

Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual*

Mary Beloff •

1. Algunas precisiones sobre la perspectiva

“Así pues, desde este punto de vista, sería bueno que perdiéramos el monopolio de ser lo que Kant una vez irónicamente denominó ‘pensadores profesionales’. Podemos empezar preguntándonos qué significa el pensar para la actividad de actuar. Admitiré algo: básicamente, estoy interesada en comprender. Esto es totalmente cierto. Admito también que hay otra gente que está principalmente interesada en hacer algo. Yo no, yo puedo vivir perfectamente sin hacer nada. Pero no puedo vivir sin tratar como mínimo de comprender cuanto ocurre. (...)”

He actuado pocas veces en mi vida, y cuando no pude evitarlo. Pero no constituye mi impulso principal. Y todas las lagunas que se puedan derivar de este hecho las aceptaré casi sin discutir, porque pienso que es muy probable que existan.” ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*.

El Prof. Dr. Daniel Pastor comenzaba su excelente presentación en el seminario en el cual este trabajo fue discutido afirmando: “El derecho es arte y cultura. Arte rudimentario y cultura menor, pero arte y cultura al fin (...)”¹

Me permito, con el permiso del autor —a la sazón colega y amigo—, recordar la optimista concepción del derecho que se refleja en el comienzo de su disertación —la que, paradójicamente, nos relató la historia de un fracaso escandaloso—, a fin de advertir a los lectores, de entrada, respecto de la perspectiva que se adoptará en este trabajo para discutir qué arreglos institucionales deberían organizar la respuesta social (no quiero en este punto decir estatal, por razones que luego se comprenderán mejor) cuando una persona que tiene menos de dieciocho años de edad² es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Retomo la afirmación de Pastor y agrego, aún a riesgo de ser obvia: el derecho es también —probablemente antes que arte y que cultura— poder. En la perspectiva que para la discusión aquí se propone, el derecho es acción política.

Hannah Arendt puede ayudarme a aclarar la perspectiva que inspira este ensayo, también a pesar suyo:

“Esta necesidad de comprender es mucho más fuerte en mí de lo que, por supuesto, es habitual entre los teóricos de la política, con su necesidad de unir acción y

* Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002.

• Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

1. Ponencia leída el 15 de mayo de 2002 en el mismo Seminario, publicada en PASTOR, Daniel, *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, págs. 223/248.

2. Se trata de la definición de niño del art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

pensamiento. Porque ellos quieren actuar. Pero precisamente creo que entendí algo acerca de la acción porque la contemplé, mas o menos, desde fuera.

(...)

C.B.Macpherson: Miss Arendt, ¿está afirmando realmente que es incompatible ser teórico de la política y estar comprometido? ¡Seguro que no!

Arendt: No, pero se está en lo cierto cuando se afirma que pensar y actuar son cosas distintas, hasta el punto de que, si se desea pensar, hay que retirarse del mundo.

C.B.Macpherson: Pero para un teórico de la política, para un maestro y para un escritor de teoría política, enseñar o teorizar es actuar.

Arendt: Enseñar y escribir son algo más que pensar. El pensar en sentido estricto es distinto; en esto Aristóteles tenía razón [...] Todos los filósofos modernos tienen, en alguna parte de su obra, una frase algo apologética que reza como sigue: ‘Pensar es también actuar’. ¡Oh, no, no lo es! Y afirmar tal cosa tiene algo de deshonesto. Quiero decir, enfrentémonos a los hechos: ¡no es lo mismo! Al contrario, para pensar debo mantenerme alejada de la participación y del compromiso.”³

En lo que sigue se presentan algunos elementos para **comprender** qué se discute cuando se plantea mediáticamente la rebaja de la edad de imputabilidad y qué se debería discutir desde una perspectiva enmarcada en lo que en nuestro contexto jurídico-cultural se comprende por “garantismo”, orientada a la reducción de la violencia y construida a partir de los más elementales estándares de protección de derechos humanos, sobre la base de la experiencia latinoamericana.

2. Breve relato sobre el origen de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos

Un proceso singular ha tenido lugar en América Latina en la última década en el campo de la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se trata del proceso de adecuación del orden jurídico de cada país a las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este proceso ha sido ampliamente descrito,⁴ razón por la cual, a los fines del presente trabajo, sólo me limitaré a afirmar que estas leyes se propusieron de formas diferentes construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Ese fue el objetivo y al mismo tiempo el límite de la reforma.

El proceso es singular por varias razones. En primer lugar porque se inspiró en la reforma legal ocurrida en Brasil, que había modificado la forma de producción de las leyes para niños. En ese país, el Estatuto del Niño y del Adolescente no fue pensado y elaborado por “expertos” del llamado entonces “derecho de menores” —lo que sea que

3. ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona, 1995, págs. 140-141.

4. Cfr. GARCÍA M., E. y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Depalma, Bogotá, 1998. Hay una segunda edición aumentada y actualizada, Temis, Bogotá, 1999; y una 3ra. ed. aumentada y actualizada, Temis, Bogotá, 2004.

ello haya querido significar en su momento, tema ajeno a este trabajo—, sino que fue producido por los actores comprometidos con la infancia a nivel nacional, fueran éstos miembros de organizaciones de base, de organizaciones de profesionales o de trabajadores, funcionarios públicos, juristas, médicos, trabajadores sociales o cualquier otro interesado. En un ejercicio concreto de aplicación directa del art. 12 de la Convención Internacional, tanto en Brasil como en otros países, también los niños participaron de este proceso en el plano legislativo⁵. En este sentido, si bien aún no ha sido suficientemente estudiado y sistematizado, puede decirse que el proceso fue original porque intentó —por lo menos en su origen— producir las leyes de un modo diferente, más democrático⁶.

En segundo lugar, la originalidad del proceso radica en el contenido de las nuevas leyes, que se elaboraron con el objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado en la reforma legal, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Ese fue el objetivo y al mismo tiempo el límite de la reforma.

No se partió de esquemas teóricos prefabricados, ni se copiaron sistemas legales de otras latitudes⁷. La academia jurídico-penal —si algo así existe en nuestra región— permaneció al margen de este proceso de reformas legales⁸ del mismo modo que tradicionalmente había dejado fuera de su objeto de estudio a los “menores”, más allá de alguna esporádica y perdida denuncia sobre las injusticias del sistema tutelar. Así,

5. El caso paradigmático fue el de la movilización de miles de niños y niñas de la calle en Brasil, organizados en el *Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, a favor de la inclusión de dos enmiendas constitucionales referidas a la infancia primero, y a favor de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente después. Sobre el proceso de reforma legal en Brasil ver, entre otros, SEDA, Edson, *Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil, en Infancia ..., op. cit.*, págs. 239 y siguientes del Tomo 1 de la 2da. ed.

6. No constituye tampoco un dato casual que estos procesos de reformas legales hayan tenido lugar, en la mayor parte de los países, al mismo tiempo que se daban los procesos de reforma de la justicia penal, todo ello en el marco de los procesos de transición y/o consolidación democráticas. Sobre este punto y sobre las similitudes entre los procesos dirigidos a superar el modelo tutelar con los dirigidos a superar el modelo inquisitivo en la justicia penal, ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Capítulo 1. Allí se afirma, en relación con este tema: “Esta función del juez de menores y, en general, la lógica tutelar o ‘de la situación irregular’ tuvieron gran acogida en América Latina y se articularon perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina tutelar o ‘de la situación irregular’ se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona: el juez (padre/acusador/ defensor/decisor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla y como pena en sentido material (bajo el nombre de medida de internamiento o de prisión preventiva), en suma, el desconocimiento de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas son de difícil -si no imposible- compatibilización, desde el punto de vista jurídico, con el Estado de Derecho, y por ello, además de por su absoluta ineficiencia, se encuentran en crisis y en proceso de transformación en las democracias latinoamericanas, del mismo modo que la justicia penal en su conjunto”.

