en el ámbito internacional, o en términos coherentes con lo aquí expuesto el Derecho Procesal Penal Específico para NNyA, cuyos principios aparecerán delineados como síntesis sinérgica entre los derechos y garantías para las personas adultas y los principios específicos para NNyA como plus que modifica a aquél piso y permite la agregación de nuevos elementos.

²⁴⁵Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, 2da ed. Buenos Aires 2002, p. 153 y ss.

²⁴⁶Binder, Alberto *Ibid.*, pp. 61.

Ahora bien ¿cómo debería conformarse ese plus sinérgico? Pues desde el corpus iuris integrado surgen algunos principios estructurantes y de imposible evitación si se quiere cumplir con los mandatos del DIDH. Nos referimos a especialidad, excepcionalidad, desjudicialización, brevedad, diversidad, flexibilidad, fin educativo o de responsabilidad, derecho a ser oído y a participar activamente, reinserción social ampliada, revisión periódica, comprensibilidad y corresponsabilidad, a los cuales nos referiremos seguidamente.

Incluso, existen desarrollos que obligan a profundizar sobre algunas cuestiones complejas en particular, como la compatibilidad y posible o no incorporación de institutos heredados, como el Juicio Abreviado, por ejemplo, sobre lo cual volveremos más adelante, para poder continuar ahora con las bases de todo ello.

Derecho Procesal Penal: el famoso Plus.

Como otro pilar de los propuestos para este trabajo, tenemos al **Derecho Procesal Penal**, que resulta de fundamental análisis por aquello que decía Beling sobre que el derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo, puesto que la realización del derecho penal es imposible sin el derecho procesal penal. Por lo tanto, en esta parte nos ocuparemos de los principios rectores y las garantías específicas que forman parte del debido proceso penal para personas menores de edad punibles²⁴⁷. Es decir, nos ocuparemos de completar el contenido de lo que comúnmente se denomina “PLUS” de garantías y/o derechos en la especialidad, en nuestro caso y debido al objetivo central del aporte que pretendemos, dirigido sólo a lo penal, por lo cual no ingresaremos en aspectos específicos de otras áreas del derecho, que por cierto han ganado últimamente mucho desarrollo en nuestros lares con la proliferación de leyes de promoción y protección integral de derechos y la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este aspecto veremos que, además de los principios y garantías del debido proceso convencional-constitucionalmente delimitado y diseñado para el sistema penal de personas adultas, las cuales sólo enunciaremos, pero no nos detendremos en su análisis, las personas que conforman la población destino de la especificidad, cuentan con un abanico de principios

²⁴⁷ La referencia a personas punibles tiene que ver con que entendemos que desde la CDN y el resto del DIDH se impone la desjudicialización de las personas no punibles, por ende, el sistema de principios, derechos y garantías a disponer para ellas en caso de verse involucradas en delitos es materia extraña al objeto de este trabajo.

y garantías particulares, aunque aclaramos que ceñiremos nuestro análisis en profundidad sólo en relación a las personas que se encuentran frente al poder penal del Estado (sospechosas, imputadas, procesadas, acusadas, condenadas, etcétera dependiendo de la denominación que cada código procesal indique según la situación procesal), aunque en otros aportes podría extenderse el análisis a otras personas menores de edad en contacto con el sistema penal (personas no punibles, víctimas, testigos, acompañantes, etcétera).

Seguidamente haremos una enunciación de dicho contenido específico, pues su desarrollo y conceptualización es parte de lo pretendido para el aporte en esta sección, y lo haremos de las que venimos trabajando conceptualmente en nuestras investigaciones previas, sin ánimo de exhaustividad, pues en el estudio profundizado que se desarrolle en lo sucesivo podremos conocer otras y/o se pueden lograr nuevas clasificaciones o avances ampliatorios y definitorios en la dinámica y delimitación de los derechos, garantías y conceptos con asiento en el DIDH en clave de progresividad (afirmamos al inicio de este trabajo, que el derecho delimitado por el DIDH es un derecho dinámico).

Así nos encontramos con lo que denominaremos Principios y Garantías del Sistema de Responsabilidad Penal para Personas Menores de Edad²⁴⁸, que dividiremos en dos grandes campos: por un lado, los Principios y Garantías del Debido Proceso Penal Genéricas y por otro los Principios y Garantías del Debido Proceso Penal Específicas para Personas Menores de Edad.

Garantías del Debido Proceso Penal adulto céntrico: el Piso.

Dentro del campo de los principios y garantías del debido proceso penal adulto céntrico, como se sabe nos encontramos con el proceso penal ampliamente vigente en nuestros lares por estos tiempos derivado del principio acusatorio con la consiguiente división de roles.

El proceso penal acusatorio apunta a asegurar el respeto a las garantías de imparcialidad (8.1 CADH, 10 DUDH), inocencia: (artículos XXVI, DADDH, 8.2 CADH, 14.2 PIDCP, 11.1 DUDH), igualdad (artículos 14.3 PIDCP, 8.2.s CADH, 14.3 PIDCP), intermediación, oralidad,

²⁴⁸ Aunque en nuestro país podríamos usar la denominación Adolescentes, en lugar de menores de edad, debido a que la edad mínima de responsabilidad penal en 16 años permite sólo la punibilidad de personas que en la denominación del art. 25 del CCyCN son adolescentes, pues esa norma indica que por debajo de los 13 años se denominan niñas/os y de 13 a 17 inclusive se los denomina adolescentes. No obstante, de acuñar esta denominación, sólo serviría para países con EMRP que habilite la punibilidad solo de adolescentes, pero no serviría para aquellos países con EMRP más baja.

derecho a ser oído, paridad de armas y debido proceso reglado (acusación, defensa, prueba y sentencia). Dispone diferentes roles a cargo de Juzgados de Control o Garantías, de Audiencia, de Recurso y de Ejecución; Fiscalías como titulares de la Acción Penal; y Defensorías para garantizar el derecho de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

El Rol de la víctima en estos procesos es un tanto más complejo y se encuentra en franca delimitación tanto conceptual como legal y jurisprudencial. Sobre ello pueden verse los fallos “Diesser”, “Quiroga” y “Santillán” de la CSJN.

Estos procesos disponen estándares probatorios estrictos y certeza para condenar, requisitos para intervenir como decisor: Juez/a Natural, imparcial e independiente; y de las decisiones finales: Sentencia debidamente fundada y como derivación racional del derecho vigente (Arts. 18, 33 y 75, inciso 22 de la CN; 8 y 10 de la DUDH; 18 de la DADDH; 2.3, y 14.1 del PIDCP y 8.1 y 25 de la CADH y Regla 4.2 de Mallorca. En niñez 40,2, b.iii CDN)

Juez/a Natural: competente y designado de manera previa. Sin interés personal en el conflicto y sin conocimiento o intervención anterior buscando evitar hasta el peligro o riesgo de parcialidad (sobre ello pueden verse los fallos “Llerena” de la CSJN y “Telechea” del TIP La Pampa). A lo que deben sumarse los requisitos de fundamentación provenientes de la doctrina de arbitrariedad de la CSJN y de la Corte IDH.

La fundamentación suficiente aplicable a todas las decisiones jurisdiccionales es un pilar importante en este ámbito. La motivación a modo de razonamiento válido (premisas y conclusión) que implique una derivación razonada del derecho vigente, con utilización de las reglas de la sana crítica racional, con tratamiento de todos los planteos oportunos y conducentes para la decisión y que fueran expuestos de manera oportuna por las partes (sobre todo ello puede verse los fallos "Cerámica San Lorenzo S.A." ya citado; "Villamea"; "Mazza"; "Baratti"; "Sabio", "Tarditti" y "De los Santos" de la CSJN. "Bulacio vs Argentina", "Myrna Mack Chang vs Guatemala", "Maritza Urrutia vs Guatemala" y "Herrera Ulloa vs Costa Rica" de la Corte IDH).

En torno al derecho de defensa en juicio se debe procurar la paridad de armas, dotar de recursos y contenidos suficientes para asegurar eficacia, tiempo suficiente y medios adecuados para prepararla (Arts. 10 de DUDH, XXVI de DADDH, 8 de CADH, 75,22 CN y 13 de Const. Pcial. En niñez 40,2, b, ii y iv de la CIDN incluso agrega un plus “de otra asistencia apropiada”).

Para ello es importante contar de manera oportuna con información completa, adecuada e inmediata durante todo el proceso y facultades amplias de control y producción de pruebas.

Debe asegurarse la doble instancia y derecho a un recurso rápido y efectivo (Arts. 8.2.h de la CADH y art. 14.5 del PIDCP. En niñez 40,2, b, v de la CDN y 7.1 Beijing). En este ámbito es importante el concepto de Máximo Esfuerzo Revisable, que obliga a los tribunales de alzada a incluir en sus revisiones hechos y derecho, a la vez de establecer recursos oportunos, efectivos y amplios en los cuales poder revisar todas las decisiones importantes del proceso. Asimismo, el estado tiene obligación de establecer diferentes recursos: reposición, apelación, impugnación, casación, recurso extraordinario federal y queja, o con la denominación que fuera, pero que comprendan todas las aristas de pasible agravio dentro de un proceso, como así también recursos rápidos y efectivos en el marco del art. 43 de la CN -amparo, habeas corpus y habeas data- (sobre todo ello, pueden verse los fallos “Casal” y “L., L. A.” de la CSJN. “Herrera Ulloa” y “Maqueda” de la Corte IDH)

Debe ser central el Principio de Inocencia (Arts. 11 DUDH, XXVI DADDH, 14.2 del PIDCP, 8.2, 1er. párr., g y 8,3 CADH, 40,2, b, i y CDN 13 y 18) que abarca también la prohibición de declarar contra sí mismo e incluye no ser obligado a aportar pruebas, dar información o permitir acciones sobre su cuerpo o bienes jurídicos, y hasta ser coaccionado a declararse culpable. Esa presunción de inocencia debe sostenerse hasta la sentencia firme e incluir la protección frente a la privación de la libertad. Asimismo, fundamenta el *in dubio pro reo*, siendo la propia confesión sólo válida judicialmente, sin coacción de ninguna naturaleza, con información previa, suficiente, adecuada y completa sobre que puede negarse y consultar a un/a defensor/a de su confianza, y resulta suficiente si es corroborada por otros elementos de prueba, incluso entre coimputados mediante la delación (Fallos “Fiorentino”, “Montenegro”, “Rayford” de CSJN y “Zegarra Marín vs Perú” de la Corte IDH).

Debe asegurarse la Participación de la Víctima y Amigos del Tribunal, previstos específicamente en diferentes convenciones y en las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia. En ese marco, debe asegurarse participación amplia y en todo el proceso, incluso durante la ejecución de las penas. Debe resaltarse que dicha participación es imprescindible para la justicia restaurativa, como así también para el principio de responsabilidad (Fallos “Santillán” de la CSJN y “Góngora” en materia de género, y toda la doctrina de la Corte IDH y de CSJN sobre *amicus curiae*, considerada como institución imprescindible para mejor resolver).

Debe propenderse a cumplir con el principio de reinserción social de la pena (Arts. 5,6 CADH, 10,3 PIDCP, y 40,1 CDN). La reforma y la readaptación social como fin de la pena es un mandato normativo ineludible (5.6 CADH) y debe ser el principal objetivo del tratamiento penitenciario (10.3 PIDCP) que debe ser necesariamente progresivo. Para ello los

pilares serán la educación y la capacitación laboral (Ver fallos “Haro”, “Verbitsky”, “Romero Cacharane” entre otros de la CSJN y “López y otros vs Argentina” entre otros de la Corte IDH). En cuanto a la privación de libertad, las personas menores de edad deben ser separadas de las personas adultas (ver fallo “Mota Abarullo y otros vs Venezuela” de la Corte IDH), y en sus casos se debe promover la reintegración social y que puedan cumplir una función constructiva en la sociedad. La CDN y todas las reglas e instrumentos internacionales, especialmente las Directrices de Riad para prevenir la delincuencia juvenil apuntan en ese norte por lo cual la formación en derechos humanos, la aprehensión de valores de respeto hacia el prójimo y la formación ciudadana deben ser contenidos a privilegiar en los abordajes. Asegurar el principio de igualdad y no discriminación debe ser una aspiración constante en el sistema penal (Arts. 1,1 y 24 de la CADH y 16 de la CN). Propender a la igualdad en las conductas criminalizables (Directriz 56 de Riad), evitar discriminar en función de categorías sospechosas (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición -Regla 4 de La Habana y principios generales de las Reglas de Beijing-), siempre teniendo en cuenta las condiciones de desigualdad estructural (género, pobreza, etcétera) como así también la equidad en la igualación que obliga a considerar la vulnerabilidad y la sobre vulnerabilidad, como así también las condiciones de interseccionalidad.

Sin dudas uno de los más complicados de asegurar en las dinámicas de los sistemas punitivos es el principio de libertad, sobre todo en casos graves o de reiterancia. Está previsto en los Arts. 7 CADH, 37 CDN y 18 CN. Debe ser *prima ratio* y su vulneración la última opción y para casos excepcionales establecidos expresamente en las leyes: flagrancias, sentencia firme y/o para asegurar el proceso (evitando la fuga y/o entorpecimiento de la investigación). Y en el caso de NNyA revisable periódicamente y ser privada por el plazo más breve posible. Implica también la prohibición de privación arbitraria o ilegítima, y ante la privación de la libertad, asegurar la Información completa y un recurso rápido y efectivo para su control. En ese contexto se debe garantizar que cada persona sea llevada ante un/a Juez/a competente sin demora, y la notificación a un familiar o allegada/o y a su abogado/a de confianza o defensa oficial inmediatamente (Fallos “Nápoli, Erika” de la CSJN y “Tibi vs Ecuador” y “Bulacio vs Argentina” de la Corte IDH, por ejemplo, han sentado varios requisitos en contextos de privación de libertad que las leyes no han materializado aún en gran parte).

Sentado todo ello, nos detendremos sólo sobre algunos pilares que, por su centralidad, especificidad y práctica, son los estructurantes del debido proceso en nuestros lares y, por ende, han de comportarse también como base de sustentación en la especialidad.

Tribunal independiente e imparcial.

Esta garantía, es una de las fundamentales del debido proceso y como tal no puede ser limitada por las leyes procesales, como así tampoco la facultad de recusar al/la juez cuando existe temor de parcialidad. De los derechos de acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva, se sigue la necesaria imparcialidad del tribunal (artículos: 18, 33 y 75, inciso 22 de la CN; 8 y 10 de la DUDH; 18 de la DADDH; 2.3 Y 14.1 del PIDCP y 8.1 y 25 de la CADH) que, como ya hemos dicho, debe marcar un piso para las específicas.

En torno a esta cuestión es necesario asegurar la ausencia de cualquier viso de parcialidad, como dice Maier:

*“...siempre y cuando exista temor de parcialidad, corresponde el desplazamiento del juez natural y, de lo contrario, no. Resulta partir del concepto de juez imparcial a utilizar. Se ha dicho de aquél que **no es parte** en el asunto que debe decidir, que lo ataca **sin interés personal** alguno y con **ausencia de prejuicios** a favor o en contra de las personas o respecto de la materia.”*²⁴⁹

Junto a las exigencias en materia de competencia e independencia, integra las características propias de las posibilidades de respeto a la jurisdicción, por aquello de que *“No sólo se debe hacer justicia; también debe ser visto que se la hace”*²⁵⁰, y en suma garantizar la imparcialidad tanto en su faz objetiva como subjetiva, pues la confianza ciudadana y las posibilidades de desarrollo de la judicatura conforme a las reglas de la república así lo imponen.

Ello obliga a implementar un mecanismo de recusaciones de juezas/ces por temor a la parcialidad, que siguiendo a Maier referimos que no puede ser taxativo, puesto que:

*“...ninguna regulación abstracta puede abarcar todos los motivos posibles que, en los casos futuros, pueden fundar, concretamente, la sospecha de parcialidad de un juez. Es por ello que resulta razonable permitir, a quienes puedan recusar, invocar y demostrar otro motivo que funde seriamente el temor de parcialidad en el caso concreto...”*²⁵¹

Y aclara que:

²⁴⁹ Maier, Julio B. J. (1996) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, pág. 739.

²⁵⁰ TEDH, sentencias en casos “Piersack”, del 1/10/82, y “Delcourt”, del 17/1/70.

²⁵¹ Maier, Julio B. J. (1996) *Derecho Procesal Penal. Tomo I*, Editores del Puerto. Argentina, página 754.

*"Las reglas sobre imparcialidad se refieren, por ello, a la posición del juez frente al caso concreto que, en principio, debe juzgar, e intentan impedir que sobre él pese el temor de parcialidad. La herramienta que el Derecho utiliza en estos casos es la **exclusión del juez sospechado de parcialidad, y su reemplazo por otra persona, sin relación con el caso y, por ello, presuntamente imparcial frente a él.**"*²⁵²

Y más específicamente, el mismo autor al hablar de las causales que llevan a un sujeto a pretender la exclusión de las/os juezas/ces que entenderán en su caso, indica que más allá de su previsión normativa más o menos específica, todas se motivan en una "razón genérica", y afirma:

*"Esa razón genérica es el temor de parcialidad en el juez investido para juzgar, pues su situación personal respecto del caso -de sus protagonistas, **de su objeto- puede instalar en él, con o sin su concurso voluntario, intereses, prejuicios o conocimientos especiales (no obtenidos mediante el rito que la ley procesal penal establece para ello) que, de otra manera, no existirían. La sospecha y no la seguridad de que ello sucede conforme a la situación especial del juez frente al caso -situación que sí debe ser conocida perfectamente-, es aquello que funda la exclusión. De tal manera, el temor de parcialidad es un motivo genérico de exclusión de un juez, siempre que quien lo esgrima, alguien interesado en el procedimiento y su solución, demuestre la situación especial en la cual se halla el juez y su relación con la sospecha de parcialidad."** -la negrilla fue agregada-.*²⁵³

En base a tales consideraciones se puede sostener que la sospecha de parcialidad puede verse fundada en el temor que el contacto cabal de los jueces con los elementos probatorios a debatirse, antes de la realización del juicio, le puede producir, y esto puede ser pasible de consideración en los procesos acusatorios mediante el contacto con las evidencias o en la participación en algunos actos procesales, y en los mixtos mediante el contacto con el expediente judicial, recordemos que en nuestro país aún permanecen procesos de esta índole en el ámbito de NNyA.

Como amplía Marcelo Sancinetti:

"...que el acusado tenga un derecho constitucional a reclamar que su causa sea tratada por un tribunal que satisfaga la garantía de imparcialidad determina que el legitimado a actuar como juez no puede ser, sencillamente, quien resulte de aplicar la legislación vigente en cada caso (...) sino en tanto y en cuanto su individualización conforme a esas reglas satisfaga

²⁵² Ob. cit., pág. 752.

²⁵³ Maier, Julio B. J. (2004) *Derecho Procesal Penal. Tomo II. Sujetos Procesales*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, pág. 559.

*aquella exigencia; es decir, que el reconocimiento de este derecho como garantía constitucional, como derecho fundamental de la persona humana, impone un contenido material, y no solamente formal, a la legitimidad de la integración del Tribunal" -la negrilla es nuestra-.*²⁵⁴

Ahora bien, y sin seguir abundando en la doctrina, que puede consultarse en la compilación realizada por Sancinetti²⁵⁵, entendemos que corresponde traer a colación, en abono de lo que se viene diciendo, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya clásico fallo "**Llerena**" (L. 486. XXXVI, causa N° 3221) del 17/05/2005, pues las consideraciones que en este fallo se han hecho en favor de la evitación del "*temor de imparcialidad*" en casos penales concretos trascienden a la indicación de algunas características de actos procesales realizados por jueces penales que les impide luego actuar como juzgadores.

A nuestro criterio, el avance de la CSJN en esta decisión, abona también la teoría de que un Tribunal destinado a juzgar un caso, no puede, de ningún modo, tomar contacto con las "evidencias" o "pruebas" con anterioridad al debate, ya sea que las/os jueza/ces se hagan del legajo fiscal o de las actuaciones de la defensa, con todas las evidencias, puesto supone la utilización de estos instrumentos como el expediente judicial del sistema mixto, lo que ya desvirtuaría principios fundamentales de los sistemas acusatorios, pero les permitiría asimismo no sólo tenerlo sino estudiarlo antes del juicio, e ingresar a la sala con prenociones y preconcepciones sobre el caso, lo que afectaría el derecho de defensa del imputado y su garantía de imparcialidad.

A los considerandos del fallo "Llerena" de la CSJN, entendemos es necesario siempre reeditarlos para pujar en las consideraciones más adelantadas, pues sigue habiendo Tribunales -y legisladores- que hacen caso omiso a los avances del Máximo Tribunal Nacional cuando sienta bases como las siguientes:

"9º) Que la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado.

13) Que la opinión dominante en esta materia establece que la imparcialidad objetiva se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de

²⁵⁴ Sancinetti, Marcelo A. (2002) *Análisis crítico del Caso Cabezas*. Tomo II. El Juicio. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, pág. 56/57.

²⁵⁵ Sancinetti, Marcelo A. (2001) *La violación de la garantía de imparcialidad del Tribunal*. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos -y sobre todo del imputado- en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático"

Respecto del modelo acusatorio, considerando 14:

*"... Nuestra Constitución Nacional, es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; **evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado.**"* -la negrilla fue agregada-

Véase que se habla de tomar contacto con la prueba y no de tomar decisiones en el proceso.

Continúa en el considerando 17:

*"... al conformarse a petición de la Organización de Naciones Unidas, un comité de especialistas de distintos países para establecer las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal -denominadas "Reglas de Mallorca"-, se dispuso en la regla 4, inc. 2º que "Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, **no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa.**"* -la negrilla es nuestra-. Véase que excluye a los jueces que hubieran participado de cualquier modo antes en el proceso, y luego agrega en otra función o en otra instancia, son por ende tres las dimensiones que fundan la exclusión.

Con cita de Roxin en el 22:

*"... Así, puede afirmarse que "Un juez que no está ya excluido de pleno derecho, puede ser recusado por temor de parcialidad, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad...Para esto no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, **alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello según una valoración razonable.**"* -la negrilla fue agregada-

Como puede verse de lo traído a colación, desde el punto de vista del sistema republicano de gobierno, la Corte ha dicho que el juez de juicio no puede tomar contacto con la prueba con anterioridad al juicio, y esto fue escogido así para el juicio político previsto en la Constitución, pero también cita las reglas mínimas para las naciones unidas, donde ello surge claramente, y se prohíbe que el/la juez/a que actuó de cualquier modo antes del juicio luego intervenga en él, pues se afirma que el contacto con las pruebas puede afectar la imparcialidad de la persona juzgadora. Por último, escoge citas de Claus Roxin, donde se

aclara que no es necesario acreditar la parcialidad, sino sólo considerar una sospecha razonable, pues requerir acreditación sería totalmente absurdo y llevaría a la dilatación irrazonable de los procesos, exigiría hacer el debate primero para verificar si la/el juez/a se vio afectada/o o no por su actuar previo, y si se acredita, volver hacia atrás y realizar el juicio de nuevo, sin perjuicio de que se vulnerarían otras garantías también constitucionales *-ne bis in idem* y enjuiciamiento sin dilaciones indebidas, por ejemplo-.

En tal razón, y como conclusión de este acápite diremos que los parámetros generales de esta garantía constitucional están conformados por los artículos 18 y 75, inciso 22, de la CN, y 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP, en el máximo nivel normativo, y por las Reglas de Mallorca²⁵⁶, en especial la 4.2, como máxima ordenación internacional, que debe tenerse como estándar mínimo de aseguramiento para el enjuiciamiento penal.

Esa normativa, obliga a nuestro Estado a adecuar sus procesos penales al principio acusatorio, lo que ha derivado en una ola de reformas procesales en la región y por supuesto en nuestro país que se encuentra en ciernes y que ha alcanzado también a las legislaciones procesales para personas menores de edad, que obliga, entre muchas otras cuestiones, a cambiar de paradigma y por ende desterrar los institutos propios de sistemas inquisitivos y mixtos, como así también las costumbres enraizadas en las personas que trabajan en esos modelos.

Por ejemplo, erradicar el sistema de actas y transformarlo en sistema de actos, cambiar escrituración por oralidad, redistribuir y diversificar los roles de investigación, acusación y juzgamiento, desterrar el expediente judicial, y por sobre todo asegurar la celeridad del proceso sin mengua de las garantías de la persona imputada, con una participación cada vez más importante de las víctimas durante todo su desarrollo, son tanto aspiraciones normativas como desafíos, y son tanto un norte hacia donde ir como una materia pendiente de materialización.

En el caso de los procesos penales para adolescentes es central fortalecer la imparcialidad porque se cuenta con muchos años de tutelarismo penal que invade toda la escena y mantiene los mandatos escriturales y las exigencias de que la judicatura se ejerza de manera intromisiva, proactiva indebida, interviniente de todo el proceso, e incluso impulsándolo,

²⁵⁶ Proyecto de Reglas Mínimas para el Proceso Penal de la comisión de expertos reunida en Palma de Mallorca, en cuatro sesiones de trabajo que tuvieron lugar los días 23, 24 y 25 de Noviembre de 1990; 5, 6, 7 y 8 de Septiembre de 1991; 14, 15 y 16 de Febrero de 1992; 3, 4, y 5 de Mayo de 1991; por convocatoria del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, a invitación de la Consellería Adjunta a la Presidencia del Govern Balear y con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena. También conocidas como reglas mínimas del proceso penal, y que ya la CSJN en el fallo “Llerena” citado reconoce como de observancia obligatoria.

ocupándose de la situación de NNyA imputadxs a manera de “*buen padre de familia*”, manteniéndose aún en muchas circunscripciones los expedientes tutelares en la misma orbita judicial que los penales y civiles, por lo cual la imparcialidad del modo en que la hemos descrito y que se impone desde el máximo nivel jerárquico es materia pendiente de realización, pero, precisamente por ello, de urgente garantía.

Ahora bien, en materia de proactividad judicial respecto de la imparcialidad es necesario diferenciar, por un lado todo aquello que realicen las/os Juezas/ces para lograr la restauración y composición de los conflictos judicializados, todo aquello que realicen para garantizar o restituir derechos, y todo aquello que realicen para asegurar los principios específicos de la especialidad y cumplir el fin pedagógico del proceso (a esto le llamamos proactividad debida); y por otro lado, todo aquello que implique inmiscuirse en actividades propias de las partes para acreditar los hechos investigados, conseguir o producir evidencias o material probatorio, como así también corregir, completar o mejorar de cualquier modo la teoría del caso de cada una de las partes, o tomar parte por alguna parte, todo lo cual debe estar totalmente excluido del rol de Juez/a, ya sea que beneficie o que perjudique a la persona imputada, a las víctimas o a la comunidad (a esto le llamamos proactividad indebida).

Tal como se pregona respecto de los Juzgados de Ejecución, que tienen funciones originarias de control y vigilancia permanente de derechos y condiciones de detención, como así también de apelación ante determinadas resoluciones administrativas del ámbito penitenciario, por lo cual las características de la imparcialidad tradicional no pueden ser trasladadas en un todo a este fuero especializado, lo mismo sucede con el Derecho Procesal Penal para NNyA, puesto que la amalgama de funciones de los Juzgados abarca tanto el rol decisor como el rol de garante permanente de la legalidad del debido proceso penal específico, con todo lo que ello implica, por lo cual, tampoco en esta especialidad pueden ser trasladadas de manera literal y lineal todos los mandatos del debido proceso tradicional, entre ellos, la imparcialidad del Tribunal, como así tampoco todos los caracteres del principio acusatorio, que, como vimos, se ven resignificados en función de la especificidad.

Defensa en juicio.

Lo segundo que debemos destacar en materia fundamental del proceso es que la defensa de la persona imputada prevista normativamente en los artículos 10 de la DUDH, XXVI de la

DADDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCP, en función del artículo 75.22 de la CN, debe ser un instituto inviolable y ser garantizado con todas las características necesarias para asegurar una defensa efectiva.

Uno de los mecanismos constitucionales para el resguardo del derecho de defensa en juicio es la necesidad de que exista una asistencia técnica adecuada y de confianza, pero el derecho de defensa en juicio tiene otras implicancias también, por ejemplo, que la persona inculpada cuente con el tiempo y los medios adecuados y suficientes para la preparación de su defensa y que el proceso se desarrolle en forma contradictoria, asegurando la igualdad de armas entre las partes (artículos 8.2.c y f de la CADH y 14.3.b y e del PIDCP, y 75.22 de la CN).

