

“El proceso judicial al cual es sometido el niño declarado no punible por la comisión de un injusto penal”

Carolina B. Armesto

Trabajo final de la asignatura Política Criminal
a cargo de Ernesto E. Domenech

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal es un mecanismo selectivo de control social. Es la herramienta de control social más importante con que cuenta el Estado, pues desde el punto de vista de la función punitiva, es una técnica de control de los individuos. Sin embargo, en cuanto derecho objetivo tiene una función de garantía del individuo y señala un límite al poder del Estado. En este sentido, el Estado posee el uso monopólico del Derecho Penal, pues resulta el único legitimado para seleccionar conductas humanas a las cuales se impondrá una sanción en forma coactiva, lo cual cumple a través de una actividad legislativa ajustada a la regulación constitucional. Asimismo, la selección de conductas a las cuales imponer una sanción se realiza por medio de una valoración negativa para la convivencia social que tiene por finalidad proteger de los ataques más graves los bienes más importantes del sistema de valores de la comunidad.

De esta forma, el Derecho Penal recoge un consenso social que busca el resguardo de esos bienes mediante la asignación de sanciones al autor que los ataca. Dichas sanciones consisten en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado al individuo. Estas sanciones son las consecuencias jurídicas del delito: la pena y la medida de seguridad.

Ahora bien, cabe preguntarse si las medidas de seguridad aplicables a los menores de edad (llámese internación), tienen el carácter de pena. Las leyes que habilitan el poder punitivo no siempre son manifiestas, ya que en el caso sub examine la ley a pesar que declare o regule en un sentido, en la realidad posee otro resultado. Así es como el Dr. Zaffaroni las llama leyes penales latentes, y ejemplifica diciendo: “Respecto de los niños y adolescentes, es claro que muy pocas son las diferencias entre un instituto de menores y una prisión para adultos, por más que a la internación en los primeros no se las llame penas”.

De ello se deduce que el tema que me ocupa en el presente se enmarque dentro del derecho penal para su interpretación, ya que funciona como límite al poder punitivo y como basamento de un Estado de derecho.

La reacción frente al problema de la delincuencia puede asumirse desde dos posturas encontradas: el sistema monista, y el sistema dualista. La concepción monista fue la propia

del positivismo italiano, en la cual el valor de la defensa social justificaba una única forma de intervención estatal, indistintamente llamada pena o medida de seguridad, frente al individuo que atacara un bien protegido penalmente, a quien se le cercenaba un derecho en proporción a la peligrosidad que representara para la comunidad, buscando su readaptación. En cambio, el sistema binario o dualista, implica una concepción diferenciada de pena y medida de seguridad en función de constituir la pena la respuesta al sujeto culpable por su delito, imponiéndole una aflicción en la medida del bien jurídico atacado con su hecho y su culpabilidad. Por su parte, la medida de seguridad, que presupone ausencia de culpabilidad, se fundamenta en la peligrosidad del autor y la necesidad de defensa social. Tal el sistema supuestamente adoptado por el ordenamiento jurídico penal argentino, que se asienta en la diferenciación de las categorías que sirven de fundamento a la aplicación de pena y medida de seguridad.

Sin embargo, durante mucho tiempo se combatió la criminalidad con aparatos represivos preventivos que más de una vez superaban la esfera estrictamente penal. Se propendía a una vigilancia del “distinto”, del “anormal”, del “otro”, en protección de “los nuestros”. Así fue como se instauraron regímenes policíacos, internamiento de enajenados irresponsables, aislamiento de vagos, mendigos, personas dedicadas a la prostitución, instituciones para la educación de los menores de edad, todos aplicados en beneficio de la colectividad, con un criterio de utilidad social ante la constatación de un estado peligroso en un individuo que podía darse sin la existencia de delito.

Desde el ámbito médico se cuestionaba con seriedad la necesidad de la comisión del delito previo de acuerdo a la letra del Art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino para la actuación de la medida de seguridad: “Si la sociedad tiene derecho a defenderse contra el delincuente, ningún criterio mejor que guiarse por el grado de peligrosidad de éste, ver su estado peligroso, para fijar de acuerdo con él la medida y la clase de sanción penal. Y siendo ello exacto, también lo es en su consecuencia necesaria: la sociedad tiene igualmente el derecho de defenderse contra quien, sin haber delinquido todavía, es peligroso por su constitución psíquica, por sus hábitos irregulares, etc. Aquello es el estado peligroso de los delincuentes; esto es el estado peligroso sin delito. En ambos casos la legislación debe establecer penas o sanciones especiales o medidas de seguridad”¹.

Dicho criterio, en la actualidad, y sin perjuicio de simular un cambio de paradigma, no ha sido superado, a pesar de su incompatibilidad con el derecho constitucional moderno, toda vez que las medidas de internación de niños y jóvenes en infracción con la ley resulta ser un remedio procesal para neutralizar su peligrosidad y disminuir la probabilidad de comisión de futuros delitos.

¹ ROJAS, Nerio, Medicina Legal, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1936 (edición 1964).

RÉGIMEN PENAL APLICABLE A LA INFANCIA

El Régimen Penal de la Minoridad² establece que no son punibles los menores de dieciséis (16) años de edad y los menores de dieciocho (18) años de edad respecto de delitos reprimidos con pena privativa de la libertad menor de dos años, con pena de multa o de inhabilitación. Si existiere imputación contra alguno de ellos la ley establece que el juez deberá:

- a) proceder a la comprobación del delito;
- b) tomar conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador;
- c) ordenar los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

Ese es el "procedimiento" que se sigue respecto de los menores no punibles, asimilados a inimputables. Se trata, a diferencia del supuesto anterior (de protección solamente), de dos procedimientos: uno penal y otro tutelar. Se prevé también que en caso necesario el menor sea puesto en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable, y que si se encuentra abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez *dispondrá definitivamente* por auto fundado, previa audiencia con los padres, tutor o guardador.

Respecto de los menores entre 16 y 18 años (llamados imputables relativos o no punibles con sanción eventual) se prevé que sean sometidos a proceso, debiendo ser *dispuestos provisionalmente* durante todo el trámite. Podría argumentarse que la disposición provisional funciona como una medida cautelar indefinida en el tiempo; no obstante la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que no es una medida cautelar, interpretación que impide que la "disposición provisional" sea recurrida de alguna manera.

Asimismo se establece que si de los estudios resulta que el menor se encuentra abandonado, falta de asistencia o en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez *dispondrá definitivamente* por auto fundado previa audiencia con los padres, tutor o guardador.

Respecto de los menores entre 16 y 18 años se les puede aplicar pena si:

- a) fueron declarados penalmente responsables;
- b) tienen 18 años;
- c) estuvieron por lo menos sometidos a un año de tratamiento tutelar, que se puede prorrogar hasta los 21 años.

El mismo artículo establece que si están cumplidos dichos requisitos se puede, por las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la

² Ley Nacional 22.278 (modificatoria N ° 22.803).

impresión que haya recibido el juez, aplicar una sanción reducida en la forma prevista para la tentativa; o directamente no aplicarle sanción y absolverlo.

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INFANCIA. PARADIGMAS.

Resulta difícil abarcar todos los problemas de la práctica judicial en materia de infancia, por lo que en el presente trabajo me limitaré a extraer de la realidad judicial sólo algunas de ellas respecto de niños o jóvenes no punibles, analizando su categoría, las medidas aplicables a los mismos en caso de infracción con la ley penal, su naturaleza y principios vulnerados, y las posibles soluciones para su restablecimiento partiendo de las herramientas jurídicas vigentes, cuestión que naturalmente siendo el sistema imperante contrario al “nuevo paradigma de la protección integral de los niños y jóvenes”, incentivaría una reforma integral, lo cual no abordaré en el presente, sino que brindaré sólo algunos de los basamentos que funden la misma.

Si bien en el siguiente acápite abordaré una cuestión puramente terminológica, que pareciera no tener demasiada importancia, me he sentido atraída por el mismo, ya que dicha cuestión lleva implícito un cambio paradigmático en materia de infancia. Quizá la mayoría de los autores se sentaron a discutir el trasfondo de la palabra “menor” al mencionar a los niños y jóvenes, lo cual sin duda guarda la misma naturaleza que la consideración de los mismos como inimputables, toda vez que ambos términos tienen su origen en una concepción positivista- anacrónica, que reduce a los niños y jóvenes a objetos de derecho, conforme la doctrina de la “situación irregular”.

Dentro de diversos problemas de la práctica en el fuero de la infancia uno de los más criticables resulta ser el de la internación coactiva de un niño, niña o adolescente en un instituto a raíz de una disposición tutelar. Sostener que la medida de internación constituye una privación de la libertad, tal como es entendida en el marco del modelo de la protección integral de los derechos del niño o doctrina de las Naciones Unidas para la protección de la infancia, parece, actualmente, casi una obviedad. Sin embargo, tanto del análisis de nuestras vetustas leyes de “menores” como de la amplia mayoría de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales, se observa que ello no resulta tan evidente o que, en todo caso, su nulo y escaso reconocimiento en las leyes y en la jurisprudencia respectivamente, obedece a la arraigada creencia de que estas medidas son tomadas en beneficio y para protección del niño, niña o adolescente, desconociéndoles de este modo todo contenido punitivo.

Indudablemente, dicha concepción responde a una cosmovisión de los “menores” que, en la actualidad, se encuentra formalmente perimida pero que aún mantiene plena vigencia tanto en nuestras leyes como en la jurisprudencia. El proceso que va desde 1899

(constitución del primer Tribunal de Menores en Illinois, Estado Unidos) hasta 1989 (adopción en sede internacional de la Convención sobre los Derechos de Niño), constituye un largo camino que representa el pasaje del anterior modelo de la “situación irregular” que definía a los “menores” como objetos de protección-tutela-represión por parte del Estado en términos segregativos, a la actual doctrina o modelo de la protección integral de los derechos del niño que, en términos generales, concibe al niño y al adolescente como sujeto pleno de derecho, con capacidades y con los mismos derechos que todas las personas. Además, se le reconoce un plus de derechos específicos por su especial condición de personas en desarrollo. En consecuencia, se puede afirmar que la Convención constituye la divisoria de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia. La CDN entró en vigencia para el Derecho Internacional el 2 de septiembre de 1990; la Argentina aprobó dicho instrumento mediante la ley N° 23.849. Además, a partir de la reforma constitucional del año 1994, dicha Convención internacional tiene en nuestro país jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, y debe entenderse como complementaria de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, pues ha sido incorporada, junto a otros tratados de derechos humanos, al Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Ello implica que toda la normativa de rango inferior y, también las sentencias, deben observarla o aplicarla en un doble sentido: no contradiciéndose con las normas de la Convención, y adecuándose a lo prescripto en ella.

Conjuntamente con la CDN, la ONU adoptó una serie de instrumentos que, si bien no poseen fuerza vinculante para los Estados y no generan por sí solos responsabilidad internacional, representan la expresión normativa de la voluntad de la comunidad internacional y, deben ser tomados como pautas de interpretación de los tratados, conforme lo establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en sus artículos 31 inc. 3 c) y 43. Dicha Convención fue ratificada por la Argentina en 1972 y entró en vigor el 27 de enero de 1980; por consiguiente, su incumplimiento es pasible de generar responsabilidad internacional.

Los instrumentos aludidos constituyen una trilogía comprendida por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como “Reglas de Beijing”, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o “Directrices de Riad”. Asimismo, en el ámbito local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estas reglas han sido incorporadas como parte integrante de la Ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Art. 12), por lo cual resultan de aplicación obligatoria en su ámbito.

Es precisamente de una de ellas -la Regla 11.b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad- que se deriva el alcance asignado a

la internación, pues define que “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”.

Fácil, pues, resulta advertir, que la determinación de la naturaleza jurídica de la internación coactiva de un niño/ a o adolescente va a estar ligada, indefectiblemente, a la elección de alguna de las dos cosmovisiones sobre la infancia y la juventud reseñadas anteriormente. Sin duda alguna, ellas constituyen paradigmas³ opuestos y, en definitiva, la adecuación del sistema procesal y de las prácticas judiciales a uno u otro modelo va a determinar el modelo de Estado que quiere o se adopta para nuestro país y la forma en que va a estar concebida la infancia y la juventud. En este sentido, parecen expresarse Beloff y Mestres al decir: “...sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina de la situación irregular se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años (...) el desconocimiento de las garantías individuales como práctica sistemática son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. La combinación de ambos modelos han dado por resultado un sistema incompatible con el Estado de derecho...”.

