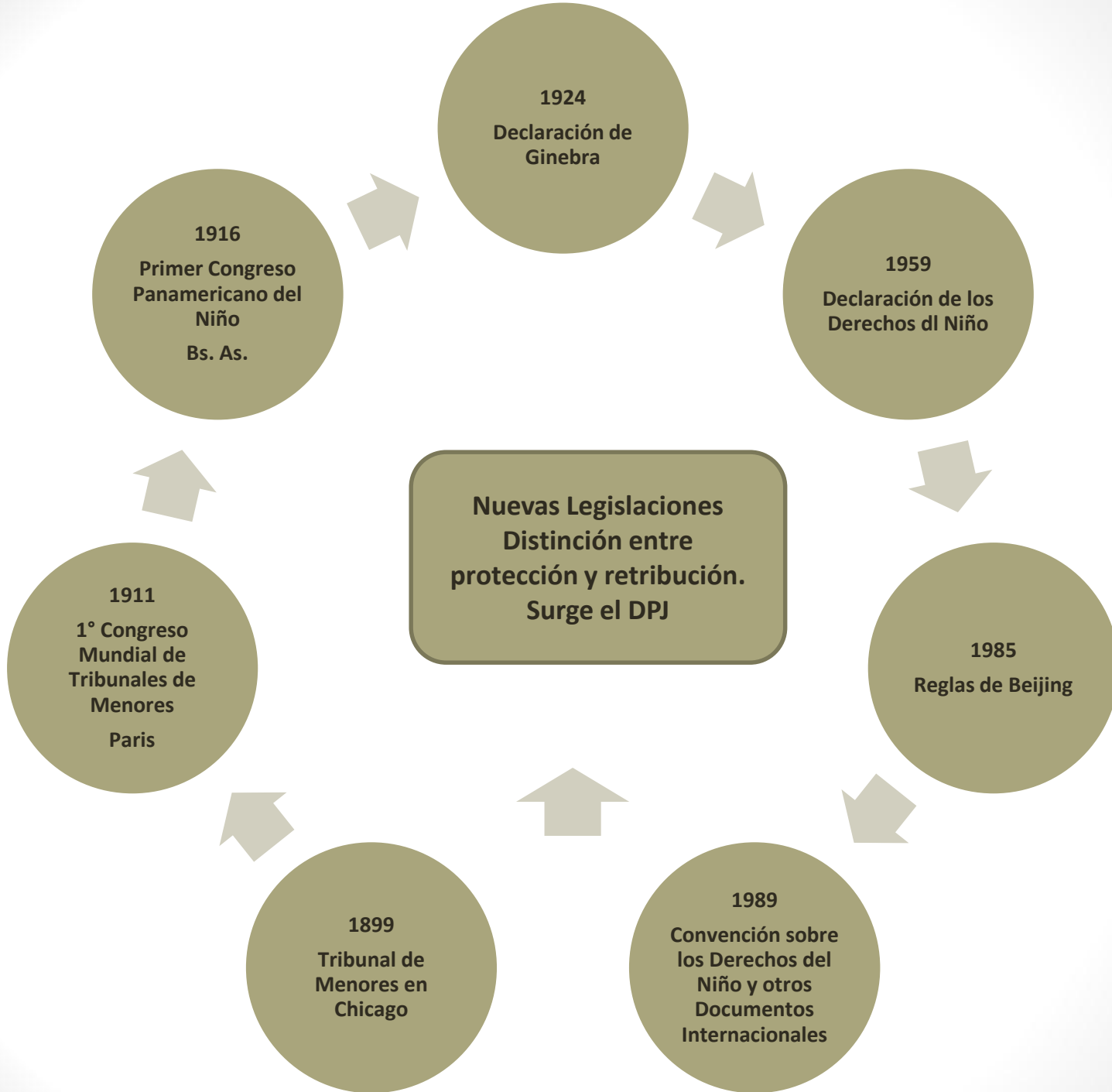


La difícil “Construcción” de nuestro Derecho Penal Juvenil

Acerca de los Principios y Criterios a
tener en cuenta para tomar decisiones
judiciales respecto de adolescentes bajo
ley penal
(Los “por qué vs. Los “para qué”)

