

de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública

Acceso a la Justicia

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Defensora General de la Nación

Dra. Stella Maris Martínez

Defensora Pública Oficial a cargo de la Secretaría General de Política Institucional

Dra. María Fernanda López Puleio

Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes

Co-titulares:

Ricardo Antón, Esteban Caride, Gustavo Gallo, Damián Muñoz, Carolina Paladini y Diana Yofre.

Integrantes:

Pablo Curuchaga, María García Morabito, Sandra Nagahama y Tomás Villacian

UNICEF OFICINA DE ARGENTINA

Representante

Dr. Andrés Franco

Representante Adjunto

Dr. Ennio Cufino

Especialista en Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Dra. Gimol Pinto

Las opiniones expresadas en esta publicación no son responsabilidad ni de UNICEF ni de la Defensoría General de la Nación y no necesariamente reflejan la política o los puntos de vista de las organizaciones.

COORDINACIÓN EDITORIAL

Subsecretaría de Comunicación Institucional - Secretaría General de Política Institucional. Defensoría General de la Nación

2011 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Callao 970 - CP.1023

Ciudad de Buenos Aires

Tirada: 500 ejemplares

ÍNDICE

Presentación 5

.I. Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas 7

1. Nuevos paradigmas en materia de restitución internacional, por *Julian Horacio Langevin* 9
2. Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas, por *Mariana Grasso* 21
3. Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas. Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por *Ricardo Enrique Antón y Gustavo Daniel Moreno* 35

.II. El derecho a ser oído de los Niños, Niñas y Adolescentes. La escucha de la Defensa Pública especializada 55

1. Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica: El rol del/la abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal, por *Gimol Pinto* 57
2. El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría Pública de Menores e Incapaces, por *Silvia Nutter* 71
3. Recursos para una escucha útil, por *Sandra V. Pesce Cañete* 77

.III. Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes en conflicto con la ley penal 83

1. Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes, menores de 16 años de edad, en conflicto con la ley penal, por *Gustavo Gallo* 85
2. Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes en conflicto con la ley penal, por *Virginia Sansone* 97
3. Tensiones actuales en el sistema penal juvenil, por *Ricardo Ángel Basilico* 107

.IV. Estrategias de la Defensa Pública ante Niñas, Niños y Adolescentes víctimas 113

1. La Defensoría Pública de Menores e Incapaces en la defensa de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual, por *Marcelo G. Calabrese* 115
2. Estrategias para la protección de Niños y Niñas víctimas del abuso sexual infantil, por *Diego Freedman* 125

.V. Estrategias de la Defensa Pública para la discusión del art. 4 de la ley 22278 135

1. Nuevas interpretaciones del Artículo 4º de la Ley 22278: Propuestas e Interrogantes, por *Martiniano Terragni* 137
2. Hacia un régimen penal juvenil. Fundamentos neurocientíficos, por *Ezequiel N. Mercurio* 153
3. La imposición de sanciones a jóvenes infractores y una mirada alternativa hasta la modificación del régimen penal juvenil en Argentina, por *Gustavo J. González Ferrari* 177

.VI. Estrategias de la Defensa Pública ante la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de Niñas, Niños y Adolescentes 189

1. Reflexiones sobre la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657: su impacto sobre la administración de justicia, la Defensa Pública, y el ámbito de la infancia, por *Mariano Laufer Cabrera* 191
2. Estrategias de la Defensa Pública Oficial para la Exigibilidad de los Derechos Sociales de la Infancia, por *Gustavo Daniel Moreno* 203
3. La Defensa Pública ante la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de niñas, niños y adolescentes, por *Sebastián Tedeschí* 223

.Anexo. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad 237

PRESENTACIÓN

En el marco del Acuerdo de Cooperación celebrado entre UNICEF Argentina y la Defensoría General de la Nación, se encuentra en curso la ejecución de un proyecto que tiene como fin fortalecer las capacidades de la defensa pública para la remoción de los obstáculos en el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes.

El eje principal de este proyecto se vincula con el fortalecimiento de las capacidades de la defensa pública, en lo que respecta a las estrategias y buenas prácticas para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en función de las líneas estratégicas que imponen las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”.

El desarrollo de las actividades que compone este proyecto se realiza bajo la coordinación de UNICEF Oficina de Argentina y por la Defensoría General de la Nación, de la Secretaría General de Política Institucional y la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes.

Una de las actividades desarrolladas consistió en la realización de un encuentro de Defensoras y Defensores Públicos Oficiales en materia penal y no penal –tanto de los fueros federal con asiento en varias jurisdicciones del país, y ordinario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de varias Provincias-, en el que un calificado grupo de expositores con una mirada específica en clave de protección de derechos en materia de infancia y adolescencia desarrollaron temas centrales de la práctica cotidiana de la Defensa Pública, junto a los obstáculos presentes y las estrategias para lograr mayor efectividad en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En efecto, el “Encuentro Nacional sobre Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes: Estrategias y Prácticas de la Defensa Pública”, realizado el 18 de agosto de 2011, en la sede de la Defensoría General de la Nación, constituyó un fructífero espacio en el que no sólo se difundieron novedosas estrategias de defensa de niñas, niños y adolescentes, sino también en el que se produjo un interesante intercambio de experiencias que permitió enriquecer las capacidades defensistas de los participantes.

Por este motivo y para lograr la mayor difusión posible de las cuestiones presentadas y desarrolladas en este encuentro, esta publicación contiene las

exposiciones de los panelistas, para que puedan ser usadas como insumo estratégico para la labor diaria de las Defensoras y Defensores especializados en materia de niñez y adolescencia.

Septiembre, 2011

.I.

ESTRATEGIAS DE LA DEFENSA PÚBLICA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LAS VÍAS RECURSIVAS



1. Nuevos paradigmas en materia de restitución internacional, por *Julián Langevín*
2. Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas, por *Mariana Grasso*
3. Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas. Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por *Ricardo Enrique Antón y Gustavo Daniel Moreno*

Nuevos paradigmas en materia de restitución internacional

Por Julian Horacio Langevin¹

Sumario: I.- Preliminar. II.- Encuadre normativo. III.- Contenido y Objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. IV.- Cambios de paradigma. V.- Como juega el Interés Superior, en la aplicación del Convenio de la Haya. VI.- Herramientas de trabajo, la base de datos sobre la sustracción internacional de niños. VII.- Palabras finales.

I. Preliminar

Motiva mi exposición una problemática que en el ejercicio de mi función como Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación vengo observando en forma cada vez más marcada, y es la necesidad de instar un nuevo enfoque de la cuestión a la hora de analizar la aplicación de los Convenios Internacionales que rigen la materia, a la luz del interés superior del niño.

De allí, es que se torna imperioso hablar de los nuevos paradigmas que se vislumbran, y generar una nueva conciencia de análisis, a efectos de evitar que se adopten soluciones que en definitiva, en vez de proteger al niño, lo revictimicen o perjudiquen, perdiéndose por el camino la idea del niño como sujeto de derecho.

Asimismo, ello permitirá asegurar la plena vigencia de los Tratados de Derechos Humanos que nuestro país suscribió, los que no pueden pasarse por alto, a la hora de cumplir con el deber de cooperación internacional. Esto exige que necesariamente deba encontrarse un punto de equilibrio entre la aplicación de los convenios que rigen la materia y la observancia de los tratados, y en particular de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La sustracción parental internacional es un problema global que afecta a miles de niños cada año. La conducta típica que originó la necesidad de suscribir tratados internacionales de cooperación consistía, en la mayoría de los casos, en un ejercicio abusivo de un régimen de visitas. Es decir, el menor se encontraba en un lugar distinto al de su residencia habitual, con el consentimiento de quien tenía su custodia, en el cumplimiento de un régimen de visitas, pero sin embargo luego no era restituido en tiempo oportuno a quien tenía su custodia.

Lo que se quería evitar en definitiva, era que se alterasen las relaciones

¹ Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

familiares; utilizando al menor como instrumento y principal víctima de la situación. Es así, que con miras a desactivar este tipo de prácticas, justamente poniendo la mirada en el niño o niña involucrado, se suscribieron distintos tratados internacionales tendientes a lograr la cooperación internacional necesaria para restituir el *status quo*.

Sin embargo en la práctica, venimos observando, que ya no son estas las situaciones genéricas que se repiten, sino otras, que dan cuenta de un cambio de paradigma o, al menos, de una modificación del escenario social producto de la incidencia de la globalización e incluso de marcadas cuestiones de género. Temas a los que me referiré a lo largo de la exposición.

II. Encuadre normativo

El principal instrumento internacional para proteger a los niños de los dañinos efectos de los traslados y retenciones ilícitas transfronterizas es el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Este tratado multilateral, que hoy cuenta con 84 Estados parte no pretende involucrarse en cuestiones de custodia, sino que hace efectivo el principio de que todo niño que ha sido sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual. Una vez que el niño es restituido, las autoridades locales pueden determinar dónde y con quien deberá vivir.

El Convenio de La Haya de 1980 también ha sido diseñado para asegurar la protección de los derechos de visita.

Nuestro país además de tal convenio suscribió y ratificó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989.

Cuando un Estado es parte de ambos Convenios, el artículo 34 de la Convención Interamericana le otorga prioridad a la Convención Interamericana respecto del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados involucrados.

III. Contenido y Objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

El *Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* es un tratado que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución.

Sabido es, que la restitución del menor obedece: a una finalidad general, que es el mantenimiento del *status quo*, y a tres objetivos claros: 1) el respeto de los derechos de custodia preestablecidos, 2) la defensa de la competencia natural de la residencia habitual anterior (al traslado o retención), para decidir

sobre cualquier modificación en dicha custodia y 3) el mantenimiento de una situación de igualdad procesal entre las partes, al tratar de impedir que el progenitor cuyo derecho de custodia ha sido vulnerado con la sustracción, quede en una situación de desventaja.

Dichos objetivos, se trazaron en función de un contexto, en el que el porcentaje mayoritario de sustracciones se realizaba por el o la progenitora que no estaba al cuidado del menor y con el cual el niño tenía menos relación que con el titular de la custodia, cuyo derecho se veía infringido mediante la sustracción internacional.

De ese modo, la cooperación internacional y la orden de restitución permitían restablecer la situación existente con anterioridad al traslado o sustracción, en un claro beneficio del interés del niño, que había sido alejado ilícitamente de quien tenía su custodia.

Así se ordenaba como regla la restitución al lugar de origen, salvo que se configurara alguna de las excepciones que prevén ambas convenciones suscriptas por nuestro país en la materia. A saber los arts. 13 y 20 de la **Convención de la Haya** y art. 11 de la **Convención interamericana sobre restitución internacional**.

Artículo 13: “...la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone....”

Artículo 20: “La restitución (...) podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Por su parte el art. 11 de la **Convención interamericana sobre restitución internacional**, establece que: “La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a) que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.”

La carga de la prueba corresponde a quien se opone a la restitución.

IV. Cambios de paradigmas

Como lo adelanté, la *praxis judicial* viene manifestando un cambio de contexto. Ello es así, en tanto, puede percibirse que las sustracciones internacionales, son realizadas por el progenitor que se encontraba al cuidado del menor o quien era al menos titular de una custodia compartida y, no bajo las circunstancias fácticas de un régimen de visitas.

Este nuevo escenario, nos conduce a que si se obtiene la orden de una restitución bajo ese ropaje de sustracción, lo que se logra no es el restablecimiento del *status quo*, sino que por el contrario, se lo modifica.

Nótese, que el niño involucrado pasa (en base a la cooperación internacional) a residir bajo los cuidados de quien no se venía encargando de su atención cotidiana y, en consecuencia, se origina necesariamente la realización de un proceso en el que se debe discutir su custodia, sin ponernos a evaluar el daño grave o perjuicio en su integridad psicofísica que se genera al niño involucrado.

Pero lo preocupante es, que en algunos de esos casos, la situación puede verse agravada, porque el progenitor que venía ejerciendo la custodia, pero que fue calificado como sustractor, no puede acompañar al menor tras la orden de restitución ya sea por normas de extranjería que imposibilitan la entrada del progenitor secuestrador para seguir el proceso en el Estado de origen, o por obvias razones económicas porque por ejemplo la madre debe disponer de por lo menos 2000 dólares para el pasaje y de todo el capital necesario para reiniciar su vida en el extranjero.

De modo tal, que en definitiva el menor queda en una situación intolerable de tener que verse separado de su cuidador hasta que se resuelva el fondo de la custodia (de ahí lo del daño al que se aludía anteriormente).

Tales circunstancias obligan, o bien a oponerse a los pedidos de restitución, en base a la existencia de alguna excepción o del propio interés superior del niño (eje rector de toda decisión que lo afecta) o bien a permitir el retorno pero sometido a ciertos condicionamientos (*undertakings, safe harbour orders y mirror orders*), que no están previstos en el Convenio, y que aluden a promesas generalmente hechas por el solicitante, como por ejemplo medidas de protección sobre el menor o su acompañante, es decir disposiciones que garanticen el cumplimiento de recaudos tendientes a asegurar una cierta estabilidad emocional para el menor².

Todo ello denota que no es posible separar en todos los casos, la cuestión de fondo, de la orden de restitución o de la oposición a ella. En ese sentido, al desentenderse de esa cuestión de fondo, que sin embargo está tan ligada, se convierte a la cooperación internacional en una sanción al progenitor imputado de sustracción ilícita y no, en la consecuencia de una valoración del interés superior.

² Cf. Jiménez Blanco, Pilar “Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores”, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 15 y 88/89.

Así, frente a la existencia de casos difíciles, como los que se argumentan, resulta especialmente complejo decidir sobre la no restitución, sin entrar a valorar circunstancias que hacen a la cuestión de fondo, a pesar de la marcada delimitación que se pretende.

En este sentido, resulta asimismo vital, la valoración de la opinión del niño y de su eventual oposición al retorno.

Pero estas circunstancias, pese a la plena vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12), de la ley 26061 (arts. 3,19, 24 y 27), de la Observación General N° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño³ y de lo normado por el art. 20 del Convenio de la Haya, se vienen también ignorando al decidir.

En la mayoría de los casos se observa que no se cumplió con la obligación, que la normativa invocada impone al órgano jurisdiccional, de escuchar al niño en forma directa. Escucha, que sin duda le permite a quien tiene la potestad jurisdiccional, conocer cuáles son las necesidades del niño afectado por el conflicto internacional y, en base a ello, determinar cuál es su efectivo y real interés superior, eje que, también por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte.

En definitiva, la decisión de cooperar o no internacionalmente con la restitución del niño, exige de nuestros órganos jurisdiccionales una evaluación integral de la situación y del conjunto de derechos humanos que podrían vulnerarse en caso de optarse por ordenar la restitución. Así, se debe analizar la existencia de riesgo o peligro para el niño (art. 13 I.b, del Convenio de la Haya), la violación a las libertades fundamentales del Estado requerido (art. 20 CH 1980) y la valoración de la oposición del menor (art. 13.II CH 1980), para no incurrir tampoco, en responsabilidad internacional en base a los tratados internacionales suscriptos que integran el bloque de constitucionalidad.

13

Otro de los conceptos que se advierte como desdibujado, es el concepto de “residencia habitual” como punto de conexión (determina la competencia para dirigir la custodia o cuestiones de fondo) para el reclamo de restitución internacional y la aplicación del convenio.

La interpretación del concepto central de residencia habitual (Preámbulo, arts. 3 y 4 CH) ha demostrado ser cada vez más problemática, con interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones. No hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual, el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor. La residencia habitual puede parecer un factor de conexión muy flexible en algunos Estados Contratantes, y mucho más rígido para otros, reflejándose en la noción de una residencia a largo plazo.

³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12, “*El derecho del niño a ser escuchado*”, 51º Período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo al 12 de junio de 2009.

Cualquier valoración de la interpretación de residencia habitual se torna complicada aún más por el hecho de que los casos que se concentran en el concepto, pueden involucrar situaciones fácticas muy diversas. A modo de ejemplo, la residencia habitual puede tener que considerarse como consecuencia de una mudanza permanente, o una mudanza más tentativa, aunque tenga un final abierto o potencialmente abierto, o la mudanza puede ser, de hecho, por un plazo de tiempo definido.

Asimismo se pudo notar, en muchos de los supuestos que he debido analizar, un común denominador: las residencias mutaban y no perduraban en el tiempo.

Tal es así, que en la mayoría de esos casos, se observaba, que incluso, el tiempo de residencia del niño en el país requerido, superaba ampliamente el tiempo de residencia de aquel, en su supuesto país de origen o de residencia habitual. Ello, no hacía más que demostrar, que la orden de restituir al niño a su *status quo*, más que beneficiarlo lo terminaba perjudicando, en base a que, obviamente, se había arraigado a lo que él consideraba su centro de vida.

Vale como ejemplo la plataforma fáctica del caso “D.F.”⁴ Nótese que el niño nació en la Ciudad de Montreal y residió en dicha ciudad tan sólo ocho meses, toda vez que luego la familia mudó su residencia a la ciudad de Buenos Aires. Posteriormente, el niño permaneció bajo el cuidado exclusivo de su madre, dado que durante un año el progenitor residió solo en la ciudad de Montreal, mientras que aquellos permanecían en la República Argentina. Luego, el niño residió 4 meses junto a su padre y su madre en la ciudad de Montreal, Canadá. Sin embargo, las desavenencias de la pareja, -quienes recuérdese no convivían desde hacía ya más de un año y medio, debido a que el Sr. D.F. había mudado su residencia por motivos laborales- se acentuaron e hicieron que la convivencia fuera imposible de sostenerse. Ello, motivó que la Sra. M.G. junto al niño regresaran nuevamente a la República Argentina.

De lo hasta aquí expuesto puede advertirse que el niño, para ese entonces de 6 años y cinco meses de edad, había permanecido en nuestro país en total más de cinco años, mientras que en la ciudad de Montreal, habitó sus primeros ocho meses de vida y luego durante cuatro meses cuando él tenía 5 años.

Bajo tal contexto fáctico, cabe preguntarse ¿Cuál era su residencia habitual?

Es evidente, en mi opinión, que la República Argentina constituía su residencia habitual con una notoria significación de permanencia, mientras que su estadía en Montreal (Canadá) podría catalogarse de momentánea o temporaria.

Parecería así, que los conceptos de “*residencia habitual*” y de “*centro de vida*” se enfrentan y contraponen, a la hora de decidir este tipo de conflictos y, lo grave es, que finalmente quien se perjudica con esa contraposición, es un niño.

⁴ Expte. Letra D., Nº 27, Libro: XLVII. “Recurso de hecho D.F. R. c/ G., M.S. s/ restitución de hijo” sentencia del 28/06/2011.

En ese entendimiento, muchas veces, las variaciones en las residencias, obedecen a la evolución de la sociedad, a la globalización, a la necesidad de cambio, de búsqueda de mejores oportunidades económicas (producto de las crisis de sus países de residencia), traslados temporarios por motivos académicos o laborales, que hacen que la familia se traslade de un punto a otro del mundo.

Ahora bien, en base a una cuestión social, cultural y de género, en la totalidad de los casos analizados en los últimos dos años ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que se vislumbraba, era que siempre las mujeres seguían a sus maridos o parejas; modificando incansablemente sus residencias y, como es obvio, arrastrando en esa rutina de cambios a sus pequeños hijos.

