
Consideraciones sobre la aplicación del derecho penal y los adolescentes

Maria de los Angeles Baliero de Burundarena

MARÍA DE LOS ANGELES BALIERO DE BURUNDARENA

Asesora Tutelar General Adjunta de Menores e Incapaces del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Profesora de Derecho Civil I y V. Campus Nuestra Señora del Pilar. USAL.

Todo intento que se haga en la aproximación a la temática del denominado "*derecho penal juvenil*" debe iniciarse con el acuerdo de determinadas premisas básicas, porque sólo a partir de dicho análisis puede construirse una línea argumental coherente y lógica. Es decir, la aproximación debe originarse mediante un encuadre de la materia en su marco teórico, lo que en definitiva permitirá un verdadero y sano debate en un mismo "idioma".

Es por este motivo que considero imprescindible, en primer lugar, abordar el concepto "*derecho penal juvenil*". Esto es, ¿de qué hablamos cuándo hablamos de "*derecho penal juvenil*"? Y acá, por supuesto, la respuesta siempre dependerá (y estará tamizada) por la interrelación de diversos factores: ya sean jurídicos, sociales, culturales, ideológicos, personales, etc.

Quiero decir, la respuesta al interrogante "¿qué es el *derecho penal juvenil*?" nunca será neutra, sino que siempre estará condicionada y contextualizada. La cuestión entonces será determinar cuáles son las condiciones y contextos que permiten arribar a una respuesta legítima, al menos, desde una perspectiva jurídica.

Si hablamos de *derecho penal juvenil* la primera caracterización que podemos formular es mediante una deconstrucción del concepto. Así, podemos dividirlo en "derecho penal" y "juvenil", lo que nos permite abordar estos dos elementos por separado para luego vincularlos y, en definitiva, analizarlos luego globalmente.

De este modo y no siendo este el ámbito para profundizar la cuestión, lo cierto es que el derecho penal es aquella rama del derecho caracterizada por la existencia de la "pena" que es, precisamente, la respuesta estatal más violenta de todo el orden normativo. Respuesta estatal que no tiene fines conciliatorios, indemnizatorios ni reparadores. Se trata lisa y llanamente, insisto, de una respuesta estatal violenta que importa la privación coactiva de derechos básicos, como lo es, la libertad de las personas, a lo que se suma -como se sabe- una considerable cuota de dolor y sufrimiento. Esto sirve como característica de esta particular rama del derecho, sin perjuicio de todas las corrientes que, desde una postura ciertamente crítica y fundada, cuestionan no sólo la legitimidad y eficiencia sino que además denuncian los efectos negativos y estigmatizantes de las penas privativas de la libertad. Y, en función de ello, propician (e incluso -en algunos casos- se ha receptado normativamente) la no confiscación del conflicto que evidencia el "delito" y, en consecuencia, la adopción de medidas alternativas al proceso penal y a la pena, la remisión de casos, la suspensión del proceso a prueba (*probation*), la conciliación y mediación penal, etc.

Corresponde entonces abordar el segundo elemento. Es decir, "*juvenil*". Y, en este caso, basta con una aproximación desde el significado coloquial del término, para afirmar que está aludiendo a "*algo perteneciente o relativo a la juventud*". Se trata de un universo específico de seres humanos, caracterizado por encontrarse en un momento particular de sus vidas, por encontrarse en pleno desarrollo de su personalidad. En suma, se trata de personas que poseen su personalidad en desarrollo.

Sin perjuicio de esta definición -si se quiere vulgar- del concepto, lo cierto es que también podemos recurrir al derecho para determinar con precisión su alcance. Sobre este punto, sin ingresar al detalle de ciertas inconsecuencias normativas como así tampoco a la distinción entre ni-

ñez y adolescencia, resultan determinantes las siguientes pautas: 1) niño es todo ser humano menor de dieciocho años (art. 1, CDN); 2) la incapacidad de los menores cesa por la mayoría de edad cuando cumplen veintiún años (art. , CC); 3) la reciente ley n° 26.061 alude a que la CDN resulta de aplicación obligatoria respecto de las personas que no hayan cumplido dieciocho años (art. 2, ley n° 26.061).