- Cuando nos referimos a los jóvenes infractores a la ley penal, estamos habituados a que este tema se aborde desde los debates relativos a la inseguridad o en el marco de políticas criminales, con lo cual nos queda oculto el sujeto de nuestras acciones, el adolescente.
- Históricamente, los adolescentes y jóvenes fueron demonizados por sus conductas y sus gustos transgresores. Ellos van ensayando distintos aspectos identitarios que reflejan su mundo interno pero también devuelven como espejo lo que reciben del mundo en que se insertan. Esto pone en juego no sólo sus valores sino los de los modelos identificatorios que toman o rechazan.
- La adolescencia, por ello, es un período crítico, especialmente para el desarrollo de la autoestima, ya que el adolescente comienza a verse como un individuo distinto a otros, y a conocer sus posibilidades y potencialidades.
- Los adolescentes disponen de diversos modelos que los ayudan en su estructuración identificatoria. La sublimación es un proceso psicocultural necesario para el desarrollo simbólico durante su incipiente inserción social, y para el logro de una verdadera autonomía.-
- Cualquier dificultad en este proceso disrumpe su formación y propicia la adhesión a modelos transgresores a la ley formal.

- Hace algo más de un Siglo, dio inicio un proceso tendiente a extraer a los niños del Derecho Penal que los tenía como sujetos pasivos, aunque con consecuencias (penas) menores a las previstas para los adultos
- Este proceso estuvo orientado por la idea de la protección y bienestar de los niños.-
- Se actuaba por sustitución (en reemplazo del núcleo familiar)
- Se confió en la beneficencia privada y posteriormente pública, teniendo como criterios rectores la educación, la salud, la moral y la seguridad
- Se concibió el concepto de “abandono” o “peligro moral y/o material” como criterio de intervención, y como reproche a los padres de esos niños cuando aquellos criterios no fueron observados
- Se confió al Juez la ponderación de tales conceptos así como la protección del niño con el auxilio de la sociedad y del Estado: se origina así el Tutelarismo



- Los “excesos” denunciados generaron una corriente crítica al Tutelarismo, bajo el enfoque de la indiscriminación: no se distinguían los problemas sociales de los problemas penales.
- La complejidad de los problemas penales de un joven dieron motivo a la generación de reglas especiales para su juzgamiento y responsabilización: así surge el DPJ.
- Bajo el argumento del respeto de las garantías del ciudadano ante el Estado (caso “Gault”), se devolvió al joven/niño al Derecho Penal, aún cuando las consecuencias estén suavizadas con respecto a los adultos.
- Este contra-proceso se ha visto reforzado en la Región de Latinoamérica por la particular interpretación que se le ha dado a la Convención sobre los Derechos del Niño, y que se ha denominado Doctrina de la Protección Integral.
- Las leyes especiales de la Región separaron las cuestiones sociales de las penales. Las leyes penales juveniles son “garantistas”, pero las prácticas institucionales son retributivas. La excepción ha sido Brasil.

El “Corpus Iuris” (marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños) se compone de:

- **la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus protocolos**
- **La Convención Americana sobre Derechos Humanos,**
- **Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”),**
- **Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (en adelante “Reglas de Tokio”),**
- **Las Reglas para la protección de menores privados de la libertad (en adelante “Reglas de La Habana”) y**
- **Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante “Directrices de Riad”)**

Además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general, El “Corpus Juris” incluye también para efectos interpretativos:

- **Las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, expuestas en las distintas Observaciones Generales;**
- **Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 75 inc. 22 “En las condiciones de su vigencia”)**

Imaginemos el siguiente caso.