Maljar dice que:

“Respecto al [tiempo], el acusado necesitará imperiosamente tiempo material para tomar vista del expediente, y, por ende, acceder a la prueba base de la acusación obrante en él. En relación [con los medios], cabe señalar la desigualdad procesal ‘real’ que existe en un proceso penal ya que el Estado acusador (Ministerio Público) cuenta con recursos humanos, tecnológicos y legales para hacer la investigación e intentar demostrar certeza en relación a la culpabilidad del acusado, fundar su acusación, inclusive ordenando medidas para lograrlo; por su parte, el imputado sólo tiene derecho a pedir al juez la realización de una prueba a su favor, sin imperium para ordenarla”²⁵⁷

De lo reseñado surge que la observación de la ultra garantía “derecho de defensa” implica el aseguramiento de todas sus implicancias y no la mera entrevista con un/a abogado/a ni sólo su asistencia técnica cuando se lo requiera, sino el ejercicio responsable de una defensa penal efectiva con todas las características reseñadas y que en profundidad pueden verse en el trabajo de Binder, Cape y Namoradze²⁵⁸ que incluye un profuso relevamiento de los estándares latinoamericanos en la materia, que no abordaremos en detalle aquí, pero que requiere de su observación en torno a lo siguiente: derecho a contar con información sobre la naturaleza y causas de arresto o detención en caso de que exista, sobre la naturaleza y las causas de la imputación o formulación de cargos y de la acusación en su caso, sobre los derechos relativos a su defensa que le estuvieren garantizados y a obtener acceso a toda la evidencia del caso que le involucre como así también a la investigación llevada a cabo; derecho a defenderse personalmente y a contar con asistencia legal de su confianza y libre elección, que esa asistencia esté disponible durante las declaraciones e interrogatorios, a

²⁵⁷ Maljar, Daniel E. (2006) *El proceso penal y las garantías constitucionales*. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, pág. 80.

²⁵⁸ Binder, Alberto; Cape, Ed y Namoradze, Zaza (2015) *Defensa penal efectiva en América Latina*. Ediciones Antropos Ltda. Colombia.

mantener entrevistas privadas con su defensor/a, a contar con ello de manera gratuita si no puede pagar, y que las/os profesionales de la abogacía se rijan por estándares profesionales mínimos, orientarse exclusivamente por el interés de la persona defendida y sean independientes; derecho a las garantías mínimas de un juicio justo (presunción de inocencia, guardar silencio o no auto incriminarse, permanecer en libertad, presenciar los actos y participar activamente, recibir decisiones con fundamentación razonada y que sean pasibles de revisión integral).

Asimismo, como garantías vinculadas, los autores de mención refieren que deben asegurarse el derecho a investigar el caso y proponer pruebas, contar con suficiente tiempo y posibilidades para preparar la defensa, la igualdad de armas en la producción y control de la prueba, como así también en el desarrollo de las audiencias públicas y adversariales, y a contar con intérprete de confianza y traducción de documentos y pruebas en caso de que fuera necesario.

Como ya hemos dicho, esto es el piso a partir del cual debe partir el plus en materia específica para NNyA que, como veremos más adelante, requiere de algunas particularidades que en materia de derecho procesal penal adulto céntrico no se relevan ni se requieren específicamente, por lo que, si bien es piso, debe ser revisado por completo en cada una de sus aristas.

Derecho al recurso (doble conforme).

Lo tercero en que podemos reparar es la exigencia de revisión de las decisiones. En nuestro país, y luego de dictado los fallos “**Casal**”²⁵⁹ en materia recursiva y “**Llerena**”²⁶⁰ por la CSJN en materia de imparcialidad se ha venido modificando sustancialmente todo lo que tiene que ver con la materia recursiva no sólo por una cuestión de obediencia hacia los postulados de la Corte Nacional, sino porque le fueron aplicados específicamente a casos provenientes de muchas provincias. Diremos que la interpretación dinámica que se le ha hecho a lo normado

²⁵⁹ "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa —causa N° 1681—. Fallo del 20/09/2005. En el caso de personas menores de edad al momento del hecho punible el caso” G.J.L” de la CSJN. Un aporte propio sobre ello en Osio, Alejandro (2013) *El fallo G.J., L. es el Casal de los niños*. En línea <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35664-fallo-g-jl-es-casal-ninos-y-sobre-estado-se-encuentra-ahora-y-siempre-situacion>

²⁶⁰ “**Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 de Código Penal -causa N° 3221-”.** Fallo del 17/05/2005.

en el art. 8.2.h de la CADH, también llamado doble conforme, demuestra el avance y respeto al debido proceso y la defensa en juicio en el ejercicio de la doble instancia, situaciones que abarcan temas específicos pero que no excluyen otros supuestos, que surjan de la evolución que se haga en el futuro.

El derecho de recurrir la sentencia de condena como “*ultra garantía*”, sólo se satisface si se potencia lo regulado en el art. 8 de la CADH a favor de la persona imputada. La Corte IDH, ha interpretado la garantía de la doble instancia en varios casos, y así ha sentado varios estándares, afirmando que otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y con ello brinda mayor seguridad y tutela a sus derechos.

Según la Corte IDH, en el fallo que citamos seguidamente, debe entenderse que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de la CADH, debe ser ordinario y eficaz, dando respuesta a la finalidad para la cual fue concebido, requiriéndose que sea accesible, evitando que se torne ilusorio, con independencia de su denominación, permitiendo el examen integral de la decisión recurrida, sin limitar la revisión a aspectos formales o legales.

Por su parte, la Corte Federal en el precedente “**Casal**” ya citado, interpretó el art. 8.2.h de la CADH y el art. 14.5 del PIDCP, -luego de recordar lo resuelto por la Corte IDH en “**Herrera Ulloa**”²⁶¹, afirmando que la revisión debe ser amplia, limitada a “*todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral... [rigiendo]... un límite real de conocimiento... que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso*”. –negrilla en el original-

De la interpretación transcrita, se deriva el alcance de las garantías judiciales del art. 8 de la CADH, en lo concerniente a la doble instancia, debiendo establecer el Estado una regulación que permita la existencia de un recurso ordinario, accesible, eficaz, tendiente a la revisión amplia e integral y, en principio, ilimitada.

El Estado Argentino al haber ratificado la CADH, y sin haber hecho reserva alguna en relación al art. 8.2.h de dicha Convención, comprometió su responsabilidad de “[...]consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas”.

²⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica Sentencia de 2 de julio de 2004.

La redacción del art. 8.2.h en relación con lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la CADH, determina que sea el Poder Legislativo quien tenga el deber de respetar dicha garantía adoptando las disposiciones de derecho interno necesarias para tal efecto. Luego compete al Poder Judicial, adoptar las medidas de otro carácter para garantizar la tutela judicial convencional.

Así lo dijo la Corte IDH en el fallo citado:

“Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 8 de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado”.

La reglamentación, que del art. 8.2.h de la CADH haga el Estado Argentino, no puede violentar la “*ultra garantía*”²⁶² en aquél establecida. Se deben respetar las garantías judiciales previstas en ese art. 8 al nivel legislativo tendiente a crear un procedimiento de revisión que cumpla con el estándar fijado por la Corte Interamericana y por la Corte Federal.

Como sostiene Binder:

*"La idea del recurso como derecho aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que en su artículo 8º, sobre Garantías Judiciales dice: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; ésta será la perspectiva que tomaremos en cuenta principalmente, aunque de ello no se debe inferir que las otras perspectivas posibles son menos importantes. De este modo, pues, la "impugnabilidad" de la sentencia y de otros fallos importantes, se vincula a las garantías judiciales mínimas; y un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir el fallo."*²⁶³

Y continúa explicando el mismo autor que:

"Fundamentalmente, se debe entender como el establecimiento de un mecanismo de control real sobre el fallo. No quiere decir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁶² En el sentido que le ha dado Zurita, Raúl Vicente (2010) La doble instancia, ultra garantía, contemplada en el art. 8 de la CADH. En línea https://www.academia.edu/39178381/LA_DOBLE_INSTANCIA_ULTRA_GARANTIA_CONTEMPLADA_EN_EL_ART_1_8_DE_LA_CADH

²⁶³ Binder, Alberto M. (2008) Introducción al Derecho Procesal Penal. 2ª edición actualizada y ampliada, 5ª reimpresión. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina., pág. 286.

*haya optado por algún tipo de recurso en particular o -como algunos han sostenido- que la "doble instancia", entendida como un doble juzgamiento integral del caso, se haya convertido en un derecho humano fundamental. La interpretación correcta es la que indica - como lo ha enunciado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos- que el derecho fundamental consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo real y serio de control de fallo, por un funcionario distinto del que lo dictó y dotado de poder para revisar el fallo anterior, es decir, que su revisión no sea meramente declarativa, sino que tenga efectos sustanciales sobre el fallo... El otorgamiento de esa facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad (impugnabilidad subjetiva), como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas (impugnabilidad objetiva). Podemos decir, pues, que en el espíritu del Pacto de San José, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en ese proceso penal."*²⁶⁴

Entonces, debe asegurarse un recurso efectivo durante todo el proceso penal para garantizar la posibilidad de revisión de un fallo por un órgano con poder de decisión suficiente, y de manera integral, alcanzando a todas las decisiones importantes del proceso, no sólo de la sentencia, como se ha sentado en el caso "**Maqueda**"²⁶⁵, por lo que no puede restringirse sólo a la revisión de la sentencia. Así lo dijo en ese caso:

"262. De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso."

En la materia que nos convoca, la CSJN en el caso "G., J. L." del 15/06/2010²⁶⁶, que aquí comentamos se pronunció en esa línea, según veremos, pero antes que el Máximo Tribunal ya

²⁶⁴ Ob. cit., pág. 287.

²⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Maqueda Vs. Argentina Resolución de 17 de enero 1995.

²⁶⁶ CSJN. G. 53, L. XLIV. RECURSO DE HECHO. "G., J. L. s/ Causa N° 2182/06". 15/6/2010. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los extractos pertenecen al Dictamen del procurador pues la Corte resolvió

se había pronunciado la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, en el caso “Famoso, Elizabeth” del 17/03/2004²⁶⁷, y luego lo hicieron la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el caso “G.F.D. y O. S” del 06/12/2006²⁶⁸, el Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, de Mendoza, en el caso “M., G. A. R. ” el 18/12/2006²⁶⁹, y el Tribunal de Menores N° 3 de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires in re “XX- XH” en mayo de 2005²⁷⁰, quienes emitieron criterios que medularmente coinciden con lo que aquí expondremos.

En el fallo “G., J. L.” la Corte, con excepción de la Dra. Carmen Argibay, adhirió en pleno al dictamen del Procurador General, Dr. Esteban Righi, y señaló que hacía propios los fundamentos y las conclusiones del representante del Ministerio Público, por lo que sus consideraciones pueden atribuirse directamente al Alto Tribunal.

En el punto IV del dictamen, se critica firmemente la normativa vigente respecto de los niños y niñas, tachándola directamente de configurar un “derecho penal de autor”. Esta afirmación no solo resulta acertada y oportuna en el caso, sino que debe servir de señero para los Tribunales inferiores, porque en realidad la Corte se refiere a la ley 22.278, pero significa por extensión que el régimen penal del modelo tutelar consagra un derecho penal de autor, que es inconstitucional, haciendo hincapié el fallo, en la circunstancia de que se engloba erróneamente en el “tratamiento” tanto a niñas/os que se encuentran en “situación irregular” como a lxs que aparecen involucrados en la comisión de delitos.

Luego se refiere a la equiparación de los efectos de la garantía del doble conforme, entre la situación en que se encuentran NNyA luego de la declaración de autoría y hasta que se les imponga una pena, y la situación de las personas adultas cuando reciben una sentencia condenatoria, puesto que ambas suponen una restricción de derechos que resulta de imposible reparación ulterior, ya que en el caso de NNyA declarados responsables se les somete a medidas de seguridad o tutelares por lo menos durante un año, a fin de analizar luego si en

textualmente “Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.”

²⁶⁷ C.22.909 “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación” CNCC de la Capital Federal, Sala I. 17/03/2004

²⁶⁸ Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal - Registro N: 1344 - Causa N° 39.520 “Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. S/ expediente tutelar”. Juzgado Federal N° 11 – Secretaría N° 21 Buenos Aires, 6 de diciembre de 2006.

²⁶⁹ Dr. José A. Miguel, Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, Tunuyán, Mendoza. Expte. N° 3.786. “M., G. A. R. P/MEDIDAS DE PROTECCIÓN”. 18 de diciembre de 2.006.

²⁷⁰ Dra. Patricia Alejandra Gutiérrez. Tribunal de Menores N° 3 de Mar del Plata, Buenos Aires. Expte. N° XP: “XX- XH – MAR DEL PLATA”, mayo de 2005. Publicado en el sitio de la Fundación Sur (www.surargentina.org.ar)

base a ello corresponde o no que se les imponga una pena. Es decir, esta situación restrictiva de derechos sirve de filtro entre la sentencia de responsabilidad y la de imposición efectiva de pena, para habilitarla o no, según cumpla o no cada NNyA durante ese plazo con determinadas “reglas de conducta” o “medidas tutelares”.

Se hace cargo aquí la Corte del conocido “embuste de etiquetas” aplicado a una circunstancia concreta. Para habilitar la vía recursiva en casos en que se declare la responsabilidad penal de niños, del mismo modo que se garantiza a los adultos cuando son condenados.

Por ello, podríamos decir que este fallo es el “Casal de los niños”²⁷¹, puesto que, incluso con cita de ese fallo, el Alto Tribunal iguala dos situaciones que se consideran aún por la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país, como disímiles, ampliando así el derecho de NNyA a una segunda revisión integral del fallo en que sean sindicadxs como autorxs o partícipes de un delito. Y para ello, sanamente, la Corte no tiene en cuenta la circunstancia de que luego se le imponga pena o no, ya que debería aguardarse hasta ese momento, sino que centra su atención en las consecuencias jurídicas que produce la declaración de responsabilidad, más allá del *nomen iuris* con que se la identifique y la posibilidad o no de reparación ulterior.

Por otro lado, en el Considerando V y en la misma línea conceptual, el Procurador –y por ende la Corte al adherir- asume el rol que le compete al establecer que para dar cumplimiento al artículo 4 de la CDN las sentencias judiciales forman parte de las medidas que un Estado debe tomar para dar efectividad a los derechos y garantías de NNyA en un Estado constitucional de derecho. Entre tales, el de hacer revisar por un órgano superior de manera integral una sentencia adversa que declare la responsabilidad penal de un/a NNyA.

Este tipo de consideraciones no pueden formularse sino desde una óptica que entienda al sistema de derechos y obligaciones específico como dirigido a todxs lxs NNyA, se considera la universalización de la infancia y no la fragmentariedad propia del sistema tutelar y, por ende, las nociones de exigibilidad de su cumplimiento y de responsabilidad por sus violaciones cobran fuerza en el sentido de que debe asegurarse el piso más el plus de derechos y garantías.

De esta manera, la Corte, por un lado, vuelve a reafirmar el status jurídico de NNyA frente al poder penal del Estado, ya no como personas menores en derechos en relación a otras mayores en derechos, sino como personas con todos los derechos más un plus por su edad, y

²⁷¹ Así lo dimos en llamar en nuestro aporte publicado en la Revista Pensamiento Penal del 07/03/2013. Sección Infancias y Adolescencia. En línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35664-fallo-g-jl-es-casal-ninos-y-sobre-estado-se-encuentra-ahora-y-siempre-situacion>

por otro lado, resalta nuevamente la desigualdad de trato que significaría el procesamiento de casos para personas adultas y para NNyA, de no asegurarse las previsiones internacionales, al aclarar *“Tal inequidad se patentiza en este caso al advertirse que al hermano y coimputado mayor –H. M. G.– sí le fue admitida la revisión de su situación frente a la ley y los hechos, mientras que al menor, por esa especial condición, se lo obliga a continuar sometido a las restricciones del proceso penal hasta que el juez de menores defina su situación frente a la pena, decisión que, aunque adversa, para el adulto fue inmediata”*, tal y como lo había hecho en los fallos que citamos al iniciar este aporte.

El Procurador realiza, por último, dos apreciaciones que merecen ser destacadas, porque al hacerlas suyas la Corte, las torna de una relevancia superlativa.

Por un lado, que lo relativo al desconocimiento de determinadas garantías constitucionales en procesos penales seguidos a personas con menos de 18 años de edad, que sí se aseguran a personas con más de esa edad, constituye una afectación a derechos fundamentales de NNyA, y frente a ello *“...los jueces tienen la obligación de modificar el criterio restrictivo adoptado, sin olvidar que el reconocimiento de los derechos especiales de los niños por su condición, constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa...”*. De esta manera el Máximo Tribunal, amén de instar a los poderes ejecutivos y legislativos, como ya lo venía haciendo en su jurisprudencia, también lo hace ahora con las judicaturas para que, de alguna manera, despierten del letargo en que la mayoría se encuentra aún frente a los modelos tutelares a más de treinta años de la CDN, y que, de algún modo, surja desde los estrados judiciales el empuje necesario para la adecuación legislativa tanto a nivel nacional como de las provincias.

Y por otro lado, que lo resuelto signifique el apartamiento del criterio hasta entonces sostenido –fallo “Soria, Jorge Armando”–, es decir, leído en la clave del párrafo anterior, que la Corte no sólo proclame el reconocimiento de determinados derechos en relación a determinadas personas en determinados procesos, de manera programática o doctrinaria, sino que el Máximo Tribunal de la Nación en materia constitucional, además aplique los puntapiés iniciales en cada uno de los tópicos en que le toca intervenir para marcar el sendero²⁷².

Libertad durante el proceso.

²⁷² En este punto seguimos nuestro aporte denominado “El fallo G.J.,L. es el Casal de los niños”, Disponible en línea en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35664-fallo-g-jl-es-casal-ninos-y-sobre-estado-se-encuentra-ahora-y-siempre-situacion>

En este punto trataremos un plexo de garantías que rigen para el caso de que alguien sea privado de su libertad durante el proceso. En primer lugar, del artículo 18 de la Constitución Nacional se deriva que la libertad debe ser una regla, pues nadie puede ser privado de ella sin orden escrita de autoridad competente.

Y se verá que no distingue las causas de esa prisionización, es decir, si lo es por falta, contravención, delito o lo que fuere, por ende, y en aplicación del principio general del derecho que manda a no distinguir si la ley no lo hace, y del de máxima taxatividad legal interpretativa, debe entenderse que se aplica a todos los supuestos posibles de privación de la libertad ambulatoria, sin importar su denominación: demora, detención, prisión preventiva, arresto, etcétera, principio de amplitud que aparece claramente enunciado en la Regla 11.b de las “Reglas de La Habana” para el caso de NNyA.

Sobre el particular, el Estado Argentino también registra sentencias en su contra a nivel interamericano, una de ellas es el “**Caso Bulacio vs Argentina**”²⁷³.

En el marco del acuerdo celebrado en dicho caso, es oportuno recordar que el Estado Argentino reconoció haber violado derechos humanos en torno a una detención y la Corte IDH sentó lo siguiente:

“38. Esta Corte considera que existe un consenso básico entre las partes, que las ha llevado a suscribir tanto un acuerdo de solución amistosa como un documento aclarativo del mismo, con el objeto de que no exista duda alguna sobre los alcances de éste. A la luz de los documentos anteriores la Corte constata la voluntad de las partes de poner fin a la controversia en lo que respecta al fondo del asunto. En razón de lo anterior, y tal como lo había determinado este Tribunal en su Resolución de 6 de marzo de 2003, ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen a este caso3. A la luz del acuerdo de solución amistosa suscrito por las partes y su documento aclaratorio, y de las pruebas aportadas por éstas, la Corte concluye que el Estado violó, como lo ha reconocido: a. El derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, quien fue detenido por la policía de manera ilegal y arbitraria dentro de un operativo de razzia sin que mediara orden judicial, y al no habersele informado de los derechos que le correspondían como detenido, ni haber dado pronto aviso a sus padres y al juez de menores sobre la detención.

²⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Bulacio Vs. Argentina”. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

d. El derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales, consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, al no haber informado al juez de menores inmediatamente de la detención de aquél. Por otra parte, se privó de estos mismos derechos a los familiares de Walter David Bulacio al no haber provisto a éstos de un recurso judicial efectivo para esclarecer las causas de la detención y muerte de Walter David, sancionar a los responsables y reparar el daño causado.

f. Las obligaciones generales del Estado, consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, respecto de los derechos violados tanto a Walter David Bulacio como a sus familiares.”

Estándares que, como puede verse, se relacionan estrictamente con lo que venimos diciendo, pero a mayor abundamiento asentaremos lo que entendemos, es obligatorio, trayendo a colación un fallo de la Jueza Sandra Saidman de Baranqueras (Chaco) sobre el particular. Se trata del fallo 348 del año 2013, en el caso “**Roldán, Roberto Nicolás**”, y allí se establece lo siguiente, que compartimos plenamente:

“El derecho a la libertad ambulatoria se halla reconocido en el artículo 14 de la Constitución Nacional y establecida la única forma de su limitación en el artículo 18. Por su parte el artículo 19 destaca la privacidad de las acciones que no implican perjuicio a terceros, coadyuvando así ella limitación de injerencias estatales en la vida de los ciudadanos. Por otro lado, la incorporación al derecho interno con rango constitucional de instrumentos protectores de DDHH ha coadyuvado a formar un plexo normativo que ha venido a reforzar, juntamente con la jurisprudencia internacional, el escudo protector de las personas frente al avance del Estado respecto de sus derechos.

Desde esta perspectiva es imprescindible destacar que la C.A.D.H. establece en la parte pertinente de su artículo 7) titulado "Derecho a la Libertad Personal", en cuanto al derecho a la libertad ambulatoria, a la posibilidad estatal de coartarla y los requisitos a cumplir ... este artículo 7º posee dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. En cuanto a la regulación general sostuvo que ella se encuentra en el primer numeral, en tanto establece que: toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personal... la regulación específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención

(artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7) (Corte IDH, Serie CN°170, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c.Eduardo, párr. 51).

*...Adrián N. Martín expresa que: "...en primer lugar, que toda privación de libertad debe ser dispuesta por escrito de parte de autoridad competente, es decir, un juez. En segundo lugar, que, además de escribir la orden de detención, el Juez deberá contar con razones legalmente válidas que deberá expresar en ello. Es decir que sólo será legítima una privación de libertad si fuera ordenada por un Juez mediante una orden fundada y apoyada en una norma habilitante. Sólo de forma excepcional otra autoridad distinta de la judicial, podrá disponer el arresto de una persona y, en tales casos, también deberán, ineludiblemente, concurrir razones fundadas que justifiquen la medida basada en una norma que la habilite, prescindiendo de la orden judicial"*²⁷⁴

Y en lo concerniente a la permisión de una “detención preventiva” o cautelar, sentenció lo siguiente:

“Al respecto el Máximo Tribunal ha expresado que: "De la regla según la cual se proscribiera el arresto de personas sin orden escrita de autoridad competente, se deriva, a contrario sensu, la autorización de restringir la libertad de las personas con fines cautelares siempre que la orden provenga de autoridad competente. Al respecto no es ocioso advertir que -salvo el caso de las inmunidades funcionales- no hay una inmunidad general de origen constitucional para ser sometido a proceso y a las medidas de coerción que este implica. Sin embargo, puesto que estas medidas constituyen una severa intervención del Estado en el ámbito de libertad del individuo, su ejercicio no puede estar librado a la arbitrariedad. Toda vez que la coerción procesal se lleva a cabo sobre quien goza de un estado de inocencia que todavía no ha sido destruido por una sentencia condenatoria, es necesario que las medidas restrictivas de la libertad y, en especial, las restrictivas de la libertad ambulatoria, sean ejecutadas conforme a la ley. Por otra parte, no basta la existencia de una ley para autorizar indiscriminadamente el empleo de la coacción estatal, sino que esta debe limitarse a los casos en los que aparece fundadamente necesario restringir ciertos derechos de quien todavía aparece como inocente ante el sistema penal, pues de lo contrario las garantías del art. 14 serían letra muerta"(Del voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y Levene (h), en el Fallo "Daray". ”

²⁷⁴ Expte.N°771/12. Resolución N° 348. Barranqueras, Chaco, 05 de Julio de 2013. Causa "ROLDAN, ROBERTO NICOLAS S/SUP.INFRACCION AL CODIGO DE FALTAS", Expte.N°771/12. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos37126.pdf>

Como corolario de los estándares que hemos tratado de exponer hasta aquí como obligatorios en este tópico, creemos que debe tenerse muy en cuenta también lo que prescriben los artículos 7 de la CADH y 9 del PIDCP en el sentido de que el hecho que afecte la integridad personal, la seguridad o la honra del detenido será imputable a sus aprehensores o a las autoridades que lo ordenaron o permitieron, salvo prueba en contrario; como así también el último párrafo del artículo 18 de la Constitución Nacional, que tan frecuentemente es ignorado y que impone lo siguiente: “...*toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.*”. Cuestiones que a menudo suelen ser ignoradas por los organismos encargados del control judicial constitucional y convencional obligatorio antes y durante la detención.

Por último, como en los ámbitos normativo y jurisprudencial, siempre se han reconocido excepciones a la regla de que nadie puede ser detenido ni requisado sin orden judicial previa, traeremos a colación los estándares sentados en el caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina” del 01/9/2020, puesto que el Estado Argentino reconoció las vulneraciones a los derechos humanos en que había incurrido, y la Corte IDH determinó de la siguiente manera cuáles son los estándares a observar en contextos de demora o detención en la vía pública, requisa personal y registro vehicular, precisamente en función de los artículos de la CADH citados:

“26. En su reconocimiento de responsabilidad internacional, suscrito el 4 de marzo de 2020, el Estado aceptó la totalidad de las conclusiones establecidas por la Comisión en su Informe de Fondo, lo cual incluye las concernientes a que las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro se enmarcaron en un contexto general de detenciones practicadas sin orden judicial ni supuestos de flagrancia en Argentina. ...

62. La Corte advierte que el presente caso se relaciona con dos supuestos específicos de restricciones a los derechos por acciones de la policía: la interceptación y posterior registro del automóvil donde se transportaba el señor Fernández Prieto por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y la detención con fines de identificación y requisa corporal del señor Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina. ...

66. La Corte ha expresado que la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal)⁹¹. Esto así, en mérito de que es la propia Convención la que remite al derecho interno del Estado en cuestión, motivo por el que tal remisión no supone que la

Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención⁹², sino precisamente que debe hacerlo conforme a ella y no según el referido derecho interno. La Corte no realiza, en tal eventualidad, un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad⁹³.

71. El Tribunal considera que esta omisión de justificar la detención del señor Fernández Prieto en alguna de causales legales es claramente un incumplimiento del requisito de legalidad, pues los policías realizaron un acto que constituyó una restricción a la libertad personal del señor Fernández Prieto –en tanto obligaron a detener el vehículo en el que viajaba, posteriormente lo obligaron a descender de él, procedieron a realizar un registro y, finalmente, lo privaron de su libertad- actuando más allá de las facultades habilitantes que establecía el Código de Procedimientos para realizar dichos actos sin orden judicial. Asimismo, la Corte advierte que los tribunales internos que resolvieron sobre la legalidad de la interceptación del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto, el registro del mismo y su posterior detención tampoco se pronunciaron sobre cómo esta se encuadraba en alguna las hipótesis previstas por el Código de Procedimientos en Materia Penal, sino que la validaron considerando que los policías actuaron en cumplimiento de su tarea de prevención del delito y por las pruebas obtenidas en virtud de dicha actuación. ...

81. Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana.

82. El uso de estos perfiles supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, la Corte ha señalado que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias¹⁰⁹. En este caso, el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado, y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al señor Tumbeiro más allá de su nerviosismo, su manera de vestir¹¹⁰ y el señalamiento explícito de que esta no era propia de la zona “de gente humilde”¹¹¹ por la que caminaba, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían

como correcto y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención. ...

89. En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que el artículo 7.2 de la Convención exige no solo la existencia de regulaciones que establezcan las “causas” y “condiciones” que autoricen la privación de la libertad física, sino que es necesario que esta sea lo suficientemente clara y detallada, de forma que se ajuste al principio de legalidad y tipicidad tal como ha sido entendido por esta Corte en su jurisprudencia. Al respecto, este Tribunal ha señalado que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en que se expresan el reproche social y las consecuencias de este”¹¹⁹...

96. Este Tribunal considera que la verificación de elementos objetivos antes de realizar una interceptación de un vehículo o una detención con fines de identificación se vuelve particularmente relevante en contextos como el argentino, donde la policía ha normalizado prácticas de detenciones por sospecha de criminalidad, justificando dicha actuación en la prevención del delito, y donde adicionalmente los tribunales internos han convalidado este tipo de prácticas¹²⁵. En ese sentido, la Corte reitera lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en audiencia pública respecto a la “práctica” por parte de las fuerzas de seguridad argentinas de “detener para hacer estadística” a fin de “responder ostensiblemente a demandas de seguridad de grupos acotados de vecinos”, que en el peor de los escenarios comporta “fraguar delitos o inculpar personas inocentes y desprotegidas” y cuya persistencia se facilita por un “escaso, cuando no nulo, control judicial de las detenciones policiales”. Lo anterior, argumentó la perita, “ha resultado en la legitimación de controles poblacionales abusivos, hostigamientos a jóvenes y trabajadores pobres, detenciones sin registros, allanamientos y requisas sin controles” contra “un número relevante de personas”¹²⁶.”