Indudablemente, esa circunstancia sigue de algún modo como rémora de legislaciones de otros tiempos -no tan lejanos- en los que la mujer casada era considerada incapaz y, como tal, se le dedicaba a su atributo del domicilio, un capítulo especial. Así es, que la mujer estaba obligada a habitar con su marido dondequiera que éste fije su residencia cuestiones que hoy no pueden tolerarse y resultan violatorias de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Asimismo, es dable recordar que conforme a la legislación vigente los esposos fijan el lugar de residencia de su familia de común acuerdo (art. 200 C.C.).

Prueba de ello es que, en todos los casos analizados las demandadas por la sustracción eran mujeres y por ende, varones quienes requerían la restitución⁵.

15

Sentado lo anterior, conviene remarcar, que en mi opinión, en la mayoría de los supuestos al presentarse una crisis de pareja, estas mujeres se veían en la necesidad de retornar raudamente a sus países de origen (como es natural), donde las esperaba su familia extensa, para darles (a ella y a sus hijos) la contención necesaria para afrontar el mal paso.

Esa última modificación de residencia, en casi todos los casos era consentida por los actos propios desplegados por quien luego peticionaba la restitución internacional, a sabiendas, de que la cuestión de fondo, en definitiva, estaba más vinculada a una ruptura o crisis de pareja, que a la real existencia de un traslado ilícito o de una retención ilícita, en violación del derecho de custodia del requiriente, que justificara la aplicación del Convenio y la orden de restitución.

Por ejemplo, en el caso “R”⁶ el niño A. residió en los Estados Unidos de América solamente durante sus **cuatro primeros meses de vida**, oportunidad en la que su padre autorizó su traslado junto a su madre a la Argentina **por cinco meses** –período mucho más extenso del que el pequeño vivió en suelo norteamericano–.

5 v. CSJN, Expte. Letra “G”, N° 256, Libro XLVI, Año 2010; Expte. Letra “C”, N° 44, Libro XLVI, Año 2010, Expte. Letra “R”, N° 390, Libro XLVI, Año 2010, Expte. Letra “K”, N° 125, Libro XLIV, Año 2008, Expte. Letra “F”, N° 441, Libro XLVI, Año 2010, Expte. Letra “V”, N° 24, Libro XLVII, Año 2011 y Expte. Letra “W”, N° 58, Libro XLVI, Año 2010.

6 CSJN, Expte. Letra: R, N° 390/2010.

cano, lo llamativo es que, transcurridos dos meses desde que el niño se encontraba habitando **temporariamente** en Argentina (por el lapso de tiempo autorizado por el requirente) aquel autorizó a la progenitora para que tramite la nacionalidad Argentina del niño, luego, varios meses después -**contradicidiendo actos suyos anteriores**- manifestó su voluntad de revocar la autorización concedida.

No podía el progenitor desconocer cuándo concedió tal facultad, que para tramitar la nacionalidad es conditio sine qua non del peticionante, tener residencia en el país cuya nacionalidad se pretende, y en el caso puntual de la Argentina, la ley exige que tenga domicilio establecido en la República durante dos años en forma ininterrumpida al momento de formalizar la solicitud (cf. Art. 3 in. e) de la ley 21795), en tanto la ley norteamericana exige también residencia para obtener la nacionalidad (Acta de Inmigración y Nacionalidad – INA-).

A tales extremos es dable agregar, que una vez vencido el aludido permiso para viajar, el Señor R. envió un mail a la progenitora consintiendo la situación y dando por sentado, que ella no volvería a la ciudad de Miami, e incluso le manifestó que le enviaría todas sus pertenencias.

Ello prueba que en dicho caso no había ni un traslado ilícito, ni una retención ilícita, y que en definitiva el menor con autorización de sus padres había mutado su residencia habitual.

16

Así entran en juego los “efectos derogatorios” y los “efectos atributivos” de la competencia judicial para resolver este tipo de conflictos (v. Pilar Jiménez Blanco, ob. cit. p. 28), producto así también de la manipulación del concepto de residencia habitual (el que exige algún grado de permanencia para tener un viso de seriedad), lo que no se advertía en dicho caso en tanto el niño había residido tan sólo sus primeros 5 meses de vida en la ciudad, que se invocabía como su residencia habitual.

La residencia habitual anterior del menor sirve, a un doble objetivo: permite la calificación de un traslado como sustracción ilícita y, presupone un criterio de competencia de los tribunales de dicho estado. Pero lo cierto es que se requiere una demostración de permanencia o habitualidad al lugar, pues, de lo contrario podría operar una adquisición automática de la competencia de los tribunales de origen, que incide notoriamente sobre las posibles calificaciones de ilicitud de los trasladados ulteriores.

Tal como lo establece el art. 92 del C.C., la residencia para que cause domicilio, ha de ser habitual y no accidental (Fallos: 124:269).

En síntesis, debe partirse de la idea de que la residencia es el centro de intereses vitales del niño, donde aquel se siente más integrado; siendo los tribunales de dicho lugar, los más próximos para poder resolver (principio de inmediación) acerca de cualquier modificación sobre su custodia.

En tal sentido, cabe concluir, que los criterios interpretativos del concepto de residencia habitual deben partir de los componentes fácticos que rodean al caso, que en definitiva son los que conducirán a obtener una solución justa y contemplativa del interés que se debe tutelar.

Otro concepto que debe redefinirse es el de “*custodia*” (art. 5 CH 1980) entendido como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

Otro punto para remarcar y que también se observa como un factor común es: “*el transcurso del tiempo*” desde que se produce el traslado o la retención y el caso llega a la Corte por recurso extraordinario concedido o en queja por extraordinario denegado, puesto que pasan en general más de tres años, y -como es natural- durante ese período las niñas/os involucrados crecieron, se arraigaron e integraron (con mayor o menor intensidad según la etapa evolutiva del niño) al nuevo lugar de residencia, el que se transforma sin duda en su centro de vida en los términos de la ley 26061.

El art. 2 del Convenio impone a los Estados contratantes la obligación de utilizar procedimientos de urgencia.⁷ La obligación en cuestión tiene una doble intención, por una parte la de que se utilicen los mecanismos o procedimientos más rápidos que existan en el propio sistema jurídico y por la otra que se le dé un tratamiento prioritario, en la medida de lo posible a las demandas en cuestión. El apartado segundo del art. 11 establece un plazo no vinculante de seis semanas para, tras el cual el demandante o la autoridad central puedan solicitar una declaración sobre los motivos del retraso.

Y la incidencia del tiempo, no es un tema de menor entidad, en tanto en la vida cotidiana de un niño es este un factor de suma trascendencia, de allí que resulte oportuno promover desde las instancias de grado una mayor celeridad en estos procesos procurando que la resolución de estos casos se adopte dentro de las seis semanas.⁸ De allí, que en todos los casos en los que tuve que intervenir, como Defensor de Menores, resulta muy difícil en salvaguarda del real y concreto interés superior del niño involucrado, dictaminar pidiendo que se cumpla con el Convenio de la Haya y se ordene sin más la restitución del niño/a a su país de origen; en tanto, de ese modo no tutelaríamos en forma efectiva ese interés, sino que estaríamos aplicando la letra fría de la ley, sin detenernos a evaluar el caso concreto a luz de toda la normativa vigente y aplicable en la materia.

Como ejemplo, de que en la praxis diaria no se tutela o contempla el interés superior, basta mencionar la decisión contradictoria y poco tuitiva que la Corte alcanzó en el caso “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo”⁹, que involucraba a tres hermanitos en el que se ordenó la restitución de dos de ellos y con respecto al tercero se consideró que no le resultaba aplicable la Convención de la Haya, por cuanto había cumplido ya los 16 años de edad, es decir desintegró una familia por aplicar la letra fría de la convención.

7 v. también art. 11 CH1980.

8 v. al respecto las Conclusiones y Recomendaciones del Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de la Haya de 1980 celebrado del 28 de noviembre al 3 de diciembre de 2005.

9 CSJN, Fallos: 333: 604.

Sin embargo no puedo dejar de señalar, que algunos cambios podrían empezar a advertirse a partir de lo resuelto recientemente en el caso “D.F.”¹⁰ en el cual la Corte se apartó de la doctrina en virtud de la cual aplicaba automáticamente la Convención ordenando la restitución.

En dicho caso la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, revocó el pronunciamiento de grado, en cuanto ordenó sin más la restitución internacional y, dispuso la devolución de los autos a la instancia inferior para que el juez interviniente ordenara la producción de la prueba conducente para la solución de la contienda, previa reasignación de la causa a un nuevo juzgado, en tanto el juez interviniente emitió opinión sobre la cuestión introducida.

Contra tal pronunciamiento el actor interpuso recurso extraordinario federal. Dicho recurso fue denegado y motivó el planteo de un recurso de queja ante la CSJN, por extraordinario federal denegado y en consecuencia la vista a la Defensoría Oficial ante la Corte para que emitiera opinión en representación del menor involucrado.

A su turno la DOCSJN, solicitó el rechazo de la presentación directa incoada, por entender que la sentencia impugnada no constituía una sentencia definitiva o equiparable a tal y, subsidiariamente, se expidió sobre el fondo de la cuestión planteada tras un minucioso análisis de las circunstancias fácticas que rodeaban al caso y de los presupuestos que deben darse para que se aplique el Convenio Internacional de la Haya conforme a la jurisprudencia comparada que invoca.

El Máximo Tribunal, con fecha 28 de junio de 2011, resolvió desestimar la queja, con fundamento en que el recurso extraordinario cuya denegación originó la presentación directa intentada, no se dirige contra una sentencia definitiva y hace saber a los jueces de la causa que deberán implementar las medidas conducentes que el caso amerite con la urgencia que requiere este tipo de trámites.

Asimismo, se pudo observar un leve cambio de criterio, en uno de los casos llevados a examen de la Corte, por parte de la Procuración General, quien en definitiva compartió el análisis efectuado por la defensa, en el sentido de no ordenar la restitución en tanto el progenitor había consentido el traslado del menor y su retención en nuestro país, con actos anteriores y posteriores al traslado, lo que hacía aplicable la doctrina de los actos propios.¹¹ No obstante ello la Corte al momento de decidir mantuvo su criterio de aplicar en forma tajante la Convención y ordenó la restitución.

También es dable mencionar que un sector reconocido de la doctrina nacional viene acompañando esta posición, señalando que debe tutelarse el concreto interés superior involucrado y asegurarse el efectivo ejercicio de derecho del niño a ser oído en todas las instancias (incluso en la extraordinaria). Asimismo

10 Cf. CSJN, Expte. Letra D, 27. XLVII, sentencia del 28/06/2011.

11 V. Dictamen de la Procuración en el Expte. Letra R, N° 390, Libro XLVI, 2010.

marcaron su preocupación por el tiempo que transcurre hasta que se resuelve la cuestión, tiempo en el que el niño o niña involucrados se terminan arraigando y ordenar una restitución implica bajo ese panorama una modificación de ese nuevo centro de vida del niño que claramente es perjudicial para su estabilidad.¹²

Asimismo, es dable destacar la solución alternativa a la restitución alcanzada en otro caso, en el que tras la entrevista personal que mantuve con los menores y su progenitora, se logró que las partes llegaran a un acuerdo en virtud del cual el progenitor de los niños, que era quien requería la restitución de sus hijos al Reino Unido de Noruega, finalmente desistió y permitió que mantuvieran su centro de vida en la Argentina al que se encontraban sumamente arraigados, manteniendo un adecuado contacto con aquel, y la Corte con fecha 9 de noviembre de 2010, lo tuvo por desistido (caso G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo).

V. Como juega el Interés superior, en la aplicación del Convenio de la Haya

En la doctrina de los Tribunales españoles en aplicación del Convenio de la Haya de 1980, se repite la idea de que el concepto del interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos se definen de modo negativo (no es interés del menor el exponerlo a un riesgo o peligro físico o psíquico; a una previsible situación de abandono emocional, educativo, familiar, a una situación intolerable, etc.) atendiendo a las circunstancias en cada caso y diferenciando el interés del menor del interés de sus progenitores, y también cualquier otro interés de derecho público o privado.¹³

En el parágrafo 107 del Informe Pérez Vera, se alude a la interpretación del art. 12 del Convenio y se señala que “...si el retorno del menor debe decidirse en su propio interés, es cierto que cuando está integrado en un nuevo ambiente, su retorno sólo debería tener lugar tras un análisis del fondo del derecho de custodia lo que nos situaría fuera del objetivo convencional...”¹⁰⁹ “...una verdadera obligación de devolver al menor. (...) “... no se puede ignorar que dicha obligación desaparece si se llega a probar que el “menor” ha quedado integrado en su nuevo medio”. ESTO LO DEBE PROBAR EL “SECUESTRADOR” “...la prueba o la comprobación del nuevo arraigo del menor abre la puerta a la posibilidad de un procedimiento más largo que el previsto. En definitiva, tanto por estos motivos como porque el retorno tendrá lugar siempre, por la propia naturaleza de las cosas, mucho después de un año de la sustracción, el Convenio no habla en este contexto de restitución “inmediata” sino simplemente de restitución.” Parágrafo

12 v. al respecto los artículos de Rodolfo Jauregui: “Un caso de restitución internacional de niños que invita a reflexionar” y de Eloisa Raya de Vera: “El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores” publicados en la Revista jurídica La Ley en comentario a dos casos de restitución resueltos por la CSJN).

13 cf. SAP Vizcaya, sección 1ºA de 24 de octubre de 1996.

110 “...no hay que olvidar que lo que se pretende proteger mediante la lucha contra las sustracciones internacionales de menores es su derecho a no ser separados de cierto entorno que, en ocasiones, será fundamentalmente familiar.”

VI. Una herramienta de trabajo, la base de datos sobre la sustracción internacional de niños

Una herramienta que resulta sumamente útil a la hora de confeccionar nuestros dictámenes es la base de datos de INCADAT¹⁴.

Dicha base fue creada en el año 1999, por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con el fin de promover un entendimiento mutuo y fundamentalmente la interpretación y el funcionamiento efectivo del Convenio de 1980.

Esta base de datos nos permite acceder a decisiones destacadas sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, así como también otras decisiones relevantes sobre sustracción internacional de niños.

INCADAT comprende sumarios de decisiones actualizadas en forma permanente, que sin duda contribuyen a la hora de efectuar nuestros dictámenes.

VII. Palabras finales

20

Así es que en la mayoría de los casos a efectos de emitir una opinión como Defensor de Menores se deban despejar previamente una serie de interrogantes, tales como: ¿Responde la situación al objeto y fin del Convenio de la Haya de 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores? ¿Cuál era la residencia habitual del niño/a? ¿Quién ejercía su custodia? ¿Hubo traslado o retención ilícita? ¿Fue consentida la residencia en nuestro país por el padre solicitante?

Dichos interrogantes son los que se vienen repitiendo en los distintos casos en los que he debido intervenir ante esa Corte, que deben ser analizados a la luz de los nuevos paradigmas explicitados, otorgando el lugar que le corresponde al derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas

Por Mariana Grasso¹

La evolución de la jurisprudencia interamericana y de los informes de la Comisión de Derechos Humanos así como los desarrollos a nivel normativo que se registran en el derecho penal juvenil convencional tanto en el plano regional como universal, no han tenido correlato en nuestro derecho interno.

El repertorio del máximo Tribunal muestra escasos y contradictorios desarrollos sobre el tema.

Así, en los precedentes Maldonado² y R. M., J. L.³ la Corte analizó, respectivamente, la mensuración punitiva y la suspensión del juicio a prueba en el especial escenario que ofrece el derecho penal juvenil convencional y aplicó estándares acordes a los especiales deberes de protección de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Sin embargo, en el caso García Mendez⁴, dejó sin efecto la decisión de la Cámara Nacional de Casación mediante la cual se hiciera lugar a la acción de *hábeas corpus* articulada a raíz de la derogación de la ley de patronatos.

Esas decisiones contradictorias se enmarcan, a su vez, dentro de un esquema legal que si bien ha incorporado a la Convención sobre los Derechos del Niño con rango constitucional luego de la reforma del año 1994, mantiene vigente la ley 22278, sancionada durante la última dictadura militar y enrolada en la doctrina de la situación irregular.

De ahí la importancia de pensar estrategias que hagan foco en los principios propios del sistema penal juvenil convencional.

A esos fines entiendo que puede ser útil pasar revista a algunos de los desarrollos provenientes del sistema de protección de derechos humanos.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refieren a los deberes de especial protección de niños y adolescentes partiendo de la consideración del *corpus juris* propio del sistema juvenil convencional.

21

¹ Defensora Pública Oficial interinamente a cargo de la Defensoría ante la Cámara de Casación Penal.

² CSJN, Fallos: 328:4343.

³ CSJN, Fallos: 329:4770.

⁴ CSJN, Fallos: 331:2691.

Así, en el informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes⁵, la Comisión Interamericana de Derechos humanos reseñó el proceso de gestación del corpus juris en materia de niñez, traducido en “...una reconceptualización del deber de protección especial”.

En el documento se apuntó que “el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing de 1985), las Reglas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad de 1990) además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general” (La Corte ha establecido que el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”.

22

(Corte I.D.H., OC-16 El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso, 1 de octubre de 1999, párrafo 115.)

“20. Desde esta perspectiva, la Corte ha analizado los casos sobre derechos humanos de las niñas y niños aplicando el corpus juris en materia de niñez, siguiendo el siguiente razonamiento: Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar” (Corte I.D.H., Caso “Instituto de Reeducación del Menor”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 148; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 166; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 24.)

La Comisión destacó que, adicionalmente, ese corpus juris se integra con los informes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶.

El documento se refirió a la disposición del art. 19 de la Convención Americana y el interés superior del niño, noción que tomó de la Observación General nº 8 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Opinión Consultiva OC 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 53: “*a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma Convención sobre los Derechos del Niño, por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos. En otros términos: todas las decisiones que en la familia, la sociedad, o el Estado afecten a una persona menor de dieciocho años de edad tendrán que tener en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de tales derechos*”.

En “La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”⁷ puede encontrarse una completa reseña de los antecedentes y fundamentos de la creación de la Relatoría sobre los derechos de la niñez. El documento se refiere a la interacción entre los sistemas regional y universal de protección de los derechos de la infancia, tanto en lo referente al desarrollo sustantivo (*corpus juris*) como al ámbito de la prueba amén de reconocer las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos como prueba de la existencia de violaciones a derechos humanos de la infancia y adolescencia y al monitoreo y evaluación general de los derechos de infancia y adolescencia.

La situación de los niños y jóvenes en conflicto con la ley penal, y más específicamente, la de aquellos que se encuentran privados de su libertad, fue relevada en el Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Más allá de reiterar el rol de garante que compete al Estado cuando se dispone la privación de la libertad de toda persona⁸ y de relevar la privación de derechos que supone esa privación de libertad destacó que “154...*Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa*⁹, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática¹⁰. (...) 160. En materia de derecho a la

6 v. par. 21.

7 OEA/Ser.L/V/II.133 Doc. 34 29 octubre 2008. Original: Español.

8 Par. 152.

9 Cf. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párr. 57.

10 Cf. Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas”, párr. 116; y artículo 5 del Protocolo Adicional a la

vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.¹¹ (...) 210. Este Tribunal ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal.¹² (...) 211. A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales;¹³ 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discretionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños¹⁴; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.¹⁵ 212. Dichos elementos, los cuales procuran reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal, no se encontraban en la legislación pertinente del Paraguay hasta, por lo menos, el año 2001. 213.

Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

11 Cfr. Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párrs. 124, 163-164, y 171; Caso Bulacio, párrs. 126 y 134; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párrs. 146 y 191. En el mismo sentido, cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 56 y 60.

12 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 109.

13 Cfr. artículo 40.3.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

14 Cfr. Regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

15 Cfr. Ibid, Regla 6.3 y Artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley hasta el 2001, ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, violó los artículos 2 y 8.1 de la Convención, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, respecto de los niños que estuvieron internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.” (sin destacar en el original).

Basta contrastar estos principios con la realidad argentina para encontrar un patrón similar al que determinó la responsabilidad internacional del estado paraguayo.

Si bien en el ámbito civil la sanción de la ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes supone una avance significativo en la materia, el mantenimiento de la ley 22278 como marco general de regulación del sistema penal juvenil da cuenta de la ausencia de medidas conducentes para establecer un régimen jurídico ajustado a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este paradigma de inconstitucionalidad por omisión invita a incluir estrategias jurídicas que incorporen todos aquellos institutos reconocidos en el *corpus juris* propio de la niñez y adolescencia.

También en el ámbito penal se registra un hito relevante a partir de la reciente presentación del Caso 12.651 de fecha 2/11/2010 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (La Comisión había declarado la admisibilidad de la petición en el informe nº 26/08 del 14 de marzo de 2008).

En el Informe 62/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso 12.285 Michael Domingues), se enfatizó la obligación general de los Estados de garantizar el bienestar de los jóvenes en conflicto con la ley penal y empeñarse en su rehabilitación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos volvió a referirse al status diferencial de la niñez en conflicto con la ley penal en el informe 41/99:¹⁶ “113. A este respecto cabe tener en cuenta que, en el caso de los menores, existe dentro del derecho internacional de los derechos humanos una clara tendencia a darle una protección mayor que a los adultos y a limitar el papel del *ius puniendi*. Es por ello que se exige a los Estados más garantías para su detención, la cual deberá constituir un mecanismo excepcional. 114. Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad, refuerzan específicamente la idea de que los menores no deben ser privados de libertad sino en situaciones excepcionales. La regla 1, en este punto, establece que .. ‘El encarcelamiento deberá usarse como último recurso’. 115. El artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño también establece ‘que la detención, o encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso..’ (literal

16 CIDH, Caso 11491 del 10/3/99, “Menores detenidos en Honduras”.

b). 116. De estas y otras normas de derecho internacional se desprenden algunas reglas claras en relación con el diseño de la política social y el papel subsidiario de la política criminal con respecto a los menores: En primer lugar, el Estado no puede utilizar el ius puniendi estatal como un mecanismo para obviar o no abordar los problemas sociales que enfrentan los niños. En segundo lugar, el Estado debe limitar la intervención penal al mínimo. Los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad. No debe emplearse, por tanto, el ius puniendi estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor. 117. De manera general, el derecho internacional de los derechos humanos se dirige a procurar que las penas que imponen graves restricciones de los derechos fundamentales de los menores, sean limitadas únicamente a las infracciones más severas. Por tanto, aun en el caso de infracciones tipificadas, la legislación tutelar del menor debe propender hacia formas de sanción distintas a la reclusión o privación de libertad” (sin destacar en el original).

En el documento “Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia”, Capítulo VI, Derechos de los niños y Niñas, la Comisión Interamericana “...reitera que de conformidad con los estándares internacionales sobre la materia, la aplicación de la sanción de privación de libertad de niños y niñas debe ser excepcional y durante el período más breve posible (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Regla 19; Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 37.b); Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Regla número 2; Reglas para la Administración de Justicia de Menores. Reglas 13.1 y 17.1; y Comentario General No. 10 de 2007 del Comité de los Derechos del Niño relativo a los derechos de los niños en el sistema de justicia juvenil) Con respecto a la detención preventiva, la Comisión resalta que la jurisprudencia internacional reiterada sobre su aplicación en el sentido de entenderla como una medida excepcional que debe responder exclusivamente a fines procesales, adquiere especial relevancia cuando se trata de niños y niñas que por su condición se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad. La vigencia de una norma que consagra “el peligro para terceros” como un factor a tener en cuenta en la determinación de la procedencia de la detención preventiva de niños y niñas, es incompatible con los estándares internacionales sobre la materia.”

En el documento “Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala 2003. Capítulo VI, la situación de la niñez.” La Comisión señala: “339. La CDN implica un cambio sustancial en materia de infancia, se hace necesario la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de protección integral”. Ello implica pasar de una concepción de los “menores” como objeto de tutela y represión, a considerar niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho En la CDN se establecen dos ámbitos de protección: a) el de los derechos de los niños y niñas en general y b) el de los niños y niñas que

han cometido un delito. En este último, los niños y niñas no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino además una protección especial.

Tomando como base estos lineamientos, el Tribunal Oral de Menores nº 1 de la C.A.B.A. ha dispuesto la absolución previa a la realización del juicio oral en casos de delitos que no reportan especial gravedad, basado en la imposibilidad de llevar adelante el juicio oral en un plazo cercano.

La Defensa Pública viene impugnando las decisiones que, en sentido adverso, ha dictado el Tribunal Oral de Menores nº 2 de la C.A.B.A., casos que se encuentran a conocimiento de la Cámara Nacional de Casación Penal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entiendo que estas iniciativas son imprescindibles para denunciar el desfasaje que se verifica entre el *corpus juris* internacional y el mantenimiento de una ley tributaria de la doctrina de la situación irregular, amén de reportar una acción compatible con la disposición del art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando alude a la adopción de medidas de cualquier carácter para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en ese instrumento.

La determinación de la razonabilidad del plazo de proceso no puede pasar por alto la especial condición que revisten los adolescentes en conflicto con la ley penal. Si el proceso avanza hasta el punto en que el adolescente pierde su condición de tal, ya no puede hablarse de un plazo razonable de juzgamiento pues se pierde, en este especial contexto, la misma razón de ser de la competencia en razón de la materia.

De ahí que sea preciso introducir, ya en las etapas tempranas del proceso, la articulación de medidas alternativas de solución del conflicto penal.

En el caso Bulacio Vs. Argentina¹⁷ se problematizó muy especialmente el marco jurídico vigente en nuestro país en materia de derecho penal juvenil.

En la sentencia de seguimiento, de fecha 26 de noviembre de 2008, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que las modificaciones legales que se habían implementado en el régimen interno no lograban satisfacer los estándares internacionales. En el párrafo 29 la Corte IDH enumeró las medidas tomadas por la República Argentina incluidas la Resolución No. 2208 de 12 de agosto de 2008, mediante la cual el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos instruyó “a la Gendarmería Nacional Argentina, la Policía Federal Argentina, la Prefectura Naval Argentina y la Policía de Seguridad Aeroportuaria a adecuar su actuación en los casos de restricción de libertad ambulatoria de personas menores de 18 años a los estándares internacionales de derechos humanos”; la Resolución 578/2008 de 25 de marzo de 2008, mediante la cual el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos creó la Comisión para

17 Cfr. Corte IDH, Caso Bulacio Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

la Reforma y Actualización Legislativa del Régimen Penal Juvenil, que estará presidida por el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, “tendrá un coordinador y estará integrada por profesores nacionales concursados en materia penal y magistrados de reconocida trayectoria que desempeñarán su cometido ad honorem”, quienes “deberá[n] elevar un proyecto de ley de reforma y actualización legislativa del régimen penal juvenil” y la Resolución No. 2209 de 12 de agosto de 2008, a través de la cual “el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos instruyó al Secretario de Derechos Humanos a crear [una] instancia de consulta sobre la adecuación normativa dispuesta por la Corte Interamericana”.

La Corte Interamericana señaló que: “33. Que de conformidad con lo manifestado por las partes (...), el Estado ha adoptado medidas tendientes a dar cumplimiento a lo ordenado en el punto resolutivo quinto de la Sentencia. Al respecto, la Corte reconoce los esfuerzos realizados por el Estado para constituir instancias orientadas a la adecuación de la normativa y práctica interna en relación con detenciones de niños sin orden judicial ni situación de flagrancia y aquellas relacionadas con las condiciones de detención de niños. Asimismo, el Tribunal toma nota de la voluntad del Estado de adecuar su normativa en materia procesal penal, así como aquélla relacionada con la protección general de la niñez. En ese sentido, la Corte toma nota de las acciones realizadas por el Estado para la creación de la Comisión para la Reforma y Actualización Legislativa del Régimen Penal Juvenil, así como de la instancia de consulta sobre la adecuación normativa relacionada al presente caso (...).”

Finalmente concluyó: “34. Que no obstante lo anterior y adicionalmente a las diversas medidas adoptadas y pendientes de aprobación, el Estado debe determinar medidas de otra naturaleza para que el ordenamiento señalado sea efectivamente aplicado a nivel interno y, en consecuencia, cumplido por los actores correspondientes, particularmente en relación con detenciones de niños sin orden judicial ni situación de flagrancia y el mantenimiento de condiciones adecuadas para la detención de niños. Dicha obligación supone también que el Estado realice aquellas acciones que permitan la implementación y aplicación de las medidas de referencia en las veintitrés provincias y la ciudad autónoma que conforman el Estado argentino. 35. Que el Estado debe continuar adoptando las acciones necesarias para asegurar el efectivo cumplimiento a nivel nacional de la obligación de adoptar las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, para efectos de evitar la repetición de hechos y violaciones como las del presente caso.” (El resaltado no pertenece al original).

En consonancia con esos principios, en el informe “CRC/C/ARG/CO/3-4” de fecha 11 de junio de 2010 el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas instó al Estado Argentino a que “...las normas de justicia de menores se apliquen plenamente, en particular los artículos 37 (b), 40 y 39 de la Convención, así como las Naciones Unidas las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las

Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana).”

Estos desarrollos invitan a pensar estrategias que permitan que los niños y adolescentes detenidos por autoridad pública sean enviados sin demora ante la autoridad jurisdiccional competente sin previo paso por comisarías.

Pero, adicionalmente, los términos de la sentencia de seguimiento del caso Bulacio, que identifican como supuestos convalidantes de la detención, únicamente la flagrancia o la orden judicial, invitan a controvertir las detenciones basadas en la disposición del art. 284, inc. 3º del CPPN.

En el caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México¹⁸, sostuvo la Corte: “*Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona*¹⁹. *La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad*²⁰. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.²¹”

En el caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala²² la Corte apuntó: “*157. Dada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*²³ y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia.²⁴ Así, “[e]l niño tiene

18 Cfr. Corte IDH, *Caso González y otras Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

19 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 53, 54 y 60; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 133.

20 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 56, 57 y 60 y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 134.

21 Cfr. CEDAW, Recomendación general 24: La mujer y la salud, 20º período de sesiones, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 6 y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 134.

22 Cfr. Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

23 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 66.

24 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 71 y 72, y *Caso de la Masacre de*

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño.”²⁵

En el caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala²⁶ sostuvo la Corte Interamericana: “184. En lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona.²⁷ La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.²⁸ Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad (...) 190. Lo mismo se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.²⁹

Si bien se registra un desarrollo notable de planteos relacionados con el instituto de la detención domiciliaria, entre otros factores, cuando se encuentra en juego el interés superior de la niñez, no se cuenta con desarrollos sustanciales desde la perspectiva del art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La intervención del niño en procesos que puedan afectar sus derechos fue

30 *Las Dos Erres Vs Guatemala*, párr. 188.

25 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 71, y Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, párr. 189.

26 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *op. cit.*

27 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 53, 54 y 60; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 133, y Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113.

28 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 56, 57 y 60, y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 134.

29 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 88.

introducida por la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Lagos Quispe y resuelta en Fallos: 331:1352.

Si bien la Corte consideró que en el caso el derecho se encontraba satisfecho, no deja de constituir un hito relevante que analizara la cuestión, sobre todo teniendo en cuenta que no había sido introducida en anterior instancia.

Ese desarrollo es consustancial con lo decidido en Fallos: 333:1152 en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que el Defensor de Menores “*...es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio...*” al punto que en el fallo se declaró la nulidad de todo lo actuado sin participación previa del representante.

En el Caso de los “Niños de la Calle”³⁰ la Corte interamericana se refirió a los deberes de especial protección de niños en situación de riesgo: “*191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”*³¹, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida (...) 196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Es claro para esta Corte que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones.” (sin destacar en el original)

En el caso Servellón García y otros Vs. Honduras³² la Corte Interamericana sostuvo: “*115. El entonces Comisionado Nacional de Derechos Humanos, en*

30 Cfr. Corte IDH, Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

31 Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, párr. 6.

32 Cfr. Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

su informe titulado ‘Informe Especial sobre Muertes Violentas de Niños, Niñas y Adolescentes en Honduras’ de 21 de enero de 2002, señaló que ‘desde que Honduras retornó al orden constitucional en el año 1980, ningún gobierno adoptó acciones o presupuestos extraordinarios para proteger y atender las necesidades de la infancia, pese a la gravedad de la situación.’ Respecto de la violencia que afecta a un sector de los jóvenes en Honduras, expresó que [ocurrió la] sustitución de la investigación y el análisis por una cobertura periodística del tema caracterizada por el ‘sensacionalismo’ y ‘amarillismo’, a través de la cual se estereotipó o etiquetó al ‘marero’ como ‘delincuente’, pese a que cifras de la Dirección General de Investigación Criminal (DIC) confirmaron que los menores de 18 años no son los protagonistas principales de la inseguridad ciudadana. De 42 mil denuncias recibidas a febrero del 2000, sólo 5.5% de los responsables fueron menores de 18 años. Una investigación sobre Pandillas y Violencia Juvenil señala que ‘es usual encontrar en las páginas dedicadas a la nota roja en la prensa local, crónicas dedicadas al relato de las acciones delictivas y violentas realizados por adolescentes y jóvenes mareros o pandilleros. Esta amplia acogida que han encontrado sus actividades en la prensa local ha contribuido a proyectar ante la opinión pública la imagen de que las maras o pandillas juveniles están integradas por adolescentes y jóvenes incorregibles para los cuales la única alternativa de profilaxis social es la cadena perpetua o lo muerte’. 116. El Estado tiene la obligación de asegurar la protección de los niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados³³ y, especialmente, evitar su estigmatización social como delincuentes. Es pertinente destacar, como lo hizo la Corte en el Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros), que si los Estados tienen elementos para creer que los niños en situación de riesgo están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito³⁴. El Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.³⁵ 117. Los hechos del presente caso ocurrieron en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo que demuestra que el Estado no les proporcionó a Marco Antonio Servellón García ni a Rony Alexis Betancourth Vásquez un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso,

33 Cfr. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 21 de Julio de 2003, UN Document CRC/GC/2003/4.

34 Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), *supra* nota 69, párr. 197; y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/112 de 4 de diciembre de 1990, Capítulo III, párr. 9.

35 Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párrs. 124, 163 a 164, y 171; Caso Bulacio, párrs. 126, 133 y 134; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párrs. 146 y 195; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 60.

y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro.

Creo que estos lineamientos de la Corte pueden habilitar el desarrollo de estrategias vinculadas con el principio de descalificación penal del Estado en aquellos casos en los que la situación de riesgo del joven sea consecuencia necesaria de la retirada del Estado de sus funciones de protección especial de la infancia.

En el mismo sentido creo que deberían problematizarse aquellas figuras penales que califican la conducta del sujeto activo cuando se vale de la intervención de un menor de edad.

En mi experiencia profesional en el ámbito de Rosario tuve oportunidad de plantear la atipicidad de la conducta de un adolescente imputado como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en cuyo marco se encontraba imputada, su vez, a una mujer como autora del mismo delito, agravado en los términos del art. 11, inc. “a” de la ley 23737.

En el caso (Expte. 70/07, P., C. M. y otros s/ ley 23737 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Rosario) cuestioné el diseño legislativo por relevar doblemente un mismo extremo típico y en forma contradictoria cuando en rigor, la utilización de un niño solo puede ser relevante para establecer la responsabilidad del victimario, no de la víctima de esa explotación.

33

El caso fue resuelto por la absolución por duda.

Otra línea estratégica que debería evaluarse tiene que ver con la división de defensas incluso si no media incompatibilidad o intereses contrapuestos. Se trataría de un recurso hasta retórico y simbólico procurando avanzar en una orientación defensista que plasme el especial paradigma dentro del que se desenvuelve la situación de los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Las posibilidades estratégicas que ofrece el paradigma del derecho penal juvenil convencional no solo dependen de eventuales planteos defensistas sino que deben comprometer los esfuerzos de todos los actores del proceso, sin distinción.

Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas

Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Ricardo Enrique Antón¹ y Gustavo Daniel Moreno²

I. Introducción

La incorporación al plexo normativo de los derechos humanos de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23849, de raigambre constitucional, art. 75 inc. 22º C.N.), de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 26378), entre otros instrumentos internacionales, han producido un importante impacto en la adopción de diversas medidas legislativas que en la práctica importó la sanción de las leyes nacionales de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (ley 26.061) y de salud mental (ley 26657); y de leyes provinciales de protección integral y de salud mental para los ámbitos locales.

35

Este nuevo sustento legal le ha permitido a la Defensa Pública Oficial, en especial al ejercer oportunamente la representación promiscua (art. 59 del Código Civil), respecto de los niños, niñas y adolescentes y de personas con padecimientos mentales, establecer estrategias de acceso a la justicia en todas las instancias, y lógicamente en los planteos recursivos que tramitan por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y aún en instancias internacionales.

Al respecto, corresponde tener presente que mediante la reforma del año 1994 se incorporó el art. 120 a la Constitución Nacional, por el cual se reconoció y garantizó la independencia, autonomía funcional y autarquía financiera del Ministerio Público, y se dispuso que sea integrado por un Procurador General de la Nación, un Defensor General de la Nación y los miembros que la ley estableciera.

Como consecuencia de ello, se dictó la ley 24946 (Ley de Organización del Ministerio Público Nacional, B.O. 23/3/98), la cual establece en su art. 54 las funciones de los denominados Defensores Públicos de Menores e Incapaces,

¹ Prosecretario Letrado de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

² Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario - Ministerio Público Tutelar - Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

con actuación ante la Justicia Nacional ordinaria y ante la Justicia Federal, y que también cumple el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián Horacio Langevin (art. 53), por delegación de la señora Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez (conf. art. 51, inc. b).

Recordemos que dicho magistrado goza, para la determinación de los alcances y modalidades de su actuación, de una plena independencia del órgano jurisdiccional ante el cual actúa; resultándole aplicable la doctrina elaborada -para los fiscales- por parte de la Suprema Corte, en cuanto a que: “El representante del Ministerio Público goza para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa” (CSJN, octubre 6-1992, Fallos 315:2255, “Ernesto Juan Lamparter v. Juan José Balbo y Otra”, con dictamen del Procurador General de la Nación, de fecha 21 de noviembre de 1991).

Por otra parte, cabe destacar, que recientemente la Asamblea General de la OEA aprobó por unanimidad la Resolución sobre la independencia y autonomía de la Defensa Pública Oficial (AG/RES. 2656 (XLI-O/11) “*Garantías para el Acceso a la Justicia. el rol de los Defensores Oficiales*”, durante el 41º período de las Sesiones Ordinarias, reunida entre los días 5 y 7 de junio de 2011, en la ciudad de San Salvador –República de El Salvador-).