De ello se entiende que la ley vigente actualmente, si bien en la actualidad resulta incompatible con la nueva concepción de la protección integral de los derechos de los niños y niñas, en la época de su entrada en vigencia quizá respondía al paradigma imperante. Debemos tener en cuenta que cada paradigma responde a un contexto social- histórico-político determinado, y casualmente nuestras leyes en materia de infancia nacieron en un

³ (Del latín paradigma, y este del griego. παρ δειγμα) Según Thomas Kuhn (1975), paradigma sería: "en la ciencia un paradigma es un conjunto de realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica". Siguiendo a este autor estamos en presencia de un "paradigma" cuando un amplio consenso en la comunidad científica acepta los avances conseguidos con una teoría, creándose soluciones universales. Si se demuestra que una teoría es superior a las existentes, entonces se produce una "revolución científica" y se crean nuevos "paradigmas". (Enciclopedia Encarta). Desde esta concepción, se habla claramente de "consenso" entre un grupo de científicos, excluyéndose por ende, cualquier tipo de creencia desde el plano puramente individual. Un paradigma es un modelo, y aplicado en este sentido a la lingüística, en especial a la gramática tradicional, se llama 'paradigma' a cada uno de los modelos, incluidas todas sus formas, de la flexión nominal (declinación) y verbal (conjugación). Es un conjunto ordenado y finito de flexiones de una misma palabra o raíz. El conjunto de formas que sirven de modelo en los distintos tipos de flexión. Un paradigma es una teoría o modelo explicativo de las realidades físicas. Con el significado de paradigma científico, se usa hoy en la investigación científica y fue introducido por el mencionado autor para explicar o los cambios o "revoluciones científicas". Según Karl Popper, las teorías mueren cuando se descubre una nueva teoría que falsifica a la anterior, ese sería el motor del progreso científico. Para Thomas Kuhn el motor es simplemente el "cambio de paradigma" en la explicación de los fenómenos naturales; la nueva teoría no tiene por qué falsificar a la anterior, puede ser una alternativa, un nuevo modelo o teoría modelo, un paradigma nuevo.

momento histórico, donde en palabras de Bauman lo calificaría como “modernidad pesada”⁴. Y precisamente es allí donde la política criminal⁵ debe analizar la realidad histórica en la que estamos inmersos para incentivar cualquier cambio. Ya Roxin, desde su punto de vista y con el fin de romper con el criterio positivista, que desterraba cualquier consideración criminológica o de política criminal al interpretar el derecho penal positivo, sostenía que el derecho penal al ser estudiado debía partir de la interpretación de los factores que influyen en el problema y teniendo en cuenta el sistema imperante. Asimismo Alberto Binder interpreta que la finalidad primera de la política criminal era el “para que” y la segunda el “para quien”. Esta segunda finalidad es la que nos ocupa en el caso sub examine, atento que las directivas emanadas de dicha disciplina (no ciencia) está destina a la Sociedad

⁴ Bauman Zygmunt (ed. Fondo de Cultura Económica, Bs.As., 2003) al describir a la Modernidad como pesada o líquida a mi modo de entender, tiene en cuenta los principios fundamentales de cada una de ellas: en la primera la conquista del espacio y el tiempo rutinizado, ES DECIR LENTA, y en la segunda la espontaneidad y el corto plazo, ES DECIR RÁPIDA. Caracteriza a cada una de las etapas de tal modo que los sólidos, a diferencia de los líquidos, conservan su forma y persisten en el tiempo, en cambio los líquidos se transforman constantemente, siendo por esto que la metáfora que utiliza Bauman, Modernidad “líquida” es la adecuada para captar la naturaleza de la modernidad actual, quizá porque los sólidos comienzan a derretirse: ya no existen acciones colectivas, solo elecciones individuales, estamos en una etapa de desregulación, de flexibilización, de liberalización de mercados, no existen pautas estables, todo está cambiando, se está DERRITIENDO. El sólido, cuando se somete a fuerzas que lo obligan a cambiar de forma, tiene la capacidad de volver a su estado original es así como preservan su forma a pesar del tiempo. El líquido, en cambio, no mantiene forma alguna, es decir, no encarcela al tiempo en un espacio estable. La distinción que hace Bauman, se debe a la oscilación entre un estado y el otro, que transmite la necesidad de producir un cambio de interpretación de lo social. La liquidez de la modernidad, se debe a la transformación de lo estático, como ser los programas económicos, ideales de estructuras políticas, políticas sociales, etc. De ello surge que la idea de un orden social, también se ha transformado, surgiendo formas solo del tipo transitorias, de ahí que se ha reducido la posibilidad de establecer relaciones entre individuos y acciones del tipo colectivas. Transitoriedad, adaptación a la velocidad del cambio, cambio de formas, instantaneidad, son las nuevas consignas que rellenan los discursos en casi todas las instancias de la vida social, siendo indispensable para subsistir el dominio del tiempo. El espacio se conquista abarcando la mayor distancia en el menor tiempo posible: las nuevas tecnologías (internet, celulares, misiles, etc), las telecomunicaciones, la economía mundial de mercado, la globalización, entre otras, tienen un fin en común “llegar lo más lejos posible en términos de distancia, causando el mayor impacto en el menor tiempo”. Conquistar el espacio en la líquida modernidad pasa por evadir, y destruir los obstáculos heredados por la estructura sólida anterior, y los obstáculos son los límites, en su sentido físico o simbólico: desde los territorios de las naciones, con sus límites demarcados en fronteras, pasando por las barreras institucionales de aquellas estructuras políticas, incluso leyes, demasiado estáticas, ideologías rígidas. Por todo esto, las nuevas herramientas de dominación y control del poder, son tanto las tecnologías que apuntan a la reducción del tiempo como los discursos que las sustentan. Esta etapa se caracteriza por la ausencia de las relaciones entre individuos, de la elaboración de un proyecto colectivo y de la acción política. La idea de eliminación de estructuras estables, lleva consigo la falta de organización social, al no poder admitir que la interacción humana adquiera una forma de proyecto con fines determinados. Al describir la relación entre espacio- tiempo, Bauman se refiere a la articulación de los espacios públicos para el consumo y la reducción del contacto social, la conformación del sentido de pertenencia ya no se da en torno a relaciones sociales, sino relaciones entre el individuo y el individuo-consumidor.

⁵ La política Criminal, es un campo complejo del cual emergen diversas directivas: selección de bienes jurídicamente tutelables y los modos de llevar a cabo esa tutela, interpretación de un texto legal o modos de uso de una regla. De estas variantes, preceden estudios previos, o interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales, las cuales marcan las pautas a seguir para la elaboración de una política Criminal.

misma, que por cierto, no existe conciencia social de su importancia y contenido. Este autor sostiene que la política criminal se conecta con diversas disciplinas, entre ellas la sociología criminal, y que esta sirve como soporte o para fortalecer otro tipo de políticas como ser la social. Las descripciones, investigaciones y análisis previos realizados por Bauman, teniendo en cuenta su condición de Sociólogo, sirven como fundamento para la elaboración de una política Criminal, ya que, como he expuesto ut supra, el individuo como parte de un todo social es el destinatario y constructor, en ciertas ocasiones de dichas directivas. Bauman, con su texto, sintetiza lo que está pasando, y lo que es importante en lo social, planteando nuevas lógicas y paradigmas, para presentarlo a los pensadores sociales de manera que puedan proseguir con los debates consecuentes y la elaboración de políticas criminales.

La Ley de Patronato de Menores (Ley Nro. 10.903), y el Régimen Penal de la Minoridad (Leyes Nros. 22.278 y 22.803) y la ley 10.067 de la provincia de Buenos Aires, son leyes concebidas en la filosofía del positivismo criminológico y sancionadas en el marco de lo que dio en llamarse la “doctrina de la situación irregular”. Antes de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, ya se podía advertir “la situación de esquizofrenia jurídica que implicaba la vigencia simultánea de dos leyes nacionales antagónicas (Ley de Patronato 10.903 y ley 23.849 CDN)”. Sin embargo, a partir de la reforma de 1994, resulta palmario que la normativa legal específica referente a infancia y juventud, de jerarquía inferior a la Constitución Nacional y, por ende a la CDN, es abiertamente contradictoria con la misma, y por tanto, inconstitucional (arts. 75 inc. 22 y 31 CN).

Se puede afirmar que si bien, en principio, no parecen advertirse reparos por parte de los magistrados en reconocer que la internación lleva ínsita cierta afectación al derecho a la libertad ambulatoria, sí se observa una mayor reticencia para admitir en forma expresa el carácter privativo de la libertad de la internación, aludiendo a la Regla 11.b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad. Esto se debe a que tal equiparación no se formaliza en una mera proclama sino que, muy por el contrario, altera radicalmente todo el sistema imperante, “poniendo al desnudo el eufemismo minorista”. De este modo, se desencadenan una serie de planteos jurídicos diversos que no sólo ponen en crisis el régimen tutelar sino que evidencian su inconsistencia y abierta contradicción frente a la normativa supranacional de jerarquía constitucional.

Cabe preguntarse: ¿Por qué los operadores de la justicia en materia de niños y jóvenes se resisten a cualquier cambio?

Pues bien, no por nada Merryman⁶ compara nuestro derecho con el anglosajón, y destaca cual es la función del juez en cada uno de ellos, sosteniendo que “para nosotros el derecho común anglosajón significa la ley creada y moldeada por los jueces y aun pensamos... que la legislación debe servir hasta cierto punto suplementaria... en los Estados Unidos la facultad de los jueces para considerar inoperante una legislación que sea inconstitucional se acepta sin grandes discusiones...”, y continua refiriendo, “en el mundo civilista un juez es algo enteramente distinto... la función judicial se vio restringida de manera notable... el derecho no podía ser creado ni directa ni indirectamente por los jueces... los jueces no debían interpretar una legislación incompleta, conflictiva o poco clara...”. De aquí se desprende que la labor de nuestros jueces históricamente es de un mero funcionario encargado de aplicar la ley creada por los legisladores, siendo por ello, quizá, donde radique la falta de compromiso de los operadores judiciales, quienes valiéndose de herramientas podrían ser los precursores de algún cambio en el fuero de la infancia.

Quizá esa resistencia se deba a su vez a nuestra educación, como al decir de Morin⁷, quien refiere que dos son los aspectos que debe afrontar la educación: uno el error (que se produce por perturbaciones o ruidos en la transmisión en la información) y otro es la ilusión. Asimismo los errores pueden ser de percepción, intelectuales o mentales. Analiza que la educación debe ocuparse de estos dos aspectos, pero asegura que los paradigmas que controlan la ciencia, pueden desarrollar ilusiones que no eliminaría el error. Este autor sostiene que para articular y organizar los conocimientos es necesaria una educación adecuada, y sitúa el problema actual del contexto global sobre ésta, fundando la reforma sobre paradigmas.

Y tanta es la resistencia que opone la justicia para modificar las practicas judiciales aludidas, que en ciertas ocasiones, nuevas ambigüedades, como ser el “interés superior del niño” consagrado en el Art. 3 de la CDN, sirve como fundamento de disposiciones arbitrarias para con los niños y jóvenes.

Concebir al niño como actor fundamental por el hecho de ser ciudadano, implica desmontar nuestra visión paternalista, del niño objeto de caridad, lástima. Este cambio cultural implica procesos más complejos y duraderos en el tiempo, donde ciertamente la ley constituye un aspecto fundamental en la conducción de ese proceso. Lo cual no quiere

⁶ Merryman, John Henry. La Tradición jurídica romano-canónica. Fondo de Cultura Económica. México.

⁷ Morin Edgar (Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, Ed. Nueva Visión, Bs.As. 2001) sostiene que las fallas de la educación las funda en cuatro puntos: 1-CONTEXTO: ubicar la información y los elementos en su contexto. 2- GLOBAL: relación entre el todo y las partes del todo. 3- MULTIDIMENSIONAL: relacionar todas las dimensiones. Ejemplo: lo económico conlleva necesidades, deseos, pasiones, etc. 4- COMPLEJO: hay complejidad cuando no se pueden separar los elementos que componen el todo.

decir que los operadores de la misma, sobre todo los que tienen un rol más visible sean los dueños del mismo. El fin de la ley es contribuir a la vigencia plena de los derechos de la niñez y adolescencia. Todo lo que se debe cambiar debe estar orientado a mejorar las condiciones de la niñez y no pensando en el interés superior de instituciones o funcionarios. Resulta imprescindible promover este cambio de visión, ya que luego de haber ratificado la CDN se siguen engendrando injusticias y abusos hacia los niños que van acrecentándose. “Es poco lo que se está haciendo en la justificación de que los países latinoamericanos somos pobres, pero esto es una verdad a medias, pues si revisamos los presupuestos nacionales, vamos a encontrar que se priorizan otros aspectos... las autoridades de mando intermedio que ocupan ministerios, municipalidades, escuelas necesitan comprometerse con esta nueva visión de la infancia, pues sólo en la afirmación del conjunto se va a poder producir los cambios necesarios para mejorar la situación de los niños y de la sociedad⁸”.

En adelante me adentraré en las cuestiones terminológicas y prácticas aludidas planteadas en el fuero de infancia:

1) UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA DE CORTE POSITIVISTA: IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

Cabe destacar que los términos imputabilidad o inimputabilidad no emanan de la ley, sino que son creaciones doctrinarias⁹ utilizadas en la práctica, resultando complejo definir su concepto, toda vez que resultan ser palabras ambiguas, ya que guardan en si varios significados dando lugar a incertezas en un caso o uso particular. Hospers¹⁰ sostiene que “una palabra no es ambigua de por sí, sino que es usada ambiguamente. Pero esta creación no es menor, ya que su uso es frecuente y se relaciona estrictamente con el contenido del Art. 34 inc. 1 del Código Penal, pudiendo denotar un significado distinto, según en el contexto en el que se la utiliza”.

Si nos atenemos a la voluntad del legislador al mencionar a los menores de edad como “no punibles”, es fácil descartar su encuadre como inimputables, ya que este término es utilizado doctrinariamente, para aquellos incapaces declarados, conforme el Art. 34 inc. 1 del Código Penal.

⁸ Programación de los Derechos del Niño: Manual de Capacitación, Save the Children de Suecia, Lima 2003.