7. Esto explica que algunas leyes, sobre todo las elaboradas al comienzo de la década del '90, revelen algunos problemas serios de técnica legislativa.

8. Una excepción es Costa Rica, país en el que destacados juristas y, en particular, los penalistas, participaron del proceso de reforma legal en materia de infancia y juventud.

Latinoamérica fue construyendo sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años con modelos propios que se fueron corrigiendo a medida que otros países aprobaban nuevas leyes y recogían los aciertos y errores de los que ya habían recorrido ese camino⁹. Todavía hoy los principales actores de estas reformas, en los diferentes países, no tienen cabal conciencia ni de la originalidad ni de la dimensión continental de este proceso, a punto tal que les genera perplejidad la situación comparativa en la que, estrictamente en el plano teórico y legal, se encuentran algunos países de Europa continental¹⁰.

Probablemente ni los redactores de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) ni los funcionarios nacionales encargados de su ratificación previeron el intenso uso que de ella hicieron y continúan haciendo todos aquellos preocupados por la efectiva vigencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región latinoamericana. La convicción de que, en este terreno, la reforma legal era condición necesaria —aunque no suficiente— para provocar el cambio social no es un dato irrelevante en un continente que operó al margen de la legalidad por décadas. Más previsible era que la apropiación y la decodificación que se hiciera de este tratado continuaran con las prácticas asistencialistas y tutelares tradicionales.¹¹ Se debe estar advertido, no obstante, de que esta concepción se resiste a retirarse a la vitrina de algún museo,¹² como se explicará más adelante.

En diez años la mayoría de los países de América Latina —con excepción de Argentina, México y Chile— han abandonado, con mayor o menor claridad conceptual, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y han creado, también con mayor o menor acierto —ya sea en la letra de la ley, ya sea en su implementación—, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia.

9. Advértase en este sentido una diferencia sustancial con el proceso de reforma de la justicia penal, en particular de los códigos procesales penales —proceso dirigido a superar el sistema inquisitivo—, que fue lanzado a partir de la elaboración del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, redactado entre otros especialistas por Julio Maier a fines de la década del '80.

10. Conviene insistir en que esta afirmación no se refiere a la existencia de programas concretos eficaces para jóvenes infractores de la ley penal, que existen en abundancia en los países de Europa Occidental.

11. Esto me recuerda un taller que se realizó en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati, País Vasco, en julio de 1999. Se discutía la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; sin embargo, algunos participantes no interpretaban la reforma legal como condición necesaria —aunque no suficiente— para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención. De hecho, subestimaban la importancia de la reforma legal, a la que consideraban algo “teórico”, ajeno a la discusión sobre la implementación de la Convención, en manifiesto desconocimiento de la propia Convención que prescribe que los Estados deberán adoptar “todas las medidas”, incluidas **expresamente** las legales, para hacer efectivos los derechos reconocidos por el tratado.

12. No es exagerada ni injusta con el sistema tutelar esta frase. Como se ha señalado hasta el cansancio en relación con la ley tutelar argentina —la 10.903 o ley Agote, en honor a su redactor e impulsor—, esta ley nunca fue “buena”. Hoy vemos los museos de la inquisición como museos del horror; sin embargo, tal como Julio MAIER explica claramente, la inquisición en su momento fue una reacción que pretendía introducir racionalidad, humanidad y, si se quiere, algún criterio de justicia aceptable para la época, al modo en el que se resolvían los conflictos que hoy entendemos como conflictos penales. De otro modo difícilmente se hubiera constituido en la forma por excelencia de entender y organizar la reacción estatal frente a esos conflictos a lo largo de casi quinientos años. Cfr. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 288 y siguientes.

Dentro del proceso más amplio de adecuación de todo el derecho interno a la CDN, la creación de sistemas de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años de edad—que aquí se llaman sistemas de justicia juvenil—ocupa un lugar central, a tal punto que algunos países optaron por dictar, exclusivamente, leyes que se refieren a este tema¹³.

Anclados en los principios del derecho penal mínimo¹⁴, estos sistemas asumen que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta pero que también es a veces violento el delito —aquél que justificará la puesta en marcha del dispositivo estatal—, por lo que una respuesta estatal penal a la imputación de un delito a un menor de edad sólo será admisible en aquellos casos en los que la puesta en marcha del sistema de justicia especial evite violencias mayores que las que ocurrirían en caso de no tener lugar la solución penal¹⁵ —expresada bajo la forma de un proceso y una consecuencia jurídica llamada pena, medida a secas o medida socioeducativa, como se prefiera—. Se trata por ejemplo de los casos de bagatela.

Desde un punto de vista criminológico, la concepción de la desviación que parece inspirar a los nuevos sistema de justicia juvenil refleja aquélla de los instrumentos internacionales. Entre ellos, en particular, de las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh)¹⁶. Al comparar estas directrices con las Reglas de Beijing, resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores en cinco años a las Directrices). En efecto, en las primeras se abandona la idea de que el comportamiento desviado¹⁷ tiene estatus ontológico. Para estas Directrices, como para la criminología moderna en general, la desviación es una categoría socialmente construida; por lo que sólo se puede hablar de niños o adolescentes infractores de la ley penal cuando se habla de aquellos a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un ilícito penal luego de un juicio en el que se respeten todas las garantías individuales reconocidas por las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales.

13. Se trata de El Salvador, Costa Rica y Panamá; y los proyectos y anteproyectos de Argentina, Colombia y Chile. Sobre los riesgos de adecuar el derecho interno del país sólo a los artículos de la Convención Internacional referidos a los jóvenes que cometen delitos, ver BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004)* en *Infancia ...*, op. cit.

14. Véase por ejemplo el comentario a las Orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing —las que, por cierto, no son ni las más modernas ni las más garantistas—: “Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida de lo posible, lo que permitiría **reducir al mínimo** el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, **reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención** (...)”—el resaltado me pertenece—.

15. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

16. Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/45/756)] en la sexagésima octava sesión plenaria, celebrada el 14 de diciembre de 1990.

17. En especial en la Directriz 5, incisos b), e) y f), que establecen que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en leyes, procesos, instituciones, instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien; también reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; y la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

3. Breve descripción del régimen que se aplica en la Argentina

El sistema que se aplica en la Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras: no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal.

Tanto la práctica como la mera letra de las leyes sobre las que se monta este dispositivo penal-tutelar están reñidas con la Constitución Nacional (que incluye desde 1994 la Convención Internacional sobre Derechos del Niño —art. 75 inc. 22—).

Así, la ley n° 22.278/22.803 establece que las personas que no hayan cumplido dieciséis años de edad al momento de cometer un ilícito **no son punibles**. Tampoco lo son quienes no hayan cumplido dieciocho años de edad, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (art. 1).