“La presente resolución es el primer documento normativo aprobado por la OEA que aborda el tema de “acceso a la justicia” como un derecho autónomo que permite ejercer y proteger otros derechos y, a sus vez, impulsa el rol de la defensa pública oficial como herramienta eficaz para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (...) Entre los puntos más importantes (...) se destaca “Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.” (cf. Información interna MPD, N° 67/11).

II. Vías recursivas que habilitan la actuación de la Defensa Pública ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Las vías recursivas en las que puede actuar la Defensa Pública en las instancias superiores, son las que viabilizan el pronunciamiento de la Excmo. Corte -cuya jurisprudencia será motivo de análisis-, y se encuentran plasmadas a través del recurso extraordinario federal (art. 14 ley 48; art. 256 y concs. CPCCN.), y el recurso de queja ante la denegatoria de aquél (art. 285 y concs. CPCCN.).

Ello, sin perjuicio del recurso ordinario en los supuestos que la ley establece su procedencia (-por haber sido deducido contra una sentencia definitiva, en una causa en que la Nación es parte, y el monto disputado excede la suma de \$ 726.523,32, cf. decreto ley 1285/58, art. 24, inc. 6º, ap. a), resolución 1360/91 C.S.J.N., dec. 218/91 y art. 254 CPCCN).

A ello cabe adunar, la fundamentación del recurso “in forma pauperis”, aún

en materia no penal, por violación a los derechos económicos, sociales y culturales (conf. dictamen del Sr. Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el mes de septiembre de 2010, en el Expte. CSJN, Letra “Q”, N° 43, Libro XLV, Año 2009, caratulado: “*Presentaciones Varias: Q., V. s/ su presentación*”, en el caso se trataba de una persona mayor de edad –carente de recursos y que padece una grave cardiopatía- quien había promovido una acción de amparo contra la Obra Social IOSPER para lograr su afiliación, y que fuera denegada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, en tanto consideró que la acción fue planteada vencido el plazo legal estipulado en la normativa local), como verdadera estrategia de acceso a la justicia a la instancia superior.

A nivel internacional, mencionaré a título enunciativo la que corresponde al sistema interamericano de derecho humanos, donde recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el Caso 12.651, César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas), donde ha actuado la Dra. Stella Maris Martínez (actualmente Defensora General de la Nación), en su calidad de Defensora Oficial, como peticionaria en las denuncias presentadas contra la República Argentina, al haber incurrido en responsabilidad en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la presunta violación de los derechos consagrados en los artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 19 (derechos del niño), con relación a los artículos 1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), por imponer a las presuntas víctimas la pena de prisión perpetua, por delitos perpetrados siendo menores de 18 años, y no haber contado con una revisión plena de las sentencias condenatorias por los tribunales superiores; como así también, por su internamiento en cárceles de máxima seguridad, que han perjudicado su integridad personal, limitando su desarrollo personal.

37

III. La Defensa Pública y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Reglas de Brasilia. Jurisprudencia CSJN

Sentado ello, viene a cuento recordar que los niños, niñas y adolescentes poseen un interés superior (art. 3.1. CDN), que impone que cuando exista conflicto entre sus derechos e intereses frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (conf. art. 3 *in fine*, ley 26061), y que la defensa pública es el órgano de representación a través del cual son oídos, y participan en el proceso (conf. art. 12.2. CDN), accediendo al Servicio de Justicia en resguardo de dicho interés superior, que resulta indisponible por ser de orden público (cf. Art. 2 *-in fine-* ley 26061).

Específicamente, en cuanto al acceso a la Justicia, las “Reglas de Brasilia”, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada 5/2009 -cuyo paradigma radica en la importancia de garantizar a las personas

en situación de vulnerabilidad de las condiciones necesarias para el efectivo acceso a la justicia-, han establecido que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5, segunda parte); alcanzando también la vulnerabilidad a la condición de discapacidad física o mental (reglas 7 y 8), y a la situación de pobreza como causa de exclusión social, tanto en el plano económico, como en los planos social y cultural, que supone un serio obstáculo para tales fines, especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad (regla 15).

Dichas “Reglas” establecen claramente que se deben propiciar medidas procesales a fin de favorecer su acceso a la justicia, y sin perjuicio de la *“...participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa...”*, de los derechos de estas personas (regla 34).

Y en este marco de garantía, se deben elaborar las estrategias destinadas a restablecer los derechos vulnerados a las niñas, niños y adolescentes por parte de la Defensa Pública, a través de la intervención en las vías recursivas de las instancias superiores del proceso, como lo es ante nuestro más Alto Tribunal; evitando que el exceso ritual de los procesos adjetivos, conlleve a la vulneración de sus derechos.

En este orden de ideas, cabe mencionar, el caso donde un afiliado a una obra social promovió una acción de amparo respecto de la resolución por la cual se había desestimado su pedido de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico a su hija menor de edad que padece atrofia muscular espinal. El juez de primera instancia admitió el pedido y ordenó a la demandada arbitrar los medios para el traslado de la niña a los fines de continuar con la terapia que había iniciado tres años antes con aprobación de la misma obra social. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia y rechazó el amparo por haberse cambiado el destino inicialmente escogido. El amparista interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la queja del Ministerio Pupilar, asumiendo la Sra. Defensora Oficial ante la Corte Suprema la representación de la hija del demandante (conf. art. 59 CC), quien propugno la procedencia del remedio federal por arbitrariedad de la sentencia y por hallarse en juego la inteligencia y aplicación de normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que resguardan la vida y la salud. La Excmo. Corte hizo lugar a la acción amparo, declarando el derecho de la niña a obtener el tratamiento adecuado, con cargo para la Obra Social demandada para cubrir los gastos devengados y que se deriven por el tratamiento que allí se ordena (CSJN, 23 de noviembre de 2004, “Maldonado, Sergio A.” Rev. E.D. 22/02/2005; Fallos: 327:5210).

En este supuesto, la recurrente se agravió -entre otros argumentos- del excesivo rigor formal y del apartamiento de los hechos de la causa por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, la cual se había desentendido del interés superior de la menor (art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño) y

clausurado una vía apta para procurar la rehabilitación. Y tal línea argumental de la Defensa Pública, fue expresamente admitida por la Corte, cuando dijo:

“9. Que este Tribunal ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos: 324:122; causa L.1153.XXXVIII ‘Lifschitz, Graciela Beatriz c. Estado Nacional’ del 15 de junio de 2004, conf. dictamen del Procurador General de la Nación, y sus citas).

10. Que la decisión del a quo ha soslayado dichas pautas. Con un razonamiento ritual, impropio de la materia que se debate, ha hecho hincapié en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, que ha sido, en definitiva, preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (fs. 78/86; 300/30/ vta. de los autos principales; arts. 3º, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Fallos: 323:3229; 324:3569 y sus citas).

(...) 17. Que las medidas sugeridas por el Cuerpo Médico Forense y la labor desarrollada hasta el presente por los especialistas del Hospital Garrahan, acerca de lo cual han sido oídas las partes, demuestran acabadamente que existen en la República Argentina condiciones concretas para dar la atención sanitaria que es debida a la niña y organizar su continuidad en lugares accesibles para la familia, con miras a alcanzar el mayor nivel posible de bienestar personal de la paciente, lo que ha quedado corroborado por el actor y los funcionarios de la Defensoría Oficial, que han prestado conformidad con el tratamiento propuesto (...).

18. Que, en consecuencia, habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24901, sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde admitir la demanda y declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su estado requiere (...).”

IV. Defensa Pública. Representación promiscua de los niños, niñas y adolescentes. Nulidad por falta de intervención. Jurisprudencia CSJN

De la reseña efectuada, se desprende prima-facie que la Defensa Pública (a través de la representación promiscua), cumple un rol al que podríamos calificarlo como un “*plus de garantía*”, en la defensa de los derechos que la normativa argentina consagra en el marco de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; como también, en el marco del acceso a la justicia y el ejercicio autónomo de los derechos de las personas con padecimientos mentales,

resguardando los derechos indisponibles que las convenciones internacionales, la Constitución Nacional, y la normativa nacional y provincial les reconocen.

Y esta presencia esencial e ineludible se encuentra consagrada en la parte final del artículo 59 del Código Civil, el cual sanciona con la nulidad todo acto y todo juicio llevado adelante sin la intervención del Defensor Público de Menores. Ello como consecuencia lógica de la necesidad de que no se violen las formas sustanciales que afectan el derecho a la defensa en juicio, al debido proceso, y al derecho de ser oído, en todo proceso administrativo o judicial, en los cuales se encuentren involucrados menores de edad.

Así, la falta de intervención -en tiempo oportuno- del Defensor de Menores e Incapaces en representación del niño/ña o de la persona con padecimiento mental involucrado, determina la nulidad de cualquier resolución que le cause perjuicio o gravamen, aún cuando respectivamente se encontraren representados procesalmente por sus padres u otros representantes legales.

En tal línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el año 1997: “5º)...*a pesar de que la resolución del organismo previsional comprometía en forma directa los intereses de la menor desde que el beneficio fue denegado para ambas, el a quo omitió dar intervención al referido ministerio para que ejerciera la representación promiscua exigida por las leyes vigentes citadas y confirmó el pronunciamiento administrativo sin hacer mención alguna acerca de los derecho de la incapaz (...)* 6º) Que dicha deficiencia resulta inexcusable y no ha quedado saneada con la intervención posterior del fiscal de cámara y del defensor oficial ante esta Corte, pues la índole alimentaria de los derechos en juego y el carácter de la actuación asignada al Ministerio Público de la Seguridad Social por las normas aplicables, suponen la posibilidad cierta de ejercer ‘acciones y recursos’ en defensa de la persona y bienes de los menores antes del dictado del fallo, extremo que no se ha podido cumplir en el caso pues el representante de la incapaz sólo tuvo oportunidad de acceder al expediente después del dictado de la sentencia definitiva de la alzada. 7º) Que en el examen de la cuestión debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema ha sido objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Ley Suprema), tales como la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el compromiso de los estados partes de dar al menor ‘oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’ (art. 12, inc. 2) y de adoptar las ‘medidas necesarias’ para lograr la realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social de acuerdo con la legislación de cada Estado (art. 26, inc. 1).” (CSJN., 1 de julio de 1997, autos “Quintana, Elsa c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”).

En el año 2000, nuestro Digno Tribunal ratificó: “13º) Que a las graves deficiencias señaladas cabe aún añadir que la sentencia condenatoria, pese a afectar

a los menores, no fue notificada al Ministerio Pupilar, transgrediendo de ese modo normas legales expresas que gobiernan de modo imperativo su actuación (conf. arts. 59, 494 y concs. del Código Civil), lo que traduce, asimismo, una lesión a la exigencia constitucional del debido proceso adjetivo. La tangencial intervención acordada a dicho ministerio en secuencias ulteriores de la causa no suple aquella específica notificación ni puede concebirse como una virtual aquiescencia con la decisión adversa a sus representados, pues ello habría requerido una manifestación expresa y fundada del órgano tutelar. Esa omisión importó desconocer el alto cometido que la ley ha asignado al Ministerio Pupilar (ver nota del codificador al art. 58 del Código Civil), y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez del pronunciamiento dictado en esa condiciones (conf. arts. 59, 494, 1038 y otros del Código Civil), aspecto que tampoco puede ser soslayado por esta Corte en virtud de lo dispuesto por los arts. 1047 y concordantes del Código Civil..." (CSJN, 23 de mayo de 2000, en autos "Cacciatori, Enrique Armando c/ Ocupantes de la unidad funcional N° 5 de José María Moreno 75").

Siguiendo el mismo criterio, y estando ya vigente la ley nacional de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a través de la cual se derogó el sistema de patronato, y que incorporó la defensa técnica de los niños (art. 27 inc. c) de la ley 26061), la Excmo. Corte reconoció la figura del Defensor Público de Menores, y la necesidad de su intervención bajo pena de nulidad -con fecha 17 de octubre de 2007 en autos "Pastrana, María Cristina y otros c/ Municipalidad de Coronel Pringles"-, donde dejó sin efecto la sentencia apelada, adhirió al dictamen de la Procuración General de la Nación del 20 de setiembre de 2007, y dispuso que los autos vuelvan al tribunal de origen a fin de que tome la debida intervención el Ministerio Pupilar.

41

Hasta el presente, la doctrina fue reiterada en distintas causas, a saber:

- a. en autos "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios", con fecha 19 de mayo de 2009;
- b. en autos "Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/ daños y perjuicios-ordinario", con fecha 6 de julio de 2010;
- c. en autos "Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ Beneficio de litigar sin gastos", con fecha 19 de abril de 2011;
- d. en autos "Aguirre, María Rosa y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos – Secretaría de Seguridad - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios", con fecha 3 de mayo de 2011.

Es importante destacar, que en las precedentes actuaciones el planteo fue efectuado por la Defensa Pública, admitiendo expresamente nuestro más Alto Tribunal tal argumentación. Así en el último de ellos ("Aguirre"), señaló: "4º) Que el señor Defensor Oficial ante esta Corte, en lo que aquí interesa, destacó que

se había omitido conferir intervención al Ministerio Pupilar de Menores, situación que comprometía las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad y el derecho a ser oido, tutelados con relación a los menores por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño...En este sentido, recordó la jurisprudencia del Tribunal con arreglo a la que debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño arts. 12, inc. 2... Sobre estas bases, el señor Defensor Oficial, solicitó que se declare la nulidad de las actuaciones cumplidas sin la intervención del Ministerio Pupilar..., y se remita posteriormente la causa a las instancias anteriores a fin de que se garantice la doble representación prevista por el ordenamiento jurídico.

5º) Que, concordemente con lo señalado precedentemente, cabe recordar que el Tribunal en Fallos: 332:1115 sostuvo que es descalificable la sentencia que, “...omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones” (ver Fallos: 325:1347 y 330:4498; también doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291). En el caso, el señor Defensor Oficial no tuvo intervención alguna en el expediente, y debería haber sido notificado, por lo menos de la sentencia de primera instancia, para asumir la representación promiscua de la menor ante la cámara. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad de lo actuado desde el fallo de primera instancia, y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención a los fines de hacer valer los derechos que estime corresponder en el juicio.”

Como corolario de lo expuesto, se desprende claramente la garantía que representa en el sistema argentino la Defensa Pública a través de la actuación del Defensor Público de Menores e Incapaces (cf. art. 59 C.C., y art. 54 ley 24946), con relación al derecho de defensa, debido proceso, y derecho a ser oido de los niños/niñas y adolescentes.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo reconoció en un caso, cuando relacionó la violación al “plazo razonable” para el dictado de una sentencia, con la falta de intervención oportuna del citado Defensor: “...148. Más aún, cabe notar que la única intervención de la Asesoría de Menores que consta en el expediente judicial de la presente causa es el escrito de 29 de octubre de 1996 en el cual indicó que, en virtud de que S... había adquirido la mayoría de edad, no correspondía que dicha entidad lo representara. No consta en el expediente participación alguna de dicha institución con anterioridad en el proceso judicial. Al respecto, la CIDH considera que la demora

en el proceso judicial pudo haber incidido en la falta de participación de dicha Institución a favor de S..., lo cual lo colocó en una situación de mayor desprotección y vulnerabilidad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.140. Doc. 9., 21 de octubre 2010. Informe N° 111/10. Caso 12.539. Informe de Fondo. S.C.F. y Familia Argentina; ver especialmente párrafo 148).

En lo que atañe a la defensa del reclamante, es dable resaltar, que la presentación ante la Corte Interamericana se encuentra a cargo de la señora Defensora, Dra. María Fernanda López Puleio, a cargo de la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación.

V. Defensor Público de Menores e Incapaces. Ámbito de actuación. Diferencias con el Abogado del niño y del Abogado previsto en la Ley Nacional de Salud Mental. Jurisprudencia de la CSJN

V.1. Ahora bien, la defensa en representación de los derechos que efectúa el Defensor Público de Menores no se confunde con la defensa técnica del niño, niña, adolescente y demás personas incapaces de hecho a través de sus representantes legales (padres, tutores y curadores); como así tampoco, con la que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un abogado del niño, o un abogado en la internación involuntaria de las personas con padecimientos mentales (cf. art. 22, Ley N° 26657).

La defensa técnica de los derechos de las niñas, niños, y adolescentes se encuentra en general a cargo de los padres (art. 57, inc. 2º, art. 274 CC), mientras que en el caso de los dementes o sordomudos a cargo de sus curadores definitivos (art. 57, inc. 3º, CC); y en algunos casos (por ej.; menores adultos que actúan en juicio) a cargo del abogado del niño, que brinda patrocinio jurídico independiente (art. 27, inc. c), ley 26061).

Las diferencias entre el Defensor Público de Menores e Incapaces con la figura que crea el art. 27 inc. c) de la ley 26061, son sustanciales.

En primer lugar, es dable colegir, que el legislador ha querido garantizar no sólo el derecho del niño a ser oído, ya sea en forma directa o a través de sus representantes, sino también su derecho a participar en el proceso, cualquiera fuera su edad –pues la ley no hace distinciones-, permitiéndole ejercer eficazmente sus derechos constitucionales a defenderse y a probar (art. 18 CN, 75, inc. 22, art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 27, incs. c), d), y e) de la ley 26061), con la asistencia de un letrado especializado en la materia que lo patrocine.

A nuestro modesto entender, la capacidad del menor, que configura el alcance de su autonomía, no constituye una categoría absoluta y varía en función del tiempo, la sociedad y el grupo familiar (capacidad progresiva); por ello debería ser el juez quien deberá evaluar cada caso particular, poniendo énfasis en las condiciones sociales, culturales y madurez del niño (aunque no

sea un menor adulto), para poder determinar si se encuentra en condiciones de participar activamente en aquello que lo afecta en forma directa, de modo de asegurar la efectividad y operatividad de los derechos que tanto la ley interna, como la Convención Internacional que rige la materia le reconocen.³

En síntesis, el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad.

Por su parte, el Defensor Público de Menores es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales la ley argentina le asigna al niño para la defensa de sus derechos, también en consonancia con la representación establecida en el art. 12.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y tan clara resulta la diferencia entre el abogado del niño y el Ministerio Público de Menores, que el Decreto N° 415/06 -reglamentario de la ley 26061- al reglamentar el art. 27 expresamente señala: “*El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar*”.

Y es el propio Defensor Público quien puede solicitar, en el marco de la estrategia tendiente a asegurar los derechos que ampara, la designación de un abogado del niño, tal como fuera requerido -en representación de las menores involucradas- al dictaminar (6 de noviembre de 2007) en el Expte. Letra “G”, N° 2125, L.XLII, año 2006, caratulado “G, M. S. c/ J. V., L. s/ recurso extraordinario”, con sustento en que: “(...) en la incidencia no se ha dado participación alguna a las nombradas, quienes como sujetos de derechos tienen derecho a opinar y a ser escuchadas (cf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 75 inc. 22 CN- y arts. 19, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061). En tal sentido, repárese que hoy nos encontramos con dos niñas de diez y siete años de edad, a quienes debemos salvaguardar (...). Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteos que se susciten) su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (...)”.