⁹ Si bien son creaciones dogmáticas dentro de la teoría del delito, criticadas por Carlos Santiago Nino (“Los límites de la responsabilidad penal”, Ed. Astrea, Bs. As. 1980) por su alto nivel de abstracción a la realidad y acontextualización de las mismas, no dejan de ser términos ambiguos utilizados en la práctica cotidiana como absolutos y representativos, denotando, en el caso de la imputabilidad, a pesar del transcurso del tiempo el mismo significado que en el momento de su creación.

¹⁰ Hospers, John (1982). Introducción al Análisis Filosófico. Alianza.

La ley 22.278 (22.803) no se refiere a los menores como inimputables, es decir, "que carecen de la facultad para comprender la norma y dirigir sus acciones conforme esa comprensión". A pesar de ello el régimen al considerar a los niños como no punibles, se sobreentiende que no serían susceptibles de aplicación de sanción penal, al igual que si interpretamos el término inimputable al que se refiere la doctrina, lo cual significaría la posibilidad de imputar una pena a alguien, es más, si nos atenemos al texto expreso del Art. 34 del Código Penal, comienza "No son punibles...". Justamente el fundamento de la aplicación de medidas de seguridad tanto para los inimputables del Art. 34 del citado texto legal como para los menores de edad en infracción con la ley penal, resulta ser el mismo desde su concepción. La única diferencia entre los dos supuestos radica en que el inimputable del Art. 34 debe ser previamente evaluado para ser considerado como tal, en cambio en el caso de los niños la ley declara, teniendo en cuenta la edad, quienes no serán susceptibles de aplicación de sanción penal, sin exigir evaluación alguna, a los fines de su determinación.

La imputabilidad es la capacidad de una persona para ser alcanzada por la aplicación del derecho penal. La capacidad para delinquir del sujeto activo es lo que determina si es necesario seguir adelante con el estudio de su conducta para llegar a una definición de su suerte final con respecto a su punibilidad (aplicación de pena).

Comprobada la inimputabilidad del sujeto (certificada la edad o corroborado si el delito cometido posee pena de prisión que no excede de los dos años) cerraría todo el proceso de averiguación de la culpabilidad y la imposibilidad de aplicación de la pena. Careciendo de capacidad penal no es posible la actuación de la ley penal castigadora, aunque sí lo es la aplicación de una medida de seguridad.

El incapaz o el menor que ha cometido un hecho descrito en el tipo no es considerado desde el punto de vista de si actuó con dolo o culpa; es simplemente inimputable.

El estudio de sus condiciones mentales de salud o la edad del sujeto activo determinan el camino a seguir en la valoración del hecho.

La falta de desarrollo psíquico, la minoridad limitada, la alteración morbosa de las facultades, son causas de inimputabilidad según nuestro ordenamiento represivo.

Según Bustos Ramirez, el juicio de inimputabilidad del joven respecto del hecho injusto por él cometido, no significa "irresponsabilidad" en el sentido estricto de la palabra, ya que siempre se le aplica una sanción, aunque sea mediante un fraude de etiquetas (señalándose que es una medida tutelar o benéfica y no una pena). Se produce en razón del hecho injusto (delito) una intervención coactiva del Estado respecto del joven. Es por eso que no se puede hablar de irresponsabilidad del menor, al menor se le hace evidentemente responsable por

sus hechos, de ahí la medida coactiva, y ello porque ciertamente es responsable, porque es persona y, por tanto, sus actos son plenos de significación dentro del sistema social.

Dicho de esa manera, es lógico que el joven infractor resulta ser responsable del hecho a él endilgado, toda vez que, llamado de uno u otro modo, se le aplica una sanción, pero originariamente la discriminación de los niños como no punibles, tuvo su fundamento en cuestiones psicológicas que presuponían la no comprensión de la criminalidad de los actos, considerándolos inimputables, y por ende no responsables de los mismos.

En síntesis, si bien considerar a los menores de edad como inimputables (tal como lo sostiene la dogmática penal respecto de los no punibles del Art. 34 inc. 1 del Código Penal), permite desvalorizar los actos de niños y jóvenes, hasta el punto de convertirlos en incapaces; la legislación vigente los considera de tal modo, sin perjuicio que tratados internacionales consagren otro paradigma, distinto al de la legislación interna. Todo ello está dado debido a la concepción positivista que motivó nuestra anacrónica legislación. Los niños y jóvenes no punibles, no son susceptibles de aplicación de penas enumeradas en el Código Penal, es por ello que si bien se puede probar su autoría y participación en un hecho delictivo, no así se puede valorar su culpabilidad. Asimismo, si bien el joven puede llegar a ser responsable de sus actos, nuestra legislación no admite una valoración en particular de las condiciones personales del menor, para evaluar si pudo o no comprender la criminalidad del acto, siendo por ello, que la ley enuncia una presunción iuris et de iure teniendo en cuenta cierta edad. A pesar de ello, indirectamente y llamándole de otro modo distinto, se les aplica una pena, que muchas veces resulta ser más severa que la aplicada a una persona punible.

2) DECLARACIÓN JUDICIAL DE NO PUNIBILIDAD. INVESTIGACIÓN DEL HECHO. LEY PENAL MÁS BENIGNA. SOBRESEIMIENTO POR EDAD

Con relación a la prueba de la participación en el hecho típico y antijurídico del menor, debe realizarse con todas las garantías del debido proceso legal, en pleno resguardo del estado constitucional de inocencia.

La ley 22.278 que regula el régimen penal de la minoridad establece la inimputabilidad absoluta de aquéllos que no hayan cumplido los 16 años de edad, y veda que sean sometidos a un proceso penal, pero impone al juez la investigación del hecho enrostrado, siendo por ello que se debe probar la autoría y participación, pero no así, su responsabilidad, toda vez que recae sobre aquéllos la presunción “iuris et de iure” de falta de ella sobre el injusto.

Sin perjuicio de ello en la práctica judicial ante la intervención por un hecho delictivo cometido por un joven no punible se dicta un auto de declaración de “no punibilidad y no sometimiento a proceso penal” imponiéndose, en diversos casos, alguna medida de

seguridad (internación), fundado en la “disposición provisional” la cual resulta ser por tiempo indeterminado, cuestión que viola lisa y llanamente el derecho de defensa. En esos casos, el sujeto pasivo de la medida no tuvo acceso a un juicio previo, en pleno ejercicio del contradictorio. No se pudo discutir y probar ampliamente su participación, partiendo del estado de inocencia, en el hecho criminoso pasado que debe ser presupuesto de la medida que se le imponga al menor y del cual debe exigirse constitucionalmente grado de certeza.

Es evidentemente inconstitucional por vulneración al principio de legalidad (Art. 18 de la Constitución Nacional) la imposición de una medida de internación en la etapa instructoria del proceso. De no ser así, nos encontraríamos frente a la imposición de medidas predelictuales. Así todo devendría en un derecho penal de autor, incompatible con nuestro programa constitucional, toda vez que la presunción de no comprensión de la criminalidad por parte de un menor de edad, lo coloca frente a una situación de inferioridad del que se supone su peligrosidad.

Es preciso un cabal cumplimiento del principio de legalidad, en cuanto a la constatación de la comisión del hecho típico y antijurídico, para luego declarar su “no punibilidad” y consecuentemente disponer cualquier tipo de medida sobre el infractor no punible.

En el derecho argentino, el imperativo de aplicación de la ley penal más benigna se encuentra previsto en el Art. 2º del Código Penal. En este sentido también debe aplicarse al derecho de medidas de seguridad, debiendo hacerse cesar toda medida de seguridad en cumplimiento si con posterioridad a su imposición se desincrimina la conducta delictiva que la fundamentara. Pues por razones político criminales, el Estado ha tomado la decisión de no perseguir más dicho delito. Ante lo cual cesarán tanto las condenas que en virtud de aquélla conducta se hubieran impuesto, así como las medidas de seguridad a que ese delito hubiera dado lugar.

Este criterio fue seguido en el siguiente fallo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal, del 2 de mayo de 1995, caso “L., G. J.”, denotando un fiel respeto al principio de legalidad, en tanto se procede al levantamiento de la medida de seguridad impuesta por haberse desincriminado, mientras aquélla se cumplía, el delito que fuera presupuesto de su imposición. Corresponde dejar sin efecto la medida de seguridad de internación, si el delito por el que tomó intervención el juez que la dispuso fue desincriminado por ley posterior.

En igual sentido interpretativo, una vez tomado bajo el amparo de la justicia minoril a un menor de edad a quien se le imputa la presunta comisión de un hecho delictivo, investigado el hecho enrostrado, y probada la falta de autoría, se debe cesar en la intervención, sin ser el sujeto “objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada”, toda vez que lo que motivó la formación de la pieza judicial fue un ilícito del cual no fue partícipe.

Beloff Mary¹¹, sostiene: "El artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes son iguales ante la ley. En consecuencia, no parece normativamente correcto en el orden jurídico argentino, dar un tratamiento diferencial a niños y adolescentes, en particular someterlos a un régimen en el que todos sus derechos y garantías constitucionales le son retaceadas, y en el caso de los menores inimputables, definitivamente ignoradas". Es evidente que en el caso de los jóvenes inimputables todos los derechos y garantías son ignorados, como dice la citada autora.

Es práctica habitual de los tribunales llamar a los jóvenes a prestar declaración informativa, para luego, automáticamente, dictar el sobreseimiento por inimputabilidad, independientemente de la no participación del joven en el hecho que se le imputa.

El Código de Procedimiento Penal aplicable en la Provincia de Buenos Aires en el proceso de menores (según ley 3589 y modificatorias) establece las causales de sobreseimientos. Tales causas fueron enumeradas taxativamente por el legislador, por lo que así como sostuvo la jurisprudencia, respecto de la prescripción: "la declaración de prescripción es totalmente ajena a las causales establecidas en el Art. 378 (actual 381) del CPP, siendo improcedente el sobreseimiento definitivo por prescripción" (CLP III, causa 58.638, RJCABA, 1981-1-425)", se entiende que no existe causal de sobreseimiento por inimputabilidad o por no punibilidad.

Comúnmente, acreditada la minoridad (menor de 16 años) se procede a tomar declaración informativa consagrada en el Art. 126 del CPP (ley 3589), considerando al joven "imputado no procesado", es decir, que dicha declaración no implica procesamiento. Pero el no someter a proceso a un menor no punible no obsta la falta de investigación del hecho denunciado.

Pues bien, de ello se desprende, que el sobreseimiento resulta ser procedente una vez investigado el injusto, y probadas las causales que enumera el Código Ritual vigente, lo que amerita la reserva en el caso de los supuestos enumerados en su Art. 382, de conformidad con lo previsto en el Art. 384 del citado texto legal, o su archivo, conforme lo previsto en el Art. 381 en concordancia con el Art. 385 primera parte del CPP. No resulta compatible la prueba de las causales mencionadas ut supra con la declaración de no punibilidad, toda vez que este último supuesto presupone la comprobación del delito, y por ende, probado aquél, no encuadraría en ningún requisito para la procedencia del sobreseimiento.

Todo ello implica la vulneración del principio de inocencia, ignorándose el derecho del menor de edad a poder ser desvinculado del proceso por otras causales que

¹¹ "Niños y jóvenes: Los olvidados de siempre", en "El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico", Editores del Puerto, 1993

previamente se deben examinar, tales como que el hecho atribuido no constituya delito o que el joven no sea autor de este.

Asimismo es frecuente observar que las "declaraciones de inimputabilidad" que llegan a los tribunales a través del organismo policial, son valoradas en el expediente tutelar para evaluar la situación de "abandono material o moral o peligro moral" del menor de edad, traduciéndose luego ello en medidas tutelares diversas, que llevan hasta la privación de libertad.

Se sostuvo en la causa de fecha 27 de agosto de 1993, P.A.L. del Juzgado Nacional de Menores N° 4, publicada en el Derecho, Tomo 154, página 685 que: "Pensemos por un momento en un ejemplo en el cual un menor niega su participación en los hechos, el hecho no constituya delito o no lo cometió... Nos encontraríamos con un fallo que lo considera punible pero lo sobresee por la edad, o sea que sería culpable pero, por una razón de excepcionalidad de la ley, al ser menor se lo sobreseerá...". Este fallo resulta elocuente al decir se lo considera culpable pero se lo sobresee por la edad.

En igual sentido, e independientemente de lo establecido por la ley cuya constitucionalidad se ataca, el Juzgado Nacional de Menores N° 7, en el año 1998, I.L.R, sobreseyó al joven, no punible para la ley 22.278, en virtud de la no comisión del delito que se le imputaba, ateniéndose a los artículos 336 y 337 del Código Procesal Penal de Nación, y respetuoso de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Ya en un fallo, que contempla la situación de una adulto que se lo sobresee por inimputable, se dejó establecido que si no se sigue el orden de prelación establecido por el artículo 336 del Código citado se vulnera el principio de inocencia (C.C.C , Sala V, de fecha 9/11/2001, publicado en Doctrina Judicial , Tomo 200b, página 622).

En síntesis: arrimadas las actuaciones policiales a la sede de un Tribunal y/ o Juzgado de Menores en la cual se imputa la comisión de un ilícito a un menor no punible se debe proceder: primero, a la investigación del hecho, probando la autoría y participación; segundo, analizar si existen causales que ameriten el dictado de un sobreseimiento; tercero, de no ser procedente, y confirmada la participación del joven en el injusto, declarar su no punibilidad y no sometimiento a proceso penal; y cuarto, tomar las medidas necesarias de protección sobre el menor.