Nótese que la ley no establece que los menores de edad sean “inimputables” sino “no punibles”, lo que sin forzar el texto legal puede ser interpretado en el sentido de que al menor que se encuentre en esa situación no se le aplicará una pena; pero no necesariamente que sea penalmente irresponsable —aunque éste sea el presupuesto teórico para la exclusión de pena—. En la práctica generalizada, los menores de dieciséis años son declarados inimputables y sobreseídos.

Ahora bien, si esos menores no punibles —menores de dieciséis años— se encuentran en alguno de los supuestos contemplados por la ley como abandono, falta de asistencia, peligro moral o material, o problemas de conducta, el juez puede “disponer” definitivamente de ellos, disposición que en muchos casos de niños o jóvenes sin familia o pertenecientes a los sectores sociales más desaventajados puede implicar una privación de libertad.

Por otro lado, entre los dieciséis y los dieciocho años existe un sistema especial según el cual si un joven comprendido en esas edades comete un delito es punible —o sea, se le aplicará una pena— siempre que:

- 1) haya sido declarada su responsabilidad penal conforme las normas procesales;
- 2) haya cumplido dieciocho años de edad; y
- 3) haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Sin embargo, el tribunal tiene la facultad de aplicar la pena, de reducirla según las reglas previstas para la tentativa de los delitos o bien, no aplicarla del todo, según los resultados del tratamiento tutelar y de su propia impresión.¹⁸

Si bien es posible dentro de ciertos límites realizar una interpretación garantista de estas leyes que respetara derechos fundamentales de los menores de edad sometidos a estos procesos penales tutelares, la necesidad de reformar estas leyes es evidente y urgente¹⁹.

18. Arts. 1, 2 y 4 del Régimen Penal de la Minoridad (Ley Nro. 22.278 modificada por Ley 22.803).

19. Para un análisis de estas leyes ver entre otros BELOFF, Mary, *Niños y jóvenes: los olvidados de siempre*, en *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Maier, Julio B. J. (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 243/264; y BELOFF, Mary y MESTRES, José Luis, *Los recursos en la justicia de menores*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. ed. actualizada 2003.

4. Presupuestos para la construcción del nuevo sistema

La construcción de la respuesta legal latinoamericana a los delitos cometidos por adolescentes que aquí se analiza ha partido de algunas constataciones empíricas y de otras normativas.

Desde el punto de vista empírico es un dato que hay personas menores de dieciocho años de edad que cometen delitos. No son la regla, no son la mayoría, pero los casos existen y la sociedad no es indiferente a ellos. Algunas veces, esporádicas, excepcionales, ocurre también que personas menores de dieciocho años cometan delitos graves²⁰; la indiferencia, si en algún otro caso leve puede estar presente, desaparece por completo y generalmente ocupan su lugar los reclamos por mayores penas hacia los autores jóvenes, que se traducen, casi sin excepción, en solicitar su juzgamiento y castigo según las pautas del derecho penal de adultos. En el lenguaje de los medios masivos de comunicación social, este reclamo se expresa en la necesidad de “bajar la edad de imputabilidad” para combatir el delito juvenil. Este discurso es también asumido por funcionarios, por políticos y por “expertos”, quienes por no conocer o, en algún caso, por no querer, ignoran o soslayan las complejidades que el tema presenta tanto en términos prácticos como en términos conceptuales.

Frente a esa circunstancia fáctica, las normas internacionales proporcionan el piso mínimo sobre el que se debe montar la respuesta estatal en relación con este tema. Así, la respuesta surge del mandato obligatorio emanado de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en general, de todas las normas internacionales relacionadas con la justicia juvenil²¹. Como se explicó al comienzo, la mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la adecuación de su derecho a las prescripciones de la Convención, a la que se debe complementar con todas las normas internacionales convencionales y no convencionales, regionales y universales, que provean elementos para configurar estos nuevos sistemas, sobre todo porque la Convención se caracteriza por un alto grado de ambigüedad en muchos temas.

5. Sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes

Las personas menores de dieciocho años de edad —los niños según el tratado que se comenta— son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas —la CDN incluye tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales—. Como sujetos de derecho, los niños son también sujetos de ciertas obligaciones.

De aquí se ha construido —a veces con alguna confusión— la idea de que estos sistemas de respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes son “sistemas de **responsabilidad** penal juvenil.” En mi opinión, la cuestión se reduce a señalar que, a partir de la CDN —y éste sí es un punto de inflexión, no como en otros temas tales como el respeto de todos los derechos aún en sistemas de protección—, la condición de sujeto de

20. La ausencia de estadísticas rigurosas que corroboren la histeria social vinculada con la delincuencia juvenil ha sido reiteradamente puesta en evidencia.

21. Sobre estas normas ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, op. cit...

derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente que la tutelar, ésta es responsabilidad²²; en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se autocumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Consideraba a ciertas familias socioeconómicamente desaventajadas —aquéllas que encuadraban en la categoría de riesgo o, más modernamente, de disfunción familiar— como incapaces de proveer a las necesidades no sólo materiales sino afectivas y educativas de sus hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del juzgado de menores²³, que éste se ocupara de los hijos que ella había traído al mundo²⁴. El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo hasta la eventual institucionalización de niños pobres marginalizados y con familias problemáticas. Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido —o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina²⁵—; pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares.

En cambio, la nueva respuesta legal desarrollada a partir de la CDN en América Latina presupone la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo, con la asistencia del Estado cuando la requiera. Finalmente, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

22. Llama la atención la resistencia de algunos países en su momento a ratificar la CDN y, posteriormente, a dictar Códigos del Niño y el Adolescente, con el argumento de que se trataría sólo de reconocer derechos, lo que debilitaría a las familias y, fundamentalmente, a la autoridad de los padres sobre los hijos. De hecho, en el debate parlamentario estadounidense, éste fue el argumento que se utilizó, aunque el real fuera la prohibición de la pena de muerte para personas menores de dieciocho años de edad en el tratado, práctica permitida en muchos estados norteamericanos. La mayoría se opuso a la ratificación argumentando que la firma del tratado debilitaría los valores de la familia americana.

23. Todavía hoy en muchos países —recuerdo casos de Honduras y de El Salvador— que han modificado las leyes a partir de los nuevos estándares internacionales, las madres de familia o las madres y los padres recurren al juez de menores para que “se interne” a los hijos que les causan problemas. Frente a la negativa de intervenir en la familia por parte de los nuevos jueces penales juveniles, se ha llegado a atribuir falsamente al hijo que se quiere expulsar de la familia la comisión de un delito.

24. Sobre la administración de la vida privada a través de decisiones públicas estatales ver FARGE, Arlette y FOUCAULT, Michel, *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Gallimard, Saint Amand (Cher), 1982, en particular el capítulo 2.

25. Me refiero al Régimen Penal de la Minoridad, Ley N° 22.278 modificada en cuanto a la edad por la Ley N° 22.803.

El tema de la responsabilidad es un tema central en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana; sin embargo es una asignatura pendiente su comunicación clara en los medios. Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes²⁶ —jurídicos y no jurídicos— que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal y paradójicamente, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.

Estos nuevos sistemas de respuesta estatal creados en América Latina para los delitos imputados a personas menores de dieciocho años, consecuencia del mandato normativo internacional al que se hiciera referencia, son diferentes de los sistemas de justicia penal de adultos en los sentidos que aquí se examinarán²⁷. Es importante insistir en este punto: a diferencia del proceso de reforma de las leyes tutelares ocurrido en Estados Unidos a fines de la década del '60 y comienzos de la del '70, en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos la condición de ser niño no puede justificar un simulacro —por utilizar la frase final del Juez Fortas, quien redactó el voto para la mayoría en el célebre caso Gault²⁸— como en el sistema tutelar, pero

26. Sobre el particular ver GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Pedagogia e Justiça. A responsabilização penal do adolescente*, Modus Faciendi, mimeo, 1999.