Para agregar finalmente, que: “*Ello, sin dudas asegurara su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar; máxime, cuando pueden existir intereses contrapuestos con sus progenitores.*”

³ Ricardo Enrique Antón y María Soledad Pennise Iantorno, “Coexistencia y subsistencia de las figuras del Defensor de Menores, el Tutor ad-litem y el Abogado del niño a la luz de la ley 26061”, trabajo inédito.

Y fuera receptado por nuestro más Alto Tribunal, en el expediente seguido entre las mismas partes sobre divorcio vincular, con fecha 26 de octubre de 2010, al disponer que: “*Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en los dictámenes de la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, cuyos fundamentos y conclusiones son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitirse en razón de brevedad. Que asimismo, a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema a fs. 58 del expte. 1131/2006 y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine*”.

Por último, corresponde puntualizar, que el abogado del niño, a diferencia del Defensor Público de Menores, no es obligatorio en todos los procesos; consecuentemente se puede afirmar que los supuestos de intervención del niño por sí solo con su abogado no serán de carácter general, sino especial. Tales supuestos podrán ser diversos: a) casos de conflicto de los padres o el tutor con el niño; b) la oposición de intereses de los padres o del tutor con el niño, aún cuando no haya conflicto; c) la existencia de conflicto entre los padres del niño; d) la ausencia de representantes necesarios; y e) ante el requerimiento expreso del niño, frente a una causa determinada que merezca su consideración.

V.2. Tampoco se confunde el rol del Defensor Público con el que corresponde al abogado del art. 22 de la ley de salud mental (ley 26657), en tanto este último cumple funciones de defensor técnico a fin controlar la internación involuntaria de una persona con padecimiento mental, oponiéndose a la misma, o solicitando la externación en cualquier momento. Esta defensa técnica, tiene una naturaleza parecida a la defensa oficial penal -adviértase la obligación del Estado en proporcionar a este defensor-, en tanto tiene justamente su basamento en la privación de la libertad que recae sobre la persona que es internada involuntariamente por su afección mental, que no necesariamente será un incapaz de hecho, representado por el Ministerio Pupilar.

En este sentido, cabe mencionar, que la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, mediante la Resolución DGN N° 558/11, de fecha 12 de mayo del corriente dispuso la conformación de la “Unidad de Letrados art. 22 Ley 26657”, integrada por ocho Secretarios de Primera Instancia para ejercer la función asignada por la norma referida. Asimismo, contará con el apoyo profesional de un equipo interdisciplinario, quienes intervendrán desde la internación involuntaria –en principio- de las personas mayores de edad hasta su externación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que no se encuentren en ningún proceso de determinación del ejercicio de su capacidad jurídica), sin perjuicio de las funciones asignadas a los Curadores Públicos respecto de las internaciones ya existentes. Asimismo, mediante Resolución DGN N° 841/11 (4/07/11), estableció que a partir del 1º de agosto del año en curso comenzarán a cumplir sus funciones.

V.3. El Defensor Público de Menores e Incapaces, estrictamente no hace defensa técnica, sino que su rol se desarrolla a través de la representación judicial y extrajudicial (conf. art. 59 CC), ejerciendo la representación promiscua como parte de buena fe, que generalmente es complementaria a la de los representantes legales de las niñas, niños y adolescentes (padres o tutores).

Y es aquí donde la Defensa Pública de las personas menores de edad, en las instancias superiores, dictamina coadyuvando con los padres y tutores de manera complementaria, ya sea con relación a planteos procesales, como por ejemplo al dictaminar favorablemente:

a) Para el otorgamiento de una medida cautelar denegada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, para que IOMA asumiera, en forma provisional, la cobertura integral de la prestación educativa que recibía una menor discapacitada en la escuela especial “Redondel”, atento su condición de afiliada; postura que fuera compartida por nuestro más Alto Tribunal, al resolver –por el voto de la mayoría- hacer lugar a la queja impetrada por los actores, en representación de su hija menor, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada, por entender que no se advertía óbice real que impida al instituto demandado cubrir provisionalmente la prestación en la forma y alcance requerido por la actora. Sin perjuicio de que luego recupere los costos que ella devengue, ya sea del Estado Provincial –dada la naturaleza jurídica de IOMA- o eventualmente, de los padres, si demuestra la capacidad económica de estos. En base a tales pautas, ordenó que vuelvan los autos al tribunal de origen, para que por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a ello. (CSJN, 30 de setiembre de 2008; “I., C. F. c/ Provincia de Buenos Aires s/amparo”, Expte. I – 248/05).

En igual sentido, y siguiendo el criterio expuesto por la Defensoría Oficial, resolvió con fecha 28 de octubre de 2008, en las siguientes actuaciones “Expte. Letra “S”, Nº 2200, Libro XLI, año 2005; Expte. Letra “V”, Nº 1080, Libro XLI, año 2005; Expte. Letra “M”, Nº 3120, Libro XLI, año 2005; Expte. Letra “N”, Nº 68, Libro XLII, año 2006; Expte. Letra “R”, Nº 76, Libro XLII, año 2006; Expte. Letra “S”, Nº 2215, Libro XLI, año 2005, y en el Expte. Letra “N”, Nº 52, Libro XLII, año 2006.

b) En un incidente de caducidad de la instancia abierta con la concesión del remedio federal deducido por la citada en garantía –contra el fallo de la Alzada, en cuanto había declarado inoponible a los actores la franquicia pactada en el contrato de seguro de transporte público de pasajeros-, que fuera interpuesto por los padres, en nombre y en representación de su hijo menor O.A.R.; criterio acogido por la Corte Suprema, al declarar la caducidad de instancia (C. 539. XLVI. “Cerda Bañados, Sofía Andrea c/ Transporte Atlántida S.A.C. UTE (Autotransporte L.1) s/ daños y perjuicios”, sta. del 23 de junio de 2011).

Y en otros supuestos, acompañando *planteos de fondo* con sustento en el interés superior del niño, para no realizar una aplicación abstracta de la normativa o de modelos prefijados de la ley.

Así, el Defensor Oficial ante la Corte solicito que se revoque la resolución apelada -en un caso donde la Alzada resolvió confirmar el decisorio de grado, en tanto dispuso declarar a M. G. G., en situación de desamparo moral y material por parte de su progenitora Y. G. (art. 317, inc. a, segunda parte del CC), y en virtud de ello, en estado de adoptabilidad; como también, el cese de la guarda otorgada al matrimonio B.-S. con carácter de medida cautelar y requerir carpetas de adoptantes al RUA, una vez firme el pronunciamiento-.

En este orden, subrayó que: “*Y lo cierto es, que este tipo de supuestos, debe ser manejado con prudencia y con un grado de activismo por parte de los jueces llamados a conocer el caso, debido a que muchas veces la aplicación generalizada de la letra abstracta de la ley, entra en evidente colisión con el objetivo de afianzar la justicia y garantizar el interés superior del niño o niña involucrado, obligando al magistrado a inaplicarla, en base al deber que pesa en sus espaldas -incluso de oficio- de controlar la constitucionalidad de las leyes aplicadas al caso concreto.*” Pero esa actitud esperada, no fue exactamente la que desplegó el Tribunal Superior de la causa, quien (...) colocó por encima de ese valor axiológico aspectos reglamentaristas o de control, imponiendo de ese modo como indispensable un requisito -el de la inscripción en el registro único- lo que más que proteger el interés del niño, perjudica su bienestar psicofísico. No pudo pasar desadvertido a los ojos de un tribunal especializado en estos temas, que M. es un niño de dos años y medio de edad, que se encuentra al cuidado de sus padrinos de bautismo (matrimonio S.-B.). desde los seis meses de vida, en virtud de la guarda que con carácter de medida cautelar se les otorgó (previa evaluación de que en el marco de su familia de origen ampliada por afinidad, resultaban los más idóneos para el cargo) y que la separación que proclama en base a fundamentos estrictamente formales y reglamentarios implica en la vida del niño una nueva pérdida, un nuevo abandono.” (dictamen del 5/9/2007 -la negrita está en el texto original-, en autos “G., M. G. s/ protección de persona” causa N° 73.154/05)

Postura compartida por la CSJN, concordantemente con lo dictaminado por la Sra. Procuradora Fiscal, sta. del 16 de setiembre de 2008, quien además dispuso “...que vuelva el expediente para que (...) se produzcan, a la brevedad, las evaluaciones necesarias para determinar la aptitud adoptiva del matrimonio B.-S. y, fecho, se resuelva sobre la guarda con fines preadoptivos de M.G.G. atendiendo al interés superior de éste. Mientras tanto, y en el carácter con que fue concedida, se mantiene la guarda dispuesta por la jueza de Primera Instancia.”

Para arribar a tal decisorio, y sin perjuicio de remarcar la relevancia del Registro Único, puntualizó centralmente que:

“5º (...) resulta evidente que el a quo ha terminado poniendo al margen de la solución del sub discussio a la Convención sobre los Derechos del Niño pues, no obstante haber enunciado su principio rector, el interés superior del menor, no realizó ninguna aplicación ni consideración concreta de éste para el caso de M.G.G. En efecto, aun cuando, según se desprende de la reseña formulada al comienzo, reconoció la extensa serie de circunstancias, tan vitales como prolongadas, que rodean a la situación de M.G.G., no se tomó en cuenta la posibilidad de que el menor sea adoptado.”

gadas y valiosas, que unieron al menor con el matrimonio B.-S., así como los merecimientos a que éste resultó acreedor en ese vínculo, descartó toda la posibilidad de que el interés superior de M.G.G. pudiera verse alcanzado mediante la concesión al matrimonio B.-S. de la guarda del niño con vistas a su adopción, no por razones atinentes a dicho interés, sino por el solo motivo de la falta de inscripción de la pareja en el Registro Único. Ello implicó, a la par, soslayar que, al enunciar el interés superior del menor, el art. 3 de la citada ley 26061 advierte que debe respetarse el “centro de vida” de aquél, esto es, el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (inc. f), aspecto que en buena medida se corresponde con las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112, 14-12-1990), de cuya directriz 14 se hizo eco la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto reza que “cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC 17/02, 28-8-2002. Serie A No. 17, párr. 73)”.

VI. Defensa Pública. Legitimación autónoma. Jurisprudencia CSJN

Desde otra arista, cabe destacar, que en algunos casos la intervención puede ser autónoma y directa (ya sea individual o de incidencia colectiva). La circunstancia que en la mayoría de los supuestos la representación del Defensor Público de Menores sea complementaria a la de sus representantes legales, no obsta a que pueda asumir la representación autónoma, cuando la representación necesaria no ampara los derechos de la persona o los bienes del representado, por inacción, exceso o defecto de la intervención.

Tal criterio ha sido receptado a nivel nacional, a través del art. 54, incs. a) y c), de la Ley 24946, que dispone la representación en forma autónoma (inc. a) promoviendo o interviniendo en cualquier causa o asunto, requiriendo todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos (inc. c).

Y tal intervención directa y autónoma ha merecido una adecuada recepción jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el

mes de febrero de 2001, en un caso donde se cuestionaba la legitimación autónoma del Ministerio Público de Menores para incoar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y de reclamación de filiación en representación de una niña de seis años (recordemos que la acción de impugnación es una acción de herencia personal y que el art. 259 CC no alude al Defensor de Menores como legitimado).

En este orden, señaló: “*3º) Que las cuestiones atinentes a la legitimación están inescindiblemente unidas al derecho sustancial que se debate y, en el caso, aun cuando la filiación de un menor, por ser materia de derecho común, no suscita como regla la apertura del recurso extraordinario, cabe hacer excepción a tal principio cuando la decisión omite aplicar normas vigentes al tiempo del pronunciamiento e incurre por ello en grave defecto de fundamentación, circunstancia que impone su descalificación sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad (...).*

4º) Que ello es así por cuanto en este caso, en el que tanto el marido de la madre de la menor como el supuesto padre, con la conformidad de la progenitora, habían requerido que el Ministerio Público de Menores e Incapaces promueva esta acción, la cámara ha prescindido del alcance de las facultades que competen al citado ministerio público tras la sanción de la ley 24946, particularmente la posibilidad de promover acciones en forma directa –art. 25, inc. i, 54, inc. c y 55, inc. b- y de la articulación de estas funciones con los principios consagrados con la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, y en forma coincidente con la solución propiciada por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada....” (CSJN., 13 de febrero de 2001, M. 354. XXXIV. Recurso de Hecho. M., S. M. c/ M., M. A. y otros”).

VII. La Defensa Pública y los derechos de incidencia colectiva

La promiscuidad, o más propiamente la función de la representación pública misma, donde lo indistinto e indiferenciado es el modo de representación sin distinción del defensor de menores, ha permitido afirmar que la defensa pública tiene también la representación de los derechos de incidencia colectiva de las personas menores de edad y de las personas con padecimientos mentales.

A modo ilustrativo, cabe mencionar, que tal defensa fue implementada en primera instancia por el Dr. Atilio Álvarez, Defensor Público Oficial de Menores e Incapaces, al tomar intervención en la causa “R. R., A. c/ Diario Clarín Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otros” –cuyo objeto perseguía el cese de las publicaciones editadas bajo el rubro “Avisos Clasificados”, la que en realidad contienen ofrecimientos, fotos y dibujos de carácter palmariamente obscenos violatorios de los dispuesto por la ley 24240 que agravan y lesionan expresos derechos y garantías contenidas en nuestra Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes especiales. Dichas publicaciones se identifican mayoritariamente con los siguientes rubros: 1. Clarín: N° 58 y 59; 2. La Nación:

Nº 5; 3. Ámbito Financiero: Nº 58 y 59; 4. Crónica: Servicios Útiles; 5. La Razón: Nº 53, y 6. Diario Popular: Servicios Útiles-, y asumir la representación respecto de los menores lectores de diarios, víctimas de prostitución y víctimas de conductas pedófilas.

Dicha demanda fue admitida en primera instancia, y modificada por la Alzada en cuanto al punto II de la parte dispositiva, condenando a los codemandados allí mencionados (editoras de los diarios Clarín, La Razón, Crónica y Ámbito Financiero respectivamente), a cesar en el plazo de cinco días la publicación de fotografías de personas en posturas obscenas que ofrezcan servicios de prostitución, homosexualidad, bisexualidad y similares, limitándose asimismo los textos de los avisos que se refieran a la comercialización de dichas actividades en la forma descripta en las consideraciones y establecer que las multas y astreintes deberán ser analizadas por la señora Juez de la instancia anterior en su oportunidad.

Criterio que fue mantenido por el –entonces- Sr. Defensor General de la Nación, Dr. Miguel Ángel Romero, al contestar la vista conferida por la Excma. Corte en la queja impetrada por “Editorial Amfin S.A.”, con motivo de la negatoria del recurso extraordinario federal deducido contra la sentencia de la Cámara, y solicitar su rechazo (25/04/2005).

Por otra parte, cabe destacar, que la legitimación del Ministerio Pupilar fue reconocida en forma expresa por el Sr. Procurador General de la Nación, al dictaminar en los autos de marras, con fecha 27 de setiembre de 2007, y señalar que: *“Desde otro punto de vista cabe indicar que los apelantes insisten dogmáticamente con sus razonamientos respecto de quiénes revisten la condición de sujetos legitimados por el artículo 43 de la Constitución Nacional para la defensa de los “derechos de incidencia colectiva” o “intereses difusos y/o colectivos”, pero no rebaten (ni siquiera mencionan) los fundamentos de los sentenciadores en el sentido de que la legitimación del Ministerio de Menores para intervenir en este proceso deriva de disposiciones constitucionales y legales, tales como los artículos 120 de la Constitución Nacional y 54, inciso a), de la ley 24946 –de Ministerio Público-, dado que la evolución de las normas que regulan la materia admiten la intervención directa de este órgano...”*.

VIII. Conclusiones

En base a lo antedicho, corresponde concluir que:

a) La incorporación al plexo normativo de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño –de rango constitucional-, de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25280), y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 26378), entre otros instrumentos internacionales, importó en la práctica la sanción de

las Leyes Nacionales de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ley 26061) y de Salud Mental (ley 26657).

b) Tal normativa le ha permitido a la Defensa Pública Oficial, en especial al ejercer oportunamente la representación promiscua (art. 59 del Código Civil), respecto de los niños, niñas y adolescentes y de personas con padecimientos mentales, establecer estrategias de acceso a la justicia en todas las instancias.

c) Las vías recursivas en las que puede actuar la Defensa Pública en las instancias superiores, son las que viabilizan el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y se encuentran plasmadas a través del recurso extraordinario federal (art. 14 ley 48; art. 256 y concs. CPCCN), y el recurso de queja ante la denegatoria de aquél (art. 285 y concs. CPCCN.. Ello, sin perjuicio del recurso ordinario en los supuestos que la ley establece su procedencia (cf. art. 254 CPCCN), y la fundamentación del recurso “in forma pauperis”, aún en materia no penal, por violación de los derechos económicos, sociales y culturales, como verdadera estrategia de acceso a la justicia a la instancia superior.

d) Los niños, niñas y adolescentes poseen un interés superior (art. 3.1. CDN), que impone que cuando exista conflicto entre sus derechos e intereses frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (conf. art. 3 in fine, ley 26061), y la Defensa Pública es el órgano de representación a través del cual son oídos, y participan en el proceso (conf. art. 12.2. CDN), accediendo al servicio de justicia en resguardo de dicho interés superior, que resulta indisponible.

e) Las “Reglas de Brasilia”, a las que adhirió la Excmra. Corte mediante la Acordada 5/2009, han establecido –en cuanto aquí interesa- que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (regla 5, segunda parte); alcanzando también la vulnerabilidad a la condición de discapacidad física o mental (reglas 7 y 8), y a la situación de pobreza como causa de exclusión social.

f) Dichas “Reglas” establecen claramente que se deben propiciar medidas procesales a fin de favorecer su acceso a la justicia, y sin perjuicio de la “...*participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa...*”, de los derechos de estas personas (regla 34).

g) Y en este marco de garantía, se deben elaborar las estrategias destinadas a restablecer derechos vulnerados a las niñas, niños y adolescentes por parte de la Defensa Pública, a través de la intervención en las vías recursivas de las instancias superiores del proceso, como lo es ante nuestro más Alto Tribunal; evitando que el exceso ritual de los procesos adjetivos, conlleve a la vulneración de sus derechos.

h) La Defensa Pública (a través de la representación promiscua), cumple un rol al que podríamos calificarlo como un “plus de garantía”, en la defensa de los derechos que la normativa argentina consagra en el marco de la protección

integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Y esta presencia esencial e ineludible se encuentra consagrada en la parte final del artículo 59 del Código Civil, el cual sanciona con la nulidad todo acto y todo juicio llevado adelante sin la intervención del Defensor Público de Menores; criterio que fue acogido por nuestro Digno Tribunal en reiterados fallos.

i) Como corolario de lo expuesto, se desprende claramente la garantía que representa en el sistema argentino la Defensa Pública a través de la actuación del Defensor Público de Menores e Incapaces (cf. art. 59 CC, y art. 54 ley 24946), con relación al derecho de defensa, debido proceso, y derecho a ser oído de los niños/niñas y adolescentes.

j) La defensa en representación de los derechos que efectúa el Defensor Público de Menores no se confunde con la defensa técnica del niño, niña, adolescente y demás personas incapaces de hecho a través de sus representantes legales (padres, tutores y curadores); como así tampoco, con la que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un abogado del niño, o un abogado en la internación involuntaria de las personas con padecimientos mentales (cf. art. 22, Ley Nº 26657).