3) LA MEDIDA DE INTERNACIÓN DE UN NIÑO. NATURALEZA:

El reconocimiento constitucional de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en adelante CIDN (ratificada por ley 23.849) constituyó un bálsamo en el ajetreado derrotero del derecho minoril, e hizo traslucir el excelso paradigma de la "protección integral" en miras al "interés superior del niño".

La privación de la libertad en la temática juvenil ha sido motivo de constante preocupación de todos los actores sociales. Es que esta “cautelar”, excede el ámbito de la restricción ambulatoria y penetra otras dimensiones como la suspensión o desplazamiento de la patria potestad de los progenitores, el acrecentamiento de la vulnerabilidad, la temprana institucionalización, etc.

El instituto de la internación aplicable a menores de edad se encuentra consagrado por un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que componen la llamada Doctrina de la Protección Integral: a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño, b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

a) PRIVACIÓN DE LIBERTAD:

La medida de internación resulta ser una disposición bastante frecuente en el fuero minoril, toda vez que el juez se encuentra facultado para “disponer provisionalmente” del menor.

Tal disposición engendra el carácter de “privación de libertad” debido a la restricción de la libertad ambulatoria del niño, ya que la Convención Internacional por los Derechos del Niño en sus Art. 37 y 40 se refieren a privación de libertad e internación sin hacer distinción alguna entre tales conceptos.

El Art. 37 inc. d) establece: *“Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y 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”*.

La Resolución 45/113 de las Naciones Unidas en su regla 11 b) establece: *“ 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”*.

La resolución aludida, si bien no tiene fuerza vinculante, resulta ser de contenido obligatorio en la interpretación de los tratados (en este caso, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en adelante CIDN), según lo establece expresamente el Art. 31 y

sgtes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del cuál es parte nuestro país¹².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Ekmekdján – Sofovich*” (7-7-92) sostuvo que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional de que todos los órganos del Estado apliquen ese tratado siempre que éste contenga descripciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Las leyes, decretos, reglamentos y sentencias deben aplicar la Convención en un doble sentido: no sólo no contradiciéndose, sino en sentido positivo, adecuándose a lo prescripto por ella. “... A los tratados internacionales –mucho más cuando, como es el caso de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional- hay que adjudicarles lo que se da en denominar “fuerza normativa”. Quiere decir que son normas jurídicas que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para superar las omisiones en el cumplimiento, para desarrollar la interpretación, etc.¹³.

De lo expuesto, no se puede soslayar que la medida de internación de un niño o joven en un instituto y/ u hogar constituye una privación de libertad, pues de lo contrario se estarían contrariando normas que, por vía de la CIDN se han erigido en disposiciones de rango constitucional.

Asimismo el Art. 40 de la ley 23.849 (ratificante de la CIDN) impone que en todo procedimiento que se siga a un niño o adolescente, de quién se alegue que ha infringido leyes penales o a quién se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, se reconozcan las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, lo cual es de aplicación directa cuando se encuentra restringida la libertad ambulatoria de un niño.

No cabe duda del carácter de la medida aludida como privación de libertad, también sostenido por la jurisprudencia que ha ratificado esta teoría, sosteniendo que “... *el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional al mencionar las atribuciones del Congreso Nacional, establece que la Convención sobre los Derechos del niño, junto con otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, poseen jerarquía constitucional y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías enunciados por ella... A la luz de tales normas y especialmente teniendo en cuenta la interpretación amplia que debe realizarse sobre el concepto “privación de libertad de un menor” (según la resolución de la*

¹² Niños y Jóvenes: los olvidados de siempre. Mary Beloff.

¹³ Constitución, Tratados y Normas Infra constitucionales en relación con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Bidart Campos, Germán.

*Asamblea de las Naciones Unidas 45/113) resulta adecuado acceder a la petición solicitada por el recurrente*¹⁴.

La justicia sostuvo que el régimen tuitivo legislado en materia de menores debe armonizarse con la recepción en nuestro derecho interno de las normas internacionales elaboradas sobre la materia, que otorgan al menor mayores garantías¹⁵. Reafirmando en otro fallo, cuando resolvió que “... una interpretación armónica de la regla 11-6 de la resolución 45/113 de la Naciones Unidas y del Art. 37 inc. d de la Convención Internacional de los derechos del Niño, lleva a concluir que todo niño privado de su libertad tiene derecho a una asistencia jurídica. Así la definición de privación de libertad –con relación a los menores- está dada en la regla citada de la resolución 45/113. Asimismo se sostuvo que “... no sólo los imputados de un delito deben contar con defensa técnica sino también aquellos menores que como víctimas son dispuestos tutelarmente por el magistrado interviniente en el expediente tutelar, tal como lo dispone el Art. 1º de la ley 10.903”¹⁶.

Con idéntico criterio, la jurisprudencia dejó sentado que “... es evidente que si no se explicita en lo más mínimo las razones tuitivas que tornan ineludible el tomar una medida que tiene por consecuencia la pérdida forzosa de la libertad ambulatoria de un menor o la separación involuntaria de un hijo de su familia, se les produce a los afectados un impacto esencialmente punitivo que autoriza el recurso de apelación contra los autos que la dispongan”¹⁷.

Se debe tener en cuenta que la privación de libertad en ningún caso es vivida como algo bueno que le ocurre a un ser humano, aunque se presente con fines altruistas y que los planes de tratamiento individualizado siguen siendo la esencia del sistema de justicia de menores.

Algunos autores, como ser Lucía E. Larrandart, consideran que al hablar de internación de un niño en un establecimiento implica privación de libertad, aunque se la llame “medida tutelar”... un chico que es encerrado en un instituto está privado de la libertad objetivamente, independientemente de como se lo denomine. Asimismo manifiesta que tradicionalmente se ha entendido a la privación de libertad como el encierro en sistemas cerrados o instituciones totales, sin embargo también lo constituye el colocar al niño en algún tipo de institución u hogar, sea público o privado, de donde no se pueda salir por su propia voluntad. Cualquier respuesta de esa clase, constituye una pena privativa de libertad y, como tal, debe estar expresamente prevista y ser proporcionada a la conducta y determinada en su duración. -

¹⁴ (CCCF, S.II, c. 10.883, Rec. Causa 877,4/5/95)

¹⁵ (CNº 10803 4-05-95)

¹⁶ (CNCRIM, S. II, c. 6048 F.P.E. 12/96)

¹⁷ (CFSM, S. II, c. 598, rta. 21/10/93).

Roberto Boqué Miró al hablar de protección integral del menor nos ilustra relatando que el paradigma del pueblo argentino y del legislador frente a las doctrinas de la protección y la represión penal, con aplicación del derecho material e instancia penal para los menores de 18 años de edad, los niños, es en qué medida se mide el interés superior del niño y la doctrina de la protección integral.

En síntesis, la medida de internación de un niño es una sanción de privación de libertad.

b) MEDIDA DE SEGURIDAD. PENA:

La doctrina sostiene: “Un sistema de responsabilidad penal juvenil se estructura sobre las bases de un derecho penal de mínima intervención”.

Al hablar de “pena” y “medidas”, nos dice Quintana Olivares que en la hora actual de la ciencia penal, se percibe con progresiva claridad que se quiere dar a la pena “contenido y función de medida” y a las medidas “rodearlas de las garantías propias de las penas”. Asimismo Roxín, pensador posmoderno, que comunicó la dogmática jurídico penal con cuestiones de política criminal, bregando por la premisa “fin y función de la pena”, dándole al Derecho Penal una “función” más abierta, justa, social y más humana.

A pesar que en teoría, nuestro derecho distingue entre la pena y la medida de seguridad, prácticamente ambas guardan la misma naturaleza.

Entendiendo al niño o joven infractor como un inimputable (tal como originariamente se lo considera), ante la presunta comisión de un hecho delictivo, cabe aplicarles “medidas de seguridad”.

De acuerdo a los fines de la medida de seguridad, la fundamentación para reaccionar frente a la peligrosidad del sujeto inimputable que ha cometido un delito se ha dado fundamentalmente a través de dos argumentos, uno preventivo y el otro terapéutico. Siempre sin perder de vista que a diferencia del contenido retributivo y orientación preventivo-general de las penas, las medidas de seguridad son esencialmente instrumentos para la prevención especial en nombre de la defensa social.

Carl Stoos introdujo por primera vez sistemáticamente las medidas de seguridad en el Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893, sosteniendo un modelo binario de consecuencias penales. Las planteó como una institución totalmente distinta de las penas en su fundamento y orientación, llamándolas medidas de seguridad y medidas de tratamiento, corrección y educación. Su propuesta estaba destinada a los delincuentes jóvenes, los delincuentes alcoholizados, los vagos, los criminales habituales y los anormales mentales. Escribió: “Existen particulares grupos de personas a fines del siglo XIX, inclinadas a cometer delitos a causa de un estado corporal o espiritual (...). La pena por regla general, no es adecuada para ello, pues se determina no con arreglo al estado del agente, sino con

arreglo al acto por él ejecutado. Son necesarias otras medidas que consigan lo que la pena no consigue”.

De esta manera, con el sistema dualista, por oposición al monismo igualador entre unas y otras se diferenció pena y medida de seguridad. La primera se reservaba como respuesta al culpable por su delito, imponiéndole un sufrimiento en la medida del bien jurídico atacado con su hecho y su culpabilidad. En cambio, la medida de seguridad no pretendía causar sufrimiento. Su fundamento era la estimación de nocividad o peligrosidad del agente, su duración se relacionaba con este fin de aseguramiento, protegiendo a la comunidad de los agravios provenientes de quien había cometido un hecho típico.

En la misma época, Franz von Liszt con su Programa Político Criminal de 1892 se apartó del retribucionismo de la pena, buscando una orientación hacia los fines de prevención especial. Sostuvo: “Corrección, intimidación, neutralización: estos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos... La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso por tiempo indeterminado)”.

Finalmente, la Escuela Positiva Italiana de Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) y Rafael Garófalo (1851-1934), propugnó la fusión de la pena y medida de seguridad con fundamento en la negación del libre albedrío del hombre, que resultaba un animal completamente sujeto a las leyes de la necesidad natural. Al decir de Ferri “El hombre, como otro ser que tenga vida, no es más que una máquina de transformación de fuerzas, sujeto a las leyes universales de la causalidad”. Por ello, admitido el determinismo de la conducta humana, la pena no podía ser castigo en cuanto respuesta a una libre decisión contraria a la norma. Lo cual permitía la intervención sobre ese sujeto al constatarse la mera peligrosidad predelictual o sine delicto. Pues la peligrosidad era inherente al hombre, y eso habilitaba la intervención estatal para su tratamiento. De esta manera el positivismo fundamentó la pena en cuanto necesidad de defensa de la sociedad, que se veía legitimada a defenderse de las agresiones externas e internas mediante prácticas de saneamiento y profilaxis social. Sobre esta base se propuso una sociedad orgánica e integrada, sometida más al control científico que a la moral del Estado.

Con el fin de superar las objeciones al modelo preventivo, se buscó una fundamentación ética. Entonces, más allá de la concreta utilidad social de las medidas de seguridad, concepto insuficiente como única justificación, se las trató de presentar como medidas al servicio del individuo. Así es como se les otorgó a las medidas de seguridad un fin terapéutico, y por ello curativo, resocializador y educativo del autor. De admitirse dicho fundamento, se estarían justificando falazmente las intervenciones estatales desmesuradas e ilimitadas.

Por todo ello no se puede negar las similitudes, en cuanto a la naturaleza de la pena y las medidas de seguridad. Así es como Núñez dice de la pena que es la “pérdida impuesta a una persona como retribución del delito cometido”¹⁸.

Por lo expuesto cabe concluir que la medida de internación (medida de seguridad) posee naturaleza jurídica de pena por compartir su carácter aflictivo, en cuanto resulta una reacción penal estatal de carácter coactivo frente a la comisión de un hecho típico antijurídico.

Quintero Olivares y Morales Prats sostienen que las medidas de seguridad en cuanto reacciones punitivas del Estado, sustitutivas o alternativas de la pena, según el régimen legal, constituyen castigos penales por tratarse de consecuencias jurídico-penales del hecho ilícito, que producen un efecto aflictivo y restrictivo de derechos.

La consecuencia inmediata de aseverar el carácter aflictivo de la medida de seguridad es que debe exigirse para su imposición las mismas garantías que rigen para la pena. Puesto que en definitiva, se trata también de una intervención coactiva y limitadora de derechos individuales.

No puede negarse el carácter sancionatorio de la medida de internación, lo cual constituye una gran restricción a los derechos del niño o joven que sufre la pena, las cuales en muchos casos son más severas que las impuestas con las “penas” privativas de libertad, y no pasible de recurso alguno contra dicha resolución.

El mejor argumento de que la medida de seguridad tiene carácter de sanción es su imposición como efecto de la comisión por parte del niño o joven no punible de un hecho típico y antijurídico. No son simples caridades, porque si así lo fueran, dependerían de la libre aceptación o rechazo del sujeto pasivo, o bien por parte de sus representantes legales, quienes en escasas oportunidades son notificados fehacientemente de la resolución.