27. Se podría interpretar que dados estos argumentos no existirían mayores diferencias entre la justicia juvenil y la de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con sólo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales del llamado "derecho de menores". Esto lo aprendió la comunidad internacional de la lección que deja el caso norteamericano. La lucha por los derechos del niño y la crítica al sistema tutelar en Estados Unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960. En el proceso de ampliación de la ciudadanía a los norteamericanos excluidos a través de sentencias de la Corte Suprema, los últimos en llegar a la condición de ciudadanos fueron los niños. El precio que pagaron los niños en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Así, por ejemplo, en algunos estados norteamericanos es posible condenar a pena de muerte a personas menores de dieciocho años. Este es como señalé un motivo real por el que Estados Unidos no ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que expresamente prohíbe esa pena para las personas menores de dieciocho años. Evidentemente, no es ésta la idea de la CDN ni de los sistemas de justicia juvenil creados sobre la base de ésta. No se pretende que los Estados nacionales reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante sería la peor pesadilla realizada, tanto de quienes a fines del siglo pasado pretendían poner a los niños fuera de la crueldad del sistema penal general, los "Salvadores del Niño" (ver PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español, *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982), como de quienes en los años '60 criticaron y lograron la reforma del sistema creado un siglo antes por violar los derechos de los niños. Como se sostuvo más arriba, la comunidad internacional parece haber aprendido esta lección, por lo que estos sistemas de justicia juvenil tienen otros fundamentos y otras características. La pregunta es, entonces, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la Convención. Significa, como se explicó en el capítulo 2, ser titular de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más derechos específicos que surgen de la condición de persona que está creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz; simplemente se trata de una persona que está creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento.

28. *In re Gault*, 387U.S. 1; 87 S.Ct. 1428.

tampoco justifica el ser tratado como un adulto, que es lo que desde la reforma ha ocurrido en la justicia juvenil estadounidense²⁹.

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil. Se trata de los artículos 12, 37 y 40.

El artículo 12, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Se trata del derecho a ser oído –luego retomado por el art. 40–, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio (*o due process*, en el sistema anglosajón) como defensa material, sino que hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia³⁰.

El artículo 37³¹, articulado con la Regla 11b de las Reglas para la Protección de los Menores privados de Libertad³², en cuanto regula la privación de la libertad, en sentido material, y que se constituye en una norma fundamental para la aplicación directa de la CDN en los países donde sigue rigiendo el sistema tutelar³³.

29. De manera simplificada, es posible afirmar que el ingreso de personas menores de dieciocho años al sistema penal de adultos, en Estados Unidos, ocurre por tres vías diferentes: por un lado, por la negociación con el fiscal (*plea bargaining*). En algunos estados se permite al fiscal que negocie con el joven si lleva los cargos al sistema juvenil, por ejemplo, con una imputación grave; o al sistema de adultos, previa admisión de cierto grado de responsabilidad en el hecho, con una imputación menor. Por otro lado, en algunos estados se permite al fiscal decidir, por la naturaleza del delito de que se trate, si lleva el caso a la justicia juvenil o a la justicia de adultos. Finalmente, en algunos estados, por mandato legal, algunos delitos, aún cometidos por personas menores de dieciocho años, pueden ser juzgados en cortes de adultos.

30. BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en *Infancia, ley ...*, op. cit., págs. 31 y siguientes.

31. "Artículo 37

Los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.
- b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción."

32. "11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: (...)

- b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública."

33. Sobre la aplicación directa de la Convención Internacional ver BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en *Los derechos del niño ...*, op. cit..

Finalmente, el artículo 40³⁴, en cuanto establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de dieciocho años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Sobre la base de las prescripciones de esos tres artículos —y del *corpus juris* constituido por todas las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia³⁵— se diseñaron las nuevas leyes y se están implementando nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina.

Me interesa antes de seguir adelante hacer una precisión terminológica. Estos nuevos sistemas —legales e institucionales— de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años, creados en América Latina a partir de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la década del '90, pueden ser denominados sistemas de justicia juvenil; pero no con la extensión que de esa expresión se hace en el mundo anglosajón, y que fue tomada por las

34. "Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de maner acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

- a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - I) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - II) que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;
 - III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (...);
 - IV) que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - V) si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - VI) que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - VII) que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. (...)" . El resto del artículo se analiza más adelante.

35. Cfr. BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, op. cit..

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing)³⁶.

En la Regla 3, titulada “Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas”, se determina que la justicia de menores “incluye no sólo los procedimientos referidos a los menores infractores sino también los que se siguen a menores de edad por **realizar cualquier conducta que no es punible tratándose de adultos**, los que se siguen en los casos de niños víctimas de delitos y los relacionados con el bienestar del niño –protección-” (el resaltado me pertenece). Como se advierte fácilmente, la confusión entre cuestiones relacionadas con la justicia penal y con la protección, así como el desconocimiento de garantías fundamentales como el principio de legalidad, son en América Latina características propias del modelo tutelar que se pretende superar con las nuevas legislaciones. De ahí que se deba aclarar en qué sentido se habla de justicia juvenil en la región; y ese sentido es el siguiente: justicia juvenil es el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Querría agregar dos argumentos adicionales relacionados con la posibilidad de denominar como “sistemas de justicia juvenil” —con los alcances establecidos más arriba— a las respuestas legal e institucional a las infracciones penales cometidas por jóvenes sobre las que se viene haciendo referencia. En primer término, cabe señalar que por primera vez en América Latina se diseña, de modo original, un dispositivo institucional cuyo objetivo es, **estrictamente**, tratar con los casos de personas menores de dieciocho años de edad imputadas o encontradas responsables de haber cometido un delito. En ese sentido, se trata de un sistema de justicia, como no se trataba de un sistema de justicia la llamada —bajo el imperio de la pura ideología tutelar— “justicia de menores”. La “justicia de menores” —esto es, el conjunto de dispositivos legales e institucionales dedicados a una forma *sui generis* de filantropía ejecutada a través del órgano judicial— no constituía un sistema de justicia, ni desde el punto de vista institucional, porque no resolvía conflictos de naturaleza jurisdiccional; ni desde un punto de vista filosófico, porque operaba muchas veces en contra de cualquiera de las nociones de justicia que el pensamiento occidental ha elaborado hasta el presente.

36. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, conocidas como Reglas de Beijing, fueron aprobadas el 29 de noviembre de 1985, por Resolución 40/33 de la Asamblea General. Estas reglas fueron sancionadas en la mitad del proceso que demandó la aprobación de la CDN, ya que la idea de elaborar un documento como ése comenzó a circular en 1979, declarado Año Internacional del Niño, y recién se concretó en 1989. De ahí que, en muchos aspectos, las Reglas de Beijing parezcan estar a mitad de camino entre dos concepciones de protección a la infancia. Esto se advierte, por ejemplo, en el énfasis que las Reglas ponen en que el objetivo de la justicia de menores sea “el bienestar del menor” o bien en la propia definición de la desviación juvenil que reflejan. Así, por ejemplo, en las Orientaciones fundamentales, la Regla 1.2. establece: “Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, **durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado**, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento del delito y delincuencia posible” -el resaltado me pertenece-. También, en la Regla 2.2.c): “(...) menor delincuente es todo niño o joven **al que se ha imputado** la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito” -el resaltado me pertenece-.