No obstante, también debe destacarse que, por ejemplo, nuestra ley local n° 114 (denominada de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la Ciudad) nada prescribe sobre el punto. Esto es, no establece ningún límite de edad (ni dieciocho ni veintiuno) en su ámbito de aplicación. Silencio normativo que, más que problemático resulta beneficioso, toda vez que permite a los operadores extender la "protección integral" hasta los veintiún años.

Continuando con la aproximación del concepto "*derecho penal juvenil*" mediante el análisis de sus dos elementos (esto es, derecho penal y juvenil) y, ahora, avanzando en una matriz más jurídica, corresponde entonces establecer -con mayor precisión- el marco normativo de ambos.

En este sentido, resulta obvio afirmar que cuando hablamos de "derecho penal" estamos enmarcando la cuestión en toda la legislación, cualquiera sea su jerarquía normativa, vinculada a la cuestión penal. Es decir, la CN y los tratados internacionales de DDHH en cuanto a las garantías de fondo y de forma; y al código penal y sus leyes especiales, en cuanto al ámbito de las conductas que se encuentran prohibidas y sancionadas con "penas".

El concepto "*juvenil*" y, más allá de lo expresado anteriormente, también es posible de ser encuadrado en la legislación que, aquí también cualquiera sea su jerarquía normativa, regula la materia. Y esto, más allá de la distinta utilización terminológica como "*infancia y adolescencia*", "*niñez y adolescencia*", etc.

Este marco está integrado, por los menos, por los siguientes instrumentos: la CN, la CDN, la ley nacional n° 26.061, la ley local n° 114, como así también las denominadas "Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad", "Reglas mínimas de las

Naciones Unidas para la administración de justicia de menores" (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" (directrices de Riad). Cabe destacar que estos tres últimos instrumentos son parte integrante - "en lo pertinente"- de la ley nº 114, tal como expresamente lo recepta su art. 12.

— No pretendo aquí formular un desarrollo exhaustivo respecto de la trascendencia que tuvo (tiene y tendrá) todo el bloque normativo mencionado en materia de infancia y adolescencia. Pero sí debo destacar que todo ese bloque impuso (esto es, normativizó) el denominada modelo de la "protección integral", desterrando (o intentando hacerlo) el denominado modelo de la "situación irregular".

— Y digo esto porque resulta claro que la realidad no se modifica mediante la mera modificación de la legislación, cualquiera sea la jerarquía de la norma. Como se ha dicho tantas veces, la pugna o contradicción entre ambos modelos no se reduce a una cuestión normativa, sino que -en definitiva- los dos modelos responden a culturas, prácticas e ideologías distintas. Y en este sentido, aunque obvio, debe insistirse en que el único modelo que resulta respetuoso de un Estado de derecho, en materia de niños y adolescentes, es, precisamente, el de la "protección integral". De todas formas no cabe duda desde el punto de vista normativo cual es el modelo adoptado por la Constitución de la Ciudad cuando en el art. 39 lo establece como política pública en todos los ámbitos, y en lo que en particular atañe al proceso, como garantía.

— A esta altura de la exposición, estamos en condiciones de reconstruir los dos elementos analizados, es decir, derecho penal y juvenil, a fin de arribar -al menos- a una respuesta de aproximación.

— Así, entonces, si hablamos de "derecho penal juvenil" lo que estamos haciendo -en definitiva- es referirnos a un cuerpo normativo integrado por todo el derecho penal (esto es, el general, el que se aplica a los adultos, con todos los derechos y garantías que ello implica) más todo el bloque normativo vinculado a la infancia y adolescencia, caracterizado por la recepción del modelo de la protección integral.

Es decir, si se pudiera graficar el diseño sería este:

DERECHO PENAL JUVENIL = derecho penal + bloque normativo de la protección integral

Sobre la base de este razonamiento es que la CSJN, congruentemente con lo que los especialistas en la materia vienen diciendo hace tiempo, recientemente afirmó que:

“... partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos.

En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la situación irregular- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.

En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (CSJN, caso “Maldonado”, rta. 07/12/05).

Esta caracterización del derecho penal juvenil implica, en la práctica, una ardua tarea hermenéutica a la hora de analizar la normativa aplicable en cada caso concreto. Y digo esto, porque mientras siga vigente el decreto-ley n° 22.278 que es, precisamente, la norma que regula el régimen penal de los menores de edad, que como se sabe responde al inconstitucional modelo de la “*situación irregular*”, los operadores judiciales deben ser extremadamente cautelosos en su aplicación. Ya que muchas de sus disposiciones han devenido, en la actualidad, abiertamente inaplicables.