Así es como la medida de internación, entendida como “medida de seguridad” reúne las siguientes características, que determinan el carácter sancionatorio:

a) Es un acto coercitivo siendo irrelevante la voluntad del sujeto pasivo en cuanto a su rechazo;

b) La sanción implica en su objeto la privación de un bien personal, consistiendo en la supresión o disminución del goce del mismo;

c) La sanción es impuesta por una autoridad competente, lo que le da el carácter de sanción legal;

d) La sanción resulta consecuencia de un acto humano, es decir que la sanción es reacción estatal en respuesta a una actividad voluntaria del agente;

¹⁸ NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1960.

e) La sanción debe estar prevista legalmente antes del hecho, en cuanto implica amenaza de imposición de un mal por parte del Estado. -

Lo antedicho determina los requisitos compartidos con la pena:

- I) Principio de conducta o acto;
- II) Principio de legalidad (con sus garantías de reserva, tipicidad, irretroactividad y prohibición de analogía);
- III) Principio de lesividad al bien jurídico (en cuanto limitación del ius puniendi);
- IV) Principio de inocencia (como límite a las medidas de coerción, exclusión de la carga probatoria e in dubio pro reo);
- V) Tutela judicial efectiva. En el caso exclusivo de la pena, se agrega el ineludible requisito de culpabilidad, no compartido con la medida de seguridad que funciona como límite y garantía de aquella.

A este punto la doctrina se plantea la duda acerca del rango constitucional de la culpabilidad como limitador de la pena, justamente por la existencia de las medidas de seguridad sin culpabilidad, salvándose tal cuestión sustituyendo la culpabilidad por la razonabilidad lo cual de hecho ofrece mucho menos para la limitación de la intervención del Estado.

Ante lo expuesto, debo concluir que la medida de seguridad es, en la práctica, una reacción del Estado para proteger a la sociedad del ataque al bien jurídico que realiza el inimputable, exigiéndole un sacrificio personal en aras del bienestar general de la comunidad, pero actualmente la idea de exclusión social, es difícilmente sostenible dentro del programa constitucional de Estado de Derecho. Por ello se sigue buscando enmascarar la medida de seguridad en beneficio y curación del sujeto pasivo.

El derecho aplicable a los niños y jóvenes infractores de ley penal, tiende a justificar las resoluciones que contra ellos recaen, teniendo en cuenta que resulta ser una "persona en formación" a la cual se la debe proteger y readaptar para la aniquilación de futuras conductas delictivas. A ello se suma la situación social actual en nuestro país, que si bien mientras los doctrinarios especializados en la materia intentan un cambio paradigmático en la concepción del niño o joven como "sujeto de derecho", la sociedad, inspirada por cuestiones mediáticas y subjetivas, reclama aseveración de penas para con los jóvenes infractores, toda vez que no encuentra solución conforme el sistema vigente. Es así como pareciera, que tratando de dar un vuelco de ciento ochenta grados en cuanto a la concepción, dicha influencia lleva nuevamente a concebir al niño y/ o joven como un "criminal peligroso" susceptible de aplicación de las mal llamadas medidas de seguridad, con el sólo objeto de proteger a la colectividad e impedir la comisión de un nuevo ilícito.

En síntesis, a pesar de querer justificar la reacción estatal contra los menores infractores como una medida benefactora, no cabe duda que la misma tiene naturaleza de

pena, toda vez que es una sanción por haber cometido un hecho delictivo, el cual en el mayor de los casos no es investigado.

4) COMPARACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNACIÓN DE NIÑOS CON OTRAS FIGURAS PENALES APLICABLE A LOS ADULTOS

A- LA INTERNACIÓN Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

En un reciente fallo de fecha 11 de marzo del corriente año pronunciado por la Cámara Nacional de Casación Penal, se resolvió que “resulta plenamente aplicable el régimen de los Art. 1º y 7º de la ley 24.390 al cómputo de la internación como prisión preventiva (en los términos del Art. 24 del C.P.)” (confr. : esta Sala in re: “Retamar, Marcos Horacio s/recurso de casación”, causa n° 4533, reg. n° 5949, rta. el 28 de agosto de 2003). En el citado precedente se sostuvo que “la equiparación viene dada, por las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 el 14 de diciembre de 1990 que definen como privación de libertad, en su punto II.b, a ‘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’. Asimismo, que la interpretación que más se adapta al cumplimiento de las obligaciones que hemos asumido internacionalmente al adherir a la Convención sobre los Derechos del Niño, ahora incorporada a nuestra Constitución Nacional en virtud del art. 75, inc. 22, en tanto prescribe que ‘en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Ello así, puesto que, como ya he dicho “en lo que hace a la detención o prisión preventiva... la Convención sobre los Derechos del Niño no contiene disposiciones especiales, pero reconoce, siguiendo las Reglas de Beijing, que toda privación de libertad, inclusive ‘la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso, durante el período más breve que proceda’ (Art. 37.b) (Reglas de Beijing 13.1 y 13.2)” (confr.: David, Pedro R., “Sociología Criminal Juvenil”, Editorial Lexis Nexis Depalma, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, 2003). Con apoyatura en lo expuesto se resolvió remitir los autos al tribunal de origen a los efectos de que, en salvaguarda de la garantía de la doble instancia, se efectúe un nuevo pronunciamiento.

Cabe aclarar que la ley 24.390 regula la duración y computo de la prisión preventiva (Sanción: 2/XI/1994- Promulgación: 21/XI/1994- Publicación: B.O. 22/XI/1994).

Teniendo en cuenta la naturaleza de la internación en los menores de edad, me adentraré en definir la prisión preventiva, para culminar extrayendo las características similares entre los dos institutos.

La prisión preventiva ha sido definida como “la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento a la ejecución de la pena”.¹⁹

Quienes aspiran a promover una concepción “procesalística” del encarcelamiento preventivo (Cafferata Nores), cuestionan virulentamente el “gesto punitivo ejemplar” que desde los órganos de justicia fundan esta medida en una mera sospecha, en la íntima convicción o, en el llamado derecho penal de autor.

Roxin arriesga tres objetivos que al menos requieren nuestra reflexión: a) asegurar la presencia del imputado en el proceso; b) garantizar la investigación de los hechos y c) asegurar la ejecución penal.²⁰

También se ha dicho que “El único sentido jurídico de la prisión preventiva es de tipo cautelar. Impedir que el imputado eluda la acción de la Justicia, sea obstaculizando la investigación o el eventual cumplimiento de la sanción penal. Al respecto, la C.S.J.N. en autos “Rodríguez Landivar, Blanca”, del 6/8/91”.²¹

Entre las características que se apuntan, vemos que la prisión preventiva es una medida cautelar que no tiene un fin en si misma, no es una pena, sino que es utilizada como un medio para lograr los fines del proceso. Debe ser por un tiempo determinado, debiendo ser el plazo “razonable”; el sujeto al cual se le aplica es un adulto y puede ser por cualquier delito, obviamente contra cualquier bien jurídico protegido²². Hay coincidencia que se trata de una medida cautelar que intenta asegurar la asistencia al proceso del encartado.

La declaración de procedencia de la prisión preventiva, implica un acto de ameritación instructoria y aparece entre las medidas limitativas de derechos del imputado, como la de mayor gravedad²³, implica que la atribución delictiva debe ser por figura conminada con pena privativa de libertad o bien que se encuentren presentes circunstancias que justifiquen que el procesado intentará eludir la acción de la justicia.

¹⁹ROXIN, CLAUDIUS, “Derecho Procesal Penal”; pág. 257, Editora del Puerto, Argentina, año 2000.

²⁰En forma similar lo sostuvo la CSJN en autos “Todres, Isaac”, del 18 /8/71, Fallos 280:297, del cual se infería que tres eran los objetivos de la prisión preventiva: Asegurar el éxito de la investigación, evitar que no se frustré la ejecución de la eventual condena y garantizar en casos graves que no se siga delinquiendo, situación rectificadas en autos “Firmenich, Mario E.” del 27/7/87, Fallos 310:1476, J.A. 1987, IV, 137.

²¹JOSE LUIS CLEMENTE, Derecho a la libertad durante el proceso penal, Semanario Jurídico, año XXIII, nº 1252, Córdoba, 5 de agosto de 1999.

²²En la medida que se esté en la tesis que el derecho penal protege bienes jurídicos. En contra Günther Jakobs (Cfr.: ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001).

²³JORGE EDUARDO VAZQUEZ ROSSI, Curso de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 1985, pág.275.

La prisión preventiva se hace efectiva en establecimientos carcelarios especiales, distintos a los destinados a los condenados; y cesa en forma definitiva mediante el auto de sobreseimiento o por sentencia, ya fuere absolutoria o condenatoria.

Como medida cautelar, la prisión preventiva depende de que exista una apariencia o verosimilitud del derecho y el temor fundado de que tal derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlos.²⁴ Es dable destacar que “ninguna medida cautelar puede ser desnaturalizada al encararla como anticipo de pena”²⁵.

Alberto Bovino, al referirse a las garantías judiciales en materia penal, habla del fin de la prisión preventiva, “la detención preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fines procesales... el carácter procesal de la detención significa que la privación de libertad se utiliza para garantizar la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”²⁶.

La mora judicial, justificable o no, en el tratamiento de este tópico ha llevado a expresar “máximos” o “topes” temporales para este instituto. Hoy en crisis la ley 24.930 deja la impronta de que es un tema complejo dado en una sociedad “compleja”.

Denominadores comunes entre la prisión preventiva y la internación:

- deben ser de plazo determinado
- se cumplen en establecimientos especiales.
- a quienes se les aplica no han sido condenados por el hecho que se les imputa.
- se deben dictar mediante auto fundado
- son apelables ante la alzada
- cesan por auto de sobreseimiento o por sentencia absolutoria o condenatoria.
- se computan temporalmente a los efectos de la pena que se imponga.
- no se trata de una sanción anticipada.
- son medidas de coerción que restringen libertades.

B- LA INTERNACIÓN Y LA EXCARCELACIÓN

La internación es una medida de coerción personal, pero no se prescinde en su definición de los fines tutelares y reeducativos. El Art. 37 inc. d), y en el régimen

²⁴FRANCISCO D'ALBORA, “Código Procesal Penal de la Nación. comentado”, Editorial Abeledo - Perrot, pág. 538, 4ta. Edición, año 1999.

²⁵ FRANCISCO J. D'ALBORA, Idem.

²⁶ALBERTO BOVINO, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos” en La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, 1998, pág.443.

excarcelatorio, se asimila la internación a la privación de la libertad, pues esta norma dice: “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a (...) impugnar la legalidad de la privación de su libertad...”. Sin embargo, se justifica esta privación sobre las facultades tuitivas del juez y las pautas reeducativas de la ley 22.278, legitimando, de este modo, el modelo de la situación irregular:-

“Si bien no resultan aplicables las disposiciones del artículo 315 del Código Procesal Penal respecto de los menores de edad, una interpretación armónica de las normas aplicables – Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y leyes 23.849, 22.278 y 10.903 del Congreso Nacional-, en el caso concreto permiten interpretar que, sin obviar el aspecto tutelar de la privación de la libertad decretada, la internación de... en el Instituto de Seguridad Dr. Luis Agote, con origen en la imputación de un delito, constituye una medida de coerción personal dispuesta en el marco de un proceso penal y de las facultades tuitivas del Juez, destinada a cumplir las pautas reeducativas de la ley 22.278. Consecuentemente, la observancia de lo establecido en el artículo 37, inciso d) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849, autoriza la procedencia del régimen excarcelatorio regulado en el Código Procesal Penal²⁷”.

6) ALGUNOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS AL APLICAR UNA MEDIDA DE SEGURIDAD A UN NIÑO DECLARADO NO PUNIBLE:

a) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad formal exige la construcción del tipo normativo de ley penal constitucional, fuera del cual toda otra ley penal será ilícita. Entonces, sólo la comisión de una conducta definida como delito por la ley penal puede dar lugar a una reacción jurídico penal. Este principio está consagrado constitucionalmente en la República Argentina. Y desde la reforma del año 1994, a través del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional⁸⁴, por la incorporación de los Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Rica (CA), y Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.).

La indicación de que ningún habitante de la Nación puede ser “penado” sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso se refiere a que no puede ser objeto de la actividad punitiva del Estado. Ella comprende tanto imposición de penas propiamente dichas, como medidas de seguridad, por lo que debe exigirse las mismas garantías para su imposición.

²⁷ (CNCrim. y Corr., Sala VI, Causa N° 11.880, “J.V., N.”, rta. 26/08/1999).

En el ámbito penal fue precisado por Feuerbach, en la expresión *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y *nullum crimen sien poena legale*.

La contracara de la legalidad penal es el principio de reserva consagrado en el Art. 19 de la Constitución Nacional. Ambos son manifestaciones de la misma garantía de legalidad que se fundamenta en requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (Art. 1º de la Constitución Nacional).

Toda ley que imponga pena sin presuponer delito es inconstitucional, pues le falta el hecho del proceso. De allí que no podría admitirse medida de seguridad predelictual.

El principio de legalidad se asienta en una doble fundamentación: el fundamento político democrático–representativo, en cuanto expresión de la idea de libertad y del Estado de Derecho, con derivaciones de exigencia de la ley formal y de seguridad jurídica; y un fundamento de política criminal de carácter netamente penal, que se asienta en la función social de la norma y sanción penal.