De ahí la importancia de llamar a estos nuevos sistemas, sistemas de **justicia** juvenil. El segundo argumento se relaciona con el problema de cómo denominar al destinatario de estos sistemas —esto es la persona involucrada en un conflicto jurídico penal como autor o partícipe cuya edad se encuentra comprendida entre los dieciocho años de edad no cumplidos y los doce, trece o catorce años según el país de que se trate—. ¿Son adolescentes? ¿Son jóvenes? En este tema también es necesario quitar a la discusión todo aspecto naturalista. Se trata de definiciones normativas —no médicas, ni psicológicas, ni antropológicas, ni sociales—. Las nuevas leyes latinoamericanas no utilizan un lenguaje uniforme al abordar este tema. Algunas se refieren a jóvenes, otras a adolescentes, otras a menores. La categoría “jóvenes” tiene el problema de extenderse más allá de los dieciocho años, límite impuesto por el orden jurídico internacional para distinguir entre un niño y un adulto. Tiene no obstante la ventaja de estar pensada desde lo que el sujeto tiene y no desde aquello de lo que carece. En contraste, la categoría “adolescente”, aunque más acotada cronológicamente, parece más vinculada al sistema tutelar, ya que se relaciona directamente con la carencia, con lo que la persona todavía no es. En este sentido, me inclino por la utilización de la categoría “juvenil”, aunque creo que esta discusión debe ser resuelta desde el punto de vista normativo, de modo de superar esta omisión de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

6. Características de los nuevos sistemas

En líneas generales, es posible afirmar que los sistemas creados en la región para dar respuesta a las infracciones de carácter penal cometidas por adolescentes, que aquí se denominan sistemas de justicia juvenil o de responsabilidad penal juvenil, responden a las características que se describen a continuación.

6.1. Comprenden exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito, una falta o una contravención³⁷

El fundamento normativo es el principio de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— presente en todas las Constituciones nacionales y, en particular, el art. 40 inc. 2. a) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; (...)”.

37. En el marco de un derecho penal mínimo el único supuesto que autorizaría poner en funcionamiento esos sistemas de reacciones estatales coactivas con adolescentes sería la comisión de un **delito**. Esto también por aplicación del principio de legalidad recogido en todas las constituciones nacionales y en todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, una crítica que puede formularse a la CDN y a las Directrices de Riadh, es que sobre la base de ellas todavía podría admitirse una intervención estatal coactiva —hasta privación de libertad— en el ámbito de la protección. No obstante, el principio de legalidad es categórico y preciso. Por lo tanto, lo único que puede habilitar el ingreso de adolescentes a estos sistemas es la formal imputación de un delito.

En consecuencia, las faltas y contravenciones no deberían ser incluidas en estos sistemas³⁸.

6.2. Se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario³⁹

El fundamento normativo se encuentra en el art. 40 inc. 3 b) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Surge también de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riadh), en particular en la Directriz 5⁴⁰; en la 6: “6. (...) Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social”; y en la 58:

38. Para una crítica de la inclusión de las faltas y las contravenciones en estos nuevos sistemas ver BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en GARCIA M., E. y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia ..., op. cit.*, págs. 87 y siguientes. En resumen puede señalarse que un sistema penal de mínima intervención, basado en los principios del garantismo penal, no puede ponerse en funcionamiento cuando existen mínimas infracciones que en general se relacionan con conflictos de convivencia o vecinales y no con serias afectaciones a bienes jurídicos protegidos. Estos conflictos deben ser resueltos a nivel comunitario o en otro ámbito, fuera de la lógica del castigo, de la lógica penal. En ese sentido acertó la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al excluir a los niños como sujetos de imputación de contravenciones con excepción de las contravenciones de tránsito (cfr. art. 2 del Código Contravencional).

39. Desde el punto de vista procesal, se debe discriminar lo que es una solución alternativa al conflicto jurídico penal y lo que son alternativas dentro del proceso penal. De la primera podría decirse que es la solución abolicionista. En estos casos el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.

Merece un párrafo aparte –aún en esta breve nota– el juicio abreviado. Este instituto es problemático en general, para adultos y para adolescentes, en su aplicación, porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Sobre todo porque está siendo utilizado en todos los nuevos sistemas de justicia penal de América Latina al sólo efecto de descomprimirlos. Así, las garantías desaparecen. Creo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos, esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone la nueva justicia juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido. No ignoro las objeciones liberales a estas afirmaciones pero no puedo en esta oportunidad extenderme sobre el particular.

Otro punto conflictivo que sólo puedo dejar señalado con relación a todos estos nuevos institutos es la adopción de medidas como consecuencia de la solución adoptada. Las nuevas leyes no prevén el control de legalidad de esos acuerdos, que pueden incluir la adopción de medidas en muchos casos restrictivas de derechos. Por eso es fundamental la presencia del abogado defensor aún en estas instancias.

40. La Directriz 5 ordena que deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. También “(…) e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; (...) f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincuente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.”

“Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible **con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal**” —el resaltado me pertenece—.

Las nuevas leyes adscriben a esta solución político-criminal, fundamentalmente a través de tres instituciones: el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la remisión —que en realidad es una forma de ejercicio de oportunidad—, muchas veces de modo bastante confuso.

6.3. La atribución de responsabilidad se expresa en la exclusión de este sistema de los niños (según las nuevas leyes latinoamericanas, las personas menores de doce, trece o catorce años).

El art. 40 manda, en el inc. 3. a):

“El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños **no tienen capacidad** para infringir las leyes penales” —el resaltado me pertenece—.

Unos años antes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores habían prescripto:

“En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual” (Regla 4.1).

Un problema a señalar respecto de la aplicación —y en algunos casos de la redacción— de las nuevas leyes es que no se respeta el piso dispuesto por los instrumentos internacionales, por debajo del cual los Estados están obligados a renunciar a toda intervención estatal coactiva. El problema se hace más grave cuanto más alto se coloca el piso de edad. Este problema ha sido caracterizado en otra oportunidad como “derivación automática” al sistema de protección⁴¹. Si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir —y no coactivamente— es en un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con derivación automática, se debería verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito.

En relación con el conflictivo tema de la edad —que define, en los nuevos sistemas, quién puede ser objeto de intervenciones estatales coactivas como consecuencia de una imputación penal en su contra (cautelares) o bien de que se lo haya declarado responsable de haber cometido un delito (sanciones o penas)— es útil recordar un

41. BELOFF, Mary, *Los sistemas ...*, op. cit..

comentario relativamente reciente formulado por Claus Roxin en relación con la ley alemana. Afirma Roxin:

“En la mayoría de los casos, tampoco una disposición como el § 19 StGB –parágrafo diecinueve del Código Penal Alemán–: ‘No es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años’, se puede explicar desde el punto de vista de la falta de capacidad de reaccionar ante la norma o según otras concepciones de la culpabilidad. Un menor de 13 –trece– años que le rompe el vidrio de la ventana a un vecino, sabe generalmente que esto no está permitido y, si no sufre de graves alteraciones de conducta, se puede conducir según ese conocimiento. Su padre lo reprenderá con razón y reirá cuando su atrevido hijo se remita a su falta de culpabilidad según el § 19 StGB (...).