Traemos a colación tales estándares, no solo porque resultan de obligatoria observación al momento de regular procesalmente las posibles restricciones de derechos en el ámbito penal, sino especialmente para que sean tenidas en cuenta como piso a partir del cual deben partir todas las normas procesales, incluidas por supuesto las que resultan aplicables a NNyA, por supuesto éstas a su vez, con más las garantías específicas pertinentes.

Y tal observancia surge no sólo de la sentencia de la Corte IDH sino del propio reconocimiento del Estado Argentino que además se comprometió a que no se repitieran

casos como estos modificando el derecho interno, las prácticas policiales y la jurisprudencia legitimadora de esas prácticas contrarias a la CADH. Así lo impuso la Corte:

“99. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹²⁸. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad¹²⁹, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos¹³⁰.

Reglas del debido proceso.

En relación a la sistemática del procedimiento, existen requisitos mínimos para todos los procesos penales que deber ser observados como piso en cualquier diseño procesal.

Acusación.

Traeremos a colación lo dicho en “**Cáseres**”²⁷⁵ por la CSJN, reiterado en muchos fallos posteriores en relación a la acusación:

*“3°) Que cabe recordar que esta Corte tiene dicho reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros).
4°) Que en el sub lite no han sido respetadas esas formas, en la medida en que se ha dictado*

²⁷⁵ C. 397. XXVIII. “Cáseres, Martín H. s/ tenencia de arma de guerra.” Fallo del 25/09/1997.

sentencia condenatoria sin acusación. En efecto, dispuesta la elevación a juicio (fs. 79), el fiscal durante el debate solicitó la absolución del imputado (fs. 165 vta.) y, pese a ello, el tribunal de juicio impuso la condena recurrida, lo cual pone al descubierto una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que conducen a la revocación del pronunciamiento recurrido (confr. doctr. de Fallos: 317:2043 y causa T.209.XXII "Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", resuelta el 28 de diciembre de 1989; Fallos: 318:1234, 1400 y causa F.174. XXVIII. "Ferreyra, Julio s/ recurso de casación", resuelta el 20 de octubre de 1995)."

Doctrina ampliada al año siguiente en el fallo "**Santillán**²⁷⁶" respecto del querellante particular –acusador privado- en los siguientes términos:

"13. Que el tribunal apelado derivó de una serie de preceptos contenidos en la ley procesal penal vigente que estimó como regulatorios de la intervención que le corresponde al representante del Ministerio Público, y su incidencia en el ejercicio de la acción penal pública desde su impulso hasta el dictado de la sentencia, consecuencias respecto de la intervención reconocida al querellante particular en el proceso penal y, específicamente, en la etapa prevista por el art. 393 del Cód. Procesal de la Nación, que significaron privar de jurisdicción al tribunal oral para formular un juicio final de culpabilidad o inocencia con apoyo en la pretensión punitiva de la parte citada en último término".

Respecto del derecho de defensa en juicio ya nos hemos extendido antes, y nos remitimos a lo dicho para abreviar en el incumplimiento de esta ultra garantía constitucional, como así también respecto del derecho al recurso, a la afectación de la imparcialidad, que lleva al desconocimiento del proceso acusatorio y contradictorio, en definitiva, todo lo cual, da por tierras con el debido proceso constitucionalmente diseñado, a lo cual debe sumarse lo que sigue.

Sentencia fundada.

Avancemos un poco sobre la necesidad de contar con una sentencia debidamente fundamentada y que con aplicación de las reglas de la sana crítica racional implique una

²⁷⁶CSJN. S. 1009. XXXII. "Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación.". Fallo del 13/08/1998.

derivación razonada del derecho vigente que, además de evaluar y meritar todas las pruebas del caso y aporte respuesta acabada a los planteos de las partes.

Citando a Maier diremos que una exigencia importante de las sentencias es que deben ser fundamentadas, y eso supone:

"...explicar la razón de ser, los "por qué", de la conclusión (parte dispositiva) que define la decisión. Esas razones abarcan tanto la explicación de la conclusión acerca del suceso real imputado, acción u omisión, con todos los elementos fácticos o normativos, que la ley penal utiliza para describir el hecho punible -sobre todo en caso de condena- mediante la valoración de la prueba incorporada legítimamente al procedimiento, como establecer los parámetros normativos con los cuales se valora esa conducta. Ésta es, eventualmente, una exigencia de racionalidad para la decisión, esto es, la exigencia de que la explicación, expresada en palabras, sea condescendiente con las reglas lógicas básicas del pensamiento humano (principio de identidad, de contradicción, del tercero excluido y de razón suficiente) -no contradictorias con ella misma o con el dispositivo de la decisión- y con el sentido común en la valoración de la prueba (libre convicción)"²⁷⁷

La fundamentación exigida:

"...encierra una valoración crítica y razonada de la prueba acumulada durante el proceso... El juez no puede llanamente limitarse a afirmar o no la comisión de un hecho, sino que debe explicar de manera suficiente las razones y las pruebas en que se apoya, debiendo además fundamentar cada una de las conclusiones a las que arribe", pero además de existir debe estar expresada en la sentencia: "Es uno de los principios básicos de todo sistema republicano que los jueces fundamenten sus decisiones. Esto es que los motivos que los llevaron a adoptar una determinada decisión no pueden permanecer en su fuero interno, sino que deben ser claramente expuestos en la sentencia. Para ello, resulta menester que todo pronunciamiento se vea acompañado de una amplia, suficiente y razonada valoración de todo el plexo probatorio recabado durante el proceso."²⁷⁸

La omisión de esa fundamentación suficiente determina que las sentencias que no la contengan deban ser descalificadas como acto jurisdiccional válido, no sólo apoyados en la doctrina imperante, sino también de acuerdo a la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre la doctrina de las sentencias arbitrarias. Para ser cronológico en

²⁷⁷ Maier, Julio B.J. (2011) *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Actos Procesales*. 1ª edición. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, pág. 340.

²⁷⁸ Greppi, María Laura (2009) *La apreciación judicial de las pruebas a propósito del fallo "De los Santos"*. Revista de Derecho Procesal Penal 2009-1 *La prueba en el proceso penal-I*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, Argentina, págs. 589 y 594, respectivamente.

la exposición, la doctrina de la CSJN en materia de arbitrariedad, se encuentra delineada entre otros, en los fallos "**Cerámica San Lorenzo S.A.**" ya citado; "**Villamea**"²⁷⁹; "**Mazza**"²⁸⁰; "**Baratti**"²⁸¹; "**Sabio**"²⁸², "**Tarditi**"²⁸³ y "**De los Santos**"²⁸⁴. También es de utilidad ver lo dicho por la CIDH en autos "**Bulacio vs Argentina**" ya citado, "**Myrna Mack Chang vs Guatemala**"²⁸⁵, "**Maritza Urrutia vs Guatemala**"²⁸⁶ y "**Herrera Ulloa vs Costa Rica**" ya citado.

Caso "**Cerámica San Lorenzo S.A.**":

"4° - *Que por lo demás, es reiterada doctrina jurisprudencial del tribunal que los fallos no sólo deben poseer fundamentos, sino que los mismos deben ser fundados. Así lo expresó también la mayoría de este tribunal en la sentencia del 11 de octubre de 1984 in re "Sasetru S. A. su quiebra s/ recurso extraordinario" (Rev. LA LEY, t. 1984-D, p. 437) en donde se sostuvo: "que el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen las posturas subjetivas de los jueces no son vividas como jurídicas". Aquel requisito "sólo se cumple si la articulación del 'dictum' remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse...De tal manera la sentencia apelada no se adecua a la ley en su ineludible vinculación con la doctrina y la jurisprudencia relacionados, a su vez, con el caso a decidir y satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación con arreglo a conocida jurisprudencia de esta Corte en materia de arbitrariedad.*"(Voto del Dr. Fayt por sus argumentos, aunque en la línea de la mayoría que se remitió al dictamen del Procurador General).

Caso "**Villamea**": "3°) *Que la crítica así ensayada suscita cuestión federal bastante que habilita el examen de los agravios por la vía elegida pues, pese a que se refiere a*

²⁷⁹ Fallos 320:2662.

²⁸⁰ Fallos 324:3839.

²⁸¹ Fallos 329:1436.

²⁸² Fallos 330:3092.

²⁸³ Fallos 331:2077.

²⁸⁴ Fallos 331:1090.

²⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos "Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala". Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

²⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos "Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala". Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

circunstancias de derecho común, regularmente ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48, ello no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, como ocurre en el sub lite, la sentencia omite el tratamiento de planteos serios y oportunos, susceptibles de incidir en la decisión final a adoptarse, con grave lesión del derecho de defensa de la apelante (doctrina de Fallos: 311:119; 312:1150 y 313:323, entre muchos otros). ... En tales condiciones, la decisión que ha preterido la consideración de cuestiones conducentes para la correcta decisión del litigio, oportunamente formuladas, debe ser descalificada -sin que ello implique emitir opinión sobre la solución que en definitiva corresponda dar a aquél- con base en la doctrina de este Tribunal en materia de arbitrariedad pues media en el caso el nexo directo e inmediato entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48)."

Caso "**Mazza**": *"Finalmente, se advierte que el juzgador tampoco trató argumentos oportunamente introducidos por la demandada y que podían resultar conducentes para la solución del pleito... Por consiguiente, también resulta aplicable al caso la doctrina establecida por V.E. en numerosos antecedentes, en orden a que un acto judicial es descalificable, cuando lo resuelto se apoya en pautas de excesiva latitud y se ha prescindido de la consideración de argumentos conducentes para la correcta solución del caso (v. doctrina de Fallos: 319:2016 y sus citas, entre muchos otros)."* (Del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo.)

Caso "**Baratti**": *"Si bien el Tribunal tiene dicho que las resoluciones que restringen la libertad del imputado con anterioridad al dictado de una condena no constituyen sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la ley 48, ha reconocido que resultan equiparables, pues ocasionan un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior (Fallos 320:2326; sentencia del 3 de mayo de 2005 dictada en los autos D. 199, L. XXXIX, "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación -causa N° 107.572"). Por otra parte, no paso por alto que, según jurisprudencia de la Corte, las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no justifican el otorgamiento de la apelación extraordinaria (Fallos: 311:357 y 519, 313:77). Sin embargo, V. E. ha reconocido excepción a ese principio cuando la decisión frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 312:426; 313:1223; sentencia del 27 de mayo de 2004 dictada en los autos P. 187. XXXVII, "Pomponi, Jorge Francisco y otros s/ robo en poblado y en banda con efracción", y sus citas). A mi modo de ver, esa es la situación que aquí se presenta, pues la decisión recurrida se aparta de*

los principios que informan la doctrina de los pronunciamientos de la Corte en los autos B. 1122, L. XXXIX, "Bertolotto, Miguel Angel José s/ excarcelación", del 27 de mayo de 2004, y P. 296, L. XXXIX, "Piana, Enrique José y otros s/ defraudación contra la administración pública", del 8 de junio de 2004; reiterada en la sentencia del 3 de mayo de 2005 en los autos D. 199, L. XXXIX, "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación -causa N° 107.572-", en la que se estableció que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte por vía del recurso extraordinario, en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de órgano intermedio, constituyéndose de esta manera en el tribunal superior de la causa (en el mismo sentido, sentencia del 14 de junio de 2005 dictada en los autos D. 178, L. XXXIX, "De la Rúa, Fernando y otros s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público"). En tales condiciones, la sentencia recurrida adolece de una decisiva carencia de fundamentación, que la descalifica como acto jurisdiccional válido (Fallos: 298:565, 308:54 y 264, 321:1442).” (Del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo)

Caso "Sabio": "...el a quo omitió considerar de manera razonada esos argumentos, conducentes para la solución a adoptarse, y se apartó de los principios que informan la doctrina invocada, con base en una aseveración meramente conjetural que, por lo demás, desconoce la conveniencia de asegurar la permanencia y estabilidad de las decisiones de la Corte, más allá de los cambios circunstanciales de su integración, en tanto no se aleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación (conf. Fallos 209:431; 313:1333, disidencia del doctor Enrique Santiago Petracchi). En tales condiciones, entiendo que la sentencia recurrida adolece de una decisiva carencia de fundamentación, y merece ser descalificada en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 320:2662; 324:3839; 307:1094; sentencia del 9 de mayo de 2006 dictada en los autos B. 194 L. XL, "Baratti, Fernando Daniel s/ recurso extraordinario").” (Del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

Caso "Tarditi" “En este sentido, y si bien no desconozco que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la resolución del caso, el Tribunal también ha resuelto que son descalificables como actos judiciales válidos aquellas sentencias que omiten pronunciarse sobre cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para ello, o lo hacen mediante breves afirmaciones genéricas sin referencia a los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su apreciación (Fallos: 314:1366 y 1434; 318:2678; 319:2016; 326:1969 y

causa T.938.XLI "Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado, San Pedro -causa N° 3897/05-", resuelta el 7 de noviembre de 2006, y sus citas), en tanto importan una violación a las reglas del debido proceso." (Del dictamen del Procurador General de la Nación, que la Corte hace suyo).

Caso "De los Santos" *"...Si bien lo debatido remite al examen de aspectos de hecho, prueba y Derecho común, regularmente ajenos a esta Instancia extraordinaria, ello no es óbice para que el tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (fallos: 328:4580). Que el presente es uno de esos casos, ya que en la sentencia impugnada no se ha dado un adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo a las constancias de la causa, y la decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que lo otorgan una fundamentación sólo aparente..."*

Esto último, ha sido considerado también en doctrina como causal de arbitrariedad:

"Se puede formular sintéticamente así: un pronunciamiento es arbitrario si, al dictarlo, los jueces han omitido decidir una cuestión oportunamente propuesta y conducente a la solución del pleito. Es menester que concurren los dos requisitos: que la cuestión no tratada haya sido oportunamente introducida por el litigante y que ella sea decisiva para la solución del litigio. Así, para que la sentencia de un tribunal de alzada 'pueda calificarse de arbitraria en los términos de la jurisprudencia de la Corte al respecto, es menester que la omisión de cuestiones que se le atribuye se refiera a aquellas que fueron materia de la expresión de agravios del recurrente, pues el tribunal de segunda instancia sólo está obligado al examen y decisión de ellas; y, además, que la omisión verse sobre una cuestión sustancial para la decisión del pleito' (239:126)"²⁸⁷.

Sentado todo ello, volvemos sobre el piso que significan estas consideraciones del derecho procesal penal adulto céntrico, puesto que como veremos más adelante, el plus en materia de derecho penal específico para NNyA requerirá además estándares en torno al tratamiento y respuesta de la voluntad declarada de NNyA y a su interés superior.

Estado de inocencia y autoincriminación.

²⁸⁷ Carrió, Genaro (1995) "El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria". Lexis N° 1201/000345. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, y la jurisprudencia de la Corte que allí se cita.

El debido proceso se delimita también por requerir la presunción de inocencia hasta tanto se demuestre debidamente lo contrario, y en torno a ello el artículo 18 de la Constitución Nacional dispone que: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo*”, y particularizado a nivel internacional en los artículos 11.1 de la DUDH, XXVI de la DADDH, 14.2 del PIDCP, 8.2 de la CADH y 40.2.b.i de la CIDN, todos con recepción constitucional en el artículo 75.22 de la CN.

Como se dice en el fallo “Repetto”²⁸⁸ del Superior Tribunal de Justicia de Neuquén:

“El primer y lógico corolario de la presunción de inocencia es que pese sobre quien ejerce el rol de acusador la carga de probar la culpabilidad de un imputado y no sobre éste la de demostrar su inocencia. Con lo cual, ante la falta de elementos para alcanzar la certeza sobre la culpabilidad, persiste el estado de inocencia y, en consecuencia, debe absolverse.

Así tiene dicho este Cuerpo que rigen para el ejercicio del ius puniendi: “los principios de legalidad y presunción de inocencia, de los cuales se desprende el requerimiento de que las respectivas sanciones se funden en la certeza de la existencia del presupuesto fáctico recogido por la norma sancionatoria.” (cfr. Acuerdo N° 1369/07, en autos “Vázquez González”). Cabe citar que: “El estado de inocencia es un concepto referencial que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que una persona pueda ser declarada culpable al ingresar al foco de atención de las normas procesales. Ese status básico es el que debe ser destruido en el momento de la sentencia condenatoria.

Otro corolario de la presunción de inocencia es que la regla antes de la condena firme sea la libertad del imputado, la cual solamente podría ser restringida como medida cautelar, durante un plazo razonable, en caso de que la sanción amenazada por la norma sea privativa de la libertad (cfr. artículo 65 de la CP) y que se demuestren los demás presupuestos de toda cautelar, cuales son el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho.”

*La presunción de inocencia encuentra una manifestación concreta en el instituto de la ‘libertad procesal’ durante el proceso penal (también denominado eximición de prisión o excarcelación). Éste puede definirse como el derecho que tiene toda persona a su libertad corporal y ambulatoria mientras una sentencia firme no haga cesar su presunción de inocencia. **La privación precautoria de esa libertad sólo debe motivarse en suficientes***

²⁸⁸ Acuerdo N° 1 del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, del 16/04/2012, en autos caratulados: “REPETTO, ANDRÉS Y OTRO C/PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”, expte. N° 608/02.

razones preventivas y cautelares que guarden relación con el fin del proceso penal y el descubrimiento de la verdad.” (Pizzolo, Op. cit., pág. 266, adonde además se cita sobre el tema a la Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párrafo 77).” –negrillas en el original-

Así también, en el mismo marco normativo, con relación a la prohibición de autoincriminación extraemos del mismo fallo lo siguiente:

“Nuestra Constitución contiene una amplia garantía en este aspecto. En primer lugar, establece prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, que resulta similar a la surgida de los artículos 18 de la CN, 8.2.g y 8.3 de la CADH, 14.3.g del PIDCP. Pero, además añade que queda “rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a ese objeto [obtener la autoincriminación]”.

*Está claro que la declaración del imputado no es un medio de prueba, sino el ejercicio del derecho de defensa. Tratándose, por ende, de una facultad del acusado, es lógico que no se deriven consecuencias ni presunciones en su contra si se abstiene de declarar... A nivel doctrinario se puede decir que ya nadie discute que la indagatoria (cuyo nombre evidencia ser un instrumento de investigación típico en los sistemas inquisitivos) es **un medio de defensa material.**” (Superti, Héctor C., “La declaración del imputado como elemento de cargo”, en Suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista La Ley, 6 de mayo de 1996, el resaltado es propio). También se ha afirmado que: “Un sistema procesal respetuoso de las garantías individuales e identificado con los principios del acusatorio, debería valorar la declaración del imputado con especial cuidado y atención, y dentro de lo posible, construir la certidumbre prescindiendo de ésta (salvo que los dichos del imputado sean de descargo).” (Juliano, Op. cit., pág. 32).*

*Para finalizar este asunto, cabe enfatizar que: “El sospechado de culpabilidad en la comisión de un delito no puede ser obligado a proporcionar pruebas que lo incriminen, **aun cuando a consecuencia de esta prerrogativa pueda correrse el peligro de que el delito quede impune**” (Pizzolo, Op. cit., pág. 272, el resaltado me pertenece).” –negrillas en el original-*

Pero con apoyatura en doctrina de importancia, ahondaremos un poco más sobre la prohibición de declarar contra uno mismo como garantía constitucional, y que debe ser asegurada en todos los casos, máxima cuando se trata de NNyA por el mayor nivel de exposición, posibilidades de ser objeto de coacción e incluso de prestarse a reconocer hechos que no han sido propios por diferentes circunstancias, algunas derivadas incluso de la etapa adolescente, las dinámicas grupales, las jerarquías, etcétera.

Por otra parte, las declaraciones propias no pueden ser utilizadas en su contra, aunque debido a la numerosa producción en el sentido de lo que venimos exponiendo, sólo ejemplificaremos con algunos autores, pero la línea de inteligencia que citaremos también puede encontrarse en Julio B.J. Maier²⁸⁹, en Alejandro D. Carrió²⁹⁰ y De Luca, Javier²⁹¹, por traer a colación algunos de los autores actuales, pero también en los clásicos Clariá Olmedo, Jorge A.²⁹² y Alfredo Vélez Mariconde²⁹³, por sólo ejemplificar con dos, ya se pensaba así.

Afirma Eduardo M. Jauchen²⁹⁴ que:

"En cuanto a su alcance, debe entenderse que la garantía constitucional enuncia un principio que importa un derecho de la persona ...El derecho a la no autoincriminación involuntaria no se limita sólo al proceso penal, ni tampoco es necesario que ya se haya promovido un proceso penal. Por el contrario, la garantía tutela a todo habitante a quien cualquier funcionario u organismo del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, y comprendiendo dentro de este último a cualquiera de los fueros, le formule la imputación de un delito o lo cuestione sobre él. Frente a cualquiera de estas circunstancias, la garantía se traduce concretamente en el derecho de la persona inculpada a negarse a responder o no hacer comentario alguno, sin que esta actitud pueda perjudicarla ... Ahora bien, según la literalidad del texto constitucional nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El concepto de 'declarar' debe ser entendido como cualquier clase de manifestación por la cual se exprese, verbalmente, por escrito, gestual, o cualquier otro modo susceptible de poder ser interpretada la expresión de un pensamiento o mensaje consciente y voluntario ... En suma, es dable afirmar que la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo importa el derecho de todo habitante de abstenerse de suministrar de cualquier manera, sea verbal, escrita o gestual, toda explicación, información, dato o cosa que pueda incriminarlo penalmente, sólo es válido que lo haga voluntaria y conscientemente. No puede existir normativa, ni autoridad de cualquier competencia que sea, que lo obligue a suministrar involuntariamente dichas autoincriminaciones..."

También Abel Fleming y Pablo López Viñals²⁹⁵ sostienen que:

²⁸⁹ Maier, Julio B. J. (2004) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina.

²⁹⁰ Carrió, Alejandro (2006) *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina.

²⁹¹ De Luca Javier (1999) *Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. AD-HOC. Año 5 N° 9-B. Buenos Aires. Argentina.

²⁹² Clariá Olmedo, Jorge A. (1967) *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Ediar, Buenos Aires. Argentina.

²⁹³ Vélez Mariconde, Alfredo (1969) *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Marcos Lerner, Córdoba. Argentina.

²⁹⁴ Jauchen, Eduardo M. (2005) *Derechos del Imputado*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina, págs. 201, 205 y 206 respectivamente.

"Únicamente la declaración del imputado que se produce en el contexto de un procedimiento que acata los preceptos procesales destinados a salvaguardar su espontaneidad puede ser objeto de una amplia valoración por parte del juez para otorgar fundamento a sus decisiones acerca del objeto del proceso. Por el contrario, la declaración que se obtiene con menosprecio de tales reglas no puede traerse como sustento de una resolución que resulte contraria a los intereses del inculpado y sólo es aprovechable en todo aspecto que lo beneficie. De allí que cualquiera sea la consecuencia jurídica aplicable a quien utilizó el medio prohibido para obligar al imputado a declarar o para que lo haga en un sentido determinado, si la decisión le es favorable, éste último podrá valerse de todo aquello que vaya en su favor; ello pues ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador".

Tales estándares deben ser observados en todo proceso penal. Es más, si se agrega la cuestión relativa a los derechos de NNyA, la cuestión se particulariza en garantizar el derecho a ser oído con sus particularidades que ya vimos en este trabajo, siguiendo la Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño, vinculando el artículo 12 de la CDN, y que profundizaremos luego, como así también a principios generales como el derecho a la no discriminación (artículo 2), a la vida, supervivencia y desarrollo y en particular el interés superior del niño. También está estrechamente vinculado con los artículos relativos a los derechos y libertades civiles, especialmente el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el 17 (derecho a la información). De esta manera resulta esencial respetar a NNyA como sujetos de derecho con sus propias opiniones y ser incorporados al proceso en esa entidad, adecuándolo para que ello sea posible de manera integral en pos de su interés superior. Debemos concluir diciendo entonces, y en consonancia con lo que dijimos al comenzar, que si bien las garantías constitucionales repasadas, son las que consideramos troncales, no obstante ello, no significa que su tratamiento sea exhaustivo ni que lo atinente al debido proceso constitucional-convencional se agote en las reseñadas aquí, sino que, en virtud del objetivo propuesto en este aporte, nos limitamos a las tratadas, pero entendemos y sabemos de la existencia de otras, tan importantes para la configuración de los derechos de las personas frente al ejercicio del poder punitivo, como las tratadas aquí, pero nos vemos en la necesidad de poner un coto a fin de poder pasar al tratamiento de las garantías que hacen al derecho procesal penal específico para NNyA, que nos propusimos como meta para esta parte del aporte.

²⁹⁵ Fleming, Abel y López Viñals, Pablo (2007) *Garantías del imputado* (Rubinzal Culzoni, 1ª edición, Buenos Aires-Santa Fe, Argentina, pág. 324.

Principios del Debido Proceso Penal Específico para Personas Menores de Edad: el plus.

En el segundo campo conceptual que enunciamos dentro de este acápite trabajaremos sobre las que denominamos garantías específicas de la justicia juvenil o como preferimos del derecho procesal penal específico para personas menores de edad que deben observarse necesariamente en esta especialidad para que exista un verdadero debido proceso específico que, recordemos, debe reunir necesariamente la estructura de 7 elementos que ya adelantamos antes en este trabajo: acusación y defensa específicas, participación activa de NNyA, prueba y sentencia específicas, comprensibilidad y multidisciplinaria; y ya no sólo las 4 reglas generales heredadas del derecho penal adulto céntrico: acusación, defensa, prueba y sentencia.

El marco general de obligaciones está dispuesto en los mandatos derivados del artículo 3 de la CDN en tanto dispone el Interés Superior del Niño y en la especial particularización que hace el artículo 40 del mismo texto.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, ítem B denomina al complejo genérico de salvaguardias a establecer de manera obligatoria por los Estados parte como Argentina, “Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño”, denominación que nos parece bien elocuente para ser seguida aquí. De ese modo, en los puntos 85 y ss desarrolla lo siguiente:

“85. Para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades. El concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento (véase más arriba el párrafo 6 b)).

86. Mientras que las autoridades públicas y las organizaciones que toman decisiones que afectan a los niños deben llevar a cabo su cometido respetando la obligación de evaluar y determinar el interés superior del niño, no se espera que las personas que adoptan a diario decisiones concernientes a los niños (por ejemplo, los padres, los tutores y los maestros) sigan estrictamente este procedimiento de dos fases, aunque las decisiones que se toman en la vida cotidiana también deben respetar y reflejar el interés superior del niño.

87. Los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.”

Luego de tales apreciaciones iniciales, y a fin de determinar adecuadamente el ISN en cada caso, el Comité insta a observar el derecho de NNyA a:

- Expresar sus opiniones, lo cual requiere dotarlxs de información previa, oportuna, completa e incluso producida por ellxs mismxs, como así también de todas las alternativas a su alcance;

- La determinación de los hechos de la manera más completa y determinada posible, con efectoxs calificadxs y participación de personas del entorno de NNyA y de la comunidad;

- Una percepción diferenciada del tiempo, pues el impacto que el transcurso del tiempo tiene en las personas menores de edad es diferente al de las personas adultas, por lo cual las decisiones que se demoran generan efectos especialmente adversos en el caso de NNyA, lo cual justifica que siempre se otorgue prioridad a sus casos a fin de que sean resueltos a la mayor brevedad posible;

- Que intervengan profesionales calificadxs con formación, entre otras cuestiones, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, asegurando las intervenciones en ambientes amigables y adecuados para cada NNyA, respetando su diversidad;

- Contar con asistencia letrada siempre que sean sometidxs a procedimiento judiciales o administrativos, como así también con quien represente su opinión en caso de intereses contrapuestos con sus representantes legales;

- Recibir una decisión motivada, justificada y explicada en relación al ISN, incluyendo la evaluación de todos los hechos del caso, de todos los elementos relacionados que hagan a ese interés y en caso de que en la resolución se prescinda del ISN deben indicarse los motivos necesarios para demostrar que la evaluación del ISN fue una consideración primordial pese a haberse resuelto algo distinto. Para ello no basta la realización de consideraciones generales o abstractas, sino que deben ser particulares y concretas al caso;

- Disponer mecanismos para examinar o revisar las decisiones en el ámbito nacional, en las cuales se encuentre en determinación el ISN, para lo cual deben establecerse los

mecanismos de revisión necesarios y que sean conocidos por lxs NNyA de manera oportuna; y

- Evaluar el impacto que cada situación o decisión producirá en los derechos de las personas menores de edad, e incluso ser incorporada esta evaluación en las políticas públicas generales para facilitar la gobernanza de los derechos de NNyA. Para ello, deben utilizarse como marco la CDN y sus protocolos facultativos, y la información para ello puede provenir de lxs propixs NNyA, de la comunidad, de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, de personas expertas, y hasta de investigaciones académicas o de experiencias alternativas y/o comparadas.