Sabido es que, si bien la CIDN y otros instrumentos internacionales, imponen que las medidas privativas de la libertad deben ser determinadas en el tiempo, la ley vigente nada dice al respecto. En derecho penal rige el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa. Es decir se exige para el cumplimiento del principio de legalidad, que el legislador agote los recursos técnicos para otorgar taxatividad y la mayor precisión técnica posible a su norma. Entonces cuando el legislador no cumple con este mandato, o bien por prescindir de la descripción de la conducta típica, por utilizar conceptos vagos e imprecisos, o por establecer escalas penales exageradamente amplias, el Derecho Penal tiene dos posibilidades de acción: aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa o la sanción de inconstitucionalidad. La primer solución se da a través de la búsqueda de la interpretación posible, aún reduciendo al máximo el espectro de aplicación de la norma, para que pueda convivir en armonía con la Carta Magna. La opción de declaración de inconstitucionalidad de la norma debe utilizarse sólo en caso se no ser posible la primer vía propuesta, por la gravedad que conlleva toda declaración de inconstitucionalidad, tema el cual abordaré mas adelante.

En este sentido, por aplicación de la “predeterminación normativa” de las conductas y sanciones, resulta necesario que la ley determine la duración temporal de las medidas de seguridad, cuestión que la ley omite. La ilimitación temporal afecta la seguridad jurídica, y el principio de legalidad y de proporcionalidad, porque a partir de él deben quedar establecidas con anterioridad al hecho no sólo sus presupuestos, sino las consecuencias jurídicas del mismo. Dicho principio exige la inclusión de la clasificación de las penas y escalas penales, así como la duración máxima de las mismas. Todo ello resulta claramente aplicable a las medidas de seguridad, más allá de no resultar explícito del texto legal, como sí ocurre con relación a las penas.

De esta manera, la indeterminación temporal de la medida de seguridad incumple la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Lo que en palabras de Quintero Olivares se refleja al sostener “*que permitir el internamiento indefinido a través de la imposición de medidas de seguridad es un fraude al sistema de garantías constitucionales*”.

El principio de legalidad asegura a los habitantes la imposibilidad de que el Estado intervenga más allá de los límites establecidos por la ley, garantizando al individuo la posibilidad cierta de conocer de antemano las consecuencias de sus actos y tener absoluta seguridad de que si la ley no establece determinadas consecuencias, esas consecuencias no pueden ser impuestas.

b) PRINCIPIO DE IGUALDAD:

Este principio se conoce como “regla de igualdad” e implica que “se debe tratar a los iguales de igual modo y a los desiguales de modo desigual”, supuesto consagrado en la Constitución Nacional en su Art. 16. Lógicamente dicha manda se interpreta desde que la ley debe ser igual en igualdad de circunstancias²⁸, pero existiendo diversas circunstancias, la ley debe realizar la igualdad dentro de cada categoría, grupo o clasificación que le corresponda, evitando distinciones arbitrarias, inspiradas en propósitos manifiestos de hostilidad contra determinadas clases o personas.

Cabe preguntarse al respecto cuánta pena hubiera correspondido a un joven en caso de haber sido un adulto imputable, ambos responsables de un mismo hecho ilícito.

Este podría ser un límite a esa medida de seguridad aplicable al menor de edad, que de hecho debería estar en cabeza de quien lo juzga, cuestión que no sucede en la práctica del fuero minoril, siendo así como en diversas ocasiones, habiendo delinquido en un mismo hecho un menor y un adulto, mientras este último obtiene la libertad, el primero continúa privado a ella en aras a una disposición provisional por parte del juez interviniente.

García Rivas sostiene, en referencia a la problemática de la culpabilidad, la necesidad de hacer valer el principio de igualdad, pues evidentemente quien no es capaz de motivarse en la norma, no puede ser tratado de la misma forma que quien sí lo es; pero peor aún sería darle un trato más gravoso.

Al respecto, resulta interesante traer el fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, “SÁNCHEZ, Omar” del 24 de octubre de 1986, en voto de Zaffaroni y Elbert. Tiene su importancia en el expreso reconocimiento que realiza de la desigualdad jurídica en la legislación aplicable al sujeto inimputable, frente al que no lo es. Desde esa hipótesis, se plantea que en caso de duda ante la prueba de la psicopatía en el agente, y en cumplimiento del principio *favor rei*, debe estarse a la declaración de imputabilidad del autor

²⁸ C.S.J.N., F. 200:424.

enjuiciado: “La declaración de inimputabilidad del psicópata implica una medida de seguridad prácticamente perpetua, es decir, una privación de libertad perpetua y dado que en el caso de autos no existe un diagnóstico preciso sobre el grado de la psicopatía, no se puede disponer lo más grave para el procesado, disponiéndose en consecuencia la confirmación de la sentencia apelada en cuanto condena al justiciable por el delito de robo con intimidación”. En este mismo sentido se puede entender que sería más beneficioso bajar la edad de imputabilidad, y someter a los jóvenes a un debido proceso penal, aunque este no sería el remedio, justificando lo antedicho en función de las consecuencias jurídicas que acarrea la declaración de inimputabilidad.

En síntesis, resulta lógica la diferencia entre menores y adultos, de hecho dicha distinción en cuanto a su especialidad es consagrada por la CIDN y demás tratados internacionales, pero a pesar de ello, y como quedó dicho, esa desigualdad es el fundamento de la intervención estatal arbitraria, que basada en un sistema paternalista vulnera los derechos fundamentales de los niños y jóvenes.

POSIBLES SOLUCIONES ACTUALES. USOS DE LAS REGLAS VIGENTES.

La ley 22.278 al declarar no punibles a las personas menores de 16 años, se condice con el mandato de la CIDN que en su artículo 40.3.a establece que los Estados Partes se comprometen: “(a) establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.” La no punibilidad establecida por la ley 22.278 debe interpretarse a la luz de la CIDN como la absoluta imposibilidad del Estado de imponer una pena a las personas menores de 16 años, entendiendo como pena aquellas “medidas de seguridad” comúnmente llamadas internación.

La privación de libertad vulnera lisa y llanamente la garantía del debido proceso, pues no es consecuencia de un procedimiento acorde con la Constitución Nacional, al no haber sido respetadas las garantías de juicio previo, inocencia y defensa en juicio, y se materializa absolutamente desvinculada de límites legales²⁹.

A partir de la reforma constitucional de 1994 que estableció la jerarquía constitucional de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se reconoce un nuevo principio que debe regir la privación de la libertad de los niños y jóvenes, atendiendo a la especial condición de esta categoría de sujetos en etapa de crecimiento. Este principio surge del artículo 37.b de la CIDN y consagra que la privación de la libertad de los niños no debe ser

²⁹ Al decir de Atienza, Manuel (“Tras la justicia”. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1993) existiría en el caso sub un caso de irracionalidad jurídico-formal de acuerdo con los niveles de racionalidad analizados por el mencionado autor, es decir, este supuesto constituye una contradicción respecto de principios básicos del ordenamiento jurídico. El autor sostiene que “legislar racionalmente significa hacerlo respetando los criterios de forma y de contenido establecidos por el propio ordenamiento jurídico y procurando que la nueva ley se integre armónicamente en el mismo (pág. 209)”.

ilegal ni arbitraria, más debe ser una medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

La medida de internación resulta ser ilegítima dado que violenta garantías sustantivas y procesales fundamentales en nuestro sistema de derecho y arbitraria por las carencias manifiestas en cuanto a su fundamentación y por vulnerar principios básicos del régimen republicano cuales son: los principios de razonabilidad y legalidad, principios que importan además la posibilidad de impugnar las decisiones que se dicten en los procedimientos.

A partir de las normas vigentes se pueden impugnar tales medidas, lo cual rara vez sucede en la práctica, máxime teniendo en cuenta, que en la provincia de Buenos Aires no existen defensorías oficiales que boguen por los derechos de los niños y jóvenes en infracción con la ley penal. Dicha capacidad del juez para negar la validez de una norma tiene su razón de ser, y justamente por ser el medio para asegurar la protección de la mayoría, no implicando tal atribución su superioridad por sobre los legisladores, sino que es un modo para ratificar la supremacía de la Constitución Nacional³⁰.

En adelante expondré dos posibles soluciones meramente enunciativas:

1) POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD

En un Estado de Derecho como el que nos rige existen requisitos formales y sustanciales para que el Estado tenga permitido privar de la libertad a las personas.

En los casos de privación de libertad fundado en el tratamiento tutelar, luego de declarada la no punibilidad del menor infractor los es al solo efecto del estudio de la personalidad del niño y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentra, conforme prescribe el Art. 1º de la ley 22.278. Sin embargo siendo penal la naturaleza del inicio de la causa, dicha medida debería ser con el objeto de perseguir la averiguación de la verdad y asegurar la comparecencia del niño ante el tribunal.

Sin perjuicio del título que se le dé a la medida, la misma no deja de ser privación de la libertad por imperio legal y en consecuencia, importa una pena. Así es que considerándose una pena, dicha resolución vulnera los principios básicos contemplados en nuestra Constitución Nacional que imponen un límite insoslayable al *ius puniendi* estatal.

En efecto, se lesiona el principio de legalidad penal consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional, Art. 40 2. a. de la CIDN, Art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto impone al Estado la exigencia de una ley previa, escrita y estricta que tipifique como delito la conducta que se sanciona. Por un lado, no existe una ley previa que tipifique como

³⁰ Hamilton sostenía que la capacidad judicial para anular las normas legislativas constituía una práctica defendible y valiosa. “El verdadero peligro... surgiría si se le negara a los jueces su capacidad revisora...” (Roberto Gargarella “Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras- 2004- Capital Intelectual”).”

delito las circunstancias que habilitan la disposición de provisional (Art. 1º de la ley 22.278); y por el otro, jamás en un estado de derecho, podría existir una ley que calificara como delito esas circunstancias, pues no constituyen conducta alguna que ponga en peligro o lesione un bien jurídico de un tercero.

De esta forma, el Art. 1º de la ley 22.278, que habilita la disposición provisional de un niño y/ o joven resulta inconstitucional pues permite la intervención coactiva estatal en virtud de estados personales y no de conductas lesivas.

En el procedimiento asistencial las medidas que se ordenan no están asentadas en un hecho previo típico ni se sustentan en un proceso previo, sino que son discrecionales, secretas, no son fundadas, y para su efectivización se tienen en cuenta criterios peligrosistas que atienden a las características de la personalidad y a la incriminación de estados, propia de los sistemas totalitarios contrarios al orden constitucional, y que han ocupado gran parte de las instituciones.

La incriminación de estados también colida frontalmente con el principio de culpabilidad por el acto en tanto reglas constitucionales básicas (CN Art. 18, oración I, y 19) impiden la reacción punitiva del Estado contra la mera culpabilidad de carácter, y sólo permiten la aplicación de este poder penal a quién ejecutó un hecho punible.³¹

En consecuencia, "Si la ley penal solo puede válidamente seleccionar acciones (artículo 19 de la Constitución Nacional) y la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (artículo 18 de la Constitución Nacional), la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo."³²

Por otro lado cuando un niño es privado de su libertad sin que haya existido un juicio previo donde se declare su culpabilidad (si bien no es posible debido a ser considerado no punible) por la comisión de un delito, también se vulnera la garantía constitucional de juicio previo contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional que establece que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. "*La exigencia del juicio previo impone la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien*"³³.

Asimismo dicha privación de la libertad vulnera el principio de inocencia contenido en

³¹ MAIER, Julio, B. J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2º edición, 1996.

³² MAGARIÑOS, H. Mario, *Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un "modelo peligroso" de Derecho Penal)*, Cuadernos de Jurisprudencia Penal N°7, Edi. Buenos Aires.

³³ MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2º edición, 1996.

el artículo 18 de la Constitución Nacional, la Regla 7 de las Reglas de Beijing, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 40.2.b.I de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por el cual nadie puede ser tratado como culpable hasta tanto el Estado no emita una sentencia firme que así lo declare y le imponga una pena.

Por todo lo expuesto es que los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo primero de la ley 22.278 resultan ser inconstitucionales, por contradecir los preceptos de los artículos 3, 5, 9, 37 y 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, a los artículos 7 inc.1, 2, 3, y 6, 8 inc. 2, 9, 17 y 19 de la Convención americana sobre Derechos Humanos- y por lo tanto a los artículos 18, 19 y 75.22 de la Constitución Nacional.

El recurso de inconstitucionalidad resulta ser procedente toda vez que conforme el texto vigente de la Constitución Nacional en su Art. 43 primer párrafo in fine reza: *"el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva"*³⁴.

La C.S.J.N. sostuvo que cuando al momento de dictar sentencia se pueda establecer si las normas impugnadas resultan o manifiestamente ilegales, el juicio de amparo es el marco adecuado para instrumentar el debate de la inconstitucionalidad. Impedir ese examen y dilatar la decisión sobre temas sustanciales invocando inexistentes o inválidas restricciones procesales implica contrariar las disposiciones legales del juicio de amparo³⁵.