“Incluso, sería absurdo suponer que en una persona al cumplir 14 –catorce– años ingresa, de repente, una capacidad de culpabilidad, de la que antes carecía completamente. El texto de la ley debe ser entonces interpretado de otro modo que literalmente.

“En los casos mencionados (...) no se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella. Está claro que la capacidad para dirigirse y a menudo también para la orientación mental está generalmente disminuida cuando (...) todavía se encuentra en edad infantil. De lo contrario (...) muchos países violarían el principio de culpabilidad cuando imponen el límite de la punibilidad en los 12 –doce– años.

“Y, finalmente, también en el caso de los menores está claro que una sanción criminal no sólo es innecesaria preventivamente, sino, incluso, extremadamente contraindicada. Un encierro –la multa queda descartada– no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay un consenso social de que se puede educar a niños con otros medios. Además, las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación.”⁴²

Estos párrafos —si bien referidos a la ley alemana— podrían bien explicar la opción de política criminal de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos de excluir a los niños del sistema. Sin embargo, tal como se advierte en el último párrafo, Roxin resuelve el problema argumentando del mismo modo que los teóricos del “derecho de menores”: esto es, poniendo al margen del derecho penal el análisis de las conductas delictivas cometidas por personas menores de edad —en este caso los niños— por su incapacidad relativa y por razones preventivas, especiales y generales. En cuanto a la prevención especial, reduce el análisis al equiparar castigo o pena a cárcel o multa y derivar de allí la innecesidad de una “sanción criminal”. Roxin asume sin problematizarlo —y sin mínimamente poner atención en ciertos indicadores de opinión pública sobre delincuencia juvenil— que existe consenso social sobre la posibilidad de educar a los niños por otros medios. Tampoco analiza en qué consistiría esa “educación por otros medios” a la que se alude, si implicaría restricciones de derechos, coacción, etc. y no advierte que esa reacción educativa —por ponerle un nombre— continuaría justificándose por razones de prevención especial positiva, como toda reacción estatal en el sistema tutelar. Además, descarta el argumento de prevención general en relación con los adultos, pero no advierte el problema en relación con los “menores” —interpreto que se sigue refiriendo a los menores de catorce años—. La pregunta que debería formularse entonces, partiendo de

42. Cfr. ROXIN, Claus, *Culpabilidad ...*, op. cit., pág. 491.

que las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación, sería si es posible concluir que estas mismas faltas no incentivan a otros menores a su imitación. ¿Se admitiría entonces un argumento de prevención general respecto de este particular grupo de edad? Roxin no analiza estos problemas. Son problemas menores.

Günter Jakobs aborda el mismo problema del siguiente modo:

“En el § 19 StGB la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, **careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma**. La presunción no tiene efectos en las instituciones dogmáticas que atienden a la imputabilidad real. Ejemplo: El que influir sobre un niño para cometer una infracción penal constituya participación en el hecho o bien autoría mediata se rige por la madurez del niño, pero no esquemáticamente por su edad (...).

“En relación con los adolescentes (personas de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; § 1.2 JGG), con arreglo al § 3 JGG, ha de verificarse la imputabilidad caso por caso. La capacidad puede ser relativa al hecho cometido. Así, p. ej., la capacidad para evitar un delito de fuga del lugar del accidente, tras un accidente de bicicleta, puede faltarle a un adolescente, mientras que p. ej. ya ha internalizado suficientemente la prohibición de matar”⁴³ —el resaltado me pertenece—.

Si bien en principio parecería que la explicación de la ley alemana de este último autor es más útil para dar cuenta de los nuevos sistemas de justicia juvenil locales, que distinguen entre niños y adolescentes o jóvenes, lo cierto es que requiere definir qué se va a entender, en relación con los niños, por “carecer de competencia para cuestionar la validez de la norma”. Si ello se relaciona con la incompetencia como incapacidad general de los niños, como de quienes padecen problemas de salud mental, la explicación tampoco es útil. Los nuevos sistemas presuponen la calidad de sujetos plenos de todas las personas menores de dieciocho años con independencia de que, en un segundo nivel de análisis, se adopte la decisión político-criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas —los niños— cometan delitos en razón de que se encuentran en una etapa temprana de la vida.

Esta exclusión de los niños puede también justificarse desde un punto de vista que tenga en consideración la cantidad de delitos cometidos por ellos. Habida cuenta de que la incidencia estadística de delitos graves cometidos por niños es prácticamente nula, una ley que, además, de acuerdo con las normas internacionales, prohíba toda posibilidad de reacción estatal coactiva cuando un niño comete un delito, no parece desacertada desde el punto de vista político-criminal.

6.4. Se trata de un sistema que coloca a quienes tienen menos de dieciocho años fuera del sistema de justicia penal de adultos

Es en ese sentido, exclusivamente, que se habla de inimputabilidad en estos sistemas: como barrera político/criminal. En estos sistemas las personas menores de dieciocho

43. Cfr. JAKOBS, Gunter, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 629/630 .

años de edad son **inimputables** en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos⁴⁴.

Por otro lado, son **imputables** como sujetos de derecho, tal como lo prevé la CDN⁴⁵ y como se explicó en el capítulo 2. Esto significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona —sin importar su edad— frente a una persecución penal. Significa también que, como regla, los destinatarios de este sistema son considerados sujetos responsables. Como ha sido señalado, el Estado de Derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo. Cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de Derecho. Por esa razón, en principio, el Estado de Derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales⁴⁶.

Finalmente, los sujetos de este sistema **pueden o no ser inimputables** en función de la existencia de alguna causal que excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme esa comprensión. En caso de que se verifique la presencia de alguna de estas causales, la persona en cuestión será considerada **inimputable** y, por lo tanto, **incapaz** de ser objeto de un reproche jurídico-penal. Este es uno de los supuestos de ausencia de culpabilidad y, por lo tanto, de irresponsabilidad; no los anteriores.

6.5. Los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado⁴⁷, más derechos particulares.

La existencia de este sistema especial de responsabilidad penal da cuenta de esa situación particular (inimputabilidad en el primer sentido explicado).

Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establecen: “52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.”

En las Reglas de Beijing, los derechos de quienes están sometidos a la “justicia de menores” aparecen en la siguiente Regla:

44. Esta prohibición tiene en algunos países rango constitucional.

45. M. Cillero ha sumado la perspectiva más general de Hans Kelsen al análisis de este tema. Cfr. CILLERO, Miguel, *Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño*, en la revista “Justicia y Derechos del Niño”, Unicef, Buenos Aires, Nro. 2, 2000, págs. 101 y siguientes.

46. Ver en este sentido, entre muchos otros, BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ariel, Barcelona, 3 ed. 1989, págs. 49/50, 67 y, en particular, 310/328; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, en particular págs. 51 y siguientes; FERRAJOLI, Luigi *Derecho ...*, op. cit.; FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, págs. 22 y siguientes.

47. Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y permita instancias conciliatorias no sólo al inicio sino todo a lo largo del proceso; esto es, flexible para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como en el sistema anterior.

“7. Derechos de los menores.

7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.”

Todos los países desarrollan, con mayor o menor detalle, derechos y garantías fundamentales contenidos en la Convención Internacional y en otros tratados de aplicación en el tema.

6.6. La atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto que está creciendo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en las diferentes legislaciones medidas, medidas socio-educativas o, más recientemente y sin eufemismos, sanciones o sanciones penales juveniles.