En suma, esa plataforma inicial diagramada por el Comité de los Derechos del Niño, debe ser la base de especialidad en materia de garantías que se suma como primer estamento del plus específico a las garantías procesales genéricas provenientes del derecho procesal penal adulto céntrico que recién vimos. Pero, además, por la especificidad que enmarcan en torno al ISN, funcionan como base de sustento epistemológico para las delimitaciones conceptuales específicas que haremos a continuación respecto de cada uno de los caracteres que conformarán el plus específico en materia procesal penal para personas menores de edad, y a partir de los cuales se derivan las garantías que en su marco mínimo de efectividad han sido descritas por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 24. Como marco general dispuso para la organización de lo que denomina Justicia Juvenil lo siguiente, que funcionará de manera conjunta con la base recién citada de la O. G. 14 para determinar los caracteres sobre los cuales nos explayaremos luego:

“106. Un sistema integral de justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al niño asistencia letrada u otro tipo de asistencia adecuada.

107. El Comité recomienda a los Estados partes que establezcan tribunales de justicia juvenil como entidades separadas o como parte de los tribunales existentes. Cuando ello no pueda llevarse a cabo por motivos prácticos, los Estados partes se asegurarán de que se nombre a jueces especializados para entender de los casos de justicia juvenil.

108. Deben establecerse servicios especializados, por ejemplo, de libertad vigilada, de asesoramiento o de supervisión, y también centros especializados, como centros de tratamiento de día y, según proceda, centros residenciales a pequeña escala para la atención y el tratamiento de niños remitidos por el sistema de justicia juvenil. Hay que fomentar

continuamente una coordinación interinstitucional eficaz de las actividades de todos esos servicios, dependencias y centros especializados.

109. Además, se alienta la realización de evaluaciones individuales de los niños y la adopción de un enfoque multidisciplinario. Debe prestarse especial atención a servicios especializados basados en la comunidad para los niños que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal, pero se considera que necesitan apoyo.

110. Las organizaciones no gubernamentales pueden desempeñar, y de hecho desempeñan, un papel importante en la justicia juvenil. Por consiguiente, el Comité recomienda a los Estados partes que procuren que dichas organizaciones participen activamente en la formulación y aplicación de su política general de justicia juvenil y, cuando proceda, les faciliten los recursos necesarios para ello.”

Ahora bien, sentado ello recordemos que el plus de derechos que imponen esos estándares, no es ni debe ser entendido de manera meramente acumulativa, sino que es y debe ser entendido y aprehendido como de relación de potenciación, cuyos principios aparecerán delineados como síntesis sinérgica entre los derechos y garantías para las personas adultas redefinidos y los principios específicos para NNyA como plus que dará lugar a una síntesis sinérgica de especificidad. Aunque ya lo dijimos en este trabajo, reiteramos que ese plus específico no es sumatoria aritmética al piso adulto céntrico, sino agregación sinérgica, mezcla o amalgama con un resultado distinto, esto es, tamizar todo el piso heredado, pasándolo por el filtro de la perspectiva infante adolescente a fin de reformular caracteres y aristas, y agregar nuevos elementos de la especialidad que, en conjunto, conformarán el debido proceso penal específico.

Para avanzar en un posible modelo adecuado a ello, en el ámbito local, nos parece atinente recordar las recomendaciones de Beloff²⁹⁶ sobre los ejes para desarrollar una política criminal juvenil respetuosa de los derechos y la especialidad, consistentes en partir del reconocimiento de que el estado de la justicia juvenil va cambiando y no es el mismo con el paso del tiempo, que NNyA deben contar como mínimo con las mismas garantías de las personas adultas, que en el ámbito normativo se deben completar las reformas legales procesales provinciales pertinentes, desarrollar de manera central modelos de justicia restaurativa, considerar el particular rol de las víctimas en el caso de delitos cometidos por NNyA, definir un abanico de sanciones posibles no privativas de la libertad, evitar la reforma de la legislación de fondo de modo contingente frente a casos graves y en procesos de campaña electoral, tomar de las

²⁹⁶ Beloff, Mary (2017) *Nuevos problemas de la Justicia Juvenil*. Ira ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, p. 34/36.

experiencias latinoamericanas positivas, unificar el tratamiento de NNyA por debajo de la EMRP, reinstalar las discusiones en torno a la prevención del delito juvenil con políticas eficaces, como así también la prevención de la violencia contra NNyA y desarrollar un plan nacional con recursos suficientes y contenidos adecuados a la especialidad²⁹⁷.

Como así también nos parecen de necesaria observación los estándares internacionales para pensar en sistemas provinciales de responsabilidad penal de niñez y adolescencia que plantea Martín Aimar²⁹⁸ para constitucionalizar la legislación y prácticas institucionales aun en vigencia de la ley nacional actual, a lo que agregamos nosotros que ello implicaría el cumplimiento con los mandatos del DIDH en torno a maximizar la protección de derechos humanos de manera progresiva por las partes internas en las cuales se organiza el Estado parte del DIDH, lo cual no supone que cada Provincia o Estado interior deba esperar a que el Estado central o federación sea el que tome la iniciativa o marque la punta, puesto que aquellos principios junto al interés superior del niño y al derecho de acceso al mejor derecho indican lo contrario.

Los estándares indicados por Martín Aimar son: observar siempre y en cada decisión el interés superior de NNyA; reconocer la desigualdad real mediante la legislación de vulnerabilidad de NNyA que puede ser doble o mayor (en interseccionalidad); integrar el marco normativo internacional, nacional y provincial; aportar a la prevención con miras al futuro; maximizar la desjudicialización y desjurisdiccionalización; cumplir el mandato de minimizar al máximo la habilitación de poder punitivo (derecho penal mínimo); maximizar la actuación interdisciplinaria; garantizar la especificidad (normativa, orgánica y funcional) incluyendo a la especialidad y exclusividad; garantizar la maximización de las prácticas restaurativas, habilitando a la remisión como herramienta esencial; efectivizar la discrecionalidad para tomar decisiones procesales diversas; disponer abordajes mediante la inter agencialidad (sistémica, coordinada y corresponsable); materializar el debido proceso específico con sus caracteres especiales; garantizar la intimidad de cada NNyA y reserva de las actuaciones; prever la ultraactividad de la ley penal; diseñar un sistema acusatorio adecuado que no termine en juicio por jurados; se garantice la cesura larga de juicio; se justifique la necesidad de la sanción penal; se maximice la eventualidad de la privación de libertad; se implemente una ejecución específica de las penas (establecimientos adecuados,

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Martín Aimar, Germán ob cit nota 17, p. 35/59.

con personal especializado y con acceso a derechos que faciliten la reinserción); y todo ello de acuerdo al principio de no regresividad²⁹⁹.

En nuestro caso, y si bien de manera coincidente con casi todo lo que plantean la autora y el autor que citamos, ingresaremos en una propuesta propia a modo de clasificación por principios específicos, de los cuales derivarán los caracteres especiales y garantías particulares a observar en un sistema de responsabilidad penal específico para NNyA.

Especialidad

Sobre las características de la especialidad como elemento definitorio del derecho penal específico para personas menores de edad ya nos hemos ocupado antes, por lo que remitimos a ello. En esta parte del trabajo nos ocuparemos del principio de especialidad en tanto exige e impone especialización en todas las intervenciones de la justicia juvenil, configurando un requisito previo e ineludible para la implementación de todo sistema de responsabilidad penal para personas menores de edad, y a la vez, una exigencia permanente durante su funcionamiento.

La inobservancia de ese mandato expreso del DIDH, o su acogida a medias, generará limitaciones materiales a los distintos actores procesales y administrativos en sus acciones y decisiones, y por lo tanto, esa falta de especialización en las personas que operan el sistema en todos sus estamentos, generará efectos adversos en el programa político y de derechos humanos que cada sistema de protección integral de derechos encarna en general y que cada sistema de responsabilidad penal supone en su interior, en particular.

Por solo ejemplificar, tales efectos adversos pueden transitar en las líneas de no alcanzar las finalidades propuestas inicialmente, ya sea por el sistema en su integralidad, poniendo en jaque el funcionamiento del sistema en su conjunto o de algunos institutos en particular; conspirar contra el cumplimiento de los mandatos normativos, puesto que por mejores que sean las normas que se dicten, los códigos y protocolos a aplicar, si las personas que los llevan a cabo carecen de especialidad o cuentan con formación tutelarista o de otra índole no adecuada a los estándares del DIDH en materia de niñez, la brecha entre la normativa y la realidad será profunda y en algunos casos hasta contradictoria; y generará desfasajes entre las

²⁹⁹ Ídem.

expectativas generadas por las políticas públicas en las cuales se encuentren inmersos los sistemas de responsabilidad penal para NNyA y los efectos que se produzcan en la realidad. Sobre esto que venimos diciendo, quizá los más generalizados desfasajes entre expectativas y realidad, en el ámbito penal, se pueden ver entre los cánones de impacto sobre la “seguridad ciudadana”, disminución de la reincidencia, integración comunitaria de personas que cometen delitos siendo menores de edad y la satisfacción de intereses de las víctimas y la comunidad que se anuncian y los que se verán en la realidad, con la dilapidación de recursos estatales que ello conlleva, produciendo además la pérdida de confianza en las agencias judiciales y la retracción de los modelos procesales hacia el punitivismo, como respuesta espasmódica, círculo vicioso que es necesario evitar en los procesos de reforma.

Está claro y debe ser destacado que la especialidad es de imposible alcance sin asignación de recursos suficientes, adecuados y permanentes que permita la formación inicial de las personas en todos los estamentos, la formación periódica durante el funcionamiento del sistema y que permita realizar las adecuaciones, modificaciones y/o sustituciones que fueran necesarias para mejorar las intervenciones, sin agotarse en la formación de las personas (especialidad no es igual a formación, sino que ésta última es un aspecto de aquélla). Cabe recordar aquí que, en los presupuestos públicos, la asignación de recursos a las políticas públicas destinadas a NNyA debe ser prioritaria (O. G. 19 del Comité CDN).

En ese marco, evaluar los efectos directos e indirectos que el sistema genera sobre los derechos de NNyA, sobre quienes se incide, es un elemento esencial de política pública e ineludible para asegurar la conducción de la política social en este ámbito, que debe incluir la asistencia estatal ampliada en relación a las personas criminalizadas y sus familias, con el fin de conseguir los propósitos de los artículos 5.5 de la CADH y 40, 2, b, ii y 40, 3 de la CDN. Como hemos expuesto antes, la especialidad exige formación y capacitación inicial y periódica al menos derechos humanos de NNyA, psicología infantil y adolescente, y en otras disciplinas atinentes al desarrollo humano.

Ahora bien, no obstante, esas exigencias de formación, en este orden debe darse la misma importancia a la multidisciplina evitando el reduccionismo legal que lleva al absolutismo jurídico consistente en que todo se resuelve a través del derecho o, aun cuando se incorporan otras disciplinas, se termina reduciendo el análisis y procesamiento a las lógicas, formas y principios jurídicos. Para evitar el abuso de la discrecionalidad y asegurar que las medidas sean idóneas, necesarias y proporcionadas son esenciales tanto la especialización como la intervención multi, intra e inter disciplinaria en la aplicación de las leyes, procedimientos,

instituciones, dispositivos, programas, etcétera, destinados a asegurar la especificidad en todas las intervenciones con y para personas menores de edad.

En suma, las exigencias en materia de especialidad aplican a todo el sistema y a todas las personas que en él se desempeñan, incluyendo los trabajos auxiliares y tangentes (Regla 81 de La Habana).

Como en todos los ámbitos, la especialidad exige adecuación de los ámbitos, de las intervenciones, de las prácticas, del lenguaje, y de todas las características de los dispositivos a las realidades infanto-adolescentes en general, y a cada NNyA y colectivo en particular, conforme a su diversidad. En los procesos judiciales, por ejemplo, debe especificarse que la especialidad exige una asistencia apropiada en la preparación y presentación de la defensa de sus intereses, modificar ámbitos de audiencia, mecanismos de recepción de declaraciones y/o testimonios, y hasta la vestimenta de operadoras/es, juezas/ces y abogadas/os u otros profesionales que intervengan, como así también disposición de pantallas de protección visual u otros mecanismos de privacidad y salas de espera separadas de las personas adultas y adecuadas para cada realidad (O. G. 12 Comité CDN), por solo ejemplificar.

En la Observación General N° 14, el Comité CDN refiere:

“d) Los profesionales cualificados. 94. Los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. Por ese motivo, el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales.

“95. La evaluación de las consecuencias de las distintas soluciones debe basarse en los conocimientos generales (es decir, en las esferas del derecho, la sociología, la educación, el trabajo social, la psicología, la salud, etc.) de las posibles consecuencias de cada posible solución para el niño, dadas sus características individuales y las experiencias anteriores.”

Asimismo, en la O.G. 24 el mismo Comité CDN sostuvo en torno a las posibilidades de asegurar el cumplimiento de las garantías procesales en el ámbito de la justicia juvenil, lo siguiente:

“39. El Comité pone de relieve que la formación continua y sistemática de los profesionales del sistema de justicia juvenil es fundamental para respetar esas garantías. Dichos

profesionales deben poder trabajar en equipos interdisciplinarios y estar bien informados sobre el desarrollo físico, psicológico, mental y social de los niños y los adolescentes, así como sobre las necesidades especiales de los niños más marginados.

41. Los Estados partes deben promulgar leyes y garantizar prácticas que salvaguarden los derechos del niño desde el momento en que entra en contacto con el sistema, lo que incluye la etapa de la interceptación, la advertencia o la detención, mientras está bajo custodia de la policía u otros organismos encargados de hacer cumplir la ley, durante los traslados hacia y desde las comisarías de policía, los lugares de detención y los tribunales, y durante los interrogatorios, los registros y la toma de muestras probatorias. Se deben llevar registros de la ubicación y el estado del niño en todas las fases y procesos.”

Por ende, siguiendo lo establecido por la Corte IDH en el fallo “Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay” (caso Panchito López) y en tantos otros, y por el Comité recién citado debemos afirmar que la exigencia del DIDH no es la especialidad restringida, que incluiría solo el dictado de normas jurídicas específicas para NNyA, sino que es la amplia, que incluye la adecuación tanto normativa como orgánica y funcional, de lo contrario no habrá justicia juvenil específica.

Como dice Beloff³⁰⁰ sobre la especialidad, es la traducción del principio de protección especial como mandato de optimización que en el marco de los procesos judiciales se manifiesta en garantías procesales derivadas de la seguridad individual, derivadas de la organización judicial, y derivadas del carácter estatal de la pena, entendiendo al término garantía como mecanismo para realizar los derechos.

Así, continúa diciendo que la regla rectora del proceso juvenil es el derecho de defensa. De esta regla se derivan todas las demás reglas procesales, y su aseguramiento hace que la respuesta estatal sea legítima

Existen caracteres específicos que se derivan de diferentes fuentes:

- Derivados de la seguridad individual: derivaciones normativas del debido proceso legal, inocencia, juicio previo, derecho de defensa material (con contenido material y especialidad para la escucha y demás condiciones para la singularidad de la ingeniería institucional como carga del Estado) y técnica (singular y no distorsionada al modo adulto) y derivadas (derecho a ser oído, recibir acusación precisa, controlar prueba, interrogar, reformatio in peius, prohibición de ser objeto de prueba y de juicio en rebeldía), ne bis in

³⁰⁰ Beloff, Mary (https://www.youtube.com/watch?v=hkiw99jZ_4w recuperado el 04/02/2020) Mary

ídem amplia, oralidad y regulación de la privacidad o publicidad del proceso (derecho del adolescente y su defensa pero sin medios de comunicación), y derecho al recurso amplio.

- Derivados de la organización judicial, en el cual la regla madre es la especialidad: imparcialidad, independencia, requisito de juez/a natural, y todo ello singularizado al sujeto imputado NNyA.

- Derivados del carácter estatal de la pena: principios de oportunidad (remisión y suspensión de juicio a prueba), legalidad y oficialidad, tiempo especial de las intervenciones. Sobre esto último es atinente aclarar que las reglas temporales no están previstas para el funcionariado sino para lxs NNyA (para ejemplificar dice Beloff en la conferencia citada: no tengo 10 días para recurrir, el adolescente tiene el derecho de que se le resuelva su situación dentro de ese tiempo).

Especialidad en la defensa. Abogada/o de NNyA

Por su parte el Comité CDN ha sentado en su O. G. 14 lo siguiente:

“96. El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.”

Mientras que en la O.G. 24 el mismo Comité CDN sostuvo:

“49. Los Estados deben asegurar que se garantice al niño asistencia jurídica o asistencia de otro tipo adecuada desde el inicio del procedimiento, en la preparación y presentación de la defensa, y hasta que se agoten todas las apelaciones y/o recursos. El Comité solicita a los Estados partes que retiren toda reserva formulada al artículo 40, párrafo 2 b) ii), de la Convención.

50. Sigue preocupando al Comité que muchos niños sean acusados de delitos ante las autoridades judiciales, administrativas o de otro tipo, y se vean privados de libertad, sin contar con representación letrada. El Comité observa que en el artículo 14, párrafo 3 d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la representación letrada es una garantía mínima en el sistema de justicia penal para todas las personas, y esto debe aplicarse igualmente a los niños. Si bien el artículo permite que la persona se defienda a sí misma, en los casos en que los intereses de la justicia así lo exijan se le asignará asistencia letrada.

51. *Habida cuenta de lo que antecede, preocupa al Comité que los niños reciban menos protección de la que el derecho internacional garantiza a los adultos. El Comité recomienda a los Estados que proporcionen representación letrada efectiva y gratuita a todos los niños que se enfrentan a cargos penales ante las autoridades judiciales, administrativas u otras autoridades públicas. Los sistemas de justicia juvenil no deben permitir que los niños renuncien a la representación letrada a menos que la decisión de renunciar se tome voluntariamente y bajo supervisión judicial imparcial.*

52. *Si los niños son remitidos a programas o se encuentran en un sistema que no da lugar a condenas, antecedentes penales o privación de libertad, una forma aceptable de asistencia puede ser “otro tipo de asistencia apropiada” prestada por funcionarios capacitados, aunque los Estados que puedan proporcionar representación jurídica a los niños durante todos los procesos deberían hacerlo, de conformidad con el artículo 41. En los casos en que se permita otra asistencia apropiada, la persona que la preste debe tener un conocimiento suficiente de los aspectos jurídicos del proceso de justicia juvenil y recibir una formación adecuada.*

53. *De conformidad con el artículo 14, párrafo 3 b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se debe disponer de tiempo y medios suficientes para preparar la defensa. En virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe garantizarse la confidencialidad de las comunicaciones entre el niño y su representante legal u otro asistente (art. 40, párr. 2 b) vii)), y debe respetarse el derecho del niño a la protección contra la injerencia en su vida privada y su correspondencia (art. 16).”*

Especialidad en los motivos. Argumentación Jurídica y recursos.

En la O. G. 14 el Comité CDN sostuvo:

“f) La argumentación jurídica. 97. A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos

generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial (véase más arriba el párrafo 38).”

“g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones. 98. Los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. Debería existir siempre la posibilidad de solicitar una revisión o recurrir una decisión en el plano nacional. Los mecanismos deben darse a conocer al niño, que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico, si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas. El órgano revisor ha de examinar todos esos aspectos.”

Mientras que, en materia de revisión, en la O.G. 24 dijo:

“Derecho de recurso o apelación (art. 40, párr. 2 b) v)). 62. El niño tiene derecho a que cualquier declaración de culpabilidad o las medidas impuestas sean recurridas ante una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial. El derecho de recurso no se limita a los delitos más graves. Los Estados partes deben considerar la posibilidad de introducir medidas de recurso automáticas, en particular en los casos que den lugar a antecedentes penales o a la privación de libertad. Además, el acceso a la justicia requiere una interpretación más amplia, que permita recurrir o apelar por cualquier error sustantivo o de procedimiento y que garantice la disponibilidad de recursos efectivos.”

Excepcionalidad

Este principio, que algunos autores abordan en el marco de la desjudicialización, a nuestro criterio implica una progresividad de exigencias (O. G. 24, puntos 13 a 18, Comité CDN).

En primer lugar, siempre que sea posible los conflictos sociales penalizados de NNyA deben ser abordados sin recurrir a procesos judiciales, como ya lo hemos visto antes en este trabajo, con cita de lo establecido por el Comité CDN, maximizando las estrategias y políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil y del abordaje de esos conflictos evitando el contacto con el sistema penal por los efectos perniciosos que ello conlleva.

En segundo lugar, en caso de haberse instado procesos judiciales, se permita su interrupción o culminación mediante medidas extrajudiciales o directamente la remisión a otros mecanismos no judiciales, en cualquier etapa del proceso, siendo reglas estas posibilidades y excepción la culminación del procedimiento por el carril ordinario.

En tercer lugar, en caso de judicialización penal, sean excepcionales las sanciones penales, privilegiando la resolución por mecanismos compositivos, de justicia restaurativa y todas aquellas intervenciones que apunten a la reparación de los lazos comunitarios afectados y el abordaje de los conflictos de base.

Por último, en cuarto lugar, en caso de acreditar la necesidad de un abordaje penal, que la última opción sea la privación de libertad, tanto durante el proceso como en caso de justificarse a la imposición de una sanción.

En este marco de excepcionalidad son fundamentales las herramientas que impiden el contacto con el sistema de responsabilidad penal, pero también aquellos dispositivos que se habilitan como posibilidad durante los procesos en casos que se encuentran en trámite judicial.

Los institutos preponderantes en este ámbito son la Desjudicialización, las Medidas Extrajudiciales y la Remisión, que cuentan con asiento normativo genérico en los artículos 37, b y 40, 3, b de la CDN, 19 de la CADH y VII de la DADH. Ergo, estos institutos jurídicos propios de la especificidad para NNyA deben ser provistos no sólo como herramientas que eviten el ingreso de NNyA a los procesos judiciales sino como dispositivos que permitan su egreso en cualquier etapa de esos procesos luego de su ingreso (lo antes posible) e incluso que hagan evitar el cumplimiento de las penas impuestas.

En lo atinente a las medidas extrajudiciales, en la línea de lo que venimos sosteniendo, el Comité CDN en su O.G. 24 ha sostenido lo siguiente:

“72. La decisión de llevar a un niño ante el sistema de justicia no significa que deba pasar por un proceso judicial formal. Conforme a las observaciones formuladas en la sección IV.B, el Comité destaca que las autoridades competentes —la fiscalía, en la mayoría de los Estados— deben considerar siempre las posibilidades de evitar un proceso judicial o una sentencia condenatoria, recurriendo a medidas extrajudiciales o de otra índole. En otras

palabras, desde que se entra en contacto con el sistema judicial, antes de que comience el juicio, deben ofrecerse las opciones de medidas extrajudiciales, que deben estar disponibles durante todo el proceso. Al ofrecer dichas medidas, deben respetarse plenamente los derechos humanos del niño y las salvaguardias jurídicas, teniendo en cuenta que el carácter y la duración de tales medidas pueden ser exigentes y que, por lo tanto, se necesita asistencia jurídica u otro tipo de asistencia apropiada. Las medidas extrajudiciales deben presentarse al niño como una forma de suspender el proceso judicial oficial, al que se pondrá fin si el programa correspondiente a tales medidas se ha llevado a cabo de manera satisfactoria.”

En materia de excepcionalidad de la judicialización, los Estados deben considerar en torno al derecho de fondo la despenalización de algunos delitos cuando son cometidos por personas menores de edad, y a derogar delitos que están tipificados sólo para NNyA y no para personas adultas, a fin de maximizar la operatividad de ese instituto que en suma supone maximizar las medidas tendientes a asegurar el ISN, como refiere el Comité CDN en el punto 12 de la O.G. 24 en conjunto con lo ya citado de la O.G. 14; como así también disponer institutos que permitan sustituir la privación de libertad durante los procesos judiciales por medidas menos restrictivas e incluso suspender la ejecución de las penas impuestas bajo condición de cumplimiento de medidas menos gravosas (O. G. 24, puntos 72 a 78 y 82 a 88, Comité CDN).

Asimismo, los delitos cometidos por NNyA que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal no deben ser judicializados, y si por algún motivo lo han sido, deben establecerse institutos jurídicos y/o dispositivos procesales que permitan su desjudicialización o remisión a otras áreas no judiciales del Estado en el menor tiempo posible, debiendo los Estados privilegiar políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil con enfoque sistémico, preventivo, con programas centrados en las familias, en el seno de las comunidades y en el mejoramiento de las relaciones entre referentes afectivos y NNyA (O. G. 24, puntos 9 a 12, Comité CDN).

Por último, en materia de imposición de penas, es necesario aclarar que no está prevista como excepción, sino directamente prohibida la imposición de penas de muerte, perpetuas sin libertad condicional y los castigos corporales (O. G. 24, puntos 79 a 81, Comité CDN). Respecto de las penas posibles, este carácter del cual venimos hablando debe regir junto al principio de diversidad, que luego ampliaremos, como así también a los de brevedad, de ejecución especializada y de revisión periódica.

Brevedad

Este principio, basado en la diferente percepción del tiempo en NNyA que, en personas adultas, exige e impone diseñar e implementar mayor celeridad en los procesos y en todas las intervenciones (Arts. 37. b y d, y 40, 2, b. iii CDN, y 8,1 CADH).

Así lo ha dicho el Comité CDN en su O. G. 24:

“c) La percepción del tiempo. 93. Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo (art. 25).”

Para la exigencia de brevedad en los procesos, debemos destacar que el concepto de “*pronta resolución*” del DIDH es más fuerte que los conceptos destinados a personas adultas “*sin demora*” y “*dentro de un plazo razonable*”, puesto que aquél debe relacionarse necesariamente con la onticidad específica de NNyA como personas humanas en una etapa de desarrollo que manifiesta un crecimiento más acelerado, presentando cambios en menos tiempo, tanto interna como externamente, y fundamentalmente en los aspectos psíquicos y cognitivos, por lo cual los impactos de las intervenciones generan un nivel de afectación más importante y distinto que en personas adultas, y las demoras en las decisiones, por ende, producirán efectos adversos de mayor importancia en las personas destinatarias. Asimismo, también las demoras entre las evaluaciones y las medidas lo producirán, debido a la desactualización de relevamientos que afecta necesariamente la adecuación de las medidas a tomar o los abordajes a desarrollar, y ello afecta necesariamente los resultados que puedan conseguirse, con lo cual, todo el sistema de responsabilidad se ve afectado de manera perjudicial, y con ello, los fines propuestos tanto para NNyA como para las familias, la comunidad y el propio Estado.

La mayor celeridad de los procesos es exigible, entonces, por el impacto diferenciado que producen tanto el proceso, como las medidas y las sanciones o penas en personas en continuo desarrollo físico, psíquico y cognitivo durante la infancia y adolescencia, y por ende en acelerado cambio, pero también por la mayor permeabilidad y plasticidad de las personas en esas etapas a los estímulos externos producidos por la institucionalidad, máxime cuando se trata de abordajes desde los organismos del sistema penal, con los efectos perniciosos que ya hemos referido antes en este aporte y que el propio Comité CDN ha destacado en varias oportunidades.

Pero debemos destacar que precisamente la misma permeabilidad sumada a la mayor plasticidad para la adaptación e introyección de elementos motivadores de la conducta, que obliga a la mayor brevedad posible en el contacto con el sistema penal, motiva el desarrollo de intervenciones positivas a efectos de lograr los fines de la Convención, puesto que cuanto antes se desarrollen más efectivas serán para lograrlos.

Cuando hablamos del sistema penal, debemos destacar que cuanto más duran las medidas privativas de libertad o procesales que mantienen la sujeción punitiva, e incluso abordajes post o extra judiciales de control social punitivo, producen efectos deteriorantes en la conformación de la subjetividad de NNyA y su estigmatización, por lo cual deben evitarse al máximo posible a fin de evitar que se produzca un canal fluido de clientela para el sistema penal adulto céntrico.

Este principio, debe abarcar necesariamente a todas las medidas, a todas las instancias sean judiciales, administrativa o de otra índole, e incluso a las resoluciones a tomarse, puesto que la brevedad se refiere no sólo a la decisión inicial de imposición de medidas sino muy especialmente a la resolución de cada instancia, de cada dispositivo y, por supuesto, del fondo de los asuntos.

Así lo ha sostenido el Comité CDN en su O. G. 24:

“54. El Comité reitera que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la conclusión de las actuaciones debe ser lo más breve posible. Cuanto más largo sea este período, más probable es que la respuesta pierda el resultado deseado.

55. El Comité recomienda a los Estados partes que fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir entre la comisión de un delito y la conclusión de la investigación policial, la decisión del fiscal (u otro órgano competente) de presentar cargos y la decisión definitiva del tribunal u otro órgano judicial. Esos plazos deberían ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos, pero deben permitir que se respeten

plenamente las garantías jurídicas. Deben aplicarse plazos igualmente breves para las medidas extrajudiciales.”