Apoyando la tesis del Dr. BIDART CAMPOS *"aunque el segmento del Art. 43 dedicado al hábeas corpus guarde silencio acerca del control judicial de constitucionalidad que- acaso- pudiera suscitarse si el acto lesión de la libertad física fuera ejecutado en aplicación de una ley u otra norma general, tenemos convicción segura de que la declaración de inconstitucionalidad sería procedente, del mismo modo como la norma constitucional lo ha dejado esclarecido en el párrafo regulatorio de la acción de amparo"*³⁶, por lo cual, si bien la discusión jurisprudencial suscitada en torno al tema, en la Corte, versó principalmente sobre si procedía la declaración de inconstitucionalidad de oficio, no queda duda acerca de que, instada la inconstitucionalidad de la ley en que se funda la privación de la libertad, también resulta esta la vía idónea para la resolución del mencionado recurso.

II) INTERPOSICIÓN DE ACCION DE HABEAS CORPUS

La imposición de una medida tutelar (de seguridad) en virtud de una disposición

³⁴ C.NAC.CONT.ADM.FED., SALA IV "Michalski, Héctor R. y Otros C/ Instituto Nac. De Cinematografía S/ Amparo", rta. 23/09/94.

³⁵ CSJN, *in re* "Peralta, Luis A. y otro c/ E.N. -Min. de Economía, B.C.R.A.", del 27/12/90; C.NAC.CONT.ADM.FED., SALA I Buján, Coviello "POLLACHI, ANA I. c/ Instituto Nac. de Cinematografía s/ amparo" 18/07/95.

³⁶ (Bidart Campos, Germán J. , *op. cit.* pág 323)

provisional judicial afecta el derecho fundamental a la libertad ambulatoria del joven infractor sin previsión legal alguna en cuanto a su revisión en instancia de impugnación lo cual habilita la interposición de la Acción de Habeas Corpus.

El artículo 1º de la ley 22.278 faculta al juez a disponer provisionalmente de los niños imputados de un delito a los efectos de realizar estudios de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentren. Y son, precisamente, estas medidas que facultan al juez a restringir la libertad de los jóvenes sujetos a tutela las que en el marco de la ley 22.278 no son pasibles de recurso, conforme surge de su lectura.

Por esto, al no existir una vía recursiva ordinaria prevista por la ley 22.278, el remedio específico previsto en el ordenamiento jurídico para cuestionar una privación de la libertad no conforme a derecho es la acción de *habeas corpus*.

*"El Art. 18 de la Constitución Nacional establece, con una fórmula muy general, que toda privación ilegítima de la libertad personal, sin distinción alguna acerca de quien emana, autoriza el amparo constitucional. Esta amplitud del hábeas corpus es la que corresponde a la tradición del recurso en el derecho anglo-americano, fuente inmediata del nuestro, así como a la letra y el espíritu de la Constitución Nacional"*³⁷.

*"El amparo otorgado por el Art. 18 de la Constitución Nacional contra toda detención ilegítima incluye la acción de hábeas corpus y una adecuada averiguación dentro de ella que asegure la efectiva vigencia de la garantía constitucional. Suscita cuestión federal lo decidido acerca de los alcances que la Constitución y la Ley asignan al Hábeas Corpus, sin perjuicio que en el caso quepa analizar la razonabilidad de las concretas medidas de investigación propuestas para prevenir que a través de este último aspecto, en principio ajeno a la jurisdicción extraordinaria, pueda frustrarse el derecho federal en cuestión"*³⁸.

En cuanto al alcance de la acción la jurisprudencia se ha inclinado por considerarla como a una garantía de amplia proyección siempre que el derecho violado sea el derecho, constitucionalmente reconocido, a la libertad ambulatoria, en forma actual.

*"Para la procedencia del habeas corpus se requiere la existencia de un acto u omisión de funcionario o autoridad pública que menoscabe sin derecho la libertad personal de algún habitante del país. La investigación a desarrollar en este procedimiento debe orientarse, pues, hacia la comprobación de tales circunstancias; naturalmente, el pedido de amparo debe ser oportuno, es decir, que la decisión pretendida pueda resultar idónea para restituir con utilidad el derecho del beneficiario, ya que de otro modo se perseguiría un pronunciamiento abstracto"*³⁹.

Ante una medida de internación se verifican los requisitos exigidos para la

³⁷ *in re* "Samuel, Kot S.R.L.", CSJN, F:241:291.

³⁸ *in re* "Diez, Cristina", CSJN, F:302:964.

³⁹ *in re* "Creature, Laura Noemí", CSJN, F:307:93

procedencia de la acción, a saber: la falta de instancia de impugnación, constitucionalmente consagrada en nuestro ordenamiento, y porque es éste el instituto previsto expresamente por la Carta Magna para la protección de tal derecho.

En tal sentido, la jurisprudencia del más alto tribunal ha dicho, mediante conceptos que reafirman las facultades de control de legitimidad que por imperio constitucional se encuentra en cabeza de los jueces, que *"Es admisible el ejercicio de acciones directas de inconstitucionalidad como medio idóneo -ya sea bajo la forma de amparo, acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional- para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional"*⁴⁰.

*"En el Art. 43 de la Constitución Provincial queda sentado el principio de que todos los derechos y libertades humanas, reconocidos implícita o explícitamente por la Carta Magna, están protegidos por la acción de amparo y habeas corpus según corresponda"*⁴¹.

En igual sentido se manifestó la jurisprudencia al indicar que: *"Tomando en cuenta las disposiciones del Art. 43 de la Constitución Provincial, todos los derechos y libertades humanas, reconocidos expresa o implícitamente en ella, quedan bajo la protección de la acción de amparo o habeas corpus según el caso, estableciendo la segunda parte de dicha disposición que el juez del amparo ejerce su potestad jurisdiccional sobre todo otro poder o autoridad pública. Por lo tanto, frente a tan concreto enunciado es correcto entender que aún las resoluciones judiciales -por cierto que en muy excepcionales supuestos- podrán ser atacados por esta vía excepcional; pero para que ello ocurra es necesario que converjan determinados requisitos esenciales: 1) la resolución impugnada debe conllevar una manifiesta o grosera absurdidad o arbitrariedad, 2) la ilegitimidad que de tal manifestación emana debe estar referida a los derechos esenciales de las personas (amparo) o a la restricción a la libertad individual (habeas corpus) , 3) carencia de recurso idóneo que permita dejar sin efecto la resolución"*⁴².

La acción de *habeas corpus* resulta ser una modalidad del amparo, que pretende circunscribirse estrictamente a la libertad ambulatoria, ello, precisamente, por el carácter fundamental y específico tratamiento que se ha otorgado en nuestro Estado de Derecho a este derecho fundamental, de modo conteste no sólo con el espíritu que nuestra Constitución ha adoptado y mantenido a lo largo de los años, sino además, con la sucesivas suscripciones del Estado Argentino a los pactos internacionales, que robustecieron el

⁴⁰ Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi), *in re* "Penna Bores, Lucas Silvano s/ su presentación", rta. 09/12/87, CSJN, F:310:2648.

⁴¹ Superior Tribunal de Río Negro (STRN), Viedma, *in re*: "Flores, S s/hábeas corpus", rta. 15-11-91, T. 143, "Iglesia Hunt s/hábeas corpus", rta. 15-11-91, T. 143, "García Osella s/hábeas corpus", rta. 15-11-91, T. 143, "Leiva s/hábeas corpus", rta. 15-11-91, T. 143, "Echarrean s/hábeas corpus", rta. 15-11-91, T. 143.

⁴² .", *in re* "Pacek, Juan O. s/HABEAS CORPUS", rta. 22-12-92, STRNSP, Viedma, T. 179.

sistema de garantías, especialmente, en lo que refiere a este fundamental derecho.

"El propósito técnico del texto constitucional en referencia al amparo consiste en reparar una emergencia, al menos transitoriamente, con una contundente intervención judicial, también rápida, de profundidad y detalle suficientes al efecto de la crisis constatada. Todo ello sin perjuicio de la ulterior revisión del caso, a pleno, a fondo, también por ante el Poder Judicial, la vía correspondiente donde incluso puede darse -en definitiva- una resolución distinta y hasta contraria a la original sentencia de amparo. Porque el Juez del amparo decide que el obstáculo que él remueve lo es, en los términos y en el contexto en que ese obstáculo ha sido implementado. Casi siempre corrigiendo un exceso de autoridad, de poder, o de hecho. Deshaciendo lo que mucho se parece -en numerosos supuestos- a la justicia por mano propia o a una ilegitimidad congénita del acto lesivo. Queda claro un hábeas corpus no pone a cubierto al beneficiado de una ulterior privación de la libertad. Pero le garantiza que esa segunda decisión sea adoptada sin los vicios de la primera y en un debido proceso, por un juez competente y con todas las garantías que rodean este tipo de resoluciones⁴³".

"El instituto Interamericano de Derechos Humanos, organismo dependiente de la OEA recomendó especialmente a los Estados miembros "amparar mediante habeas corpus o vía procesal análoga, las garantías referidas a las condiciones de alojamiento que hacen a la dignidad humana (Recomendación 4ta. acápite "Infraestructura Carcelaria"). La doctrina que surge de los antecedentes, elaborada por este STJ a través de los años de democracia y aún con distintas integraciones del Cuerpo, destaca la aceptación de las acciones de Amparo o de "Habeas corpus" como vías aptas para la reparación de los derechos afectados y que hacen a la dignidad humana, extendiendo sus efectos aún sobre decisiones jurisdiccionales, en casos de excepción⁴⁴".

Pero, cabe destacar, que siendo procedente la acción de habeas corpus contra la resolución que dispone la internación de un menor de edad en un instituto, inmediatamente se debería disponer la libertad de aquél. Pues bien, en el hipotético caso de haberse investigado el hecho, y siendo considerado un joven no punible responsable de un injusto, cabe preguntarse cuál sería la actuación del juez respecto de quien haya infringido la ley. En las sociedades regidas por el Estado de Derecho los sistemas de control que se aplican a la infancia y adolescencia han de ser diseñados de modo tal que aseguren un equilibrio entre el derecho de los niños y adolescentes a su desarrollo integral y la protección de todas las personas frente a los actos delictivos. Si las sociedades aspiran a favorecer una convivencia

⁴³ (Plenario, del voto en mayoría), STJRNSP Se. 164/94, "Municipalidad de S. C. Bariloche S/Queja", "José Barria Soto S/Amparo", (19-10-94), ECHARREN, BALLADINI y LEIVA (MA).; STJRNSP Se. 165/94 "Municipalidad de S. C. de Bariloche S/Queja" en "Sergio Rubén Medel S/Amparo" (19-10-94), ECHARREN, BALLADINI y LEIVA (MA).

⁴⁴ STJRNSP, SE.62/94, *in re* S, G y R, F S/Habeas Corpus", rta. 07- 04-94.

pacífica y sin delito, el mejor camino parece ser lograr el pleno desarrollo e integración social de los niños y adolescentes. En consecuencia, la labor del estado para con aquellos niños es estructurar políticas que integren amplios componentes de protección social y recurran sólo de un modo excepcional a la respuesta judicial y penal, la que debe reservarse exclusivamente para acciones delictivas de carácter relevante; por su parte la respuesta penal se somete a limitaciones especiales y de menor intensidad de modo de asegurar que el impacto sobre la vida del adolescente sancionado afecte en la menor medida su desarrollo e integración social, evitando así la reproducción de la violencia.

Dichas ideas deben ser extraídas básicamente de la CDN, y de las Reglas específicas sobre la Justicia y Prevención de la delincuencia de los adolescentes. Como es lógico el objetivo de una política de justicia referida a la delincuencia juvenil debe poner el énfasis en aspectos preventivos⁴⁵ anteriores al delito, pero asimismo contar con mecanismos de reacción preventivos posteriores a su ocurrencia, que busquen fundamentalmente evitar la comisión de nuevos delitos y la inserción social del adolescente infractor.

La experiencia demuestra que las políticas de aumento de las sanciones penales privativas de libertad para adolescentes dejan huellas importantes en la desocialización de jóvenes que han permanecido largos años fuera de la vida familiar y comunitaria y, en último término, muchas veces tienen como efecto la reproducción de la violencia y la interiorización de conductas delictivas.

La privación de libertad afecta el desarrollo e integración social de los adolescentes; por ello, las recomendaciones internacionales son enfáticas respecto a la utilización de la cárcel como último recurso y sólo como sanción para aquellos delitos que hayan afectado gravemente la vida o integridad de otras personas.

III) DEROGACIÓN TÁCITA⁴⁶:

⁴⁵ Desde la perspectiva de la sociología jurídica, la ley se constituye en un instrumento para plasmar las decisiones políticas de los Estados, dando respuesta a situaciones que demandan su intervención; serán aquellos grupos sociales que detentan el poder, los encargados de subrayar en el ordenamiento legal, los intereses y valores imperantes en un contexto histórico y social determinado. Una principal preocupación estatal y social es la seguridad ciudadana de los miembros que constituyen la sociedad, para ello se hace necesario diseñar una estrategia de prevención, que considere las características de la población destinataria, en el caso materia de la presente investigación, deberá observarse las principales demandas sociales de la niñez y adolescencia, para favorecer a la consecución de su desarrollo integral. Favoreciéndose de esta manera, a que la Política Criminal destinada a prevenir infracciones a la ley, esté enmarcada en los principios garantistas que constituyen la Doctrina de la Protección Integral, y de manera consecuente se lograra la anhelada seguridad ciudadana.