Este mandato aparece ya en las Reglas de Beijing:

“18. Pluralidad de medidas resolutorias

18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) libertad vigilada;
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) otras órdenes pertinentes.

18.2. Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.”

En el art. 40. 4 de la Convención Internacional se establece:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

En consecuencia, en estos sistemas de justicia juvenil, se establecen como consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente

sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación⁴⁸ hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada⁴⁹.

En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por tal motivo no me parece acertado sostener que los nuevos sistemas de justicia juvenil establecen penas o medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, en este sistema especializado, es la privación de la libertad. Es propio de la justicia penal de adultos hablar de penas alternativas.

La privación de libertad, por otro lado, por lo menos debe organizarse en tres variantes diferentes: privación de libertad de fin de semana, domiciliaria y en institución especializada.

Las consecuencias jurídicas deben ser dictadas por el juez teniendo en consideración el hecho cometido y, como correctivo al reproche por el acto, teniendo en consideración los informes realizados⁵⁰ por los miembros de los equipos multidisciplinarios que deberán

48. Se podría discutir la inclusión de este tipo de sanciones en un sistema como éste, en el que se intenta resolver el conflicto por otras vías y en el que sólo se recurre a la sanción en casos de cierta relevancia en los que fracasó todo intento conciliatorio, que merecen un reproche proporcional al hecho cometido. Se puede suponer que, si se frustraron otras soluciones anticipadas, es porque el hecho reviste cierta gravedad, por lo que en ningún caso la sanción podría ser una advertencia o una amonestación. Debo a José Cafferatta Nores el haberme señalado este problema.

49. Las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas. Por eso se afirma que es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad en los sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la reacción central es la cárcel. En cambio en los sistemas de justicia juvenil de los que se viene hablando, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, se sigue considerando que la privación de libertad es el eje del sistema, la pena por excelencia. Esto es lo que en realidad todavía constituye la práctica en América Latina y para que la realidad cambie, es importante comenzar por cambiar el lenguaje. El cambio del lenguaje –como el cambio de la ley- no opera milagros pero tiene impacto sobre la realidad. Véase si no la diferencia entre “menor” y niño o niña y adolescente.

50. “5. Objetivos de la justicia de menores

5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento **proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito**” –el resaltado me pertenece-. Nótese que la Regla parece enfatizar las condiciones personales más que el delito, pero luego, en el Comentario, se advierte este problema y se brinda una pauta importante de interpretación. Allí se afirma: “(...) El segundo objetivo es el ‘principio de la proporcionalidad’. Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para realizar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente **pueden** sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.” El resaltado me pertenece.

Es evidente que el “pueden” del Comentario es descriptivo y no prescriptivo, caso contrario no se comprendería todo el resto de la explicación.

“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) La respuesta que se de al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; (...).”

integrar los juzgados penales juveniles⁵¹. Ellos deben ser diferentes de los profesionales encargados de la ejecución de la sanción penal juvenil. En los nuevos sistemas de justicia juvenil la ejecución de la sanción debe quedar a cargo del órgano ejecutivo junto con organizaciones de la comunidad a la que pertenezca el adolescente condenado —la permanencia del adolescente en su núcleo familiar⁵² y en su comunidad⁵³, las que deben intervenir activamente en el proceso de ejecución de la sanción penal juvenil, es otra característica fundamental—.

En algunos casos las nuevas leyes siguen confundiendo ambos roles y se exige a los miembros de los equipos multidisciplinarios que elaboren informes durante el proceso y que sean quienes supervisen la ejecución de la sanción que adopta el juez, de donde se genera la consecuencia negativa de que el adolescente interpreta que es el psicólogo o el trabajador social quien lo está “castigando”⁵⁴.

En cuanto a las Directrices de Ryadh, éstas contienen un completo programa para la prevención de la delincuencia juvenil. Si bien están mayormente orientadas a la prevención y no a cómo reaccionar cuando el adolescente ya ha cometido un delito, toda política de reacción —una vez fracasada la prevención— necesariamente contiene un aspecto preventivo, ya que el objetivo de reaccionar será, con el límite máximo de la intervención impuesto por la gravedad del delito cometido, lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos. De ahí que también en estas Directrices sea posible encontrar algunas pautas en relación con las sanciones con un notorio cambio de perspectiva, ya señalado, en relación con las Reglas de Beijing.

Para cerrar con este apartado cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito en estos sistemas son medidas, medidas socio-educativas, penas o sanciones. Los instrumentos internacionales, como ha quedado demostrado, no son precisos en este punto. En la mayor parte de las nuevas leyes —en particular en las dictadas a comienzos de la década del '90, que siguieron el modelo de Brasil—, no se habla de sanciones penales juveniles sino de medidas o medidas socio-educativas, para

51. Reglas de Beijing: “16. Informe sobre investigaciones sociales

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 que se hubiere cometido el delito.”

52. La importancia de la familia y de la comunidad aparecen en varias Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Tanto a la una como a la otra le está dedicado un capítulo. Así, la participación de la comunidad está prevista en las Directrices 6, 9 f), g) y h), 10, 29, así como en todo el título c) del capítulo iv: procesos de socialización, que comprende las Directrices 32 a 39. Es muy importante la Directriz 33 cuando establece que a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social **la ayuda debe prestarse respetando los derechos individuales** —el resaltado me pertenece—.

A la familia por su parte le está dedicado el título A del mismo capítulo iv, que comprende las Directrices 11 a 19.

53. “25. Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

25.1. Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.” En el mismo sentido las Orientaciones fundamentales.

54. Sobre el rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil ver BELOFF, Mary, *El rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil*, en Revista Nueva Doctrina Penal.

distinguir las medidas de protección. De ese modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que toda sanción necesariamente debe traer aparejada. Es evidente que los problemas que esta confusión genera a la hora de la ejecución de la medida/sanción o bien a la hora de hablar de estos sistemas en los medios de comunicación social, son graves.

Como se ha intentado demostrar, el fundamento de la sanción penal juvenil continúa siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado⁵⁵. Este es un punto en común entre el modelo tutelar y el modelo de la protección integral de derechos. Podría decirse que es el único. Por esta razón se debe poner atención en distinguir las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un adolescente —sanciones— y las medidas de protección porque aún en leyes nuevas, que distinguen entre el sistema de protección y el sistema penal juvenil, se admite cierta superposición entre ambas. Tal el caso, por ejemplo, en el que una sanción penal juvenil o medida socio-educativa tiene como único objetivo reestablecer al adolescente en el ejercicio de un derecho: órdenes de supervisión consistentes en que el adolescente vaya a la escuela o a un programa de rehabilitación para adictos a una sustancia prohibida.

Lo que es fundamental que quede claro en la puesta en práctica de los nuevos sistemas y, en muchos casos, a pesar del texto legal por la supervivencia del modelo tutelar en este sentido, es que si como consecuencia de una reacción estatal coactiva, provocada por la comisión de un delito, surge algún beneficio para los derechos del adolescente, esto es un valor agregado de la sanción, pero no su fundamento ni su justificación.