Asimismo, este mismo principio sustenta en parte al de verificación periódica, puesto que precisamente la revisión cada determinado tiempo que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y de los dispositivos, medidas o abordajes en desarrollo, tiene su asiento en poder resolver de manera definitiva el estado de cosas lo antes posible a fin de dotar de mayor eficacia y adecuación a las respuestas y, por otro lado, evitar perjuicios para los derechos de NNyA cuyo interés superior debe ser la consideración primordial y lograr los fines de la CDN la aspiración que guíe todas las intervenciones.

Diversidad.

En el marco de este principio, como regla general se impone que todo sistema de responsabilidad penal para NNyA evite los caracteres del sistema adulto céntrico que consisten en ser exclusivista (judicialización o nada), binario (poder punitivo o nada), dicotómico (condena o absolución), formalista (privilegiando la construcción formal de la verdad con menosprecio por la verdad histórica y contextual), asimétrico (por su inadecuación con la diversidad conflictiva que recibe para procesar), burócrata (otorgando preponderancia al funcionamiento del sistema por sobre las personas participantes de los conflictos), juricista (pues lo jurídico fagocita a todos los demás campos disciplinares) y esquizoide (por su decidido alejamiento de la realidad sobre la cual incide) e indiferente (sin que los efectos en la comunidad a corto, mediano y largo plazo sean fines a considerar primordialmente).

El sistema diferenciado par apersonas menores de edad debe ingresar definitivamente en un sistema de mayor apego a la comunidad, con lógicas de mayor participación ciudadana, más republicano en sus contenidos y aristas, que privilegie las lógicas de un servicio público y que, por todo ello, prevea diferentes modalidades de justicia, que ingrese al mundo de la diversidad de respuestas que permitan mayor efectividad por mayores posibilidades de adecuación para cada caso a fin de lograr los fines manifiestos en el artículo 40.3.b y 40.4 de la CDN, desterrar la lógica esquizoide que ha llevado al proceso penal a separarse de la realidad de manera alarmante en nuestra región, privilegiando los principios que fundamentan el sistema de responsabilidad penal específico.

En ese marco de diversidad debe comprenderse que en ocasiones el abanico de respuestas puede darse con o sin intervención judicial, desterrando la idea clásica que sólo el poder judicial puede decir el derecho, puesto que materialmente ello no es de ningún modo así -ni debe serlo- y generalmente los Estados prevén mecanismos, dispositivos, programas y organizaciones mucho más eficientes para la garantía de derechos en los sectores no judiciales que en los judiciales, y cuando sea necesario extremar las lógicas de servicio a la comunidad en caso de ser judicializados, prever salvaguardas que garanticen el acceso a justicia, la efectividad de derechos durante los procedimientos y la garantía de una resolución oportuna, adecuada y efectiva para el caso dado.

Ahora bien, además de romper con el binarismo clásico del derecho procesal penal adulto céntrico, la diversidad de medidas abarca también un abanico progresivo de cuestiones: comenzando por los procedimientos, ya sean éstos administrativos, judiciales o de otra índole en los cuales deba determinarse el ISN en algún caso en particular ya sea por un/a NNyA o un grupo; también a fin de efectivizar la diversidad de medidas para imponer durante esos procesos y/ o como sanción, ya sean principales, accesorias o alternativas, o a fin de suspender la ejecución de las sanciones impuestas; la diversidad de medidas durante el cumplimiento de las penas impuestas en caso de llegar a este extremo; y por último, la diversidad de medidas pos penitenciarias de integración comunitaria.

En ese marco de diversidad, es necesario considerar las diferentes modalidades de respuestas posibles, como preventiva, educativa, asociativa, restaurativa, reparadora, coercitiva directa, sancionatoria, penalizante, correctiva, etcétera, siendo necesaria su ordenación de menor a mayor, teniendo en cuenta como variables de jerarquización la cantidad de poder punitivo que habilitan y el nivel de restricción de derechos que implican a fin de posibilitar la efectividad del ISN y el acceso al mejor derecho en cada caso.

Flexibilidad.

Este principio debe romper con la rigidez propia del derecho procesal penal adulto céntrico, reconociendo facultades discrecionales amplias en el marco del derecho procesal penal específico para personas menores de edad a fin de permitir la adecuación de las respuestas a los casos, conforme a las características de cada NNyA y los fines enunciados en el artículo 40,1, 3.b y 4 de la CDN en las coordenadas establecidas por las Reglas de Beijing y de Tokio.

Este principio está fundado en los objetivos del proceso penal específico para NNyA y el desarrollo del sujeto sobre el cual se incide conforme a la etapa etaria en la cual se encuentra y que reiteradamente hemos descrito aquí. La flexibilidad derivada de la etapa del desarrollo humano por la cual transitan NNyA y la plasticidad subjetiva que presentan conforme a cada grado de capacidad progresiva, los procesos en general y los abordajes y dispositivos en particular, deben necesariamente adecuarse a ello.

Esto implica la flexibilidad de los procesos, en los cuales la desformalización será la regla, pero no se agota allí, incluso deben establecerse normas específicas que permitan adecuar las respuestas, que por sus objetivos y teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de cada NNyA permitan resoluciones que no están permitidas en el caso de personas adultas; flexibilidad en la judicialización y desjudicialización cuando los objetivos planteados por la CDN como fines de la responsabilidad penal de NNyA se cumplieran materialmente; y flexibilidad en la imposición, determinación, suspensión, ejecución y combinación de medidas y sanciones, como así también en su culminación anticipada o modificación.

Ahora bien, se deben establecer reglas muy claras y precisas para que la flexibilización no conduzca a la arbitrariedad o funcione como Caballo de Troya tutelar para que ingresen o se mantengan medidas propias del sistema anti convencional con todo el andamiaje de conceptos jurídicos indeterminados en lo normativo y arbitrariedad en las prácticas, ahora resignificados con el ropaje de los principios convencionales, pues sabemos en lo que ello deriva.

La flexibilidad en las medidas, dispositivos e institutos jurídicos procesales debe establecer vías de escape, llaves de ingreso/egreso, posibilidad de verificación periódica para la mejor adecuación, intervención multidisciplinar corresponsable y coordinación con el resto del sistema de protección integral, la comunidad y la familia, y, en fin, por supuesto, la necesaria desformalización procedimental con la consiguiente adecuación a la población objetivo.

Pedagógico o Educativo (educación en la responsabilidad).

El tinte educativo que en la especialidad se reconoce con el fin pedagógico asignado a las intervenciones estatales en general para personas menores de edad³⁰¹, y en particular en los

³⁰¹ Ver Marcón, Osvaldo (2017), pág. 78.

procesos y abordajes iniciados a raíz de la imputación de hechos ilícitos es conocida desde hace tiempo, no implica ni más ni menos que la aspiración de educación en la responsabilidad, y por ello merece que nos detengamos un poco en él.

Se funda en los objetivos y fin de la intervención estatal enunciados en el art. 40.1 CDN y en las Reglas de Beijing, básicamente que cada procedimiento y abordaje cumpla un fin pedagógico sobre el/la/los NNyA a fin de que puedan comprender los daños que producen los hechos ilícitos, las consecuencias lesivas que de ellos se derivan, que deben respetar el complejo de derechos humanos de las personas, que pueden prescindir de esas acciones y apartarse de las conductas y espacios que llevan o facilitan su comisión, como así también adquirir herramientas de desarrollo personal que les permitan comprender la responsabilidad y diseñar un plan de vida que sea adecuado a las expectativas propias, pero a la vez dentro de la legalidad y conforme a adquirir de manera progresiva un papel productivo en la comunidad.

En suma, el Estado con su intervención a partir de conductas penalizadas, en vez de estigmatizar a iniciar o fortalecer la cadena de sujeción punitiva con todos los efectos adversos que ello genera mediante el mantenimiento de las personas menores de edad en contacto con el sistema penal, y que ya hemos visto antes en este aporte, debe proporcionar las acciones necesarias para educar en la responsabilidad sin renunciar por ello ni al aseguramiento de los derechos de las víctimas ni a la cuota sancionatoria que implica toda intervención punitiva. No obstante, el castigo y la retribución no deben ser ni el eje principal ni la finalidad de las intervenciones y los procesos penales para NNyA (ya hemos visto antes en este trabajo que para el Comité CDN el enfoque punitivo es incompatible con los fines de la Convención), sino que los debe definir el principio educativo y con ese norte deben ser diseñados normativamente e implementados en la realidad.

Los objetivos principales de todo proceso penal para personas menores de edad, pero también de las intervenciones desjudicializadas ante conflictos sociales penalizados, debe ser el fomento del sentido de la dignidad y el valor de cada NNyA, coadyuvando desde allí al respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de las demás personas, y el fin a perseguir, siempre teniendo en cuenta su edad y características de diversidad que presente, debe ser la integración comunitaria con asunción de una función constructiva en la sociedad, que además de la convivencia pacífica con el resto de la comunidad puede establecerse a partir del desarrollo individual o colectivo en cualquier campo, y con esto nos referimos al arte, al deporte, a la música a las ciencias, al trabajo ya sea de mayor o menor exigencia

profesional, y en suma a cualquier actividad cuyo potencial desee desarrollar cada persona implicada, sin que ello implique la mengua por la tutela judicial efectiva de las víctimas.

Ahora bien, esto requiere adecuaciones en las intervenciones y políticas públicas destinadas a las infancias y adolescencias, puesto que estos objetivos y finalidad sin negar su cuota coactiva deben poder sortear la raíz punitiva y tutelar que tantos años lleva enraizada en nuestra región y que cuenta con un amplio consenso social e incluso político-mediático, a lo cual se enfrenta el principio educativo para disputarle centralidad.

Lo cierto es que esas intervenciones deben apuntar a generar ámbitos donde las lógicas del principio educativo puedan ser desarrolladas, lo cual incluye a todas las intervenciones, desde los acompañamientos comunitarios en territorio y las medidas socio educativas en libertad, como también a las medidas especiales que incluyen restricciones de derechos y que contienen mayor contenido coactivo, pero también y esencialmente dentro de los dispositivos de privación de libertad.

Debemos decir, que si bien las intervenciones en territorio cuentan con innumerables complejidades que dificultan la implementación de las políticas públicas de las infancias y adolescencias criminalizadas, sobre todo en determinados ámbitos de nuestra región más que en otros, por cierto es en los ámbitos de encierro donde impera con mayor potencia el enfoque punitivista, las lógicas carcelarias y donde seguro será más difícil la deconstrucción y el desarrollo de contextos adecuados para implementar las reglas de la pedagogía social de la CDN. Claro que lo ideal sería que no existan los dispositivos de encierro para NNyA, pero como dijimos antes en este trabajo, la privación de la libertad es un hecho político y en ese marco es necesario afrontarlo para limitarlo y reconducirlo de acuerdo a los mandatos y estándares provenientes del DIDH a fin de habilitar el mínimo racional posible.

En suma, el proceso penal para NNyA debe ser materialmente un mecanismo adecuado para que cada NNyA comprenda las consecuencias de sus actos, asuma las responsabilidades que le generan, entienda que los actos lesivos no conforman una vía adecuada para su desarrollo individual y tampoco para el colectivo social, y que pueda adquirir herramientas que sí lo sean, que le permitan su integración comunitaria con apego al ordenamiento jurídico y alejado del delito.

Todas las medidas, actos y sanciones deben dirigirse a ello, con la mayor creatividad y adecuación situada que sean posibles, y precisamente por eso existen institutos jurídicos y formas de intervención que resultan francamente incompatibles con el principio educativo, pues impiden llevar a cabo las acciones necesarias para el desarrollo de la pedagogía social

de la CDN, como por ejemplo los procedimientos de juicio abreviado y los procesos eminentemente escriturales.

Reiteramos aquí, dotar de recursos suficientes y adecuados al sistema, es esencial y dirimente en proporción directa a sus posibilidades de eficacia, efectividad y sustentabilidad.

Reinserción social ampliada.

El fin de reinserción social y su reconocimiento como derecho humano con asiento expreso en los artículos 40,1 y 41 CDN, 5,6 CADH y 10,3 PIDCP ha sido ya materia de estudio propio en un aporte previo³⁰² al que remitimos para su profundidad, pero que seguiremos para el desarrollo de la especificidad que marca el presente trabajo.

Mas allá de las críticas que merece desde diversas aristas, sobre lo cual no profundizaremos ahora, claramente el DIDH en torno a la finalidad de la pena privativa de la libertad se inclina expresamente por lo que en doctrina se denomina Teoría de la Prevención Especial Positiva al mencionar como finalidad la readaptación o reintegración social de las personas, aún con todas las críticas que ello puede conllevar y que, incluso, se pueden compartir desde aquí.

Ahora bien, sentado ello, en el caso de las infancias y adolescencias merece de particularidades. La primera, tiene que ver con un mayor rigor en asegurar las medidas necesarias para que las personas menores de edad se mantengan alejadas de conductas criminalizadas, pero ese mayor rigor debe extenderse a todas las intervenciones aun cuando las personas han sido seleccionadas por el sistema penal, y más aún cuando se efectivizan medidas de privación de libertad, para asegurar las condiciones de detención y alojamiento, contextos en los cuales la asignación de presupuestos con prioridad es esencial y estructurante, puesto que su adecuación permitirá la segunda particularidad, que tiene que ver con el desarrollo de ámbitos e intervenciones adecuadas para la efectividad de la pedagogía social impuesta por la CDN. Lo cual, es de Perogrullo aclarar, no resultará posible en dispositivos en territorio y de encierro que sean inadecuados, ya sea por la carencia de profesionales, elementos, instalaciones, etcétera, y en el marco del encierro por el hacinamiento o sobrepoblación, por características edilicias inadecuadas, por carecer de recursos suficientes para alimentación, educación, cultura, deporte, etcétera, por no contar

³⁰² Osio, Alejandro (2018) *La readaptación social y la educación como derechos humanos*. Di Plácido. Buenos Aires, Argentina.

con profesionales calificados para las intervenciones, por imponer regímenes de lógicas carcelarias, por estigmatizar y reproducir comportamientos desviados, y en suma por un abanico de requisitos previos que impidan el desarrollo adecuado para efectivizar los fines de la CDN.

Entonces, el proceso de diseño y ejecución de las medidas en territorio y de las privativas de libertad, y el funcionamiento de los dispositivos en los cuales se cumplan, ya sea durante los procesos o como consecuencia sancionatoria (penas), debe tender a la integración comunitaria o reintegración social, dependiendo del caso, y por eso hablamos de reinserción social ampliada, porque esa finalidad en el caso de NNyA no debe asignarse sólo a las penas como es en el sistema para personas adultas respetando el principio de inocencia, sino que en la especialidad de NNyA, tratándose de un Derecho Penal de Actor, como hemos dicho, en el cual impera el deber del Estado y del mundo adulto de dirigir y acompañar las trayectorias vitales de las personas menores de edad para que cumplan un papel positivo en la comunidad, es que se imponen el ISN sumado a la realidad óptica de la persona en desarrollo y el especial impacto que sobre la conformación de la subjetividad de NNyA tienen las intervenciones penales y en especial la privación de libertad. Por lo cual, en el ámbito de las intervenciones durante el encierro y las lógicas carcelarias, se impone que el tiempo de privación de libertad sea el menor posible y durante su transcurso se garanticen ámbitos adecuados y se dispongan medidas específicas que posibiliten la efectividad de la pedagogía social de la CDN.

Para ello las medidas del proceso deben tener ese fin en mira, pero respetando las garantías constitucionales siempre y por supuesto también el principio de inocencia, que no se verá en jaque si las intervenciones durante el encierro están dirigidas al desarrollo de una vida digna y productiva para cada NNyA y la comunidad, corriendo el eje punitivo y reemplazándolo por el pedagógico. Esto modifica un poco en sus fundamentos a la prisión preventiva adulto céntrica que, al menos desde lo discursivo se sostiene como medida cautelar tendiente a evitar los peligros procesales de fuga y entorpecimiento de la investigación (aunque sabemos que en la realidad cumple muchos otros fines, algunos más oscuros que otros), puesto que en el derecho procesal penal específico, la prisión durante el proceso, además de evitar los peligros procesales clásicos, asentándose en la imposibilidad de obtener esos fines con medidas menos gravosas, esencialmente, cuando se trata de NNyA su justificación debe también estar basada en la obtención de los fines de la CDN en función del principio educativo del que estamos hablando, por ende, el complejo de medidas a disponer en su decurso deben estar dirigidas a ello, y cuando la mantención de la prisión durante el proceso conspire contra las posibilidades de implementar efectivamente las medidas tendientes al fin

principal, deberá ceder frente al aseguramiento de los peligros procesales, pues en caso de duda, deberá estarse a lo que sea más beneficioso para la persona frente al poder penal del Estado, también en este ámbito.

Ahora bien, debemos hacer algunas aclaraciones finales. La delimitación y precisión de los alcances de este principio deben ser fijados de manera específica, puesto que su ambigüedad en la ampliación en virtud del principio educativo puede convertirse en un “Caballo de Troya Tutelar” como lo indica Crivelli (2017), y toda restricción o privación de derechos debe ser progresiva, incluida la privación de libertad. Asimismo, en el marco de la ejecución penal, deben asegurarse reglas especiales no sólo para su diseño y ejecución, sino para las salidas esporádicas por educación y formación, la disposición de establecimientos intermedios que alternen períodos de privación de libertad y de egreso, reglas especiales para la libertad condicional y fijarla lo antes posible, disponer varias formas de libertad anticipada y no sólo las dispuestas para personas adultas, como por ejemplo las de acompañamiento, vigilada y asistida, como así también la posibilidad de revisar periódicamente las medidas impuestas pero también la penas en sus aspectos cualitativos y cuantitativos, sobre lo cual volveremos en seguida.

Concluimos afirmando que así como ninguna privación de libertad puede estar justificada en el ISN, tampoco puede extenderse la prisión durante el proceso penal con asiento en la reinserción social ampliada, pues así como aquélla tiene que ceder cuando esta última haga necesaria la libertad, esta última tiene que ceder cuando los peligros procesales no se encuentran acreditados, y en todo caso deberán diseñarse medidas y dispositivos con las persona en libertad, todo ello de acuerdo al principio de brevedad que impone que la privación de libertad de un/a NNyA debe ser por el período más breve que proceda. Recordemos, que los principios son interdependientes y no compartimentos estancos.

Revisión periódica.

Este principio con asiento normativo en el artículo 40.1 y 40.4 de la CDN, en conjunto con las Reglas de Beijing, de La Habana y de Tokio se fundamenta en la onticidad de la persona humana en desarrollo durante la infancia y adolescencia, con el conjunto de características de esas etapas cuyos aspectos relevantes para el derecho penal hemos visto antes en este trabajo, a lo cual remitimos, e impone que las intervenciones sean periódicamente revisadas a fin de

verificar su adecuación o justificar la necesidad de su modificación, sustitución por otra o directamente su extinción, para lo cual se requiere de monitoreo permanente.

Esto debe alcanzar, tanto a las medidas dispuestas de manera extrajudicial, como durante los procesos, y así también a las fijadas en caso de condena, todas las cuales deben ser revisables para controlar si los motivos que las fundaron persisten o no, para atemperarlas o agravarlas, para sustituirlas por otras, reforzarlas o combinarlas con otras (eso es común al proceso de personas adultas) o en fin adecuarlas a la situación concreta en función de las necesidades de las intervenciones requeridas y la utilidad en relación a la efectividad de la pedagogía social de la CDN y los fines que dispone para el proceso penal.

En el caso de las penas privativas de la libertad, tanto efectivas como de ejecución condicional, también deben ser revisables periódicamente para verificar su necesidad en función de los objetivos y fines del artículo 40.1 de la CDN, puesto que ello conlleva la determinación del interés superior como una consideración de manera primordial, que incluye asimismo la proporción entre la sanción, por un lado, y las circunstancias personales e infracción cometida, por el otro, como así también la utilidad material de la medida en relación a los mandatos normativos.

En la O. G. N° 14 el Comité de los derechos del niño ha sentado lo siguiente:

“84. Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para ello, no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.”

De ello se deriva lógicamente que deberán diseñarse e implementarse institutos específicos que permitan la revisión periódica de todas las medidas extrajudiciales y judiciales que se tomen respecto de NNyA. Y esto debe incluir a las medidas socio educativas y de restricciones de derechos que no impliquen privación de libertad, lo cual se encuentra presente en la mayoría de los regímenes normativos, como así de las medidas que implican privación de libertad preventiva, lo cual aparece reconocido normativamente incluso en el derecho procesal penal adulto céntrico, pero también requiere del diseño e implementación de la revisión periódica de las penas tanto de ejecución condicional como de las privativas de la libertad, y tanto en los aspectos cualitativos (modalidades de cumplimiento, reglas de

conducta, restricciones, etcétera) como cuantitativos (el monto total y los tiempos para el acceso a los institutos liberatorios) y esto sí que no está previsto en nuestro país de manera específica para NNyA, como así tampoco para personas adultas, siendo el único instituto previsto que permite adelantamiento en el tiempo para el acceso a institutos liberatorios el estímulo por educación previsto en el artículo 140 de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24660).

Sobre este punto se puede advertir fácilmente que la CDN y el corpus iuris imponen una reforma de fondo en materia penal en nuestro país que un no tiene adecuada su normativa, entre otras cuestiones, en relación a este aspecto.

Las razones para establecer institutos que permitan revisar periódicamente las penas e incluso disponer su extinción anticipada, son bastantes sencillas y lógicas, puesto que las mismas normas jurídicas que indican los fines que debe tener la pena privativa de la libertad para delitos cometidos por personas menores de edad es la que legitima su imposición y habilita al Estado a hacerlo. Por ende, cuando se verifique que la pena impuesta, con las cualidades y cantidad con que se ha impuesto resulta inadecuada y no será efectiva para lograr los fines expresamente indicados en la normativa aplicable, deberá ser modificada para adecuarla al caso, y en el supuesto de que esos fines se hubieran logrado materialmente, aunque la pena no haya sido iniciada en su cumplimiento o de la pena formalmente impuesta reste tiempo para cumplir, entonces eso que aún falta, de ser obligada la persona a cumplirlo sería sólo castigo, retribucionismo exclusivamente punitivista, que no sólo está prohibido constitucionalmente en el artículo 18 de la CN y que resulta contrario a los mandatos expresos de readaptación y reintegración social de los artículos 5.6CADH, 10.3PIDCP y especialmente 40 de la CDN, sino que de imponerse o continuar la pena cuando ya los fines de la CDN se encuentran materialmente logrados, se correrá el riesgo de que sea iatrogénico, que se retrotraigan los efectos, que se entorpezca o impida el desarrollo y por ende se degraden retrotrayendo la situación a momentos anteriores o incluso directamente se produzcan efectos contrarios a la normativa de superior jerarquía, volviendo incompatible la realidad generada y producida por el propio Estado con respecto a las finalidades del artículo 40 de la CDN, contrariando las obligaciones de acuerdo a la misma Convención en los artículos 2, en tanto dispone garantizar la efectividad de los derechos de NNyA y 3 en tanto dispone que la consideración primordial en todas las medidas será siempre el ISN, que claramente se verá afectado si un/a NNyA integrada/o a la comunidad de manera productiva y en pleno desarrollo de una vida digna con apego al ordenamiento jurídico, es obligado/a a comenzar o continuar con una privación de libertad retrotrayendo esos efectos y perjudicando su continuidad con el riesgo

de volver abstracto lo logrado, generando efectos perniciosos para la persona, su familia, la comunidad y el propio Estado.

Asequibilidad.

Este principio exige el diseño e implementación de un proceso penal adecuado y comprensible, que puede resumirse en que no puede existir acceso a justicia alguno si cada persona menor de edad no puede participar adecuadamente, y para poder hacerlo debe, primero, poder comprender cada uno de los actos de los cuales participa o en los cuales no lo hace, pero que forman parte del proceso, dispositivo o medida que pueda incidir en sus derechos o situación personal.

En suma, requiere la adecuación de todas las intervenciones y actos extrajudiciales y judiciales, tanto en sus formas, caracteres materiales como el ámbito espacial, por ejemplo, como así también en sus contenidos y forma de comunicación -lenguaje- y demás elementos que los compongan. Tiene asiento normativo en los artículos. 8.2.a de la CADH y 14.3.f del PIDCP, como así también el artículo 36 de la Convención de Viena en caso de personas extranjeras, y se aduna especialmente para NNyA los mandatos del artículo 40, 2, b. vi.

Diremos aquí sin ánimo de exhaustividad que la asequibilidad presenta tres dimensiones: la adecuación cualitativa, la accesibilidad y la comprensibilidad.

La adecuación cualitativa se refiere al conjunto de adecuaciones necesarias para que cada NNyA que participe o deba participar de un procedimiento, sea judicial o de cualquier otra índole, no vea impedido o perjudicado su acceso y por ende no pueda participar de modo adecuado, debido a carencias materiales, recursos insuficientes, lejanía, desarraigo, extranjería, condicionamientos culturales, mecanismos discriminatorios, y en general cualquier cualidad que deba ser observada por quienes llevan adelante los dispositivos y procedimientos para adecuar cualitativamente cada actividad, acto y/o decisión.

La accesibilidad se refiere a adecuar los servicios a las circunstancias físicas, etarias, materiales, intelectuales y de cualquier otra índole de cada NNyA que interfieran con sus posibilidades de acceso, y ello puede derivarse de cualidades mentales o físicas que requieran sistemas de apoyo o adecuaciones por parte de quienes llevan adelante el procedimiento sea judicial o de otra índole, y pueden derivarse de cualquier otro aspecto que le impida o dificulte las posibilidades de acceso.

Y en tercer lugar, la comprensibilidad exige que todos los actos de los cuales formen parte personas menores de edad, como así también toda intervención y/o dispositivo que incorpore, se comunique, exhiba o ponga en conocimiento a/de NNyA, comprendiendo cualquier calidad, característica y soporte que sea pertinente (papel, informático, auditivo, visual, etcétera), debe ser adecuado para la persona en particular frente a dicho acto, dispositivo o instrumento, a fin de que lo pueda comprender en su totalidad y con todos los alcances que sean pertinentes. Ello incluye la adecuación del idioma, lengua o dialecto, pero también el tipo de comunicación y lenguaje, los modos y medios de comunicación que correspondan para garantizar la comprensibilidad en cada caso concreto conforme a las circunstancias particulares en el caso de NNyA sin discapacidad ni otro condicionamiento más que la edad en la cual se encuentran, y por supuesto sumando los apoyos y/o mecanismos que fueran necesarios en caso de presentar alguna discapacidad.

Este mandato de adecuación para la comprensibilidad suele ser vulnerado en la mayoría de los procesos e intervenciones con NNyA, en general, en todas las áreas de conocimiento y praxis, pero muy especialmente en el campo jurídico, que incluye en la gran mayoría de los actos un lenguaje que, por su opacidad, oscuridad, tecnicismo y forma de redacción escrita u oralización críptica, resulta incomprensible para muchas personas adultas, y mucho más impide el seguimiento y comprensión por parte de personas menores de edad, pues requiere de un bagaje de conocimientos del derecho y su lenguaje que no se poseen durante la infancia y adolescencia, y que la mayoría de las personas tampoco adquiere en la adultez, por lo cual este mandato que requiere en una de sus aristas un lenguaje claro, sería de validez universal y no sólo para NNyA, pero en el caso de NNyA debe ser reforzado.

Por todo ello, que resulta aplicable también a otras áreas del conocimiento y praxis intervinientes en procesos penales judiciales o extra judiciales, como la medicina, la psicología, la asistencia social, etcétera, este principio exige una urgente adecuación y observación en todas las intervenciones a fin de garantizar un complejo de derechos. En primer lugar, el de recibir información de manera previa, adecuada, oportuna, completa y pertinente a su caso; en segundo lugar, el derecho a ser oído y participar activamente, conforme a la información recibida que podrá procesar para elaborar una decisión propia y expresarla si le resulta comprensible y ha reunido esos caracteres, para todo lo cual debe contar con medios y tiempo adecuados y suficientes; y en tercer lugar, a petitionar a las autoridades lo que haga a sus derechos conforme a las características de cada caso en particular, lo cual, está claro que de ningún modo puede ser llevado a cabo por cada NNyA

titular de los derechos si no se ha asegurado previamente la adecuación necesaria para su comprensibilidad.

En las Reglas de Beijing puede verse del siguiente modo:

“14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente.”

Este mandato requiere la adecuación del ámbito en el cual se desarrollan los actos, y esto incluye el espacio físico, el lugar y horario, las condiciones de habitabilidad, de espera, de permanencia y de egreso, sobre todo lo cual es recomendable que los tribunales, profesionales intervinientes y en suma todos los operadores se trasladen hacia espacios que generen mayor comprensibilidad a los NNyA, como así también las formas que se utilizan y que deben ser adecuadas a cada NNyA según su edad, género, raza, pertenencia cultural y cualquier otra característica que haga merecedora alguna adecuación. Por lo cual, antes de disponer, implementar, llevar a cabo y evaluar cualquier acto procesal, extra procesal y/o intervención o abordaje en casos de personas menores de edad, se requiere una evaluación integral del caso teniendo en cuenta las características de cada NNyA a fin de adecuar lo que sea necesario para garantizar la comprensibilidad.