⁴⁶ Miguel Carbonell- Susana Talía Pedroza de la Llave (coordinadores) "Elementos de técnica legislativa" (Universidad Autónoma de México-2002). "La Derogación (pag. 225 y sgtes.) por Marina Gascon Abellan"-

Planteado como está el problema de la incompatibilidad de la norma vigente aplicable en el fuero de la infancia con la CDN, teniendo en cuenta que esta última mencionada entró en vigencia con posterioridad a la vigencia de la primera, cabe preguntarse, si tal incongruencia implica una derogación tácita. La derogación tácita es la expresión del principio de la *lex posterior* cuando se produce incompatibilidad entre las normas sucesivas, produciéndose cuando no se produce una disposición derogatoria, sino mediante una disposición normativa de otra naturaleza.

Bobbio⁴⁷ sostiene que en el ordenamiento no hay una exigencia lógica de coherencia normativa que haga suponer que norma posterior deroga a la anterior, ni tampoco a la inversa, es decir, que sobre el legislador no pesa ninguna carga de legislar coherentemente, por lo que producida una contradicción normativa no existe ningún principio insito a la propia idea de ordenamiento que haga suponer que la norma posterior deroga a la anterior. De este modo, producida una incompatibilidad entre dos normas, como el caso planteado en el presente, se podría resolver inaplicando la anterior, o la posterior, o las dos, cuestión de hecho que no se produce en la práctica, todo lo contrario: se encuentran vigentes y aplicables ambas normas, sirviendo la última, muchas veces, como sustento de resoluciones impregnadas dentro de la concepción del menor en situación irregular.

El problema de lo expuesto radica en que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce este tipo de derogación tácita, ni siquiera en la exigencia de coherencia de los legisladores en el momento de crear una ley. La única exigencia de coherencia recae sobre los jueces, en el sentido de que al no poder satisfacer al mismo tiempo dos regulaciones normativas contradictorias tienen que escoger entre una y otra, una exigencia que se traduce, por tanto, en una simple regla de preferencia en sede de aplicación.

Sin perjuicio de que, a prima facie, la aplicación de este principio de derogación tácita, pareciera ser una solución bastante fácil, la misma acarrea varias dificultades. Máxime como sucede en el caso en análisis, que la norma posterior resulta ser superior a la anterior. En este caso, no sólo se hablaría de derogación tácita sino de "invalidez sobrevenida". Es entonces allí la labor del intérprete de identificar e inaplicar la norma que ha devenido inválida, y en su caso, declararla de tal modo. El problema aquí radicaría en que tal criterio será librado a la convicción de cada juez, lo que implicaría muchas veces que dicha declaración de invalidez no se produzca y en otras si, dando como resultado soluciones distintas en casos análogos.

REFORMA LEGISLATIVA

⁴⁷ Bobbio, N. "Teoría General del Derecho" (1958-1960), Bogota, Temis, 1987.

A lo largo del presente trabajo he plasmado las dificultades que plantea el sistema vigente en la práctica del fuero de la infancia, por lo que, reitero sirven como basamento ideológico e impulsor de una reforma integral del mismo.

Ahora bien, me pareció pertinente volcar los presupuestos necesarios a tener en cuenta dentro de la técnica legislativa⁴⁸ en el momento de redactar una nueva ley de infancia que responda al paradigma de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Atienza considera al proceso de producción de leyes como una serie de interacciones entre distintos elementos, como ser editores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores, y propone cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad: una racionalidad lingüística, en cuanto a que el emisor debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje al destinatario; una racionalidad jurídico formal, pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática, pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescripto en la ley; una racionalidad teleológica, ya que la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética, atento que las conductas prescriptas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. Los objetivos del autor al analizar lo antedicho, consistieron en buscar una unidad entre saberes heterogéneos como los implicados en los estudios sobre la legislación; definir y precisar el estatuto epistemológico de los estudios sobre la legislación, es decir desarrollar un análisis que mostrase como se articulan los diversos niveles de racionalidad; y finalmente evitar un uso ideológico de la teoría y técnica legislativa, que lleve al enmascaramiento de problemas en vez de conseguir la solución de los mismos.

Cabe aclarar que la racionalidades enunciadas, no se excluyen entre si, sino que deben complementarse a pesar que en muchos casos resulta complejo mantener a todas indemnes, como ser en el caso de la contraposición entre seguridad y justicia, que resultan contradecirse la racionalidad jurídica formal y la ética, toda vez que la sistematicidad de la ley hace que ésta sea un mecanismo de previsibilidad, de seguridad, pero no hace que lo que se asegure sea la libertad, la igualdad y la justicia.

Luis Raigosa⁴⁹, elabora los diez mandamientos del buen juzgador para favorecer el desarrollo adecuado del derecho y las relaciones con los demás órganos:

- 1- Respetarás la Constitución por sobre todas las cosas.

⁴⁸ Es importante distinguir la técnica legislativa de la teoría legislativa, siendo que la primera no pretende explicar un fenómeno, sino indicar como conseguir un objetivo a partir de determinados conocimientos, y la segunda serian aquellos análisis mas bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico.

⁴⁹Miguel Carbonell- Susana Talía Pedroza de la Llave (coordinadores) "Elementos de técnica legislativa" (Universidad Autónoma de México-2002) Luis Raigosa. Órganos legislativos y órganos judiciales. Algunos elementos para el análisis de cuestiones de técnica legislativa.

- 2- No matarás los valores fundamentales del orden jurídico.
- 3- Honrarás los intereses de los padres de la ley, para que la ley pueda servir con flexibilidad por el resto de su vida, y las vidas de sus descendientes.
- 4- No hurtarás la aplicabilidad de la ley incorporando medios legales adecuados a los fines perseguidos.
- 5- No cometerás contradicciones.
- 6- Te abstendrás de caer en imprevisiones innecesarias.
- 7- No desearás las ambigüedades.
- 8- Te abstendrás de cometer vaguedades, sin contar con una buena justificación.
- 9- Te guardarás de cometer repeticiones y legalismos, y evitarás la verborrea, en la medida de lo posible.
- 10- Recuerda las reglas de interpretación de las leyes, para que los Tribunales no tomen las palabras del legislador en vano.

Me pareció interesante señalar los mandamientos mencionados para recordar cuales son los principios rectores fundamentales para la creación de una norma jurídica.

Cabe hacer una salvedad, y es que la iniciativa, la discusión, la aprobación y la publicación de una norma jurídica guardan en si un carácter político y uno técnico, lo cual en el caso de análisis es importante discernir, ya que lo estrictamente político contiene posiciones ideológicas de los partidos políticos y grupos de interés, y lo técnico se refiere a las características que debe tener un texto normativo y su inserción armónica dentro del sistema, es decir, de su cumplimiento con las reglas de reconocimiento⁵⁰ (constitucionalidad y legalidad).

No resulta trivial esta observación, toda vez que ha habido diversos proyectos de ley de reforma de la justicia de infancia en nuestro país que no prosperaron por responder a intereses netamente políticos, como por ejemplo la ley 13.298/05 de la provincia de Buenos Aires, que siendo una creación legal “fugaz” pretendió contemplar los principios consagrados en la CDN, sin articular otros mecanismos como ser de prevención⁵¹, o principios en la materia, por ejemplo el de especialidad del fuero.

⁵⁰ Pizzorusso, Alessandro. “Observaciones para el estudio de la producción normativa”. La Ley. Bs. As., año LXIII, numero 206, jueves 28/10/99.

⁵¹ Roxin, Claus (Conferencia traducida de la versión alemana por Enrique Diaz Aranda, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el ciclo de “Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales”, en el auditorio “Jaime Torres Bodet” del Museo Nacional de Antropología e Historia): “...las tendencias de la política criminal cambian como la moda...debido a la restringida eficacia de la pena, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito...las necesidades materiales de los estratos mas bajos, se pueden reducir sustancialmente mediante una buena política social...la dureza de la amenaza penal casi no tiene efecto de intimidación...en la estrategia global de prevención esta la regulación jurídica...Si queremos fortalecer la seguridad individual y garantizar la paz social necesitamos de una ciencia interdisciplinaria de la prevención en la cual este incluida la cooperación del derecho penal...”.

CONCLUSIÓN FINAL

El alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un establecimiento público o privado del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundamentado en fines educativos, protectores, punitivos, tutelares, de seguridad o cualesquiera otros constituye, hoy en día, privación de la libertad conforme nuestro derecho positivo interno.

Por consiguiente, resulta cuanto menos asombroso que una gran mayoría de nuestros tribunales no reconozca explícitamente que la internación coactiva de un niño, niña o adolescente en un instituto constituye una auténtica privación de la libertad. A pesar de ello, un alentador camino se está trazando a raíz de cierta jurisprudencia, aún minoritaria, que realiza una correcta interpretación de la internación, definiéndola como privación de la libertad, con base en la Regla 11.b. de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Asimismo, se advierte que, a partir de esta equiparación entre internación y privación de la libertad, se producen variados y diversos cuestionamientos relativos a esta interpretación que ponen, abiertamente, en tela de juicio la adecuación de nuestras leyes sobre infancia y juventud con los postulados de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y específicamente, de aquellos referidos a la infancia y juventud.

Sin embargo, un obstáculo con el cual uno se enfrenta a la hora de procurar y acceder a la jurisprudencia es con el carácter “secreto” de los expedientes tutelares. Considero al respecto que, si bien la CDN habla de la preservación de la intimidad de los niños / as y adolescentes en los procesos para evitar su estigmatización, ello no resulta incompatible con un proceso que mantenga el principio republicano de publicidad, implementando medidas que eviten la identificación de los niños/ as o adolescentes, pero que permitan hacer públicas las resoluciones. Esto, con el fin de evitar arbitrariedades, y reducir la amplia discrecionalidad con que cuentan los jueces en el fuero de menores, por lo menos, en los expedientes tutelares.

Finalmente, resulta imperiosa en nuestro país una reforma legislativa en el ámbito nacional que adecue sus principios a la doctrina de la protección integral de los derechos del niño y, fundamentalmente, a un verdadero Estado de Derecho para, de una vez por todas, garantizar a nuestra infancia y juventud la plena satisfacción y vigencia de sus derechos.

No sólo el texto legal vigente en materia de Niños y Adolescentes resulta incompatible con la concepción de la Protección Integral, sino que asimismo la práctica judicial colabora en mantener el sistema, toda vez que como he expuesto, existen herramientas procesales que pueden restablecer los derechos vulnerados de las personas menores de edad.

El modelo de la protección integral de derechos del niño La “doctrina de la protección integral” constituye un cambio sustancial, determinado a partir de la aprobación de la CIDN.

La Convención sobre los Derechos del Niño, mediante lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina, ha recibido jerarquía constitucional y, por lo tanto, ha quedado incorporada a nuestra legislación interna. La CIDN diferencia claramente dos situaciones distintas entre sí: una es la de los niños imputados de delitos y otra, la de niños que tienen sus derechos vulnerados. Ambas situaciones merecen diferentes tratamientos, la primera incumbe a la política criminal; la segunda es una cuestión de políticas sociales que el Estado debe abordar por otras vías diferentes de la Justicia. La CIDN establece las garantías procesales clásicas: el principio *nullum crimen sine lege*, que significa que nadie puede ser penado por un delito que no haya sido plasmado en una ley con anterioridad a la comisión del hecho; la presunción de inocencia, que implica que todo niño será considerado inocente hasta que se pruebe lo contrario en un debido proceso; la obligación de información de los cargos que pesan contra el niño, lo que significa que todo niño sometido a un proceso penal tiene derecho a ser informado acerca de la acusación que existe en su contra y a ser oído durante el proceso; la asistencia letrada de abogados y asesores jurídicos; la no obligación de prestar declaración y el sometimiento a autoridades judiciales independientes e imparciales. Todas estas garantías, las cuales son las mismas que para los adultos, tienen por objeto velar por el cumplimiento del derecho de defensa en juicio.

Respecto a la privación de libertad de un niño, la CIDN establece que debe ser excepcional, de último recurso y por un tiempo determinado. Asimismo establece medidas alternativas, como ser la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, las órdenes de orientación y supervisión, entre otras. Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos y tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a impugnar la legalidad de la privación de libertad ante el tribunal o autoridad competente.

Un modo de plasmar el modelo de la protección integral, que contenga la línea conceptual aludida se establece mediante la aplicación de un sistema de responsabilidad penal juvenil, cuyas características son las siguientes:

- ✓ El niño o joven debe ser reconocido como sujeto de derechos, lo que implica que tiene capacidad para ejercer sus derechos y asumir responsabilidades acordes a su edad.
- ✓ Reconocer derechos y garantías de personas que se encuentran en desarrollo.
- ✓ Tener en cuenta el hecho delictivo cometido y no las circunstancias personales en que se encuentra el niño o su familia.
- ✓ Fijar una edad mínima por debajo de la cual no se aplica sanción penal, es decir que el Estado renuncie a la intervención coactiva por debajo de dicha edad.
- ✓ Especializar al fuero de Niñez y Adolescencia en materia puramente penal.
- ✓ Reconocer y otorgar a los niños y jóvenes las garantías procesales.

- ✓ Se establece el carácter no coactivo de toda intervención dirigida al restablecimiento de un derecho vulnerado de un niño.
- ✓ Introducir mecanismos de solución de conflictos en instancias no judiciales, como ser conciliación, mediación, etc.
- ✓ Aplicar sanciones privativas de libertad para determinados delitos establecidos taxativamente, y con límite de duración de la privación de libertad según el grupo de edad de que se trate.

CAROLINA B. ARMESTO

D.N.I. N ° 27.215.533