— Más allá del sinnúmero de abordajes que pueden efectuarse sobre la cuestión, ahora me limitaré a analizar una característica propia del derecho penal juvenil que se deriva del modelo de la protección integral.

— La característica a la que me refiero se vincula a la necesidad de que en todo proceso punitivo seguido contra niños y adolescentes existan salidas alternativas a la mera retribución mediante la imposición de una pena. Esto es, la aplicación de institutos jurídicos que permitan “resolver” el conflicto que evidencia el inicio de una causa penal por medio de alternativas jurídicas que carezcan de una carga coactiva, estigmatizante y privativa de derechos.

— En efecto, siguiendo las disposiciones pertinentes de la CDN, puede advertirse que el Estado Nacional ha adoptado, con rango de garantía (conforme art 75 inc. 22 CN), un fin específico de intervención estatal en la gestión de aquellos conflictos que tengan como protagonistas a las personas en desarrollo. El fin específico al que me refiero está expresamente enunciado en el art 40 inc. 1 *in fine* en cuanto dispone que se reconoce el derecho de todo niño a que se promueva su reintegración y de que asuma una función constructiva en la sociedad, informado a su vez por el principio rector del interés superior del niño (art 3.1 CDN)

— Guiado por aquel fin general, y concretizando las formas en que ha de lograrse aquel objetivo la CDN dispone en el inc. 3 y 4 del mismo artículo en trato, formas alternativas al proceso y a la pena para la solución del conflicto.

Dichas pautas conforman la política de gestión de la conflictividad asumidas por el Estado Argentino al ratificar la CDN e integrarlo al texto constitucional de la Nación.

— Asimismo, dichas pautas tienen relación directa con los denominados principios de última ratio, subsidiariedad y mínima intervención vigentes en el sistema penal y reforzados en el sistema penal juvenil a través del principio de desjudicialización, en el interés superior de la persona en desarrollo. Alberto Binder señala en que forma se concretizan dichos principios “(...) la única justificación admisible para el castigo violento que utiliza el estado es la de ser su último recurso de un modo comprobable y con relación a otros identificables, ello dentro de

un análisis circunstanciado y concreto de base empírica (...)” “(...) no es admisible que el estado pretenda justificar el uso de su violencia porque no ha construido de un modo eficaz los otros niveles de gestión de la conflictividad (...)”(cfr. Binder, Alberto, *Introducción al derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, 1ª ed marzo 2004, p. 48-9).

En el contexto enunciado las disposiciones del inc. 3º y 4º del art. 40, CDN, se complementan de forma tal de hacer operativa la garantía de desjudicialización establecida en cuanto dispone que: “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos (...) y en especial b) siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones(...)”

Esta garantía de última ratio y desjudicialización de los conflictos penales importa la implementación de respuestas menos lesivas y muchas veces más efectivas para enfrentar el conflicto que tiene por parte a un niño o adolescente. El fin: evitar los devastadores efectos de la institucionalización que señala Zaffaroni cuando dice “Las medidas impuestas a adolescentes y a niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados, porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona.” (Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho Penal, parte General*, Ed. EDIAR, 1ª ed, 2000, p. 178).

Del marco normativo constitucional desarrollado hasta aquí surge claro el compromiso Nacional asumido de aplicar a los procesos seguidos a menores todos aquellos institutos penales y procesales tendientes

a morigerar y relegar los efectos estigmatizantes y negativos que conlleva el proceso penal formal.

Entre los institutos previstos en la legislación nacional tendientes al fin señalado se encuentra la suspensión del proceso a prueba. Si bien la *probation* se da en el marco de un proceso en curso, no queda excluida de dicho principio general -más bien tendiente a cancelar la iniciación misma del proceso a través de institutos tales como la mediación, la conciliación, la remisión, etc-, en tanto permite obturar la consecución del mismo y las consecuencias de una sentencia condenatoria, logrando en definitiva reducir y morigerar los efectos perniciosos propios de la respuesta violenta estatal que implica la pena.

La aplicación de este instituto a niños y adolescentes involucrados en un proceso penal resulta aplicable no obstante no encontrase previsto en el decreto-ley n° 22.278, en tanto se encuentra previsto en las leyes 114 (art. 12) y 26.061 (art. 19).