Ello es exigible de igual modo durante la realización y después de finalizado cada acto, intervención o abordaje, asimismo para el registro en el cual constaran las acciones llevadas a cabo y lo que se vaya resolviendo, como así también para las comunicaciones que se hagan a NNyA en el marco de esas actuaciones, especialmente de las resoluciones tomadas y que puedan afectar sus derechos, entre ellas, particularmente las sentencias.

Y para cerrar este punto traigo a colación un error que es bastante común en el fuero penal de juvenil (aun de buena fe). Transitar todo el proceso con actos realizados y registrados en un lenguaje inaccesible para el/la adolescente implicada/o, sin más adecuaciones que un par de explicaciones tangenciales, y dictar una sentencia incomprensible que luego de dictada es explicada por el/la Juez/a o algún/una otro/a operador/a, no implica estar cumpliendo con este principio. Mucho menos cuando las explicaciones son en tono y léxico infantiles, lo cual conduce más a la asociación de NNyA con personas incapaces de comprender, que a la consideración de sujetos de derechos con su autonomía en desarrollo.

Corresponsabilidad.

En el marco de los artículos 3 y 40.2.b.ii de la CDN, junto a las Reglas de Beijing, de Tokio, de La Habana y las Directrices de Riad se diagrama el principio de corresponsabilidad, que implica varias facetas de responsabilidad en cabeza de todxs lxs actores del sistema de protección integral de derechos de NNyA, asignándose distintos ámbitos de actuación responsable y al mismo tiempo sistemas de control cruzado, pero también de otrxs actorxs y especialmente de la tríada Familia, Estado y Comunidad.

Entre esas varias facetas nos encontramos con las siguientes:

- Multifactorial, refiriéndonos con ella a las responsabilidades derivadas de los actos de NNyA, de su centro de vida, del contexto socio-económico en el cual se inserta, y de todas las demás características de necesaria observación para determinar su ISN.

- Multiagencial, consistente en las responsabilidades propias, pero a su vez compartidas del Estado, de la comunidad y de la familia ampliada de cada NNyA como principales sujetxs obligadxs, pero también de agencias privadas o mixtas, organizaciones de la comunidad (ONGs, movimientos sociales, comedores, etcétera), organizaciones deportivas, artísticas, etcétera.

- Multidisciplinar, sin hacer enunciaciones que puedan considerarse taxativas esta comprende a todas aquellas fuentes derivadas de todas las personas que desde diferentes disciplinas intervengan sobre los derechos y las personas de cada NNyA. Dependerá de cada caso en concreto su abordaje integral, integrado y corresponsable. Si bien históricamente las disciplinas reunidas de intervención han sido asistencia social, educación, psicología, medicina y abogacía, ello de ningún modo puede ser taxativo ni excluyente de otras.

Este principio implica obligaciones a la debida diligencia reforzada en clave de derechos humanos por el principio de protección especial de derechos de NNyA y su interés superior como elemento de primordial evaluación a fin de promover, facilitar, asegurar y garantizar sus derechos humanos, como así también evitar y prevenir afectaciones y en caso de existir erradicarlas, sancionar y repararlas, además de no obstaculizar accesos ni ampliaciones, y poder coordinar y disponer de mecanismos de control cruzado entre todas las agencias y operadorxs que intervengan en las políticas públicas generales de niñez y adolescencia y en las intervenciones particulares, con mucho más rigor corresponsable cuando se trata del poder punitivo estatal debido a que conforma el brazo más violento del Estado y la forma de intervención que mayores derechos puede restringir y afectar, por lo cual se manifestará en permanente tensión dentro del Sistema de Protección Integral

En este contexto la participación comunitaria es un pilar fundamental puesto que, recordemos, el fin esencial del proceso penal y de la pena en esta especialidad es

precisamente la integración de cada NNyA en la comunidad a fin de que pueda desarrollar su plan de vida y cumplir un papel productivo en ella. Ergo, la participación activa de la familia y de la comunidad resultan esenciales para el logro de esos fines (Art. 40,2, b. ii de CDN, 15,2 Beijing y O.G. 24/19 Comité CDN)

Debemos aclarar que cuando nos referimos al término familia lo hacemos en sentido amplio, comprendiendo a referentes afectivos y referentes positivos de cada NNyA, aunque no mantengan vínculo biológico ni legal alguno. Acreditado ello, debe brindárseles asistencia, acompañamiento e información a fin de asegurar su participación en las audiencias, actos, medidas restrictivas de derechos, en las condiciones y reglas de las penas y en suma en todo acto, disposición, abordaje y/o intervención que incida sobre los derechos de NNyA. No obstante, hay que tener en cuenta que no actúan en defensa del/la NNyA ni participan de manera vinculante en el proceso de adopción de decisiones.

En este cuadro de corresponsabilidad, es destacable la importancia del instituto jurídico pretoriano de “*Amicus Curiae*” que permite la participación de personas, organizaciones sociales, estatales y de la comunidad, familiares y otrxs referentes afectivos a fin de producir una información de mayor calidad, de mejores contenidos y de más adecuación a cada caso concreto, lo cual posiciona al/la juez/a o tribunal en mejores condiciones de resolver (de manera más eficaz), siendo ello de esencial importancia por el escaso tiempo con que se cuenta durante las infancias y adolescencias y el impacto especial sobre NNyA que tienen las demoras causadas por la ausencia o el fracaso de las medidas tomadas de modo ineficaz debido a información errónea, insuficiente o inadecuada, por la falta de coordinación entre equipos técnicos, por la superposición de intervenciones, o por la causa que fuera.

La corresponsabilidad impone coordinación para la efectividad y, en este ámbito, el Estado debe fundirse con la comunidad y las organizaciones intermedias, no hay otro modo.

Necesidad de la Sanción Penal

Por último, esto impone el deber estatal de justificar y motivar a modo de razonamiento válido y como derivación razonada del derecho vigente, con evaluación primordial del ISN y fundamento en las circunstancias de cada caso conforme a las características de cada NNyA, la necesidad de imponer una sanción restrictiva de derechos en general y de condenar a una

pena privativa de la libertad en particular (Arts. 40.1 CDN, Reglas de La Habana y de Beijing)

Como hemos dicho antes en este aporte, de la imputación de un delito a un/a NNyA no se debe seguir automáticamente un proceso judicial, sino que siempre que se puede debe optarse por una vía no judicial, y una vez iniciado un proceso judicial penal, de ello no debe seguirse necesariamente que concluya en una sanción penal y mucho menos dentro de ellas, en una pena privativa de libertad, sino que deben privilegiarse salidas no punitivas al proceso y a la pena una vez iniciado, siendo la sanción penal la última ratio y dentro de las sanciones posibles, la pena privativa de la libertad la excepción (revisable por cierto).

Por ende, para descartar todo lo anterior será necesario justificar la necesidad de la pena en base a la inadecuación e impertinencia de las medidas menos punitivas, o al fracaso de todas las intentadas, y precisamente esa progresividad analítica y material impide que se mantenga a las penas privativas de libertad como primera opción.

Ahora bien, los mecanismos para garantizar esa progresividad pueden ser varios y eso dependerá de cada modelo y diagrama procesal que prevea cada lugar, conforme a la realidad sobre la que intervenga.

Una herramienta fundamental para ello, sin dudas, será la Cesura de Juicio, es decir, prever un mecanismo que divida al juicio en el análisis de culpabilidad, por un lado, y en posteriores audiencias, el análisis de la pena, incluyendo la necesidad, pertinencia, utilidad, adecuación y sus caracteres cuali y cuantitativos, la cual siempre debe ser revisable, como ya dijimos. En el análisis de necesidad, deberán descartarse otras posibilidades de respuesta y abordaje a fin de habilitar el paso para el análisis de las características de una pena privativa de la libertad, que de ser impuesta debe serlo por el menor tiempo posible, como manda la CDN, lo cual incluye su revisión periódica.

Debemos aclarar entonces, que la sanción por haber cometido un delito no sigue automáticamente a su responsabilización como en el caso de las personas adultas. Se debe desdoblar la responsabilidad en el análisis de culpabilidad y de la sanción, con un proceso intermedio de medidas entre la imposición de la sanción y su ejecución, que la suspenda sujeta al cumplimiento de condiciones que pueden habilitarla en caso de necesidad o excluirla en caso contrario. A estas las denominamos medidas de suspensión de la pena, y luego de ello, la sanción debe ser revisada en su fundamentación de necesidad y su determinación cuali y cuantitativa para su materialización, modificación o extinción, siendo objeto de revisión periódica una vez superado ese paso inicial, lo cual agrega un aspecto más de

reducción del poder punitivo estatal aplicable a personas menores de edad que no está previsto normativamente para las personas adultas.

Algunas consecuencias.

Exclusión del Juicio Abreviado

Para cerrar este estudio en el marco del derecho procesal específico, particularizaremos sobre un instituto que, por su centralidad, impera en el derecho procesal penal adulto céntrico. Reinado que es necesario evitar que se traslade al derecho procesal penal para personas menores de edad.

El conjunto de los principios hasta aquí enunciados produce como una de sus consecuencias la exclusión del juicio abreviado heredado del derecho procesal penal adulto céntrico, aunque ello no quiere decir que no se pueda contar con un mecanismo específico propio de asunción de la responsabilidad penal, pero ello de ningún modo compatibiliza el juicio abreviado adulto céntrico con los principios de la Convención.

El instituto del juicio abreviado presenta problemas sustanciales de base³⁰³, pero también los presenta frente a la especialidad que impone el derecho aplicable a NNyA sobre todo en relación al bloque del derecho internacional de los derechos humanos (soft y hard law), incluso antes que los problemas que plantea este instituto, y que a nuestro criterio lo tornan incompatible, como, por ejemplo, en relación al carácter educativo que todo proceso penal debe tener para NNyA. En función de ello es necesario destruir concepciones dicotómicas propias del derecho procesal penal adulto céntrico, como, por ejemplo, las disputas entre juicio abreviado sí o juicio abreviado no en el proceso penal para NNyA, cuando quizá la solución provenga de una institucionalidad específica, para la cual el bloque convencional brinda las pautas necesarias.

Como dicen Beloff-Freedman-Kierszenbaum-Terragni³⁰⁴, se ha producido un acercamiento del derecho penal juvenil al derecho penal de adultos en las últimas tres décadas que ha

³⁰³ Para comenzar con sus críticas, ver Ferrajoli, Luigi (2009) *Derecho y Razón*. 9na ed. Trotta. Madrid., capítulo 9 “*El juicio. Cuando y cómo juzgar*”, pp. 537 y ss.

³⁰⁴ Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano (2017) “*La justicia juvenil y el juicio abreviado*”. Revista Pensamiento Penal del 23/01/2017. En línea <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/doctrina44777.pdf>, consultado el 01/08/20. También en Beloff, Mary (2017) *Nuevos problemas de la Justicia Juvenil*. 1ra ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, pp. 139/216.

provocado el traslado de institutos jurídicos no siempre compatibles con la especialidad, y el juicio abreviado ha sido uno de ellos. Ante dicha situación, es necesario volver a la pregunta redundante en este trabajo, sobre si todos los institutos jurídicos del derecho penal de adultos pueden ser trasladados al derecho procesal penal específico para NNyA, porque puede ser que la respuesta sea negativa para muchos de ellos³⁰⁵. Por ende, debemos advertir que hay que tener mucho cuidado con lo que se traslada, pues antes debe pasar por el tamiz de la especificidad (en lo conceptual, normativo, teórico) y una vez en la práctica no repetir las falencias del sistema para personas adultas, por ejemplo, la utilización del abreviado de manera burocrática, utilitarista, sin fines más que de descompresión de los abarrotados sistemas procesales y con enfoque eminentemente punitivo.

Ello en lo concreto de su materialización³⁰⁶, pero también es necesario analizar el complejo normativo circundante, puesto que en sistemas como el de Argentina, el instituto del juicio abreviado que generalmente tiene topes de pena para su utilización, en el caso de la legislación penal para adolescentes amplía su espectro debido a la reducción de la pena en este ámbito (Art. 4 Dec-Ley 22278), lo que también impulsa su maximización³⁰⁷.

El Juicio Abreviado presenta problemas directos en relación a las reglas específicas del debido proceso penal para NNyA, particularmente en relación a aspectos centrales de las exigencias de especialidad, carácter educativo, abordaje de la responsabilidad penal, derecho a ser oído, corresponsabilidad en las intervenciones³⁰⁸, protección especial ante el poder penal del Estado; principio de necesidad de la pena³⁰⁹; paradigma restaurativo; ultra actividad de la ley penal específica; y multidisciplinaria en el diseño y construcción de la respuesta estatal, que hemos tratado antes y algunos de los cuales han tratado también Beloff-Freedman-Kierszenbaum-Terragni en el trabajo ya referenciado, a todo cual remitimos para su

³⁰⁵ O.G. 24 del Comité de Derechos del Niño: “14. El Comité recuerda a los Estados partes que, al aplicar medidas pertenecientes a cualquiera de las categorías de intervención, deben tener sumo cuidado en asegurar que se respeten y protejan plenamente los derechos humanos del niño y las garantías jurídicas... 31. Los sistemas de justicia juvenil también deben ampliar la protección a los niños que eran menores de 18 años en el momento de la comisión del delito pero que alcanzan esa edad durante el juicio o el proceso de imposición de la pena.”

³⁰⁶ Sobre la discrecionalidad judicial en materia penal adolescente puede profundizarse en Pasin, Julia; Bouilly, María del Rosario y López, Ana Laura (2012) *Acerca de lo judicial. Entre la técnica jurídica y la discrecionalidad de la práctica*. En Daroqui, Alcira et al (2012) *Sujeto de Castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*. HomoSapiens ediciones. Rosario, Santa Fe, Argentina., pp. 135/156.

³⁰⁷ Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano, *ibid.*, pp. 7 y ss, y 31.

³⁰⁸ Aunque sobre este particular es necesario aclarar que hay problemas de la práctica que a veces son señalados como incompatibilidades del juicio abreviado con el derecho procesal penal específico y en realidad deberían ser resueltos con inadmisibilidad del juicio abreviado y no desvirtuando el instituto –como, por ejemplo: permitirlo sin pruebas suficientes o ante casusas de justificación omitidas, o mediante extorsión anticipada a la acreditación, etcétera.

³⁰⁹ Con la merituación de otras alternativas, y de que en caso de pena sea además Privativa de la Libertad, que pueda ser suspendida o no, y luego breve, revisable periódicamente, etcétera.

profundidad. Debido al marco propuesto para el presente no podremos profundizar sobre todos esos puntos, pero es pertinente mencionarlos pues conforman el núcleo de incompatibilidad del instituto en comentario.

El juicio abreviado en la dinámica real del sistema penal al nivel federal y provincial en Argentina, y también a nivel regional, registra falencias derivadas de iguales defectos en el sistema adulto céntrico, como la falta de publicidad en la negociación, su utilización extorsiva y como descompresión del sistema, carencia de procedimientos penales comprensibles para las personas implicadas y con poca o nula participación activa de personas involucradas en el diseño de la respuesta institucional, y otras que son más específicas cuando intervienen NNyA³¹⁰ como por ejemplo, los efectos perniciosos en términos pedagógicos.

En el juicio abreviado se prepondera la utilidad en términos de política criminal por encima de la consideración de los sujetos implicados, los hechos acaecidos, los daños producidos y las diversas respuestas posibles, lo que ya desde allí lo torna incompatible con el derecho penal de actor del que hemos hablado aquí. Ahora bien, suele ser defendido desde la lógica de los grandes números, pero como bien dice Marcón: *“Es muy difícil reconstituir la legitimidad de las intervenciones judiciales relativizando tanto lo verdadero como lo falso. Que los sistemas sean estadísticamente defendibles no significa que sean éticamente sustentables”*³¹¹

La dinámica del juicio abreviado tiende a normalizar la estandarización de respuestas, lo cual vulnera varios aspectos del Derecho aplicable a NNyA de manera específica en función de los mandatos del artículo 40 de la CDN.

En torno al fondo de la cuestión procesal, es necesario también diferenciar sistema procesal acusatorio del contenido contradictorio o de litigiosidad. Como dice Germán Martín³¹² lo acusatorio en la especialidad es gestión de conflictos, sobre todo a partir del soft law aplicable. La litigiosidad adultiza el procedimiento, lo convierte en técnico y abstracto, incomprensible para NNyA. El tiempo que insume conspira contra los fines convencionales y el proceso que aporta su resultado sobre personas de 21/22 años o más convierte a cualquier intervención desde la axiología y criminología penal adolescente en innecesaria, superflua, iatrogénica o puramente retributiva, por tardía e inadecuada.³¹³

³¹⁰ Para su profundidad puede verse Terragni, Martiniano (2019) *Justicia Juvenil y especialidad*. 1ra ed. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina, pp. 154/168 donde se detalla además la evolución jurisprudencial al respecto.

³¹¹ Marcón, Osvaldo (2017), pág. 75.

³¹² Martín, Germán (2020) *El reto es el rito: el juicio abreviado en la especialidad penal adolescente*. Revista Pensamiento Penal del 02/03/2020. En línea <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48552-reto-es-rito-juicio-abreviado-especialidad-penal-adolescente>. Recuperado el 01/08/2020.

³¹³ Martín, Germán. *Ibid.*, pp. 3/5.

Asimismo, la práctica forense del juicio abreviado tiende al enfoque punitivo, lo cual, como ya hemos dicho con cita del Comité CDN es incompatible con los principios de la Convención. También puede enemistarse al Juicio Abreviado con los mandatos específicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos atinentes a los fines específicos que impone el Art. 40 de la CDN, y también lo sentado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 24 en torno a que NNyA no deben ser objeto de negociación con intercambios de menor pena, libertad u otro beneficio puesto que ello implica vulnerar la obligación de declarar contra sí mismo, aunque ello deja la duda en torno a regular ofrecimientos que sean fijos y vinculantes para quien lo realizó si es que se avanza hacia un juicio³¹⁴. Podríamos decir que aspectos como ese, y así también la obligación de resolver la libertad por separado y antes que el fondo, deberían ser cuestiones a tener en cuenta para diseñar una institucionalidad específica de asunción de la responsabilidad, pero no meros ajustes al juicio abreviado adulto céntrico.

El instituto procesal en análisis también va de bruce con lo sentado por el Comité referido en la Observación General 12 en torno al derecho a ser oído y sus alcances en el procedimiento penal³¹⁵, como así también con el alcance del principio de protección especial, para cuya profundización remitimos al trabajo citado reiteradamente aquí de Beloff-Freedman-Kierszenbaum-Terragni.

En torno a la responsabilidad penal, la cuestión también es compleja. En primer lugar, hay distinciones en torno a la capacidad de decidir la asunción de responsabilidad penal en juicio abreviado que es necesario realizar. Por ejemplo, en la normativa argentina si se cuenta con más de 18 años de edad o menos al realizar un acuerdo de juicio abreviado, las posibilidades y consecuencias son diferentes y en el resto de los países de la región ocurre lo mismo con diferentes edades. Beloff-Freedman-Kierszenbaum-Terragni, hacen una distinción en torno a ello³¹⁶ que a nuestro criterio confunde culpabilidad disminuida con capacidad procesal y responsabilidad disminuida que podría conducir a diferenciar edades en función de la capacidad procesal, lo cual puede transformarse en un círculo vicioso que usando el tiempo a favor siempre termine en abreviado (con un espacio temporal de no permisión) pues es cuestión sólo de acordar la responsabilidad penal al cumplir la mayoría de edad, lo cual claramente implicaría el mismo resultado que admitir juicios abreviados adulto céntricos desde el inicio, produciendo la indiferenciación de delitos cometidos antes o después de la

³¹⁴ Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano, *ibid.*, pp. 33.

³¹⁵ Que en el caso de Argentina han sido intimados también en las Observaciones Finales sobre Argentina 2018.

³¹⁶ Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano, *ibid.*, pp. 19 y ss.

mayoría de edad, lo cual claramente vulnera el principio de especialidad en función de la ultra actividad de la ley penal específica.

Germán Martín en conclusión que compartimos, indica que negar la confesión en el ámbito penal adolescente implica directamente negar la especialidad del sujeto. Dar la posibilidad de asumir la responsabilidad penal es darle voz al sujeto de derechos específico en esta especialidad, y en esos casos la finalidad educativa debe incluir la verdad y buena fe, y que el litigio no sea un fin en sí mismo sino un mecanismo de control de calidad de la prueba y de los actos procesales en el cual NNyA puedan canalizar su asunción de responsabilidad³¹⁷ de una manera compatible con la especialidad normativa y ontológica, lo cual a nuestro criterio sería un punto de anclaje necesario para una nueva institucionalidad y no un ajuste al juicio abreviado adulto céntrico, ni mucho menos un estándar para justificar su implantación lisa y llana.

Para terminar con los problemas, volvemos a la dicotomía a que nos tiene acostumbrados el análisis adulto céntrico del derecho. Nos referimos al análisis del tipo en que se plantea que hay sólo dos opciones ¿juicio abreviado sí o juicio abreviado no? Y precisamente lo que aquí se plantea es que quizá la mejor opción sea crear institucionalidad jurídica específica (ni blanco ni negro). Pero cuidado con que no sea un trasplante adulto céntrico con otro nombre, pero con todas sus falencias o incluso lo que en algunos lares se ha denominado “juicio breve”, consistente en una parodia de juicio ordinario habiendo desistido de toda la prueba y/o aceptado su incorporación por lectura por convención entre las partes³¹⁸, pues deben respetarse todas las reglas del debido proceso más el plus de la especialidad para NNyA³¹⁹, con lo cual claramente ese tipo de artilugios de la práctica forense resultan enteramente incompatibles. Al embuste de etiquetas consistente en nombrar de modo distinto, pero seguir haciendo lo mismo, ya lo conocemos, lo que la especificidad impone es una institucionalidad jurídica distinta.

Para salir de las consideraciones doctrinarias y fácticas, traeremos a colación algunos aspectos del DIDH, contenidos en la Observación General 24 del Comité de los Derechos del Niño.

En el punto 6 de esta observación el Comité ha sentado lo siguiente entre los Objetivos y Alcances: “c) *Promover estrategias clave para reducir los efectos especialmente perniciosos del contacto con el sistema de justicia penal, con arreglo al mayor conocimiento que se tiene*

³¹⁷ Martín Germán *ibid.*, pp. 4/6.

³¹⁸ Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano, *ibid.*, pp. 41.

³¹⁹ Sobre tales aspectos puede profundizarse en Barbirotto, Pablo (2013) *Proceso Penal Juvenil*. 1ra ed. Delta Editora. Paraná, Entre Ríos, Argentina.

acerca del desarrollo del niño, en particular: ... ii) Aumentando la aplicación, en el caso de los niños, de medidas alternativas a los procesos de justicia formal y su orientación hacia programas eficaces... ”.

Claramente el juicio abreviado adulto céntrico no cumple ni puede cumplir con dichos objetivos, pero además, los Estados al imponerlo en los procesos penales para NNyA están incumpliendo con los mandatos del Comité, pues claramente los contactos de NNyA con los sistemas penales mediante juicios abreviados produce en la gran mayoría de los casos³²⁰ efectos perniciosos, pero además ese instituto es uno de los procesos icónicos de la justicia formal³²¹ cuando el mandato es acudir a medidas alternativas distintas. Y como si ello fuera poco, el mandato incluye la orientación hacia programas más eficaces, dentro de los cuales claramente no cuadra el juicio abreviado y sus dinámicas en nuestro país y la región, si por eficacia se entienden medidas que aseguren los mandatos de la normativa convencional en función del interés superior del niño.

Para reforzar la necesidad de institucionalidad específica en el ámbito de la especialidad que nos ocupa, el Comité en la misma observación sostuvo lo siguiente: *“Terminología...8 Sistema de justicia juvenil: la legislación, las normas y reglas, los procedimientos, los mecanismos y las disposiciones aplicables específicamente a los niños considerados infractores y a las instituciones y los órganos creados para ocuparse de ellos. ... Justicia restaurativa: todo proceso en que la víctima, el agresor y cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectado por un delito participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas de ese delito, a menudo con ayuda de un tercero justo e imparcial. Son ejemplos de procesos restaurativos la mediación, la celebración de conversaciones, la conciliación y las reuniones para decidir sentencias.”.*

Como podrá verse muy claramente, todo ello es enteramente inobservable en los procesos de juicio abreviado implantados desde el derecho procesal penal adulto céntrico, y para su compatibilidad con tales cuestiones no resulta suficiente su reformulación o modificación adaptativa a la especialidad, sino la creación de una institucionalidad propia que recoja estos estándares a la vez que permita un proceso de asunción de responsabilidad penal compatible con los principios específicos³²².

³²⁰ Véanse las estadísticas disponibles en el país y la región sobre la utilización del juicio abreviado en los procedimientos penales para NNyA y se verá que es cierta esta afirmación.

³²¹ Véanse las estadísticas disponibles en el país y la región sobre la utilización del juicio abreviado en los procedimientos penales en general y se verá que es el tipo de proceso más utilizado y ampliamente mayoritario en nuestro país y la región.

³²² En el trabajo de Germán Martín ya citado puede verse un ejemplo de buenas prácticas en Neuquén (Argentina) sobre el particular, aunque el autor no propone institucionalidad nueva. *Ibid.*, pp. 5/6.

En torno al derecho a ser oído el Comité en esta O.G. 24 en sus puntos 44 y 45 remite a los puntos 57/64 de OG.12 y en torno a la participación activa de NNyA en los procesos, dispone lo siguiente: “*Participación efectiva en los procedimientos (art. 40, párr. 2 b) iv)) ... 46. Un niño que haya cumplido la edad mínima de responsabilidad penal debe ser considerado competente para participar en todo el proceso de justicia juvenil. Para hacerlo de manera efectiva, el niño necesita contar con el apoyo de todos los profesionales que intervienen y comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y opciones, a fin de poder dar instrucciones a su representante legal, recusar a testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan... Información sin demora y directa de los cargos (art. 40, párr. 2 b) ii)) 48. Las autoridades deben asegurarse de que el niño comprende los cargos, las opciones y los procesos. No basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que se necesita una explicación oral... 56. Los padres o los tutores legales deben estar presentes durante todo el proceso... 57. El Comité recomienda a los Estados partes que promulguen legislación explícita para que los padres o los tutores legales tengan la máxima participación posible en las actuaciones, ya que pueden prestar asistencia psicológica y emocional general al niño y contribuir a que se obtengan resultados eficaces.*”³²³.

Claramente, quien haya estudiado mínimamente no sólo la conceptualización y normativa del juicio abreviado en la región, sino también sus dinámicas, podrá darse cuenta que los estándares que el Comité CDN ha sentado en torno al derecho a ser oído y participación efectiva de NNyA y su familia en los procesos son -por entero- incompatibles con ese instituto, y para su aseguramiento no es suficiente una corrección cosmética, sino directamente el trabajo de creación de una institucionalidad específica distinta que permita compatibilizar dichos estándares con un instituto procesal que asegure la posibilidad de asumir la responsabilidad penal por parte de NNyA acusadxs de haber cometido algún hecho punible, sin prescindir de garantías que la especificidad impone.

³²³ En torno a estas cuestiones las Reglas de Beijing también disponen cuestiones a tener en cuenta y que el juicio abreviado adulto céntrico no considera: “14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente... 15.2 Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor... 16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito... 17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:... d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.”

Si bien ya lo referimos antes, en el marco del derecho a no ser obligado a declararse culpable (art. 40, párr. 2 b) iv)) el Comité sienta en esta O.G. 24 su incompatibilidad más expresa en torno al instituto del juicio abreviado y sus dinámicas fácticas. En los puntos 59 y siguientes sienta lo siguiente:

“59. La coerción que induzca a un niño a una confesión o a un testimonio auto incriminatorio es inadmisibles. El término “obligado” debe interpretarse en sentido amplio y no limitarlo a la fuerza física. El riesgo de una confesión falsa aumenta con la edad y el desarrollo del niño, la falta de comprensión y el temor a consecuencias desconocidas, incluida la presunta posibilidad de encarcelamiento, así como en función de la duración y las circunstancias del interrogatorio... 60. El niño debe tener acceso a asistencia letrada u otra asistencia adecuada, y debe contar con el apoyo de un progenitor, tutor legal u otro adulto apropiado durante el interrogatorio. El tribunal u otro órgano judicial, al considerar la voluntariedad y fiabilidad de la admisión de culpabilidad o la confesión de un niño, debe tener en cuenta todos los factores, incluidas la edad y la madurez del niño, la duración del interrogatorio o de la custodia, y la presencia de asistencia letrada u otro tipo de asistencia independiente y de los padres, tutores o adultos apropiados. Los policías y otros agentes encargados de la investigación deben tener una formación adecuada para evitar técnicas y prácticas de interrogatorio que puedan dar lugar a confesiones o testimonios poco creíbles u obtenidos bajo coacción, y, en la medida de lo posible, deberían utilizarse técnicas audiovisuales... 76. El Comité pone de relieve que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no solo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no se ajusta a los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el artículo 40, párrafo 1, de la Convención. Cuando un niño cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del infractor y a la gravedad del hecho, y se tomará en consideración la necesidad de seguridad pública y de sanciones. Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad.”³²⁴

³²⁴ Por su parte las Reglas de TOKIO, disponen lo siguiente: “Principios generales...1.2 Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su

Como podrá verse muy claramente, los estándares exigibles en materia de acuerdo y negociación de hechos, pruebas y sentencia como así también en torno a la asistencia letrada, presupuestos de las medidas y sanciones, métodos y sustratos de la punición proporcional, se dan de bruces con las características normativas y dinámicas fácticas de los juicios abreviados implantados en la especialidad de NNyA, y si bien podrá haber algunas poquísimas excepciones, como regla general, ello es observable en todo nuestro país y en la región³²⁵.