Victor (17 a) y su novia Camila, (15 a) concurre al domicilio de Fernando (17), para “joder un rato”. Los tres se conocen del mismo colegio secundario al cual concurren. En esa casa también están Santiago (15 a), Jonathan (16), Priscilla (18 a) y Diego (17), amigos del barrio de Fernando. La idea era hacer la previa allí y luego ir a bailar en grupo: para eso cada uno había llevado una bebida alcohólica. Los padres del dueño de casa los habían dejado solos. Hacia la medianoche, cuando habían tomado bastante, Priscilla muestra una bolsita con pastillas y propone ingerirlas porque “pegaban muy bien y se iban a poner locos”. Se trataba de un estupefaciente poderoso. Camila no tenía experiencia en el consumo de drogas y si bien no quería ingerirlas, fue insistida por Víctor quien terminó convenciéndola. Todos aceptaron tomar esas pastillas.

Al poco tiempo Víctor le propuso a su novia tener relaciones sexuales, y por ello se fueron a una de las habitaciones de la casa. Apenas desnudos, los demás entraron al cuarto, en un plan que había sido preconcebido con Víctor un rato antes, y todos los varones forzaron a Camila a tener sexo con ellos pese a su negativa, pero sin resistencia activa dado el estado de obnubilación que padecía por efectos de las drogas. Así la penetraron vía oral, vaginal y anal. Priscilla a todo esto no reaccionó en auxilio de Camila, pese a que ésta le pidió que los frene. Solo se reía y le decía que no resista que la iba a pasar muy bien con todos los chicos

Luego de abusar sexualmente de Camila, Víctor se retira con ella de la casa y la lleva a su domicilio. Eran aproximadamente las 03:00hs. Los padres de la víctima advierten el estado de salud de su hija, e inmediatamente la llevan a la sala de primeros auxilios, y dada la gravedad del cuadro es derivada al hospital general. El médico que la recibe interroga a Camila acerca de lo que había consumido, y ella le cuenta todos sus padecimientos. El médico acude a la policía, relata la versión de los hechos dada por la paciente, y por orden del fiscal de turno se inicia la investigación penal. Los padres de Camila señalan a Víctor como quien tendría más detalles de los hechos.

Los exámenes ginecológicos dan cuenta de la existencia de relaciones sexuales por distintas vías y se colecta material biológico que resulta ser semen. El Fiscal solicita y obtiene del juez de garantías la orden de detención de Víctor, quien una vez aprehendido espontáneamente manifiesta al personal policial que ejecutó aquella orden, que en esa reunión estaban Fernando, Santiago, Jonathan, Priscilla y Diego, pero nada refiere respecto al consumo de drogas ni al abuso sexual. Enterado el Fiscal de estos datos inmediatamente solicita y obtiene la detención de los nombrados.

1. Cómo calificamos los hechos?
2. Qué medidas procesales corresponde adoptar respecto de cada uno de los imputados?
3. Cuáles medidas de prueba corresponde ejecutar para asegurar la investigación, sin desmedro de la defensa en juicio?

LEY 22.278

Artículo 1°. No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Artículo 2°. Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1°.

En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4°.

Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

LEY 22.278

Artículo 3°. La disposición determinará:

- a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;
- b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;
- c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Artículo 4°. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos:

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

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 40.-

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

Prisión Preventiva Derecho Comparado

Argentina	Actual: cada Provincia fija plazo. Proyecto establece máximo 1 Año.	<u>Art. 58 4to. Párrafo Proyecto.</u>
Bolivia	45 días	Art. 236 del Código del Niño, Niña y Adolescente,
Brasil	45 días	Art. 108 del Estatuto del Niño y del Adolescente,
Chile	No tiene plazo	Ley 20.084
Colombia	4 meses (prorrogable por un mes, fundamentado).	Art. 181, párrafo 2 de la Ley 1.098
Costa Rica	2 meses prorrogable por igual término	Art. 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley 7.576