52 k) Y es el propio Defensor Público quien puede solicitar, en el marco de la estrategia tendiente a asegurar los derechos que ampara, la designación de un abogado del niño, tal como fuera requerido y receptado por la Excma. Corte con fecha 26 de octubre de 2010, en los autos caratulados “G. M. S. c/ J. V. L. s/ divorcio vincular”.

l) El Defensor Público de Menores e Incapaces, estrictamente no hace defensa técnica, sino que su rol se desarrolla a través de la representación, judicial y extrajudicial (conf. art. 59 CC), ejerciendo la representación promiscua como parte de buena fe, que generalmente es complementaria a la de los representantes legales de las niñas, niños y adolescentes (padres o tutores).

m) Y es aquí donde la Defensa Pública de las personas menores de edad, en las instancias superiores, dictamina –en las causas respectivas traídas a su examen por la Excma. Corte-, coadyuvando con los padres y tutores de manera complementaria, ya sea con relación a planteos procesales, como con relación a planteos de fondo con sustento en el interés superior del niño, para no realizar una aplicación abstracta de la normativa o modelos prefijados por la ley.

n) En algunos casos, la intervención puede ser autónoma y directa (ya sea individual o de incidencia colectiva). La circunstancia que en la mayoría de los supuestos la representación del Defensor Público de Menores sea complementaria a la de sus representantes legales, no obsta a que pueda asumir la representación autónoma, cuando la representación necesaria no ampara los derechos de la persona o los bienes del representado, por inacción, exceso o defecto de la intervención. Tal criterio ha sido receptado a nivel nacional, a través del art. 54, incs. a) y c), de la Ley 24946, y por la CSJN al fallar en los autos “M., S. M. c/ M., M. A. y otros”.

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

o) Por último, corresponde señalar, que la promiscuidad, o más propiamente la función de la representación pública misma, donde lo indistinto e indiferenciado es el modo de representación sin distinción del defensor de menores, ha permitido afirmar que la defensa pública tiene también la representación de los derechos de incidencia colectiva de las personas menores de edad y de las personas con padecimientos mentales.

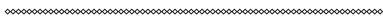
p) A modo ilustrativo, cabe mencionar, que tal defensa fue implementada en primera instancia por el Dr. Atilio Álvarez, Defensor Público Oficial de Menores e Incapaces, al tomar intervención en la causa “R. R., A. c/ Diario Clarín Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otros”, y asumir la representación respecto de los menores lectores de diarios, víctimas de prostitución y víctimas de conductas pedófilas.

Criterio que fue mantenido por el –entonces- Sr. Defensor General de la Nación, Dr. Miguel Ángel Romero al contestar la vista conferida por la Excm. Corte en la queja impetrada por “Editorial Amfin S.A.” -con motivo de la denegatoria del remedio federal deducido contra la sentencia de la Cámara-, y solicitar su rechazo.

Además, cabe destacar, que la legitimación del Ministerio Pupilar para intervenir en el proceso fue reconocida por el Sr. Procurador General de la Nación al dictaminar en los autos de marras, en el mes de septiembre de 2007.

.II.

EL DERECHO A SER OÍDO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. LA ESCUCHA DE LA DEFENSA PÚBLICA ESPECIALIZADA



1. Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica: El rol del/la abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal, *por Gimol Pinto*
2. El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría Pública de Menores e Incapaces, *por Silvia Nutter*
3. Recursos para una escucha útil, *por Sandra V. Pesce Cañete*

Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensa Jurídica¹: El rol del/la abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal

Por Gimol Pinto²

El presente artículo busca presentar algunas reflexiones sobre el rol del abogado/a defensor/a como un nuevo actor procesal emergente en el actual proceso de transformaciones normativas e institucionales generados desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en adelante).

I. Hacia el reconocimiento normativo de la obligatoriedad de garantizar la defensa técnica

Los obstáculos existentes en las normas y en las prácticas institucionales para el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos impidieron durante un largo período el amplio goce y ejercicio de éstos por parte de ellos mismos.

Específicamente, en relación al derecho de defensa puede apreciarse la evolución conceptual de su categorización normativa, es decir, desde la no necesidad de la figura del abogado defensor del niño en causas judiciales que lo afecten basadas en las leyes del clásico “tutelarismo de menores”, seguido por períodos de confusión de funciones, hasta el desafío actual de garantizar materialmente el derecho de defensa reconocido positivamente.

Para ello, se intentará comenzar con un análisis de las implicancias jurídicas que la consideración de niños y niñas como sujetos de derechos ha traído, el concepto de derecho de defensa, su análisis crítico, su reconceptualización en este marco y su fundamentación en la normativa.

Finalmente, se intentará aportar elementos para la discusión de las fun-

1 Adoptamos la denominación de derecho de defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes, ya que es más amplio que el concepto de garantía por abarcar el aspecto material y el aspecto técnico, este último garantizado por un abogado defensor oficial por el estado, y parte de la noción de los niños como sujetos de derecho que tienen derecho a participar como sujetos activos y capaces incluso en la posibilidad de coadyuvar materialmente en la construcción de la estrategia de defensa. La discusión acerca de si su naturaleza jurídica es derecho o garantía excede el ámbito del presente capítulo. Para mayor información, ver, entre otros, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 1997, página 684.

2 Gimol Pinto es Abogada (UBA), Especialista en Protección de UNICEF Oficina de Argentina.

ciones que consideramos deberían asumir los defensores de niños y niñas en este contexto normativo.

II. Niños y niñas sujetos activos de derecho

¿Los niños y niñas tienen derechos propios? ¿Pueden ejercer sus derechos? La CDN marca el reconocimiento normativo de los niños y niñas como sujetos titulares de derechos propios, sujetos activos de derechos y con capacidad de ejercicio.

La consideración de los niños y niñas como incapaces, inimputables, objetos destinatarios de la protección benefactora de los adultos, propia de las prácticas más tradicionales del complejo tutelar³, era un elemento necesario para su ignorancia como sujeto activo en los procedimientos donde se encontraban en juego sus derechos.

El hecho de reconocer que niños y niñas tienen derechos y garantías propios, permite quebrar esa relación natural de similitud entre los derechos e intereses de niños y adultos, ocultadora de los primeros en función de los segundos. Así, esta relación deja de ser “natural” y permite su construcción y reconstrucción en clave de ciudadanía y respeto de los derechos humanos de niñas y niños.

Así, una de las características fundamentales de la CDN es la construcción de una nueva concepción del niño y niña y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, la cual se basa en el reconocimiento expreso del niño y niña como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica.

De esta forma, la CDN propone como solución que el ejercicio de los derechos del niño sea “progresivo en virtud de la evolución de sus facultades” (artículo 5º de la CDN), que sienta las bases para afirmar que es deber del Estado y de la familia promover y proteger el desarrollo del niño o la niña de modo que adquiera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos⁴. En relación a este concepto, es útil la diferenciación de diferentes franjas etáreas que tiene tanto el Código Civil en términos de adquisición progresiva de mayor capacidad, como las establecidas en las nuevas legislaciones para la infancia posteriores a la aprobación de la CDN.

3 Cf. DONZELLOT, Jacques, *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1990.

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció también el desarrollo madurativo de los niños y su influencia en la participación procesal: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”, (Opinión Consultiva N° 17, párr. 100).

III. Derecho de defensa

¿El derecho de defensa también es un derecho reconocible para los niños, niñas y adolescentes? ¿Qué implica, quién lo puede ejercer y de dónde surge? En torno a estas cuestiones gira este apartado.

El derecho de defensa puede considerarse el principal derecho a ser respetado en los ámbitos donde se tomen decisiones que afecten los derechos o intereses del niño o niña como forma de materializar la noción de sujetos activos de derechos, con intereses y opiniones propios que merecen protección legal.

El derecho de defensa⁵ es el apoyo supremo de una serie de exigencias a cumplir por las leyes de procedimiento como presupuesto para considerar válido el juzgamiento de una persona o la intervención en su vida y persona por un órgano jurisdiccional (material o formal) y sus consecuencias.

Este derecho⁶ se materializa en el reconocimiento de una garantía frente al poder del estado, y por lo tanto, como el resto de las garantías representa propiamente una limitación al poder estatal, cualquiera sea su materialización⁷, aunque su mayor desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial se da frente al poder penal del estado.

El derecho de defensa es el eje del sistema acusatorio⁸, que separa las funciones en diferentes sujetos procesales y el principio que la rige es el *nulla probatio sine defensione*, en el sentido de que no es válida ninguna prueba sin que se hayan

5 Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal.I. Fundamentos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, ps. 540/541. Las cláusulas constitucionales del derecho continental del derecho inviolable de los individuos de defenderse, cumple la misma función que el “devido proceso legal” del derecho anglosajón.

En relación con el derecho de defensa, nuestra Corte Suprema ha dicho que: “este Tribunal tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio”, Fallos 327:5095.

6 Específicamente para el derecho argentino. Cf. MAIER, Julio B.J, *Derecho Procesal Penal...*, *op cit.* p. 541.

7 Cf. MAIER, Julio B.J, *Derecho Procesal Penal...*, *op cit.* p. 543. Asimismo, si el derecho de defensa merece estar garantizado en cualquier procedimiento, y no tan solo en el penal, tampoco el procedimiento penal se limita a la protección del imputado, sino que también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él.

8 Los sistemas anteriores a la CDN, basados en modelos inquisitivos, partían por desconocer la necesidad de un defensor jurídico de niños por: a) no concebirlos como sujetos de derechos y con derechos propios, b) por confundir y mezclar las funciones de acusación, defensa y juzgamiento en un solo sujeto procesal, el Juez.

activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas⁹.

La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes¹⁰. Fue precisamente con las reformas ilustradas cuando la defensa técnica, reducida durante siglos por la inquisición a un “arte baja de intrigas”, asumió la forma moderna de la asistencia legal obligatoria: derecho del imputado y deber del estado de garantizarla gratuitamente¹¹.

IV. Fundamentación en la normativa internacional del derecho de defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes

Al ratificar la CDN, los Estados se comprometieron a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos (art. 4º de la CDN).

Específicamente respecto de la incorporación en la normativa local del derecho de defensa, junto con la consideración de los niños y niñas como sujetos activos de derechos, existe la obligación de los estados de promover las reformas necesarias para ello, crear los mecanismos e instituciones que puedan dar efectividad a los derechos de la niñez y remover todos los obstáculos para su implementación, esto es, la derogación de normas e instituciones contrarias a la CDN.

En este contexto, aquellas nuevas legislaciones que se adecuen a la CDN, contienen expresamente los derechos y garantías fundamentales de los niños y niñas, y desarrollan la garantía de defensa. Básicamente, establecen la figura y función del defensor de niños, niñas y adolescentes, como sujeto procesal necesario que tiene como función defender jurídicamente los derechos de niños, niñas y adolescentes en todo tipo de procesos donde estén en juego sus derechos e intereses, teniendo en cuenta sus opiniones, tanto sea para la atención de casos individuales (penal, familiar, civil, etc.) como para ámbitos generales¹², sea esta la figura del defensor público especializa-

9 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 613 y ss.

10 *Idem*.

11 *Idem*.

12 También, es posible que existan regulaciones para un defensor general de los derechos de la niñez (figura generalmente conocida como “ombudsman”), sea esta una institución específica para este sector poblacional, o un área de una defensoría general para la niñez, encargada de temas más amplios, como derechos colectivos de la niñez, intereses difusos, incidencias en las legislaciones y políticas públicas, casos individuales.

Por rebasar el objeto del presente trabajo, este artículo sólo tratará del defensor de niños, niñas y adolescentes en casos individuales.

do garantizado en forma absoluta por el estado, u otros de diversa naturaleza con las mismas pautas¹³.

Con los conceptos anteriormente vertidos, es posible redefinir el alcance del derecho de defensa para niñas, niños y adolescentes a la luz de la normativa internacional al respecto.

Asimismo, y a los fines de la interpretación de la CDN, en tanto instrumento de protección de los derechos de la infancia, debe hacerse aplicación del principio del “interés superior del niño”, y en tanto instrumento de derechos humanos, del principio *pro homine*. Mientras el primero debería implicar concretamente la satisfacción de sus derechos en forma integral¹⁴, y reafirma el principio de la no discriminación para su definición; el segundo “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones... este principio es... estar siempre a favor del ser humano”¹⁵.

En este orden de ideas, y a los fines de poder interpretar la CDN, es preciso reconocerla como el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de la infancia y no como el único y definitivo instrumento jurídico de protección de los derechos de la niñez que limite el techo de la protección¹⁶.

El derecho de defensa se encuentra contemplado en la CDN, en sus dos aspectos: defensa material (derecho a ser oído o autodefensa) y defensa técnica o derecho a una asistencia jurídica especializada.

13 Con el fin de garantizar el principio de abogado de su elección, pero especializado, se puede contar con un abogado privado que ejerza la defensa pública a través de convenios con otras instituciones encargadas de la defensa: consultorios jurídicos gratuitos de las facultades de derecho (trabajo social en las escuelas de derecho), asociaciones de abogados, etc. Todo esto a fin de ampliar y enriquecer el ejercicio de la defensa, pero de ningún modo socavar la obligación estatal de garantizar la defensa pública y especializada.

14 La Corte Interamericana en la conclusión 2 de la Opinión Consultiva N° 17 afirmó que “la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

15 Cf. PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos y por los tribunales locales”, ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

16 Así y de acuerdo al mismo artículo 41 de la CDN, toda norma que garantice de mejor forma el derecho de defensa, en el ámbito interno, constitución política del país o del estado, provincial, y en el internacional, deberá ser tenida en cuenta a estos fines: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convenio 169 de la OIT, etc.

a) **Defensa material:** se funda en el derecho del niño o la niña a ser oído (incluye su silencio como manifestación de su expresión) y tenidas en cuenta sus opiniones en todo procedimiento, judicial o administrativo, donde estén en juego sus derechos o intereses (art. 12 de la CDN).

Lo fundamental de este aspecto es que debe ser concebido como un derecho del niño o niña y una garantía frente al poder del estado, por lo que la interpretación de sus manifestaciones no pueden adquirir cualquier forma, sino sólo la que responda concretamente a un ejercicio defensivo de sus derechos¹⁷.

Para que pueda ejercer con suficiencia este derecho, debe ser informado en forma inmediata de la acusación que se le formula¹⁸, de las características del proceso penal juvenil y las medidas que pueden adoptarse¹⁹ y debe contar con la facultad de ofrecer elementos de prueba e interrogar a los testigos y peritos²⁰. La información que reciba debe ser comprensible²¹. Este deber recae, no sólo en su abogado defensor, sino en el resto de las autoridades interviniientes

b) **Defensa técnica:** se funda, básicamente, en la noción de “asistencia jurídica” de la CDN, más otros instrumentos internacionales que, por definición, deben completar los derechos del niño o la niña (cf. art. 41 de la CDN).

Como se expuso, el derecho de defensa técnica debe estar garantizado por

17 En relación con el derecho a ser oído antes de determinarse la necesidad de una pena, la Corte Suprema ha dicho que “el art. 41, inc. 2º, in fine, del Código Penal señala claramente que ‘El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto... en la medida requerida para cada caso’. Por su parte, el art. 4º de la ley 22278, es, para este caso, aún más categórico, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de ‘la impresión directa recogida por el juez’ se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada [...] si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria. Idéntica importancia ha de asignársele a dicha audiencia en un caso como el presente, en que la alzada decidió apartarse de la impresión ‘regular’ a que había hecho referencia el tribunal oral que efectivamente tomó contacto con el menor y su evolución, y que lo había decidido a adoptar una pena atenuada. En este sentido, cabe recordar que también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que ‘se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’, Fallos 328:4343

18 CDN, art. 40, inc. 2.b.ii.

19 Observación General nro. 10 del Comité de los Derechos del Niño, párr. 44 (en adelante OG 10).

20 CDN, art. 40, inc. 2.b.iv.

21 OG 10, párr. 46.

el estado en forma gratuita²², debe ser un profesional del derecho²³, y estar prevista la facultad de elección.

La CDN en dos ocasiones se refiere expresamente a la defensa jurídica, y es en ocasión de regular el sistema de justicia penal para adolescentes.

Artículo 37. ... d) 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, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 40. ... 2. ... b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

Cuando la CDN establece el derecho del niño, niña o adolescente “*a un asesor jurídico u otro tipo de asesor*” en todo procedimiento por el que se le acuse de la infracción de leyes penales (art. 40.2.b.III de la CDN), esta noción amplia del asesor jurídico u otro tipo si es interpretado restrictivamente no logra satisfacer en su cabalidad el derecho de defensa tal cual está regulado en los sistemas constitucionales de la región. Sin embargo, no es esta la forma de interpretar disposiciones presentes en los tratados de derechos humanos, sino todo lo contrario. Por ello, se debe también recurrir a otras normas de derecho internacional o local más específicas y garantizadoras en sentido amplio (art. 41 de la CDN) que den cuenta de la figura del defensor técnico, abogado encargado de la defensa, con facultad de elección por el individuo o proporcionado gratuitamente por el estado, que es la única forma de interpretar correctamente el derecho de defensa en un estado de derecho.

En lo que sigue, se completará esta noción de derecho de defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes con apoyo a otra normativa internacional.

22 OG 10, párr. 49.

23 Una forma de garantizar de mejor forma este derecho sería que el profesional del derecho esté especializado en derechos humanos de la infancia y en la materia que se trate.

IV.1. Otras normas internacionales

Expresamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevén el derecho de defensa material y técnica suministrada gratuitamente por el estado:

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos:** art. 8.2.e) “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley...”.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** art. 14.3.d) “derecho a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarla...”.

IV.2. Normas internacionales no convencionales

Siguiendo las pautas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁴, estas normas vienen a complementar la definición concreta del derecho de defensa que tienen irrestrictamente los niños, niñas y adolescentes:

64

- **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)**²⁵ Nº 15.1 establecen el derecho de los niños y niñas de hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso, o a solicitar asistencia jurídica gratuita para los casos que el Estado posea esta prestación.

- **Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)**²⁶ Nº 57 establecen que los gobiernos deberían proveer “servicios de defensa jurídica del niño”.

24 Este tratado entró en vigencia para la comunidad internacional el 27/1/1980, por lo tanto su incumplimiento genera responsabilidad internacional. Cf. especialmente arts. 31 inc. 3.c) y 43 de dicha Convención. El primero referido a las normas internacionales para la interpretación de los tratados, y el segundo dirigido a las normas que llegan a ser obligatorias para los estados en virtud del derecho consuetudinario -normas de *jus cogens*. Conforme MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1987, p. 128.

25 Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, por resolución 40/33. Debe advertirse que las Reglas de Beijing han sido tenidas en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al tomar la opinión del Comité de Derechos del Niño en el considerando 33 del caso “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005.

26 Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, por resolución 45/112, sobre la base del informe de la tercera comisión A/45/756 en el cuadragésimo quinto período de sesiones el 14 de diciembre de 1990.

- **Principios Básicos sobre la Función de los Abogados²⁷**

Principio 1: “Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”.

Principio 6: “Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios”.