Al respecto el art. 17 de las Reglas mínimas para la administración de justicia de menores dispone en su inciso 4° que "La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento." En la misma línea de flexibilización el art. 18.1 dispone una pluralidad de medidas resolutorias entre la que se encuentran aquellas propias de la suspensión del proceso a prueba, previstas en el art 76 ter y 27 bis del CP, es decir la prestación de servicios a la comunidad, indemnizaciones y devoluciones, órdenes en materia de atención, orientación y supervisión y órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento.

El fin de reintegración y asunción de una función constructiva en la sociedad que informa el fin de la política pública de gestión del conflicto con menores por parte del estado se ve reflejado claramente en las medidas señaladas. En efecto, la parte pertinente del comentario del art 18.1 señala que "Los ejemplos citados en la regla 18.1 tienen en común, ante todo, el hecho de que se basan en la comunidad y apelan a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas. Las correcciones aplicadas en la comunidad son una medida tradicional que asume en la actualidad múltiples facetas. Por ello debería alentarse a las autoridades pertinentes a que prestaran servicios de base comunitaria".

La conocida objeción de que las instituciones totales no integran ni reintegran a las personas allí aisladas se pone a la vista con este comentario que indica con claridad meridiana que ellas son el extremo opuesto al objetivo trazado.

Asimismo las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad establecen como objetivo fundamental promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad (1.1), fomentar una mayor participación de la comunidad, fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (1.2). Asimismo establece que se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los Tribunales (2.5), las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención (2.6), enunciando en el art 8º medidas no privativas de la libertad entre las que se encuentran la indemnización (f), suspensión de la sentencia (g), régimen de prueba (h), imposición de servicios a la comunidad (i), obligación de acudir regularmente a un centro determinado (j); todas ellas de idéntico contenido a las reglas de conducta previstas para la suspensión del proceso a prueba (conf. arts. 76 ter y 27 bis, CP)..

Tal como señalé al inicio la aplicación del decreto-ley nº 22278 se encuentra derogada en todo cuanto se opone o resulta más perjudicial que el régimen dispuesto por las legislaciones posteriores (26.061 y 114) de modo que por imperio de la legislación vigente resulta plenamente aplicable al proceso de menores el instituto de la suspensión del proceso a prueba.

Más allá del contexto normativo desarrollado hasta aquí cabe analizar algunos puntos que podrían generar resistencia bajo criterios de la vieja legislación paternalista.

En ese sentido y tal como afirma Vitale "Reivindicadas, como corresponde, las garantías penales y procesales penales para los jóvenes condenados o sometidos a proceso penal, no hay razón para aplicarles a ellos el Código Penal en otras cuestiones y no aplicárselo en lo que respecta a la institución que tratamos aquí, en la medida que ello les resulte más favorable." (Vitale, Gustavo, *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. del Puerto SRL, 2ª ed, 2004, p. 383)

Con igual criterio -aunque referido a otro instituto del Código Penal-, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal dispuso que debía computarse el tiempo de "internación" de los menores de edad a los efectos del cómputo de la prisión preventiva previstos en la parte general del Código Penal (R.,M.H. de fecha 28/08/03, publicado en La Ley 2004-D, 1025).

Además el criterio paternalista, que deja a un lado la suspensión del proceso a prueba por resultar incompatible con los fines de las medidas de disposición tutelar, merece dos observaciones, la primera es que la disposición tutelar dictada durante el curso del proceso en forma provisoria, en cuanto manifestación de criterios preventivo especiales positivos, deviene inconstitucional por implicar un adelantamiento de pena, con vulneración a la garantía de inocencia (art 18 CN); y la segunda es que por su prolongación indeterminada en el tiempo (con restricción de derechos que las más de las veces además de recaer sobre la libertad generalmente, excede ampliamente la escala penal del delito que dio lugar a la intervención estatal) vulneran la garantía de legalidad (art 18 CN) y de culpabilidad (art 19 CN). Por tanto si bien ciertamente resultan incompatibles en dichos términos, lo cierto es que la disposición tutelar es la que es incompatible con todo el orden normativo relativo a los niños y adolescentes y de ningún modo puede sostenerse la incompatibilidad en sentido inverso a favor de la disposición tutelar, pues ello contraría el criterio de interpretación de las normas desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que debe prevalecer la interpretación de la norma que permita la coexistencia armónica de todas ellas (conforme fallos).