Y para cerrar con aspectos a valorar para la nueva institucionalidad, será necesario tener en cuenta los siguientes puntos de esta misma O.G. 24 en torno a la posibilidad de acordar penas por debajo de los mínimos legales. “78. *Las sentencias mínimas obligatorias son incompatibles con el principio de proporcionalidad de la justicia juvenil y con el requisito de que la reclusión sea una medida de último recurso y por el período de tiempo más breve posible. Los tribunales que sentencian a niños deben comenzar como una tabla rasa; incluso los regímenes de penas mínimas discrecionales dificultan la aplicación adecuada de las normas internacionales.*”, y respetar una organización del sistema de justicia juvenil que sea adecuada a la especialidad “109. *Además, se alienta la realización de evaluaciones individuales de los niños y la adopción de un enfoque multidisciplinario.* 110. *Las organizaciones no gubernamentales pueden desempeñar, y de hecho desempeñan, un papel importante en la justicia juvenil. Por consiguiente, el Comité recomienda a los Estados partes que procuren que dichas organizaciones participen activamente en la formulación y aplicación de su política general de justicia juvenil y, cuando proceda, les faciliten los recursos necesarios para ello.*”³²⁶, pues ambas cuestiones son actualmente ajenas a las reglas generales de los procesos abreviados.

Si bien las conclusiones de cada uno de los aspectos las fuimos volcando, a modo de corolario podemos afirmar que, si el juicio abreviado ya suma demasiados problemas en la

responsabilidad hacia la sociedad. 1.4 Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito... III. Fase de juicio y sentencia... 7. Informes de investigación social 7.1 Cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado. El informe contendrá información sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente al tipo de infracción que comete habitualmente el individuo y a los delitos que se le imputan. También deberá contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas. Deberá ceñirse a los hechos y ser objetivo e imparcial; toda apreciación personal tendrá que formularse claramente como tal.”

³²⁵ Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano, *ibid.*, pp. 8/12 así también lo refieren.

³²⁶ Las Directrices de RIAD por su parte disponen lo siguiente: “VI. *Legislación y administración de la justicia de menores...52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.*”

doctrina y práctica del derecho procesal penal adulto céntrico y además es incompatible con el derecho procesal penal específico para NNyA, ¿para qué seguir intentando justificaciones para su implantación? Pues la respuesta que se impone es bastante sencilla, se sigue insistiendo en su implantación por cuestiones de política criminal descompresiva de los sistemas procesales que así lo necesitan y mantenimiento de estándares culturales deficientes de las agencias judiciales que poco tienen que ver con la noción de servicio público de justicia, incluso generalizando problemas que en muchos casos son enteramente locales y/o coyunturales³²⁷, volcando la balanza siempre hacia el enfoque punitivo.

¿Ahora bien, pregonar su erradicación significa entonces que todo debe resolverse en juicio ordinario? Claro que no. Lo que significa es que se cuenta con bases suficientes para sostener que el juicio abreviado adulto céntrico es, en primer lugar, de cuestionable constitucionalidad-convencionalidad ya en el sistema penal adulto céntrico, tanto en abstracto (conceptual y normativamente) como en concreto (en sus dinámicas fácticas); y, en segundo lugar, que es francamente incompatible con el derecho procesal penal específico para personas menores de edad, incluso con gran parte de su normativa expresa.

Asimismo, con los pies en las mismas fuentes se puede concluir que se cuenta con las bases suficientes como para crear institucionalidad jurídica específica y exclusiva, con respeto por la especialidad, que asegure la asunción de responsabilidad penal de acuerdo a la capacidad progresiva de NNyA frente al poder penal del Estado, con ubicuidad, es decir, tomando nota de las realidades regionales, nacionales y locales.

Es este el desafío que es necesario afrontar con profundización sobre los caracteres específicos de la nueva institucionalidad, y no seguir gastando viejos y renovados argumentos para tratar de compatibilizar lo incompatible, con el peligro anexo de arrastrar todas las críticas, desventajas, cuestionamientos, vicios, etcétera del instituto procesal en cuestión adultizando la especialidad penal para NNyA mediante correcciones estéticas y/o de fondo que pretendan adaptar lo que de ningún modo cuaja con las pretensiones específicas de este ámbito del derecho.

Ahora bien, la institucionalidad propia, deberá cumplir con todos los principios específicos del derecho aplicable a personas menores de edad, como así también incluir necesariamente el planteo y sustanciación en audiencia (sobre hechos, prueba y sanción penal) y la vinculatoriedad de la pretensión de la acusación (sea pública o privada) para un eventual juicio en caso de no haber acuerdo.

³²⁷ Martín, Germán. *Ibid.*, pp. 3, se refiere a ambas cuestiones.

Lo primero resolvería el problema de la utilización extorsiva del instituto y la vulneración del principio de inocencia, puesto que es común el ejercicio de una coerción indebida sobre las personas imputadas a fin de llegar a un acuerdo, muchas veces con la propia libertad en juego y pendiente de ello, aunque las pruebas no resulten de suficiente entidad como para sostener la acreditación del delito imputado.

Y lo segundo, resolvería el problema del exceso de pena en un juicio por no haber acordado antes en abreviado, pues también es común que, en caso de requerirse una pena determinada para lograr un acuerdo de juicio abreviado, si no se acuerda, la acusación (pública o privada) requiere luego una pena más grave en el juicio, pese a que se trata de los mismos hechos, se juzga con la misma prueba y se aplica la misma tipicidad.

Está claro que el exceso de pena en esos casos no puede sostenerse de modo alguno en relación al principio de culpabilidad, sino que está relacionado con no haber acordado y obligar a continuar hacia la realización del juicio. Sería algo así como un plus de pena por encima de la culpabilidad por obligar al sistema a trabajar más, lo cual es a todas luces incompatible con la normativa convencional-constitucional.

Sin embargo, es así como funciona el sistema pese a que se siga negando, pues la práctica indica que para intentar un juicio abreviado, los Ministerios Públicos Fiscales ofrecen menos cantidad de pena, flexibilizan medidas alternativas y/o la ejecución condicional, bajan las multas, reducen las inhabilitaciones y hasta omiten tipicidades o fuerzan adecuaciones para habilitar concursos ideales, como si todo ello, tratándose de los mismos hechos y prueba, en vez de resultar del imperio legal fuera materia de negociación discrecional. Claramente, esto no puede ni debe ser trasplantado al sistema de responsabilidad para personas menores de edad.

Puesta en crisis del Juicio de Flagrancia y del Juicio por Jurados

Todo lo mismo que se ha dicho respecto del Juicio Abreviado, salvo algunas cuestiones de las dinámicas irregulares que este ha adquirido, es dable aseverar sobre los juicios de flagrancia previstos en los códigos procesales más recientes en toda Latinoamérica y especialmente en Argentina, puesto que conspiran contra varios de los principios estructurantes del debido proceso específico y por ello su trasplante o traducción lineal resulta incompatible con los

mandatos del DIDH para ser seguidos en el diseño de un sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Respecto a la finalización del proceso penal en Juicio por Jurados, resulta una manda del nivel constitucional en Argentina, y si bien no profundizaremos sobre la cuestión, debemos dejar establecido que resulta un instituto que, trasplantado de manera directa con todas sus características adulto centristas, puede resultar incompatible con varios de los principios de la Convención que regulan el debido proceso específico³²⁸, por lo cual haría entrar en tensión normas constitucionales (de derecho interno) con normas convencionales (de un Tratado de Derechos Humanos), por lo que resultaría aplicable el art. 27 de la Convención de Viena, debiendo privilegiarse las normas de la CDN.

Ahora bien, el trasplante o traducción de institutos como el juicio por jurados al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, implica un gradual acercamiento de la justicia de NNYA a la de personas adultas. Y como se pregunta Beloff en la conferencia que recién citamos, ¿Por qué si o no al juicio por jurados? ¿Cómo se construyen los pares para adolescentes (jurados), cómo conseguir que además sean especialistas, cómo se asegura la privacidad si el jurado es público por excelencia, podría el adolescente disponer de esta prerrogativa?

En fin, en el fondo de todo ello hay una tensión entre un modelo liberacionista que iguala a personas adolescentes y personas adultas versus un paternalismo justificado que parte de la base de una capacidad relativa de las personas adolescentes.

Está claro que el Juicio por Jurados es una regla de garantía de derechos, el tema a dilucidar es el que hemos planteado a lo largo de todo este trabajo, esa regla ha sido diseñada y pensada sólo para las personas adultas, tanto en carácter de imputadas como de participantes del jurado.

Pero, además, la culminación necesaria del debido proceso en un juicio por jurados quiere decir que si no es así ¿las garantías no pueden asegurarse o es un derecho o facultad disponible? Y en este último caso ¿con cuáles alcances y quién puede disponerlo? ¿en cuales casos y con cuáles requisitos?

En fin, lo que debe quedar claro entonces, más allá de todos los bemoles del juicio por jurados como instituto jurídico adulto céntrico, es que la incompatibilidad fundamental está en la incompatibilidad con el DIDH (pues no existe allí como garantía) y especialmente

³²⁸ Sobre ello puede profundizarse en Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano, *ibid.*, y Beloff, Mary (s/f). Conferencia en línea <https://www.youtube.com/watch?v=UiqfthTsnF4> - recuperada el 04/02/2020-

respecto de los mandatos del debido proceso penal para NNyA (pues allí entra en tensión). Debemos recordar que el DIDH es paternalista justificado y no liberacionista y es ilustrativo el estudio histórico del tema en EEUU desde los casos “Gault”, “Gurrius”, “Terry” y “McGiver”, en que la Corte estadounidense ha tenido vaivenes, pero finalmente ha sostenido que el juicio justo no requiere necesariamente del Juicio por Jurados y que ese trasplante de garantías e institutos del sistema para personas adultas al de NNyA no incluye al Juicio por Jurados.

En suma, en nuestro país, no es exigencia constitucional ni convencional para NNyA, recordando que no todos los derechos y garantías previstas para personas adultas deben aplicarse igual a procesos de NNyA, pues sostener lo contrario sería sostener que los procesos sean exactamente iguales sin importar la edad de las personas al cometer los delitos, y no habría una exigencia de un sistema diferencial.

Como dice Christofer Young en la conferencia citada, las personas durante la adolescencia no tienen derecho a juicio de pares, los jurados no estarían calificados por ser pares sin especialidad, y la participación en ello puede generar lo contrario a lo que manda el DIDH. En fin, sin ánimo de exhaustividad ni de agotar los análisis posibles en torno a los institutos procesales mencionados, su problematización ha quedado clara en el planteo que impone la limitación por parte del DIDH específico en relación a la posible implantación de institutos procesales adulto céntricos a los sistemas de responsabilidad penal para personas menores de edad. Como hemos dicho varias veces en este trabajo, todo debe pasarse antes por el tamiz de la especificidad.

Necesidad de un Derecho de Ejecución Penal Específico

Por último, y si bien no agotaremos el tema, debemos dejar sentado entre las bases que nos hemos propuesto como aporte en este trabajo que, para el aseguramiento de la especialidad en el ámbito de la interdisciplinariedad entre derecho penal y procesal penal, es necesario avanzar en un verdadero Derecho de Ejecución Penal específico (en lo sustantivo ya lo sostuvimos en su momento en este trabajo, nos referimos ahora a lo procesal).

Este debe reunir una serie de contenidos que se adecuen a la persona sobre la cual se interviene, conforme a su ontología, como así también a los principios de la CDN y del resto del DIDH. Este tópico que no está del todo desarrollado en lo conceptual, con más ausencias

en lo penal sustantivo y más desarrollo en lo procesal; que cuenta con especificaciones jurisprudenciales de bastante detalle, sobre todo en el ámbito interamericano; y que en Argentina y en muchos otros países de la región cuenta con graves carencias en lo normativo, puesto que, no sólo se carece de legislación sustantiva específica en torno a las sanciones penales y modos específicos de cumplimiento, revisión, modificación, adecuación y extinción, sino que también se carece de legislación procesal y administrativa específica que rija los lugares de encierro, los diversos dispositivos de pernoctación o alternancia, y los dispositivos de libertades, ya sean condicionales, vigiladas, asistidas, etcétera. Lo mismo sucede con la regulación postpenitenciaria y de integración comunitaria posterior al contacto con el sistema penal.

Está claro que un régimen diferenciado de ejecución penal, requiere de institucionalidad y régimen normativo diferenciado, como así también medidas específicas para personas menores de edad. Por ejemplo, los principios de revisión periódica y de brevedad exigen que las penas cumplidas por delitos cometidos siendo menores de edad sean revisables en todas sus aristas, lo que incluye alternancias entre la privación de libertad y el ámbito libre de una manera más amplia que la progresividad pétrea del sistema de ejecución penal para personas adultas (Ley 24660 a nivel Nacional), e incluso que puedan extinguirse de manera anticipada, que pueda haber avances y retrocesos, posibilidades de corrección y adecuación, una participación más activa de cada adolescente y de la tríada comunidad-familia-Estado, como así también políticas públicas diferenciadas para lograr los fines de la Convención que ya hemos visto.

En lo atinente a la ejecución, todos los reglamentos de dispositivos de privación de libertad, de alternancia y del ámbito libre deberían ser especializados para adolescentes teniendo en cuenta la etapa formativa y el desarrollo evolutivo de sus facultades cognitivas y psíquicas, como así también a los patrones conductuales como, por ejemplo, lo atinente a la educación (especialmente en la responsabilidad), recreación, participación en actividades culturales, actividades físicas, la frecuencia de visitas personales, etcétera. Para no profundizar demasiado, y sólo a modo de ejemplo, citaremos algunas cuestiones específicas troncales a observar en este ámbito, con cita del caso “Mota Abarullo y otros vs Venezuela”³²⁹. Así dice la Corte IDH:

“80. De acuerdo a las pautas que surgen de dicha Convención, en particular de sus artículos 37 y 40, el abordaje de las conductas ilícitas atribuidas a niñas o niños debe efectuarse,

³²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO MOTA ABARULLO Y OTROS VS. VENEZUELA. SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2020. (Fondo, Reparaciones y Costas)

como ha indicado la Corte, en forma “diferenciada y específica”⁷⁸, es decir, bajo un régimen especial, distinto del aplicable a personas adultas. En ese marco, de conformidad con el apartado b) del artículo 37 citado, la privación de libertad de niñas o niños debe utilizarse como “medida de último recurso”. Debe llevarse a cabo de modo que permita cumplir la finalidad de reintegración de la medida, que es inclusiva de una educación que le permita prepararlo para su regreso a la sociedad⁷⁹.

81. De lo anterior se desprende que, en tanto el régimen especial para niñas o niños resulte relevante, su ejecución debe efectuarse de modo que permita cumplir la finalidad aludida. Sobre el particular la Corte ha señalado que, “conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de 18 años de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables”⁸⁰. Esto tiene sustento en que, como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño, “[l]a aplicación de un método estrictamente punitivo no se ajusta a los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el artículo 40, párrafo 1, de la Convención [sobre los Derechos del Niño...]. Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad”⁸¹.”

Reitera lo que ya había dicho en el “Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM”³³⁰:

“84. Lo dicho, por otra parte, en nada altera las obligaciones estatales de adoptar las acciones pertinentes, en el interior de las instituciones de privación de libertad, para dar adecuada protección a las personas que allí se alojan. La Corte ha dicho, en ese sentido, que “para proteger la vida e integridad personal” de niños privados de libertad debe existir, como mínimo, una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida y entre jóvenes procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta, de manera que los internos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes sectores dentro del establecimiento. En consonancia con lo dicho anteriormente, [e]l criterio principal para separar a los diversos grupos de menores [de 18 años de edad] privados de

³³⁰ “Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM” respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, Considerando 16.

libertad deberá ser la prestación del tipo de asistencia que mejor se adapte a las necesidades concretas de los interesados y la protección de su bienestar e integridad físicos, mentales y morales’85.”

También se refiere a la ultraactividad de la ejecución penal específica cuando las personas cumplen 18 años de edad cumpliendo privación de libertad por hechos cometidos mientras tenían menos de esa edad:

“85 ... a fin de cumplir la finalidad socio-educativa que resulta propia de medidas adoptadas respecto a niños o niñas que hubieren cometido infracciones a la ley penal, incluso cuando implican la privación de libertad, procede extender el régimen especial de adolescentes a quienes cumplan 18 años de edad mientras se encuentran cumpliendo dichas medidas. En ese sentido, la sola circunstancia de cumplir 18 años no sustrae a los jóvenes sometidos a privación de libertad en establecimientos para adolescentes de la especial protección que debe proporcionarles el Estado⁸⁶. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “[l]os sistemas de justicia juvenil [...] deben ampliar la protección a los niños que eran menores de 18 años en el momento de la comisión del delito pero que alcanzan esa edad durante el juicio o el proceso de imposición de la pena”⁸⁷.”

Además de reiterar en los considerandos 88 a 90 los deberes del Estado en relación a todas las personas privadas de libertad, la Corte IDH estipula en especial para NNyA que:

“91. La posición de garante aludida, a su vez, presenta modalidades especiales en el caso de niños o niñas. Frente a tales personas privadas de la libertad, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño⁹⁵. En ese sentido, este Tribunal ha ya tenido en cuenta que “los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar ‘en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño’”⁹⁶. La protección de la vida del niño “requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su detención o prisión”⁹⁷. Lo anterior requiere que los Estados adopten medidas eficientes para evitar la violencia, inclusive actos de amotinamiento o similares⁹⁸, como así también situaciones de emergencias (infra párr. 98). En el mismo sentido, el perito Méndez ha explicado “tratándose de niños, la obligación de prevención a cargo de los Estados adquiere aún mayor relevancia, dado que conforman un grupo en situación de vulnerabilidad”⁹⁹.

“92. Por lo anterior, los Estados tienen una obligación de “desplegar acciones inmediatas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de los internos, así como su derecho a la vida y el derecho a gozar las condiciones mínimas de una vida digna, especialmente cuando se trata de niños y niñas, quienes requieren una atención especial por parte del Estado”100.”

Asimismo, se refiere en particular a algunas cuestiones en función de la especialidad de la ejecución de medidas privativas de libertad en el caso de NNyA, como las siguientes:

“B.2.1 Hacinamiento.

94. En primer lugar, debe resaltarse que la Corte ha señalado que el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal¹⁰¹ y que obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios¹⁰². Además, “no permite que los adolescentes desarrollen una vida digna mientras se encuentran privados de libertad [lo que] cobra especial relevancia en virtud de la obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana”¹⁰³.

“B.2.2 Infraestructura, condiciones de seguridad y separación de internos

96. En lo que se refiere a la separación de internos por categorías, la misma debe realizarse, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 5.4 y 5.5 de la Convención, “entre procesados y condenados y entre los menores de [18 años de] edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición”¹⁰⁵. Además de lo ya expuesto (supra párrs. 82 a 84) sobre la separación entre adolescentes y adultos, la Corte ha aclarado que “la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible”¹⁰⁶.

97. Asimismo, los Estados deben extremar los cuidados en consideración a las especiales características de las instituciones totales¹⁰⁷ para niños, niñas y adolescentes, en particular el mayor riesgo de conflictividad violenta por efecto de su etapa psicológica evolutiva.

98. En ese marco, los centros de privación de libertad de adolescentes deben ser seguros, lo que, entre otros factores, implica que garanticen la protección de las personas alojadas en ellos contra situaciones de riesgo; que, en caso de ser cerrados, tengan una población lo menos numerosa posible; que cuenten con “locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y la dignidad humana”, y que estén diseñados de modo que “reduzcan al mínimo el riesgo de incendio y garanticen una evacuación segura de los locales”¹⁰⁸. Además, debe recordarse que la Corte ha establecido que el Estado, en su

función de garante [,] debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas que pondría[n] en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia¹⁰⁹. En este sentido, el Estado debe incorporar en el diseño, estructura, construcción, mejoras, mantenimiento y operación de los centros de detención, todos los mecanismos materiales que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzcan situaciones de emergencia [o] incendios y en el evento que se produzcan estas situaciones se pueda reaccionar con la debida diligencia, garantizando la protección de los internos o una evacuación segura de los locales. Entre esos mecanismos se encuentran sistemas eficaces de detección y extinción de incendios, alarmas, así como protocolos de acción en casos de emergencias que garanticen la seguridad de los privados de libertad¹¹⁰.

99. En este sentido, los Estados no deben proveer a los presos o internos, ni permitir que tengan en sus celdas, pabellones o ámbitos cerrados de alojamiento, colchones u otros elementos análogos que no sean ignífugos, especialmente los de materiales muy tóxicos en casos de combustión, como el poliuretano. Asimismo, deben tomar las medidas necesarias para que la autoridad de vigilancia tenga siempre, a su inmediata disposición y en verificadas condiciones de uso, las llaves o dispositivos que permitan la rápida apertura de celdas, pabellones o ámbitos cerrados. Además, es menester mantener en perfectas condiciones de funcionamiento extinguidores y otros dispositivos de combate de incendio en toda institución total.”

Y en particular el principio que debe regir toda la actividad e infraestructura estatal en el marco de la ejecución de medidas privativas de libertad impuestas como sanción o pena a NNyA, en interpretación integrada del art. 5.6CADH y la CDN:

“B.2.3 Finalidad de la privación de libertad

102. Aunado a lo ya establecido, debe tenerse en cuenta que las penas de privación de libertad deben cumplir la finalidad prevista en el artículo 5.6 de la Convención a la luz de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (supra párr. 85). En relación con esta disposición, en el caso Mendoza y otros Vs. Argentina, la Corte recordó que el artículo 5.6 señala que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, y determinó que las penas impuestas a niños o niñas por la comisión de delitos deben perseguir la reintegración de tales personas a la sociedad¹¹². Este Tribunal ha señalado también que “la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación

y readaptación social de los internos”113. Los niños reclusos deben contar con programas y actividades que permitan su desarrollo sano114.

104. No obstante, no es tomando lo anterior en forma aislada que se configura, en el caso, la violación al artículo 5.6 de la Convención. El cumplimiento de la finalidad prevista en esa disposición supone que la privación de libertad se desarrolle en condiciones adecuadas, que no resulten lesivas de los derechos de las personas penadas, lo que resulta particularmente relevante respecto a niños y niñas115. De ese modo, la observancia del inciso 6 del artículo 5 de la Convención tiene relación con el cumplimiento, respecto de personas penadas privadas de su libertad, de los demás incisos de ese artículo. La Corte ha indicado, en ese sentido, que condiciones de encierro que conduzcan a un deterioro de la integridad física, psíquica o moral pueden, de acuerdo al caso y a su gravedad, ser “contrarias a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del [...] artículo [5 de la Convención]”116. Como se ha expuesto, las condiciones existentes en el INAM –San Félix no resultaban adecuadas.

105. En esta línea, la Observación General No. 24 del Comité de los Derechos del Niño plantea que la privación de libertad es una medida de último recurso117. Cuando la persona menor de 18 años de edad sea condenada debe recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad118.”

Por supuesto que queda mucho por decir en este ámbito, pero su profundidad excedería el marco propuesto para el presente aporte, por lo cual dejaremos aquí, habiéndose dejado en claro que las bases necesarias para un verdadero derecho de ejecución penal específico, tanto en lo sustantivo como en lo procesal y material, se impone desde los mandatos del DIDH atinente a las personas en su etapa de niñez y adolescencia, e incluso en ultraactividad para luego de haber alcanzado la mayoría de edad si han sido vinculados al sistema penal por delitos cometidos cuando tenían menos de 18 años.

CONCLUSIONES FINALES

Si bien hemos ido volcando las conclusiones en cada uno de los puntos sobre los que hemos trabajado en este texto, nos vemos en la necesidad de establecer algunas afirmaciones finales que sirvan de corolario y cierre al trabajo.

Por esto días parece de Perogrullo afirmar, aunque no está demás, que el Derecho Penal Específico cuyo objeto de estudio incluye a la legislación penal aplicable a personas menores de edad, se trata de un derecho convencionalizado y constitucionalizado, por lo cual se trata de un derecho dinámico, en constante cambio, que debe ser permanentemente puesto en revisión desde esa raíz a fin de mantener la compatibilidad jerárquica de los pilares fundamentales provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que impone construcciones de las cuales la dogmática penal no puede prescindir, y siempre hacerlo en clave de progresividad, precisamente para advertir si los cambios son hacia adelante o hacia atrás en materia de derechos humanos frente al poder penal del Estado, y poder diseñar las herramientas necesarias para corregir los retrocesos y potenciar los avances. En ese ámbito resulta fundamental el proceso de desfragmentación, que implica la transversalidad con 3 ejes esenciales en todo análisis, construcción conceptual, diseño normativo y, por supuesto, en las prácticas: la observancia y prioridad del Interés Superior de NNyA, la estricta materialización del Derecho a ser Oídx y a la participación activa de NNyA en los procesos en que se habilite poder punitivo, ya sea de manera expresa, latente o eventual, e incluso en todo proceso aunque se niegue su carácter penal; y siempre, en todo momento, y sin importar el grado y/o estado de cada proceso o intervención, garantizar el Derecho al Mejor Derecho, puesto que, lo contrario implicaría lisa y llanamente desconocer los aspectos definitorios iniciales de la perspectiva infanto adolescente en el ámbito penal, aunque, por supuesto, ello no se agota allí.

Claro que la lógica del DIDH implica la asunción de un Modelo de Estado Social que privilegie el cumplimiento voluntario con todo el andamiaje contractual de los dos sistemas de protección de derechos humanos de los cuales Argentina forma parte (Interamericano y Universal), y también afrontar debidamente las sanciones que puedan devenir de sus incumplimientos.

En este marco, el aseguramiento mínimo de los derechos humanos previstos para las personas adultas implica un piso a partir del cual se debe comenzar, aunque no sin antes pasarlo por el tamiz del derecho de la infancia con su perspectiva propia, y recién allí, debe agregarse un

plus de derechos y garantías específicamente para el caso de NNyA frente al poder penal del Estado. Ahora bien, como explicamos en su momento, esto no implica los mismos derechos y las mismas garantías de las personas adultas más algunos/as más como suma aritmética, sino que implica revisar todo el complejo de derechos y garantías previstos/as para personas adultas y redefinirlas, modificarlas y en fin adecuarlas para NNyA, y una vez en ese piso, comenzar el proceso de análisis propio para el descubrimiento, creación, aseguramiento de los derechos y garantías específicamente previstos para NNyA, puesto que la ontología diferencial de este sector de la población así lo impone. Ello se agrega a modo de mezcla que dará como resultado algo distinto, el Derecho Penal Específico (en lo sustantivo) y el Debido Proceso Penal Específico (en lo adjetivo).

Ese derecho penal, que hemos asumido como un verdadero Derecho Penal Humano, siguiendo a Zaffaroni, implica, como dijimos, un papel de permanente contención del poder punitivo, lo cual se brinda a partir de su complejo conceptual, pero materialmente debe mantenerse su permanente aplicación mediante el Control de Convencionalidad, a cargo de todos los organismos del Estado, de todas las personas que intervienen en los procesos y en todo momento de éstos, como así también y fuertemente, en la revisión de prácticas. Aquí el control de convencionalidad implica tamizar con la perspectiva infanto adolescente toda la teoría penal.

Para ello es necesario tener en cuenta que, en esencia, ese Derecho Penal Humano Específico para NNyA, en sus contenidos esenciales y definatorios, es un Derecho Penal Máximo porque cuenta con mayor cantidad de límites, y mayor densidad en ellos, que el derecho penal para personas adultas, y reserva la aplicación sancionatoria de tinte punitivo en carácter de ultimísima ratio, reduciéndolo a la mínima expresión racional posible.

Así mismo, es un Derecho Penal Reparador, puesto que su eje central de intervención debe ser la resolución de conflictos y no la respuesta punitiva, la centralidad debe tener como meta la restauración de los lazos sociales, la problematización de los caracteres del conflicto para su comprensión e inicio del camino a su reparación, y por supuesto, la incorporación de todos los actores para ello, puesto que la respuesta debe ser colectiva, multi disciplinar, multi agencial, corresponsable, diversa y adecuada a cada persona y conflictividad.