Principio 19: “Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios”.

Principio 21: “Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible”.

V. Adecuación normativa a la CDN o su falta, y la defensa jurídica

Según el grado de adecuación de toda la normativa interna a la CDN, y de acuerdo a los criterios esbozados anteriormente, es posible encontrar distintas funciones en la figura del abogado defensor de niñas, niños y adolescentes. Básicamente, se pueden esquematizar de la siguiente forma:

65

V.1. Normas que regulan el rol del defensor para la protección de los derechos de niñas y niños

Sea una ley de protección integral de los derechos de la niñez o una ley específica reguladora de un solo ámbito –por ej., de la administración de justicia penal para adolescentes-, todas estas normas deben recoger la figura del abogado defensor de niños, niñas y adolescentes y regular sus funciones. En este sentido, por ejemplo, a nivel provincial, todas las normas que regulen nuevas relaciones de niños y niñas con el sistema de administración de justicia, específicamente tienen contemplada, para los casos individuales, la figura del abogado defensor de niños, niñas y adolescentes como sujeto procesal fundamental en un proceso de tipo acusatorio, que no confunde este rol con

²⁷ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

ningún otro²⁸, en términos de organización judicial y de funciones acordes.

Con esta regulación normativa que, básicamente, recoja la CDN y regule de forma más efectiva y eficaz los derechos de niñas, niños y adolescentes, la función del defensor –para casos individuales o defensor general- será la de velar por la aplicación y cumplimiento de los derechos de la niñez contenidos en la legislación, y supervisar el funcionamiento de las instituciones.

V.2. Normas que no se adecuan a la CDN y rol del defensor como enclave crítico para la protección y participación de los niños y niñas

Para el caso que aun el derecho interno local no termina de adecuarse a la CDN, aquí el rol del abogado defensor es distinto, ya que debe asumir necesariamente una función crítica de la normativa que se aplica para los niños y niñas, como enclave fundamental para la construcción de ciudadanía para este sector de la población.

Esto es, en el ejercicio de la defensa debe realizar una valoración crítica del derecho local negador de la condición de los niños y niñas como sujetos de derecho (contradecir y confrontar la normativa local con la internacional o constitucional para lograr la aplicación de la segunda, más protectora de los derechos de niños y niñas), solicitar la no aplicación (o derogación según el sistema normativo) de estas normas y plantear la aplicación directa de la normativa que efectivamente recoge los derechos de la niñez y su condición de sujetos activos de derechos, esto es, en la Constitución Nacional del país, la CDN y otros instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos.

En este sentido, mientras se producen las necesarias reformas legislativas e institucionales pendientes a la CDN, la figura del defensor de niños y niñas es fundamental para la discusión de las prácticas vigentes, a la vez que constructor en su ejercicio de nuevas formas de participación democráticas de la niñez y adolescencia.

²⁸ Cf. nuevas legislaciones provinciales en materia de infancia. Para mayor detalle, ver Procedimientos penales juveniles. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos de Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial. Ministerio de Desarrollo Social, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y UNICEF, en prensa. http://www.unicef.org/argentina/spanish/PUBLICACION_SISTEMAS PROCESALES PROVINCIALES JUSTICIA JUVENIL.pdf.

También puede verse BELOFF, Mary, “La Protección a la Infancia como Derecho Público Provincial”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008. En diferentes provincias se prevé la figura del abogado defensor especializado que debe ser provisto por el Estado (como por ejemplo, Buenos Aires, La Rioja, Santa Fe, Mendoza y Neuquén).

V.3. Situación normativa a nivel nacional

En 1990, la Argentina ratificó la Convención y en 1994 la incorporó a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) con la máxima jerarquía existente en el ordenamiento jurídico interno. De este modo se asumió el compromiso de garantizar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de modificar las legislaciones y prácticas que no se adecuen a ella, compromiso que, en parte, aun tiene temas pendientes.

Hasta 2005, continuaba vigente la ley N° 10903 de “Patronato de menores”, que respondía en forma inequívoca al complejo tutelar y no reflejada los estándares propuestos por la CDN. La sanción, en septiembre de 2005, de la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes implicó la derogación formal de dicha norma, aunque el sistema jurídico institucional de tipo tutelar organizado en torno a dicha normativa anterior requiere aun para su superación de otras reformas legales e institucionales pendientes. En lo que respecta al rol del abogado defensor, la ley nacional reconoció normativamente en el artículo 27 las garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos, entre las que se encuentran el derecho a la asistencia letrada en todas las etapas, y en la reglamentación la obligación institucional a nivel local para su resguardo²⁹. Sin embargo, como se verá en el párrafo siguiente, para la materialización plena de este derecho, en todos los casos, se entiende que es

29 Cf. Decreto 415/2006, art. 27, en cuanto incluye el derecho de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, pero aclara que sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Este artículo convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adoptar las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto, recurriendo a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

Podemos ejemplificar con un precedente de su aplicación a nivel provincial: “Lo que atañe al tema de los menores y su vinculación en el proceso penal, en autos ‘D’ (STJRN Se. 166/06 del 25-10-06), haciendo referencia al art. 27 de la Ley 26061 (‘Garantías Mínimas del Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos’), este Cuerpo ha sostenido: ‘Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) a participar activamente en todo el procedimiento; e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte’. A ello se agregó que tales derechos y garantías exigen una tutela judicial efectiva, en todo proceso que ‘afecte’ a un menor, sea de naturaleza administrativa o judicial, civil o penal”, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, “G., J. O. s/ hurto, robo, coacción reiterada y abuso sexual c/ ac. carnal en c. real; R., P. A.; B., O. N. s/ coacción en calidad de coautores s/ casación”, 9/11/06.

necesario revisar la normativa organizacional e institucional que reglamenta las funciones de los operadores del sistema de justicia (leyes procedimentales, leyes orgánicas de los ministerios de la defensa, etc.).

Algunas normas continúan siendo funcionales a las prácticas anteriores a la Convención. Entre ellas, está aun vigente el decreto-ley N° 22278/22.803 sobre “Régimen Penal de la Minoridad” que establece el sistema de juzgamiento y sanción para las personas menores de 18 años de edad, en clara sintonía con el complejo tutelar clásico. También, y en relación a la defensa, el Código Civil establece la figura del “asesor de menores” (art. 59) como parte necesaria en todo procedimiento judicial, sujeto procesal que tiene varias funciones conjuntas, entre las que se encuentran la de representar al “menor”, tener en cuenta en conjunto los intereses del “menor” y de la sociedad y la de asesorar al tribunal. La Ley Nacional Orgánica de Ministerio Público N° 24.946 (arts. 54 a 57) jerarquizó el rol, modificó algunas funciones junto a su denominación, pasó a ser “Defensor” en lugar de “asesor”, con ámbito de jurisdicción para la Ciudad de Buenos Aires.

Si bien es cierto que al momento varias jurisdicciones locales argentinas³⁰ han modificado su legislación en procura de adecuarla a la Convención, y en la Constitución Nacional están incorporadas la CDN y otros instrumentos de derechos humanos, así como garantizada la inviolabilidad de la defensa en juicio para todos los habitantes (art. 18 CN), no es menos verdadero que por la organización federal del país, la vigencia de las leyes de aplicación en todo el territorio nacional mencionadas y la existencia aun de prácticas institucionales que no terminan de recoger todos los postulados de la CDN, aun sigue siendo un obstáculo para el traslado de estos postulados teóricos a las prácticas diarias y, por lo tanto, para el efectivo respeto y goce de los derechos de la infancia, específicamente en menoscabo a la satisfacción de su defensa jurídica.

VI. Algunas dificultades para el ejercicio y pautas fundamentales

En el tránsito hacia las plenas adecuaciones normativas e institucionales, uno de los principios que subsiste del sistema normativo anterior es la dificultad para el reconocimiento en ejercicio del derecho de defensa de niños, niñas y adolescentes. Estos problemas se podrían resolver en las siguientes tensiones:

- a) La falta de consideración del niño como un sujeto de derecho que puede

³⁰ Véase Procedimientos penales juveniles. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos de Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial. Ministerio de Desarrollo Social, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y UNICEF, en prensa. http://www.unicef.org/argentina/spanish/PUBLICACION_SISTEMAS PROCESALES PROVINCIALES JUSTICIA JUVENIL.pdf.

También puede verse “Reforma legal y sentencias desproporcionadas: dos temas centrales en el debate sobre los derechos humanos de la infancia en la Argentina”, en DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA. AÑOS 2002/2003, CELS, Buenos Aires, 2003.

manifestar y tener derechos propios. Esto implica la incapacidad de comprender que el niño en tanto sujeto de derecho pueda ser representado jurídicamente por un órgano que responda a él y defienda sus derechos, incluso en un procedimiento donde se decidan sus intereses particulares.

b) La ambigüedad de la representación procesal. Esta representación puede ser ejercida por asesores que no cumplen las tareas de la defensa técnica, por representantes del estado encargados de su tutela o protección, parientes que ejerzan su custodia, etc. Es decir, es un sujeto procesal ausente e incapaz para la designación de un abogado que lo represente jurídicamente en un procedimiento donde se diriman aspectos que le incumben (desde los más básicos como donde y con quien vivir, educación, salud hasta aquellos que tienen que ver con la imposición de medidas obligatorias que pueden incluir hasta la privación de la libertad).

c) La falta de consideración de las intervenciones estatales como conflictivas, coactivas y restrictivas de derecho incluso por cuestiones de “supuesta protección” y por ende, ámbitos donde no es necesaria la figura del defensor de los derechos del niño por “ausencia de conflicto”, fundadas en el propio sistema anterior a la CDN.

VI.1. Principios fundamentales para garantizar el derecho de defensa de niños, niñas y adolescentes

69

A continuación, se detallan los principios fundamentales que deberían regir todo sistema que garantice el derecho de defensa de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos estatales, incluso en sistemas normativos que aún no se han adecuado plenamente a la CDN y en todo caso como posibilidad cierta de incidir en la necesaria transformación normativa pendiente:

a) Interpretar el derecho del niño a ser oído como expresión del derecho de defensa en su aspecto material, por lo que mal puede llevar a tomar medidas restrictivas de derechos amparándose en sus manifestaciones que sólo pueden ser interpretadas como materialización de actos de defensa contra las intervenciones coactivas del estado, aunque tengan el nombre de acciones de tutela o protección estatal.

b) Garantizar el respeto del derecho de defensa en sus dos aspectos (material y técnico: letrado de su elección y gratuito) en todo ámbito administrativo y judicial en el que se diriman cuestiones que afecten sus derechos.

c) Este derecho incluye en su faz técnica poder contar con un letrado de sus elección que lo asista en forma individual, y que persiga la defensa irrestricta de sus derechos e intereses en todo ámbito. Impide justificar una intervención que promueva restricción de sus derechos en pos de su “protección” sin mandato, acuerdo previo o informado del niño, niña o adolescente asistido jurídicamente.

d) El derecho a la asistencia jurídica en forma individual implica la necesidad de diferenciación de patrocinio respecto de otras personas relacionadas

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

con el niño en el mismo procedimiento y con la que puedan existir planteos e intereses distintos.

e) El derecho de defensa debe materializarse en acciones defensivas concretas según el derecho que se defienda, teniendo en cuenta que en estos procedimientos es el estado quien dispone y ordena medidas que pueden ser restrictivas de derechos:

a. Privaciones de la libertad: la CDN expresamente establece en los artículos 37 y 40 que la privación es una medida de último recurso, por el menor tiempo posible y que debe ser necesariamente cuestionada por la defensa jurídica del niño. Por privación de la libertad debe tenerse en cuenta lo prescripto por la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad “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”

b. Medidas coactivas restrictivas de derechos ordenadas por el Estado basadas en la “tutela o protección” (poder administrativo o Poder Judicial): debe abrirse un proceso de conocimiento y contradictorio a los fines de la imposición de medidas de protección que afectan directamente al niño, en el cual cuente irrestrictivamente con el derecho de defensa entendido como se definió anteriormente.

Siendo el derecho de defensa uno de los derechos fundamentales de todas las personas en un estado democrático de derecho, su fortalecimiento contribuirá a las posibilidades de ejercicio real de sus derechos y de participación en los procesos de construcción de ciudadanía para la infancia y adolescencia.

En ese marco, es necesario fortalecer el rol del defensor de niños, niñas y adolescentes desde una postura constructiva de los nuevos contextos y procesos de transformación jurídica institucional, que logre contribuir con su participación y ejercicio cotidiano a una también mayor participación y ejercicio pleno de sus derechos por parte cada uno de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho del niño a ser oído en el marco de una Defensoría Pública de Menores e Incapaces

Por Silvia Nutter¹

El derecho a ser oído se encuentra contemplado tanto en la CIDN como en la ley nacional 26061. Tiene consagración expresa en el art. 12 de la CIDN y en la ley nacional 26061en sus arts. 3, 24 y 27. Ambas normativas son claras en lo relativo a la obligatoriedad de habilitar espacios para que los niño/as y adolescentes sean oídos y puedan expresar su opinión en cualquier causa que los afecte o involucre.

Conforme el espíritu de estas normativas, no es posible decidir u opinar sobre cuestiones inherentes a la vida de los niño/as y adolescentes, intereses, deseos, sin haberles otorgado tanto la posibilidad de expresarse, como la de haberle brindado la información necesaria, que a su vez los ayudará a formar una opinión.

El derecho a ser oído fortalece en los niños el proceso de crecimiento y formación en un marco de convivencia tolerante y democrático. Habilitar espacios adecuados para el ejercicio de esta práctica en los distintos ámbitos donde los chicos se desarrollan y respetando su singularidad garantizará su condición de sujeto de derecho.

Desde ese marco conceptual se ha elaborado en la Defensoría una modalidad de trabajo para la entrevista con los chicos (menciono chicos en forma genérica para incluir a niño/as y adolescentes).

Para el armado de este dispositivo de trabajo se debió previamente y cotidianamente se continúa haciendo, problematizar, complejizar algunos aspectos de esta práctica, de acuerdo tanto a la situación particular de los chicos que se atienden, como a las características del ámbito en el cual se desarrolla el encuentro, una Defensoría Pública de Menores, y ello tanto por su implicancia simbólica, como por el espacio físico donde se sostiene este encuentro.

El considerar estos aspectos, dimensionar esta práctica teniendo en cuenta su complejidad, facilita la construcción de un ámbito de participación que contemple la particularidad de cada chico y propicie la aparición de un discurso propio y que emerja su voz en ese encuentro.

¹ Licenciada en Trabajo Social integrante del equipo técnico de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo N° 7.

El derecho a ser oído es un derecho que está dirigido al universo de la infancia, a la totalidad de la categoría infancia, que incluye a todos los chicos hasta los 18 años (con las variaciones que pueda tener la edad que se considera adecuada para el inicio, de acuerdo su madurez y desarrollo). Impone su escucha en todos los ámbitos que lo afecten, desde los más próximos, como la familia, a todos los otros espacios donde participe, como la escuela, consultorio médico, o aquellos donde eventualmente pueda participar como un Juzgado, una Defensoría de Menores, entre otros.

Los escenarios no son todos equivalentes. Cada uno de estos ámbitos, por sus características, por cómo se inscribe cada uno de ellos en la historia de cada chico y por cómo condicionan su palabra, requerirá del armado de un dispositivo diferente que habilite un genuino lugar de expresión y escucha. Las representaciones sociales que operan sobre cada una de estas instituciones condicionan de manera diferente la expresión, la palabra del chico: no es lo mismo hablar frente a la directora, la maestra, al psicólogo, frente al Juez, el Defensor, el abogado etc.

Ignacio Lewcovitz en su libro *Pedagogía del Aburrido* (editorial Paidos Educador) advertía sobre lo trabajoso que fue para el campo de la psicología y el psicoanálisis montar dispositivos en que los niños hablen y sean escuchados, que sean escuchados como otra cosa que como hijos o alumnos, que sean escuchados en su subjetividad infantil, y no a través de lo que dice la mamá, la maestra. En nuestro caso debemos también encontrar la verdadera palabra, la voz del chico con quien nos encontramos y no lo que dicen de él (el operador del hogar, la mamá, el papá), lo que dicen por él, o lo que le dicen que debe decir en la entrevista. Señala también Lewcovitz que a diferencia de épocas anteriores, cuando su opinión sólo llegaba mediatizada por el informe escolar, social, psicológico, hoy es el niño quien accede directamente y expresa su palabra.

Es necesario entonces considerar por un lado el peso que conlleva la institución donde van a ser oídos y por otro las características, el contexto sociofamiliar y condición particular de los chicos que atendemos.

¿Cómo son los chicos que recibimos?

Si bien pertenecen a diferentes estratos sociales y están afectados por conflictivas de distinta índole, se puede hablar de ciertos aspectos comunes. En su mayoría provienen de familias intervenidas por diferentes y múltiples instituciones, familias que tienen historia de haber sido interpelados por numerosas instituciones, relaciones con trabajadores sociales, psicólogos, con la administración pública, con los jueces, defensores, con abogados, etc. Contextos familiares disgregados, con vínculos disfuncionales, contextos de exclusión social, con necesidades básicas insatisfechas, víctimas de abuso y/o maltrato, chicos adultizados, chicos frágiles a cargo de adultos frágiles. Chicos con un importante involucramiento en la conflictiva de los adultos y cuya palabra puede res-

ponder a una necesidad de satisfacer a esos adultos a quienes ama. A veces eso que va a decir resulta de una sobrecarga emocional importantísima, no puede equivocarse, su palabra – y en el contexto en que la dice- es ley ya que hasta posiblemente crea – o le han dicho- que su opinión puede definir configuraciones familiares. Nos podemos encontrar con un sujeto deseante, o un sujeto adultizado, apropiado, violentado.

Cristina Corea en el libro Chicos en Banda- una investigación que realiza con un grupo de chicos en situación de calle- en contextos a los que la sociología llama de expulsión social, califica los escenarios donde transitan esos chicos como de catástrofe. Dice “el sufrimiento propio de la catástrofe es el sufrimiento de aquel que no puede pensar con otro, no se puede componer con otro, ni puede dialogar con otro”. Cualquier estrategia de intervenir en la catástrofe es entonces una estrategia de ligadura, de cohesión, de búsqueda de modalidades prácticas que permitan componer. Siguiendo la línea de esta autora podemos decir que muchos de los chicos que atendemos están inmersos en situaciones de catástrofe, tanto por los contextos sociales como los familiares, donde padecen el sufrimiento por disolución de lazos, por no poder dialogar, donde su voz se ha perdido.

¿Cómo entonces habilitar un espacio para que ese niño desarrolle un derecho que le puede resultar bastante desconocido, una práctica que en su vida cotidiana probablemente esté depreciada?

Considerando todos estos elementos antes de citar a un chico, se evalúa cuidadosamente cuál es su situación particular, por qué es necesario escucharlo (más allá del derecho a ser oído, si es beneficioso en su situación particular convocarlo), en qué momento es mejor escucharlo (si recién empezó un tratamiento psicológico o inició un proceso de vinculación y tal vez sería perturbar ese otro proceso recientemente iniciado), cómo se va a inscribir lo que diga en el contexto del expediente, cuál es el mejor lugar para escucharlo (puede ser en la defensoría, puede ser una entrevista domiciliaria, pueden ser ambos) y con quien se los convoca. El conocimiento de datos de su historia personal y situación actual propicia el establecimiento de un vínculo de mayor confianza que a su vez facilita el diálogo y la comunicación.