Este criterio -en cuanto he señalado respecto a la inconstitucionalidad de la disposición tutelar- fue sostenido por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional con fecha 17/03/04 (F., E. y otro), publicado en La Ley 2004-D, 194 y 809 y DJ 01/09/2004, 9.)

Finalmente puede advertirse que de ningún modo resultan incompatibles las medidas de protección integral -tendientes a promover y restablecer los derechos del niño o adolescente involucrado en el proceso- con la suspensión del proceso a prueba, en tanto las reglas de conducta

previstas por el ordenamiento en el marco de la suspensión del proceso y de la pena (condena) pueden enderezarse a dicho fin, coadyuvando a la promoción de los derechos del niño, conforme la doctrina de la protección integral.

En dichos términos es concedida en el fuero local "(...) no se advierten razones que impidan conceder este beneficio al incuso por el hecho de que se trate de un menor, toda vez que el derecho penal de niños y adolescentes debe reivindicar para sí todos aquellos derechos y garantías que rigen este ámbito para personas adultas precisamente porque el no haber alcanzado cierto grado de madurez requiere que el Estado procure a su respecto no sólo la aplicación de regímenes cuya mayor benignidad significan una oportunidad que la ley concede a quienes entraron por primera vez en conflicto con la ley penal, sino una mayor protección real frente al poder punitivo del Estado. Y muy especialmente que por su condición de menor no se vea privado de lo que un adulto podría obtener, ante igualdad de circunstancias objetivas, de aquellos institutos que morigeran el impacto del poder punitivo cuando entiendan, debidamente asesorados por un abogado defensor, que ello les resultará más ventajoso. (...)Entiendo que un control serio y eficaz por parte del Estado, a través de la Sra. Asesora Tutelar (...) permitirá garantizar ampliamente que la solución adoptada en autos se ajuste de un modo material al "interés superior del niño" que debe prevalecer en toda decisión jurisdiccional que involucre a menores, en pro de afianzar condiciones reales de inserción social, minimizando su estigmatización, y favoreciendo su sentido de responsabilidad por los propios actos. Todo ello de conformidad con los arts. 1, 2, 3, 11 y 12 de la ley 114, entre otras normas concordantes.(...)" (Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N°14, causa N° 19(D)/04, "G., D. J. y A., M. s/inf. art.189 bis del CP", res. 23/09/05") En el mismo sentido se pronunciaron los Juzgados de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas n° 12 y 8 en autos "D.,P.A. s/ 189 bis CP" c D26/2004, expte. 6312-JC/2004 rta. El 16/11/05; autos "A., D.R. ; A.,O. y O., E. s/ inf. art 189 bis del C.P." expte 4845-JC/2004, rta. el 14/09/05.

No puedo dejar de señalar otra de las garantías del sistema de protección integral en juego con el instituto de la probation : "el derecho a

ser oído"-ya que para la doctrina tutelarista los menores son considerados objetos y en consecuencia no cabe escucharlos-, esta garantía tiene relevancia en la ejecución de esta y todas las otras modalidades de gestión del conflicto en las que interviene el niño o adolescentes en forma activa. En tanto el derecho a manifestarse es atributo de un sujeto de derecho y por el rol activo que exigen estas modalidades que requieren la adopción y asunción voluntaria de postura de quien interviene en esa forma en la resolución del conflicto, se convierte en una expresión concreta del ejercicio de ese derecho. Adviértase el contraste con la medida de seguridad (pena) -eso, y no protección, es la disposición tutelar-, que requiere un rol pasivo exclusivamente de sometimiento, más propio de un objeto que de un sujeto.

El derecho a ser oído implica considerar sus manifestaciones (como expresamente señala el primer párrafo del art 12 de la CDN). Y la aceptación del compromiso asumido por el adolescente en el marco de la probation constituye la efectivización del derecho a ser oído, establecido en los artículos 12 de la CDN, 17 y 70 de la ley 114 y arts 2, 3, 27 y 66 de la ley 26061.

No menos importante es, en la misma línea, el derecho a autodeterminarse, que en función del ejercicio del derecho a ser oído y a ser tenido en cuenta, se deriva y establece como garantía para el niño y el adolescente. Este derecho a autodeterminarse permite asimismo la toma de decisión y la asunción del compromiso de trabajo en beneficio de la comunidad.