Sentado ello, no debeos olvidar que el Derecho Penal Específico, no deja de ser Derecho Penal, con todo lo que ello implica, por ende, cuenta de fondo con un andamiaje de principios limitadores del poder punitivo que es necesario observar siempre y en todo momento, nos referimos centralmente a los principios de Legalidad, Lesividad y Culpabilidad como estructurantes del sistema, pero también, y esencialmente a todo el resto de principios

limitadores que derivan del principio republicano de gobierno y de groseras disfuncionalidades con los derechos humanos, especialmente la contención permanente del poder punitivo a través de los principios de buena fe y pro persona, que potenciados por los ejes propios de la especificidad, muy especialmente por el Interés Superior del Niño y el derecho de acceso al Mejor Derecho siempre, deben actuar sinérgicamente para aumentar la labor contenedora del Derecho Penal (por eso hablamos de un Derecho Penal de máxima ratio) y extremar la mínima habilitación posible del poder punitivo, puesto que los tintes de irracionalidad propios de éste y cuyos efectos nocivos pueden verificarse claramente en personas adultas, resultan aun más perniciosos en personas menores de edad.

En este momento del análisis es esencial tener en cuenta la onticidad diferente de las personas durante las etapas de infancia y adolescencia, puesto que esa realidad psíquica, psicológica, conductual, física, cerebral, y en fin integral, de las personas humanas, impone caracteres específicos en el sistema de regulación de la conflictividad infanto adolescente (ámbito normativo) y también en el complejo conceptual de análisis de ese objeto de intervención (ámbito de la teoría penal).

Con base en ello, hemos establecido los caracteres estructurales del Derecho Penal Específico para personas menores de edad, que en su determinación debe ser autónomo, interdependiente, completo, exclusivo, sistemático, especializado y situado, con todo lo que ello implica y que hemos concluido como de observancia obligatoria en este campo disciplinar, de lo contrario continuará siendo el hermanito menor del derecho penal pensado por, para, desde, hacia y con personas adultas como protagonistas.

Para ello es esencial el proceso deconstructivo que visibilice todo contenido de adulto centrismo con que cuente el Derecho Penal y sea reemplazado por contenido con perspectiva de infancia, tomando lo que pueda quedarse y desterrando para siempre lo que deba irse, porque, debemos recordar, el adulto centrismo implica lógicas de dominación, de control, de jerarquización dominante entre las personas adultas y las personas menores de edad, pero además implica la inadecuación de los análisis, herramientas, institutos y dispositivos que, teniendo como centralidad a las personas adultas, deben ser aplicadas/os a personas menores de edad, con todas sus características propias.

Como hemos detallado en el trabajo, ello exige una revisión completa, punto por punto, aspecto por aspecto, principio por principio, lo cual tendrá efectos en todos los estamentos de la Teoría del Delito (Acción, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad, y Punibilidad), que deben ser redefinidos, e incluso problematizarse aspectos definitorios de cada una de ellos, y hasta creándose elementos nuevos, aristas distintas y contenidos adecuados. En torno a esta

cuestión, profundizamos, por ejemplo, sobre la Punibilidad y la cuestión de la Edad Mínima de Responsabilidad Penal, asociada históricamente a la inimputabilidad por carencia de las facultades psíquicas necesarias para la comprensión de la criminalidad, de imposible definición concreta, y que actualmente debe comprenderse como una barrera de política criminal, como una decisión política en clave de derechos humanos que, por ello, debe respetar los estándares del DIDH.

Ahora bien, también ello tiene efectos sobre la Teoría de la Responsabilidad Punitiva (o Teoría de la Pena), puesto que obliga a re pensar y re definir todos los aspectos que puedan justificar la necesidad y la aplicación de toda medida sancionatoria en el ámbito penal, y especialmente de la privativa de la libertad. Para ello, resulta de suma importancia trabajar, inicialmente, en la conceptualización de una categoría específica de Responsabilidad en el Derecho Penal Específico y, por supuesto, de todo un andamiaje propio en lo atinente al Derecho de Ejecución Penal, el cual, conclusivamente y en términos resumidos podemos decir que ha de regirse por la mayor diversidad de sanciones posibles, la interdisciplinariedad en la elaboración, seguimiento, modificación y conclusión de las sanciones, y la revisión periódica que permita la adecuación permanente e incluso la extinción anticipada de la pena, cuando la necesidad de su mantenimiento ya no exista y/o la imposición de escalas penales en vez de montos fijos.

Por último, en el ámbito de la interdisciplinariedad, por supuesto que el Derecho Penal Específico en su proceso de redefinición deconstructiva del adulto centrismo y de adecuación a la persona humana NNyA, debe tener un fuerte impacto en el Derecho Procesal Penal, que debe reunir los principios y garantías redefinidos/as del derecho procesal penal (piso) junto a los/as específicos/as para personas menores de edad (plus), puesto que, para que exista un verdadero debido proceso específico debe reunir necesariamente la estructura específica de 7 elementos que ya adelantamos antes en este trabajo: acusación y defensa especializadas, participación activa de NNyA, prueba y sentencia especializadas, comprensibilidad y multidisciplinaria; y ya no sólo las 4 reglas generales heredadas del derecho penal adulto céntrico: acusación, defensa, prueba y sentencia, con un complejo específico de principios rectores que hemos abrevado en especialidad, excepcionalidad, brevedad, diversidad, flexibilidad, fin pedagógico o educativo, reinserción social ampliada, revisión periódica, asequibilidad, corresponsabilidad y necesidad de la pena, todo lo cual impone un modelo de proceso penal distinto al pensado para personas adultas, incluso con alto impacto sobre algunos institutos paradigmáticos en la materia como la exclusión del juicio abreviado por

incompatibilidad con los estándares a observar en el proceso penal específico para NNyA, por sólo dar un ejemplo.

En fin, terminamos afirmando lo que en la introducción incluimos como aspiración, toda la diagramación contenida en este trabajo, ha tenido como pretensión sistematizar los cimientos, bases y contenidos fundamentales del Derecho Penal Específico para NNyA con respeto por la onticidad de tales sujetos a quienes resulta aplicable, conforme a las líneas trazadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por supuesto, no ha sido, no es y no será fácil la asimilación de la asunción epistemológica diferencial, pero es este un intento por avanzar en ella, y en torno a esto ha girado este trabajo que, ojalá sirva como aporte a las bases de un derecho penal que se presente máximo en su poder contenedor, habilitando la mínima aplicación posible del poder punitivo sobre personas menores de edad, puesto que los efectos nocivos y perniciosos del contacto con el sistema penal sobre NNyA son verificables por doquier a lo largo de toda la historia de las infancias y adolescencias (lo cual se releva en los mandatos del Comité CDN), máxime en los últimos cien años de tutelarismo y muy especialmente en Latinoamérica, por lo que urge -desde hace décadas ya- su deconstrucción y destierro.

Aquí reiteramos lo que hemos afirmado varias veces en el texto, no se trata de un mejor derecho penal, sino de un derecho penal específico que permita una mayor contención del poder punitivo, y por ende una mínima habilitación de este, dejando lugar a que el abordaje de la conflictividad infanto adolescente pueda materializarse mediante herramientas y dispositivos más eficaces e integrales.

BIBLIOGRAFÍA.

Abramovich, Víctor (2004) *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina*. En línea: [http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque de dchos en estrategias y politic as desarrollo Am Lat.pdf](http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politic_as_desarrollo_Am_Lat.pdf)

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2001) *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En línea: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_ApuntesExibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1.

Aguirre, Eduardo Luis (2002) *Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal juvenil*. En línea: [http://www.robertexto.com/archivo18/delinc juven.htm](http://www.robertexto.com/archivo18/delinc_juven.htm).

Aguirre, Eduardo Luis (2013) *Sociología del control global punitivo. Apuntes sobre la seguridad, la guerra y la paz*. Editorial Servicop. La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Aguirre, Eduardo Luis (2018) *Elementos de Sociología Decolonial. Reflexiones empecinadas de epistemología emancipatoria*. Servicop. La Plata, Buenos Aires, Argentina

Aguirre, Eduardo Luis (2019) *Estar siendo. Una aproximación a la filosofía emancipatoria de Nuestra América*. Servicop. La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Alagia, Alejandro y Codino, Rodrigo (2019) *La descolonización de la Criminología en América*. 1ra.ed. Ediar. Buenos Aires, Argentina.

Albrecht Peter-Alexis (1990) *El derecho penal de menores*. Traducción de Juan José Bustos Ramírez. PPV. Barcelona, España.

Anales de Legislación Argentina. 1954. Tomo XIV-A, 2da. Edición. LA LEY. Buenos Aires 1960.

Anales de Legislación Argentina. 1976. Tomo XXXVI-B. LA LEY. Buenos Aires 1976.

Anales de Legislación Argentina. 1980. Tomo XL.C. LA LEY. Buenos Aires 1980.

Anales de Legislación Argentina. 1983. Tomo XLIII-B. LA LEY. Buenos Aires 1983.

Anitúa, Gabriel Ignacio (2006) *Seguridad insegura. El concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico*. Revista Pensamiento Penal del 02/08/2006. En línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30817-seguridad-insegura-concepto-juridico-seguridad-humana-contra-discurso-belico>

Anitúa, Gabriel Ignacio (2010) *Historias de los pensamientos criminológicos*. 2ª reimpresión. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

Anitúa, Gabriel Ignacio (2011) *Medios de comunicación y criminología*. Revista de Derecho Penal y Criminología. LA LEY. Buenos Aires, Argentina.

Antkowiak, Tomás (2014) *Artículo 9 Principio de legalidad y de retroactividad*. En Convención Americana de Derechos Humanos comentada. Konrad Adenauer stiftung. México. En línea <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

Araujo Aranda, M. Paulina (2007) *Reflexiones acerca de la peligrosa expansión del poder punitivo: Derecho Penal de Riesgo*. Revista Ruptura. Libro Anual de la Asociación de Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Arballo, Gustavo (2016) *Los tratados de derechos humanos como fundamento del derecho privado. Su vinculación con el dispositivo penal: nueve efectos concretos*. En Zaffaroni, Eugenio R y Herrera, Marisa -dir- (2016) *El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Ayroló, Valentina (2013) *El federalismo argentino interrogado (primera mitad del siglo XIX)*. Locus. Revista de historia, Juiz de Fora. V. 36, n 01, pág. 061/084. En línea:

Badeni, Gregorio (2010) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires Argentina, pág. 792/799, y Tomo III. Buenos Aires 2010;

Baratta, Alessandro (1999) *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI, México.

Barrera Buteler, Guillermo (2010) *Los poderes no delegados* en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Hammurabi. Buenos Aires Argentina, y en la misma obra, también del mismo autor *Los poderes expresamente prohibidos a las provincias*.

Barbirotto, Pablo (2013) *Proceso Penal Juvenil*. 1ra ed. Delta Editora. Paraná, Entre Ríos, Argentina.

Bazán, Víctor (2013) *El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas*. Estudios constitucionales, Año 11, N° 1, pág. 37/88. En línea: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art03.pdf>

Beck, Ulrich (1988) *Risikogesellschaft – Auf den Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, Alemania. En castellano (1998) *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, España.

Beloff, Mary (1999) *Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*. En Justicia y Derechos del Niño N° 1. UNICEF. Santiago, Chile.

Beloff, Mary (2008) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

Beloff, Mary (2017) *Nuevos problemas de la Justicia Juvenil*. 1ra ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

Beloff, Mary (2018) *Derechos del Niño. Su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano; y Terragni, Martiniano (2017) *La justicia juvenil y el juicio abreviado*. Revista Pensamiento Penal del 23/01/2017. En línea <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/doctrina44777.pdf>

Binder, Alberto (2004) *Introducción al Derecho Penal*. 1ra. ed. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina.

Binder, Alberto M. (2008) *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª edición actualizada y ampliada, 5ª reimpresión. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina.

Binder, Alberto; Cape, Ed y Namoradze, Zaza (2015) *Defensa penal efectiva en América Latina*. Ediciones Antropos Ltda. Colombia.

Böhm, María Laura (2011) *Políticas de seguridad y neoliberalismo*. En Armando Fernández Steinko (comp.) *Crimen y Globalización*. Editorial Trotta. Madrid, España.

Campistol, Claudia y Herrero, Víctor (s/f) *Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal*. Terre des homes, Colombia. En línea <https://intercoonecta.aacid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>

Cano, Eleonora y Kawon, Jéssica (2013) *Artículo 19. Derecho del niño*. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/019-cano-kawon-nino-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da-3.pdf>

Carrió, Alejandro (2006) *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Carrió, Genaro (1995) *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*. Lexis N° 1201/000345. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.

Cesaroni, Claudia (2013) *Diez motivos para no bajar la edad de imputabilidad*. Revista Pensamiento Penal del 03/10/2013. En línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37307-diez-motivos-no-bajar-edad-imputabilidad>

Cesaroni, Claudia “Cinco cuestiones sobre la baja de la edad de punibilidad”. En línea: <http://cepoccepoc.blogspot.com.ar/2017/02/cinco-cuestiones-sobre-la-baja-de-edad.html>

Cillero Bruñol, Miguel (s/f). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En línea http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Clariá Olmedo, Jorge A. (1967) *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ediar. Buenos Aires.

Código Penal de la Nación Argentina (1922). Ley 11179. Edición Oficial. Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía. Buenos Aires Argentina.

Comisión Interamericana de Derecho Humanos (1994). *Informe Anual de la Comisión IDH*. Corte IDH (1986). *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Cossio, Carlos (1980) *La racionalidad del ente: lo óntico y lo ontológico*. En línea http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1980_ontico_ontologico.pdf

Couso, Jaime (2012) *La Especialidad del Derecho Penal para Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, 1er semestre. Santiago, Chile. En línea <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/815/757>

Crivelli, Aníbal Ezequiel (2014) *Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil*. Editorial BdeF. Buenos Aires, Argentina.

Daroqui, Alcira et al (2012) *Sujeto de Castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*. HomoSapiens ediciones. Rosario, Santa Fe, Argentina.

De la Cuesta Aguado, Paz M. (2007) *Tipificación del riesgo y delitos de peligro*. Revista de Derecho Penal *Delitos de Peligro-I*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina.

De Luca, Javier (1999) *Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Año 5 N° 9-B). AD-HOC. Buenos Aires, Argentina.

Del Balzo, Adriana E. (2013) *Ley de Ejecución Penal: restrictivas al interés superior del niño*. ABELEDO PERROT N° AP/DOC/844/2013.

Delgado Losada, María Luisa (2020) *Psicología del Desarrollo*. En línea <http://www.herrerobooks.com/pdf/pan/9788498352535.pdf>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea*. 2006/C 110/13. En línea <https://intercoonecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>

Diez, José Luis (2005) *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 07-01.

Duarte Quapper, Claudio (2016) *El adulto centrismo como paradigma y sistema de dominio. Análisis de la reproducción de imaginarios en la investigación social chilena sobre lo juvenil*. En línea https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2016/hdl_10803_377434/cdq1de1.pdf

Dworkin, Ronald (2008) *Los derechos en serio*. 7ª reimpresión. Editorial Ariel. Barcelona, España.

Ekmedjian, Miguel Ángel (1997) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. Buenos Aires Argentina.

Ferrajoli, Luigi (2009) *Derecho y Razón*. 9na ed. Trotta. Madrid, España.

Fleming, Abel y López Viñals, Pablo (2007) *Garantías del imputado*. 1ª edición. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, Argentina.

Fleming, Abel y López Viñals, Pablo (2014) *Las Penas*. Rubinzal Culzoni editores. Santa Fe, Argentina.

Foucault, Michel (2008) *Vigilar y castigar*. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina.

Fuentes Osorio, Juan L. (2005) *Los medios de comunicación y el derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 07-16-2005. En línea <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>

García Méndez, Emilio (2017) *Infancia ¿para dónde van sus derechos?* Ediciones Didot. Buenos Aires, Argentina.

Gargarella, Roberto (2016) *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Siglo XXI editores. Buenos Aires Argentina

Gargarella, Roberto *El reproche estatal en una comunidad de iguales* en Kostenwein, Ezequiel (dir) (2017) *Sociología de la Justicia Penal*. Ediar. Buenos Aires Argentina.

Gauna Alsina, Fernando y Gutiérrez, Mariano (2013) *Breves consideraciones sobre la reducción de la edad de punibilidad a los 14 años de edad*. Revista Pensamiento Penal del 03/10/2013. En línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37362-breves-consideraciones-sobre-reduccion-edad-punibilidad-14-anos-edad>

Gelli, María Angélica (2009) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Tomo II. Buenos Aires Argentina.

Gil Domínguez, Andrés “El federalismo unitario argentino (1994-2014)”. Revista Pensar en Derecho N° 5. En línea: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/elfederalismo-unitario-argentino-1994-2014.pdf>
<https://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/view/2787/2021>

Gomes da Costa, Antonio Carlos (1992) *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente*. En AA.VV. *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Editorial Galerna. Buenos Aires, Argentina.

Gracia Bogado, María y Ferrari, Débora Ruth (2009) *Sociedad de Riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. En línea <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Delitos%20de%20aptitud.Ferrari.pdf>

Gracia Martín, Luis (2003) *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del Enemigo'*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 07-02-2005. En línea <http://criminet.ugr.es/recpc>

Greppi, María Laura (2009) *La apreciación judicial de las pruebas a propósito del fallo "De los Santos"*. Revista de Derecho Procesal Penal 2009-1 La prueba en el proceso penal-I. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, Argentina.

Güemureman, Silvia (2002) *La contracara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social judicial*. En Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel (comps.) *Violencias, Delitos y Justicia*. Editorial Manantial. Buenos Aires, Argentina.

Hefendehl, Roland (2002) *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-14-2002. En línea: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf

Herrera, Marisa y Caramelo, Gustavo (2015) *Código Civil y Comercial comentado*. Tomo I. 1ra. Ed. Infojus. Buenos Aires, Argentina.

Huertas Díaz, Omar; Torres Vásquez, Henry; Díaz Pérez, Nydia Cecilia (2010) *El leviatán de los mass media, el peligro de la otredad y el derecho penal: La construcción mediática del enemigo*. Trabajo de investigación. Derechos Humanos "Antonio Nariño y Álvarez", registro COLCIENCIAS COL0053849, categoría B, 2010, Universidad Pedagógica Nacional. Colombia. En línea: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/criminologia02_0.pdf

Informe 2011 *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 13/07/2011. En línea <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>

Informe SNEEP Argentina 2019. En línea: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2019.pdf

Jakobs, Günther (2007) *Derecho penal del enemigo*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Jauchen, Eduardo M. (2005) *Derechos del Imputado*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina.
Juliano, Mario A. (2013) *El derecho al mejor derecho llegó a la Corte Suprema de Justicia*. En línea <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/07/doctrina36600.pdf>

Kessler, Gabriel (2004) *Sociología del delito amateur*. Editorial Paidós. Buenos Aires, Argentina.

Kindhäuser, Urs (2009) *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*. Revista para el análisis del derecho. IndDret 1/2009. Barcelona, España. En línea <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>

Larsen, Pablo (2016) *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Leal Suárez, Luisa; García Pirela, Adela (2005) *Criminología crítica y garantismo penal*. Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del Control Social, ISSN 0798-9598, Vol. 33, N°. 4, 2005, págs. 429-444. En línea: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r06741-2.pdf>

Londoño-Toño, B., Figueredo-Medina, G. y González-Acosta, A. (2009). *Balance de la Universidad de Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?* en *Justiciabilidad de los Derechos Colectivos*. Universidad de Rosario. Bogotá, Colombia.

Maier, Julio B. J. (1996) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

Maier, Julio B. J. (2004) *Derecho Procesal Penal. Tomo II. Sujetos Procesales*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

Maier, Julio B.J. (2011) *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Actos Procesales*. 1ª edición. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

Maljar, Daniel E. (2006) *El proceso penal y las garantías constitucionales*. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

Marcón, Osvaldo A. (2017) *Justicia Juvenil: de las cicatrices de la Conquista a la imaginación no punitiva (en perspectivas postcoloniales)*. Espacio. Buenos Aires, Argentina.

Martín Aimar, Germán (2020) Encuentro Virtual *La especialidad en la Justicia Juvenil*. UNLPam. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=fgxzvxjbo4Y>

Martín Aimar, Germán D. (2021) *Ni menores, ni jóvenes, ni conflictivos, ni locos*. IUS Libros Jurídicos. Neuquén, Argentina.

Martín, Germán (2020) *El reto es el rito: el juicio abreviado en la especialidad penal adolescente*. Revista Pensamiento Penal del 02/03/2020. En línea <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48552-reto-es-rito-juicio-abreviado-especialidad-penal-adolescente>

Mercurio E. (2009) *Neurociencias y derecho penal*. VERTEX Revista Argentina de Psiquiatría vol. XX. Buenos Aires, Argentina.

Mercurio E. y López F. (2017) *Cerebro y adolescencia. Implicancias jurídico penales*. Revista Pensamiento Penal 02/2017. En línea <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/doctrina44831.pdf>

Mercurio E. López F. y Morales Quintero L. (2019) *Psicopatología forense y neurociencias: aportaciones al sistema de justicia para adolescentes*. Boletín mexicano de derecho comparado / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México.

Míguez, Daniel (2005) *Los pibes chorros. Estigma y Marginación (claves para todos)*. Editorial Granica. Buenos Aires, Argentina.

Morales, Santiago y Magistris, Gabriela Niñez (2018) *Niñez en Movimiento, del adulto centrismo a la emancipación*. 1ra edición. Chirimbote. Buenos Aires, Argentina.

Moreno (h), Rodolfo (1922) *El Código Penal y sus antecedentes*. Tomo II. H.A. Tomassi editor. Buenos Aires Argentina, pág. 351.

Nikken, P. (1967). *La protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–*. Civitas. Madrid, España.

Nino, Carlos S. (1992) *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Núñez, Ricardo C. (1965) *Derecho Penal Argentino*. Parte General. II. 2ªed. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina, pág. 32/33.

Osio, Alejandro (2011) *El Estado en situación irregular respecto de niñas, niños y adolescentes*. Revista PERSPECTIVAS de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Volumen 1. N° 1. Año 2011. EdUNLPam, La Pampa.

Osio Alejandro (2011) *Las causas de justificación en su dinámica dogmática y práctica*. LA LEY. Suplemento Penal y Procesal Penal del 19 de septiembre de 2011. Buenos Aires, Argentina.

Osio Alejandro (2012) *La simple tenencia de arma de fuego. Su inconstitucionalidad múltiple*. Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, 18 de abril de 2011. LA LEY. Buenos Aires, Argentina.

Osio, Alejandro (2012) *El derecho penal del riesgo y la expansión punitiva estigmatizante*. Revista Pensamiento Penal del 05/11/2012. En línea <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35033-derecho-penal-del-riesgo-y-expansion-punitiva-estigmatizante>

Osio, Alejandro (2013) *El fallo G.J., L. es el Casal de los niños*. En línea <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35664-fallo-g-jl-es-casal-ninos-y-sobre-estado-se-encuentra-ahora-y-siempre-situacion>

Osio, Alejandro (2017) *Bajar la edad de punibilidad es anticonvencional e inconstitucional*. Revista Pensamiento Penal 16/01/2017. En línea: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44730-bajar-edad-punibilidad-es-anticonstitucional-anticonvencional-ilegal-e-ilegitima>

Osio, Alejandro (2018) *La readaptación social y la educación como derechos humanos*. Di Plácido. Buenos Aires, Argentina.

Osio, Alejandro (2019) *Edad de punibilidad, derechos humanos y federalismo*. Revista Derecho Penal y Criminología. Año IX N° 6 – Julio 2019. LA LEY.

Osio, Alejandro (2020) *La necesidad de las investigaciones género sensitivas y el respeto a la legalidad penal*. Revista LA LEY. AÑO LXXXIV N° 55. 20/03/2020. Buenos Aires, Argentina.

Part, Daniela R. (2021) *Culpabilidad disminuida y sanción penal en niños, niñas y adolescentes*. Editores del Sur. Neuquén, Argentina.

Pasin, Julia; Bouilly, María del Rosario y López, Ana Laura (2012) *Acerca de lo judicial. Entre la técnica jurídica y la discrecionalidad de la práctica*. En Daroqui, Alcira et al (2012) *Sujeto de Castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*. HomoSapiens ediciones. Rosario, Santa Fe, Argentina.

Pinto, Mónica (1997) *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Editorial del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

Piqué, María Luisa (2013) *Principio de legalidad y de retroactividad en La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Regueira, Enrique M. Alonso (dir). LA LEY. Buenos Aires, Argentina.

Platt, Anthony M. (1997) *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. 3ra edición. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina.

Polaino Navarrete, Miguel (2000) *El injusto típico en la teoría del delito*. Editorial nave. Corrientes, Argentina.

Prittwitz, Cornelius (2003) *Sociedad de riesgo y derecho penal. Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, España.

Prittwitz, Cornelius (2009) *Tendencias actuales del derecho penal y de la política criminal. El derecho penal entre “derecho penal de riesgo” y “derecho penal del enemigo”*. Colecciones Derecho y Justicia. Heredia, San Joaquín de Flores, Costa Rica.

Prittwitz, Cornelius (2011) *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo*. Conferencia elaborada para el Congreso Jurídico Internacional sobre Globalización, Riesgo y Medio Ambiente, que se celebró en Granada del 3 al 5 de marzo de 2010. Ponencia en Escuela de Verano sobre Ciencias Criminales y Dogmática penal y Procesal Alemana, Göttingen, Alemania, septiembre de 2011.

Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social, anexo. Recuperado el 03 de enero de 2022 de [https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Ni%20c3%20b1os%20en%20el%20Sistema%20Judicial%20Penal%20\(1997\).pdf](https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Ni%20c3%20b1os%20en%20el%20Sistema%20Judicial%20Penal%20(1997).pdf)

Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social. Recuperado el 03 de enero de 2022 de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

Resolución 813/2018 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (21/09/2018). En línea: https://www.cfj.gov.ar/src/img_up/13082020.5.pdf

Roxin, Claus *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 1. Civitas, Madrid, España.

Rua Ramiro Javier (2014) *Prisión domiciliaria para personas con hijos a su cargo sin distinción de sexo o género. Comentarios a la legislación actual y al último Anteproyecto de Código Penal*. Revista de Derecho Penal, Infojus Año III. Buenos Aires, Argentina.

Rusconi, Maximiliano (2009) *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina.

Sajón, Rafael (1995) *Derecho de Menores*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

Salvioli, Fabián (2003) *Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos en En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*. Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Sancinetti, Marcelo A. (2001) *La violación de la garantía de imparcialidad del Tribunal*. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

Sancinetti, Marcelo A. (2002) *Análisis crítico del Caso Cabezas*. Tomo II. El Juicio. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

Schröder, Friedrich Christian (2007) *Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto*. Revista de Derecho Penal Delitos de Peligro-I. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina.

Segovia, Juan Fernando (1986) *Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y especiales* en Pérez Gilhou, Dardo (et al) *Atribuciones del Congreso argentino*. Depalma. Buenos Aires Argentina;

Silva Sánchez, Jesús María (2001) *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Edición. Civitas. Barcelona. España.

Soler, Sebastián (1970) *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. 3ªed. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires Argentina, pág. 42/46.

Stearns, Peter (2020) *Historia de la Infancia*. En línea <https://iacapap.org/content/uploads/J.9-Historia-Infancia-Spanish-2018.pdf>

Stinco, Juan (2019) *El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales*. Ab-Revista de Abogacía. Año III. N° 5. Noviembre.

Terragni, Martiniano (2019) *Justicia Juvenil y especialidad*. 1ra ed. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina.

UNICEF (2013) *Superando el adulto centrismo*. En línea <https://www.yumpu.com/es/document/read/36645660/superando-el-adultocentrismo-4>

Vélez Mariconde, Alfredo (1969) *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Marcos Lerner. Córdoba, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*. (2002) Ediar, 2da ed. Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2009) *Estructura básica del Derecho Penal*. 1ª edición. EDIAR. Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009) *El enemigo en el derecho penal*. 2da reimpresión. EDIAR, Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011) *La palabra de los muertos*. Conferencias de criminología cautelar. EDIAR, Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2014) *Derecho Penal Humano*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Año 4 N° 8. septiembre 2014. LA LEY. Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2017) *Derecho Penal Humano*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2021). Conferencia virtual *Derecho Penal Humano*. CESJUL, Colombia. 25/04/2021. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=0cJdwXQjz4Q>

Zurita, Raúl Vicente *La doble instancia, ultra garantía, contemplada en el art. 8 de la CADH*. En línea [https://www.academia.edu/39178381/LA DOBLE INSTANCIA ULTRA GARANTIA CONTEMPLADA EN EL ART 1 8 DE LA CADH](https://www.academia.edu/39178381/LA_DOBLE_INSTANCIA_ULTRA_GARANTIA_CONTEMPLADA_EN_EL_ART_1_8_DE_LA_CADH)