6.7. La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve

Esta característica ya está ordenada en las Reglas de Beijing. Así, en relación con la privación de la libertad como medida cautelar se establece:

“13. Prisión preventiva

13.1. Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

55. Sobre el concepto de “reintegración social del condenado” ver BARATTA, Alessandro, *Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*, en Revista NO HAY DERECHO, Nro. 3, abril/mayo de 1991, págs. 30/34, artículo que si bien está centrado en la pena de cárcel puede volver a leerse, en general, como referido a la situación de condena, del siguiente modo. Afirma Baratta: “La reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad.” Sustitúyase “pena carcelaria” por pena y “vida en la cárcel” como situación de ejecución de condena y el argumento se mantiene vigente.

13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.”

Y en relación con la privación de la libertad como sanción las mismas Reglas determinan:

“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

(...)

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; (...).”

En cuanto a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad, la excepcionalidad de la privación de la libertad aparece en la Regla 1 *in fine*:

“1. (...) El encarcelamiento deberá usarse como último recurso”; en la Regla 2 se establece asimismo: “2. (...) La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”; finalmente, en la Regla 17, se prescribe: “(...) En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias; cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible (...)”.

Como se advierte, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad también distinguen la excepcionalidad de la privación de la libertad como sanción de la privación de libertad como medida de coerción personal durante el proceso.

7. Preguntas finales

El modelo tutelar en materia de legislaciones de infancia, del mismo modo que el modelo inquisitivo en materia de justicia penal, son algo más que modelos procesales o de administración de protección o justicia. Se trata de modelos que han determinado por casi

un siglo la manera de percibir y aprehender la realidad de la infancia pobre por un lado, y de la cuestión criminal por el otro. De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura.

Cuando se habla de sistemas de justicia juvenil en América Latina es fundamental tener en cuenta que se habla de sistemas de justicia, que nada tienen que ver con el “bien” ni con “hacer el bien”. Si la intervención de la justicia penal juvenil genera un bien al adolescente, éste es un valor agregado, pero no es su fundamento. Ochenta años de vigencia del sistema tutelar en América Latina han enseñado, con el dramático ejemplo de miles de niños privados de libertad por años sin que se les hubiera imputado delito alguno, que para ayudar a los niños y adolescentes que tienen sus derechos amenazados o violados no es útil recurrir por regla al sistema de justicia, el que deberá excepcionalmente intervenir para exigir a los responsables la garantía de los derechos de niños y niñas.

No se sabe bien todavía cómo proteger en una clave diferente. Esto es particularmente evidente en aquellos países donde a pesar de haberse reformado las leyes sobre la base de presupuestos en principio diferentes de los tutelares, los sistemas de protección de derechos continúan operando todavía en clave tutelar, en particular en aquellos que sólo adecuaron su derecho interno a los artículos 12, 37 y 40 de la Convención Internacional y que no realizaron una reforma institucional y de los servicios.

Para superar la cultura tutelar es necesario asumir que la nueva justicia juvenil es parte del sistema penal del Estado, y como parte de éste, las consecuencias jurídicas de la atribución de responsabilidad al adolescente implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Se trata de un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido; pero eso no le hace perder ni el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, ni de reproche. Es de suma importancia reconocer que estos sistemas se encuentran dentro del orden de ideas en el que opera el sistema penal; de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el modelo tutelar en el que el fundamento de toda intervención era “proteger” al menor. Muchos integrantes de la nueva justicia juvenil no enmarcan su práctica en esta lógica y, en muchos casos, interpretan su función como dirigida a ayudar a los adolescentes con derechos amenazados o violados, bajo la excusa de que el sistema de protección no da respuestas adecuadas.

Si esto no está claro durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia en todos los operadores que intervienen en el proceso penal juvenil, si el adolescente no visualiza que causó dolor y violencia, las que activaron el dispositivo coactivo estatal, y, por ende, puede oponer todas las defensas que toda persona imputada de delito tiene a su disposición, se forma en él una idea errónea acerca del significado real del proceso y de su conducta. Se forma la idea —que está presente en todos los procesos tutelares— de que cometer un delito no le genera ninguna consecuencia disvaliosa. Esto también es percibido de modo errado por la sociedad, que interpreta que al adolescente que comete delitos “no le hacen nada”, “entra por una puerta y sale por la otra”, “lo mandan a la escuela”, es “protegido”, etc. En el caso de los sistemas tutelares, esta concepción lleva a considerar, erróneamente, que estos sistemas de justicia son sistemas “blandos”, poco severos, ocultándose así su real carácter lesivo tanto de los derechos fundamentales del adolescente cuanto de la víctima.

No se debe confundir lo que se acaba de sostener con una consciente e insensible renuncia a “ayudar” a estos jóvenes. Lo que se trata de decir es que “ayudar” no puede ni debe ser la justificación del sistema de justicia penal juvenil. Por lo demás, todo adolescente imputado de la comisión de un delito o encontrado responsable y condenado a una sanción penal juvenil —o medida socioeducativa, según algunas leyes— es titular de todos los derechos sociales, económicos y culturales de los que toda persona menor de dieciocho años es titular —el propio Protocolo de San Salvador se refiere a la responsabilidad en el artículo referido a los derechos del niño—. El adolescente declarado penalmente responsable sólo puede ser restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado. De ahí que se le deban garantizar todos los derechos de los que no ha sido privado por la condena. De ahí también que estos sistemas se estructuren sobre penas que, a diferencia de la de privación de libertad, no anulen la condición de sujeto libre y, por lo tanto, responsable.

Periódicamente en el Congreso de la Nación se presentan proyectos que proponen volver a la ley 22.278 en su redacción original, esto es, la posibilidad de aplicar una pena común a las personas a partir de los catorce años; otros que en la misma línea agregan algunas penas alternativas y mínimas garantías procesales; otros que intentan separar el ámbito penal del asistencial, sin definir cómo serán uno y otro; y más recientemente otros que responden al modelo de justicia juvenil latinoamericana aquí descripto.

La reforma integral de las leyes que regulan la condición jurídica de la infancia en la Argentina —federales y locales— se impone por un triple orden de razones: por un lado, por razones vinculadas con los compromisos internacionales asumidos por el país ya que gran parte de las leyes vigentes los desconocen; por otro lado, por razones vinculadas con el humanismo más elemental, ya que no se puede seguir admitiendo la aplicación automática de leyes que desconocen derechos fundamentales de niños y adolescentes; finalmente, por razones pragmáticas, ya que el sistema tutelar es una fábrica de delincuencia juvenil por aquello de la profecía auto-cumplida de la que habló Platt en su conocido libro⁵⁶.

¿Es éste el momento para hacer la reforma? ¿Debe ser una reforma integral o parcial? ¿Cómo van a reaccionar los operadores? ¿Es posible combinar protección con garantías? ¿Es posible un sistema mixto?

Las resistencias al cambio se expresan en preguntas que recuerdan la resistencia del sistema inquisitivo, y que determinaron en la justicia penal federal un cambio para que nada —si coincidimos con Pastor en el trabajo mencionado al comienzo de éste— cambie.

“Existe una antigua historia, atribuida a Pitágoras, acerca de la gente que va a los Juegos Olímpicos. Pitágoras dice: ‘Así como algunos acuden a ellos para competir, otros lo hacen para comerciar, y los mejores vienen a Olympia a sentarse en el anfiteatro en calidad de espectadores.’ Esto es, los que miran finalmente llegarán a conocer lo esencial.”⁵⁷

Espero que estas notas hayan servido para mirar.

56. Cfr. PLATT, Anthony, *Los Salvadores del Niño. La invención de la delincuencia*, op. cit..

57. Arendt, Hannah, op. cit.