Prisión Preventiva Derecho Comparado

Ecuador	90 días	Art. 331 del Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100
El Salvador	90 días	Art.17 de la Ley del Menor Infractor, Decreto Legislativo N° 863
Guatemala	45 días	Art. 208 del Código de la Niñez y la Juventud, Decreto 78
Honduras	No tiene plazo. La duración del proceso no puede exceder de 3 meses	Art. 142-144 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 87
Nicaragua	No prevé un plazo	Art. 207 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 73/96

Prisión Preventiva Derecho Comparado

Panamá	2 meses	Art. 66 Régimen Especial de Responsabilidad Art. 66 Ley 40
Perú	No prevé plazo. La duración del proceso no puede exceder de 34 días	Art. 209-211 del Código de los Niño y Adolescente, Ley 27.337
República Dominicana	No prevé un plazo	Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 14-94
Uruguay	60 días	Art. 76.5.5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823
Venezuela	3 meses	Art. 581 par.2 LOPNA

Topes de Sanciones aplicables a menores de 18 años. Derecho Comparado

Argentina	16 a 18 años	Prisión. 15 años. Fallos CIDH "Mendoza" y CSJN "Maldonado"
Bolivia	13 a 15 años 16 a 21 años	5 años. Derecho común con ejecución especial
Brasil	12 a 18 años	3 años
Chile	14 a 15 años 16 a 18 años	5 años 10 años
Colombia	14 a 18 años	8 años
Costa Rica	15 a 17 años	15 años

Topes de Sanciones aplicables a menores de 18 años. Derecho Comparado

Ecuador	12 a 18 años	4 años
El Salvador	16 a 18 años	15 años
Guatemala	13 a 18 años	6 años entre 15 y 18 años de edad; 2 años entre 13 y 15 años de edad.
Honduras	12 a 18 años	8 años
Nicaragua	15 a 18 años	6 años
Panamá	16 a 18 años	7 años

Topes de Sanciones aplicables a menores de 18 años. Derecho Comparado

Perú	16 a 18 años	3 años
República Dominicana	16 a 18 años	5 años
Uruguay	13 a 18 años	5 años
Venezuela	14 a 17 años	7 años

La Relatoría sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la CIDH ha observado que a nivel regional los principales desafíos en la aplicación de los estándares convencionales están relacionados con los siguientes aspectos:

- (a) los jueces competentes para decidir casos de menores infractores no están debidamente capacitados;**
- (b) no cuentan con un catálogo de otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva que les permita hacer un uso excepcional de esta medida y asegurar los fines del proceso;**
- (c) la presión social sobre los jueces juega un papel importante;**
- (d) no existe obligación de los jueces de tomar en cuenta los informes de los equipos multidisciplinarios y de buena conducta; y**
- (e) no existe una defensa pública especializada en casos de menores infractores”.**

Principios Rectores del Derecho Penal Juvenil

- No Discriminación
- Interés Superior del Niño
- Protección Integral
- Reintegración Social
- Especialidad
- Mínima Intervención
- De No Punición
- Proporcionalidad Adecuada (flexibilidad sancionatoria)
- De No Injerencia Arbitraria

- **En nuestro derecho penal juvenil habita una tensión insoluble, pues subsiste vigente una normativa nacional superada por la Historia con Tratados Internacionales de Derechos Humanos que indican un rumbo ideológico distinto, sin que esta circunstancia conmueva al Legislador, quien demora más allá de lo tolerable la sanción de un régimen penal juvenil acorde al respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes.-**
- **Y es justamente en este escenario en el cual los Principios Propios del Derecho Penal Juvenil pueden dar alivio temporario al conflicto subyacente entre un pasado vigente y un presente irresuelto.**
- **Por lo que propondré como primer tarea de esta comunicación individualizar estos principios fundamentales.-**