En el caso de la entrevista en la Defensoría puede ser con la Defensora o con el Secretario y alguna de las trabajadoras sociales (somos dos en el equipo), o directamente con alguna de las trabajadoras sociales, pudiendo incluirse también alguno de los abogados.

En general los chicos vienen acompañados por algún adulto, especialmente si son más chicos. A veces son adolescentes que se manejan con más autonomía, pero que igual vienen acompañados. Pueden venir con su abogado, aunque no es lo más habitual. En el caso de chicos institucionalizados, alojados en hogares, vienen con algún operador o integrante del equipo técnico de la

institución. En algunos casos se ha entrevistado a chicos con sus terapeutas y han resultado entrevistas muy satisfactorias, ya que la presencia del terapeuta opera como un facilitador para la palabra del niño

El primer momento de la entrevista, cuando se les explica el encuadre, la modalidad del abordaje, a qué lugar han venido y en líneas generales el motivo de la citación, se los puede atender junto con el adulto que los acompaña. Esto dependerá además de la edad, de cada situación y es un recurso que puede ser beneficioso tanto para la confianza del niño, como para el permiso, que en términos simbólicos, le dará el adulto para participar de esa entrevista. En general los chicos, inclusive los más pequeños, aceptan quedarse solos. De todas formas a veces la presencia del adulto puede inclusive obturar desde afuera y se nota cuando se ve la atención que el chico tiene puesta con su mirada hacia la puerta.

Es importante establecer un encuadre comunicacional de fácil comprensión. Se trata de ser muy claros en el manejo de la información y en los términos que se utilizan. Cada ámbito tiene palabras propias que están naturalizadas y pueden ser incomprensibles para otros, tanto para chicos como para los grandes. A veces son los mismos chicos quienes traen palabras, del discurso de los adultos y del lenguaje judicial (como tenencia, régimen de visitas) cuyo significado parece estar más impregnado por la conflictiva emocional que los atraviesa que por el significado real del término.

74

En la entrevista individual, ya sin el adulto que acompaña, se le explica sobre la función de la Defensoría, qué es una Defensoría y quién es la Defensora. Se le explica por qué es importante y necesario conocerlo, escucharlo, saber cuáles son sus intereses, deseos, cómo se siente. Saber qué opina de determinados temas que lo involucran y están en discusión. También que él pueda saber y preguntar sobre aspectos relacionados a estos temas que lo preoculen, que le interesen, lo confundan, etc. Que por todo ello se va a poder opinar mejor y respetando su interés. Se les explica la función de la Defensoría como un ámbito donde su palabra cobra gran relevancia, y donde los chicos son los principales protagonistas. Desde el imaginario social las figuras del Juez, Defensor, cobran una dimensión que los aleja de la realidad, en contraposición a ello, la idea es poder acercarlos y humanizar esas figuras como personas comunes pero capacitadas que están tratando de ayudar en una contienda familiar. Como un modo de acercar al conocimiento de esas personas que hablan de él y de su familia.

Se desarrolla una primera parte de la entrevista abordando temas generales relativos a su vida y organización cotidiana tratando de crear un clima de confianza y seguridad, que propicie la intervención de los chicos, para adentrarnos en cuestiones más específicas que hacen a su situación particular. El preguntarles si saben por qué se los convocó abre un espacio de diálogo y permite saber también cuál es la información que manejan y qué circula en su hogar respecto de los temas en discusión. Es muy importante poder escuchar cómo cada chico cuenta su propia historia, cuáles son los aspectos más relevantes para él, que cosas lo angustian, lo enojan, le agradan... Visualizar cuán comprometidos es-

tán con la conflictiva de los adultos y cómo aquella afecta su vida cotidiana y profundizar en una mejor comprensión del marco sociocultural de su familia, pautas culturales, costumbres, que hacen a la organización cotidiana. Permite ampliar la mirada de lo que surge del registro del expediente judicial

La entrevista brinda también la posibilidad de restituir algunas partes de la historia personal y familiar de los chicos, fragmentos de su vida desconocidos u olvidados por él o por las personas que lo cuidan. Recordemos que algunos de los chicos que atendemos provienen de familias desmembradas, intervenidas por numerosas instituciones y con historias de vida fragmentadas. Chicos abandonados o separados de sus familias de origen, que atravesaron diferentes ámbitos de institucionalización y alojamiento, con el consecuente corte abrupto que cada cambio institucional impone en su vida. Desde la Defensoría y con el acceso al expediente judicial, el cual a veces opera como una historia de vida donde confluyen los informes de las distintas etapas transitadas, e inclusive desde el conocimiento personal de los distintos miembros de la familia, se pueden dar algunos aportes, información, explicaciones, que propicien la construcción de un relato integrador.

De esa entrevista queda un registro, un documento escrito que puede ser un acta donde él firma o un informe suscripto por la trabajadora social que toma la entrevista o ambos. En todos los casos queda una constancia de su presencia con su firma y algunos datos. Dicha información se puede ampliar con un informe social en el cual se incluyen apreciaciones profesionales de lo observado en la entrevista. El informe social por sus características brinda un marco para las consideraciones y observaciones profesionales y permite informar sobre el registro de otras formas de expresión como su lenguaje gestual, actitud, advertidas durante la entrevista, que a veces contradicen lo expresado verbalmente.

Los chicos se retiran con los datos de la Defensoría, con el teléfono, dejándoles abierta la posibilidad de que si ellos quieren pueden pedir un nuevo encuentro o hacer alguna consulta telefónica.

Esto responde a otro de los objetivos del encuentro y que es que el chico pueda establecer un nuevo vínculo, extradoméstico, que pueda tener en cuenta para resolver alguno de sus conflictos.

Recursos para una escucha útil

Por Sandra V. Pesce Cañete¹

El tema que nos convoca es harto laberíntico por lo cual he decidido encmarcar la temática en cinco grandes grupos que a continuación, y sin mayor dilación, paso a desarrollar.

I. El niño/a Adolescente es, ante todo, un sujeto de derecho

Entiendo como “Sujeto de Derecho” a todo aquel individuo apto para tener o susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Ahora, cuando hablamos del “Interés Superior del Niño” creo, si me permiten, nos referimos al bienestar del niño lo cual nos lleva al hecho de que “en todas aquellas medidas que se tomen en relación con los niños/as y adolescentes debería tenerse en cuenta la opinión de los mismos para de esta manera poder equilibrar sus derechos y deberes. Podemos decir, entonces, que el Interés Superior del Niño implica el compromiso de brindar a los msimos una “Protección Integral” (Hay un trabajo muy interesante de la Dra. Nelly Minyersky al respecto).

77

Ahora bien, desde la ciencia psicológica, cuando hablamos de sujeto de derecho, hablamos clara y específicamente del “Derecho a Ser Sujeto de la Escucha”, del sujeto como fenómeno en sí mismo en tanto no hay dos sujetos iguales.

II. El niño/a adolescente es un ser vulnerable

Ya sean víctimas o se encuentren en conflicto con la ley, es un menor en el cual se suman varios factores a tener en cuenta:

a) Se encuentra en situación judicial;

b) Es un sujeto en estado de vulnerabilidad en sí mismo, pues en todo caso, estamos frente a un menor víctima, pasible de ser victimizado y/o revictimizado. Hablamos de un ser cuyo psiquismo se encuentra, en el mejor de los casos, alcanzando una estructuración y, en otros casos, su psiquismo está en proceso de estructuración y su SNC (sistema nervioso central) consolidándose; por lo tanto la escucha debería ser una herramienta para alojar el conflicto y no transformarse en un interrogatorio (en el sentido de verdad objetiva) tendenciosa

¹ Lic. en Psicología. Integrante del equipo ley 25852 del Cuerpo Médico Forense.

en el cual el defensor o aquel que lo entreviste quede posicionado en el lugar de estado Ley (la víctima es el estado).

Entonces podemos decir que “alojar el conflicto” sería generar un ambiente, clima, espacio, similar a lo que en psicología llamamos “alojar al paciente”, lo cual ante todo y, para ser prácticos, implicaría trabajar con dos grandes grupos: niños/as y adolescentes, respetando, de este modo las etapas evolutivas de ambos con sus cuestiones particulares. Ubicando al menor en un lugar acorde a sus posibilidades.

III. Tipo de escucha

Llegado este punto ubico tres posturas por parte de quien entrevista y las preguntas que subyacen frente a tal postura. Entonces, tenemos

- a) Lo que quiero escuchar (lo que deseo). Y la pregunta es
 - ¿Quiero escuchar?
- b) Lo que necesito escuchar
 - ¿Qué busco? ¿O qué necesito?
- c) Lo que escucho
 - ¿Qué me dice?

Ahora bien, al enmarcar la manera en que se presenta el entrevistador frente al niño (de modo genérico), vemos como “Si escuchamos lo que nos dice el niño” tenemos mayores posibilidades de encontrar aquello que buscamos o necesitamos. En cambio si nos posicionamos desde lo que queremos o buscamos, es probable que terminemos o bien dándole al niño un trato como si fuera un no nato, que no tiene ni idea de lo que pasa, o bien un trato como si fuera un adulto y que encima la tiene re-clara. Lo que estoy tratando de decir es que no es conveniente subestimar al Niño/a o Adolescente. ¿Por qué no? Porque lo más probable será que nos tengamos que enfrentar a ciertos obstáculos que en muchos casos, si no en todos, solo nos darán problemas en lugar de arrojar luz sobre nuestra entrevista. Por ejemplo, nos puede pasar que:

- El niño no hable
- Que hable pero sin decir, sin decir nada respecto de la causa que nos motiva entrevistarlo;
- Que invente cuestiones en sentido de burla;
- Que deje hablando solo a su interlocutor;
- Que llegue a insultar/agredir al interlocutor.

Ante estas situaciones, harto conocidas por nosotros, es necesario observar, tratar de vislumbrar desde qué lugar no habla; es decir, preguntarnos ¿No habla porque piensa que no le creemos (desconfianza), por temor al castigo, porque no cree que podamos serle útil, porque siente que no será escuchado? ¿Adquiere una postura soberbia, querulante, desafiante por una cuestión de competencia con el adulto que lo entrevista? ¿Ha pasado por otras situaciones

similares sin obtener ayuda alguna? ¿Lo han separado de su entorno familiar sin que exista una razón válida para él? ¿No cree que pueda aportar algo útil relatando su vivencia? ¿Siente que hay un abismo entre su mundo y el del sujeto que tiene enfrente? Una vez que conozcamos cuál es la razón de su silencio, de su “no decir”, de su “burla”, podremos buscar la manera de establecer un vínculo diferente en el cual el niño se sienta escuchado, comprendido, contenido, alojado. Vínculo que deberemos sostener a través del tiempo que nos lleve trabajar con él, el cual en muchas oportunidades deberemos reforzar una y otra vez.

Esto nos lleva al punto

IV. Otras cuestiones a tener en cuenta que son importantes a la hora de la entrevista

- a. Conocer el trasfondo de la situación judicial (la causa, ¿qué pasó?): nos ayuda a guiar, a dirigir la entrevista;
- b. En lo posible haber accedido previamente a informes socio-ambientales, psiquiátricos, psicológicos, médico-legales: esto nos permite saber cuántas veces fue entrevistado el niño;
- c. Conocer el entorno del cual proviene el niño: nos indica el modo en que deberíamos dirigirnos, de qué manera preguntar;
- d. Haber investigado si el Niño, Niña o Adolescente ha atravesado por alguna otra situación judicial, en su caso, cuál, cuándo, cómo, por qué, qué se hizo: nos da una aproximación al perfil del niño que debemos entrevistar.

Creo que teniendo en cuenta estas cuestiones podemos lograr una entrevista que nos permita obtener lo que buscamos.

79

V. La entrevista propiamente dicha

Para lograr que nuestra escucha sea satisfactoria, positiva, útil, propongo:

1º Una entrevista abierta y semidirijida con el objeto de generar tanto un clima de confianza como un espacio donde el niño logre “decir”.

2º Utilizar un lenguaje acorde al sujeto que tenemos enfrente, cuidando el lenguaje que utilizamos, el tono de voz y el modo en que nos dirijimos a fin de no generar temores, aislamientos, enojos o cualquier otro mecanismo defensivo que lleve al fracaso nuestra intervención.

3º No subestimar al Niño, Niña o Adolescente.

4º Tener presente que son sujetos vulnerables por lo cual necesitan de un tercero que los contenga.

5º Es fundamental que, al momento de explicar algo, seamos claros y utili-

emos términos medios entre el lenguaje que utiliza el niño, niña o adolescente, el esperable para su etapa evolutiva y el nuestro.

6º No apurar al entrevistado, brindarle el tiempo que necesite para poder expresarse, dentro de lo razonable, ni abrumarlo con elementos que conocemos previamente. Entrevistado y entrevistador deben encontrar sus tiempos, como una melodía donde las notas van acompañadas.

Por último, respecto del espacio físico en el cual debemos entrevistar al niño, creo es de suma importancia que antes de comenzar se explique la situación, sea falta de espacio, que el celador va a estar allí, que su mamá va a esperar en otra sala o lo que fuere. Se puede negociar un espacio mejor para la próxima entrevista solo si se puede cumplir y de no ser posible explicar, las veces que sea necesario, pues ésto hace que el niño, niña o adolescente sienta un cierto interés por su situación por un otro que no es su familia, ni amigo a la vez que no es un chico más ni un trámite más.

Para finalizar les propongo recordar algunas frases de cuentos infantiles a modo ilustrativo de lo expuesto:

- El Principito nos decía: “Las personas mayores nunca son capaces de comprender las cosas por sí mismas, y es muy aburrido para los niños tener que darles una y otra vez explicaciones” (enseñanza).
- Cuando Pinocho se encuentra con sus amigos y lo llevan por el mal camino Yepeto se apresura a salir a buscarlo y este apuro lo lleva a que se lo devore la ballena y termina siendo Pinocho quien lo debe rescatar (moralidad).
- En el cuento El Gato con Botas, éste ante las palabras del niño que hereda un gato y expresa que luego de comerlo y vender su piel sólo le queda morir de hambre, le replica “no debéis afligiros, mi señor, no tenéis más que proporcionarme una bolsa y un par de botas para andar por los matorrales y veréis que vuestra herencia no es tan pobre como pensáis (consejo).
- En un diálogo entre el Chavo y Don Ramón, éste le dice al Chavo –‘A tu edad yo ya sabía leer y escribir’ y el Chavo responde –‘Y a su edad Kennedy era presidente de los Estados Unidos’ (no subestimar).
- En Alicia en el País de las Maravillas, nos encontramos con el siguiente diálogo: “Por favor Majestad, dijo la Jota. Yo no lo escribí, y no pueden probar que lo hice; no hay ninguna firma al final. Si tú no lo firmaste, dijo el Rey. Eso no hace más que empeorar la situación. Tú debes haber ideado alguna artimaña, o si no lo hubieses firmado como una persona decente. Hubo un aplauso generalizado al oír esto; era la primera cosa sabia que había dicho el Rey ese día. Eso prueba vuestra culpabilidad, agregó la Reina. Eso no prueba nada, dijo Alicia (Aprender a escuchar).
- Por último, nuevamente El Principito quien se animó a expresar

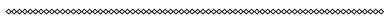
ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

“No se debe nunca escuchar a las flores sólo se las debe contemplar y oler. La mía perfumaba mi planeta, pero yo no era capaz de alegrarme de ello”.

- Otra del Principito “Si yo ordenara –decía frecuentemente–, si yo ordenara a un General que se transformara en ave marina y el General no me obedeciese, la culpa no sería del General, sino mía”.

.III.

ESTRATEGIAS DE LA DEFENSA PÚBLICA ANTE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL



1. Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes, menores de 16 años de edad, en conflicto con la ley penal, *por Gustavo Gallo*
2. Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes en conflicto con la ley penal, *por Virginia Sansone*
3. Tensiones actuales en el sistema penal juvenil, por *Ricardo Ángel Basilico*

Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes, menores de 16 años de edad, en conflicto con la ley penal

Por Gustavo Gallo¹

A modo de introducción planteo que los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años de edad, a los cuales se les imputa la comisión de un delito, en el 98 por ciento de los casos, tienen algunos de sus derechos fundamentales básicos vulnerados. Considero muy importante para la tarea de Defensa Pública de los chicos y chicas, tomar en cuenta el contexto social, económico y político, en el cual nacen, crecen y en donde se plasmará el incumplimiento del Estado en la aplicación de las políticas públicas básicas para el normal desarrollo de la infancia y la adolescencia. Esto nos mostrará cómo una gran cantidad de jóvenes se encuentran excluidos y socialmente marginados, donde la comisión de delitos a temprana edad, es una forma habitual de supervivencia. En este marco creo que es interesante ver la relación entre pobreza, exclusión social y delito. Razón por la cual entiendo que antes y después de la comisión de un delito debe estar la política pública de inserción social, para garantizar primero que los jóvenes no ingresen en el delito y en el caso que se inicien en la comisión de los mismos intervenir rápidamente para lograr una pronta inclusión social.

Detrás de cada chico en situación de calle, hay una familia desintegrada, un padre o madre sin trabajo. Si bien con el ingreso universal por hijo han disminuido las estadísticas de pobreza, marginación y exclusión social, todavía siguen siendo altos los índices de familias con hijos menores de edad que están con las necesidades básicas insatisfechas. Estas se expresan en la falta de empleo, ingresos, vivienda, salud, educación, nutrición y mortalidad infantil. Estas carencias, ponen a los chicos y chicas en situación de extrema vulnerabilidad y hace que desde temprana edad puedan estar en contacto con el delito, ya sea como infractores o como víctimas, por ejemplo de explotación sexual, laboral, trata de personas, etc. Si bien no todos los pobres y marginados sociales son delincuentes, estas formas de exclusión social y diferencias notables entre las clases sociales, indudablemente tienen incidencia sobre los índices de violencia y criminalidad. Las consecuencias que sufren los niños y niñas en estas situaciones hacen que sean los más afectados por el fenómeno de exclu-

¹ Prosecretario Letrado a cargo de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años ante los Juzgados Nacionales de Menores de la Defensoría General de la Nación.

sión social, por la cual muchos de ellos ingresan inevitablemente en el ámbito delictivo. Asimismo el desempleo, asociado a la pobreza, hace que el padre no pueda conseguir los recursos básicos para la subsistencia familiar, no pueda cumplir ante los hijos el papel de sostén del hogar, que le viene previamente asignado por la sociedad, viendo deteriorada su imagen, con sentimientos de desvalorización y frustración. Esto repercute en las dinámicas familiares las que en muchos casos llegan a su desintegración. Estas situaciones extremas son absolutamente negativas en la estructura psicológica de los niños y niñas, muchos de los cuales salen expulsados a la calle, donde encuentran en el delito una forma de inserción social y de supervivencia.

Dicho esto les contaré con qué cuadro de situación me encuentro como coordinador de la Unidad Funcional para la Asistencia de Personas Menores de 16 años de edad, de la Defensoría General de la Nación, cuando a un niño, niña o adolescente menor de 16 años se le imputa la comisión de un delito. Interviene la Justicia Nacional de Menores. Aplican el Decreto-Ley 22278 y disponen o toman intervención tutelarmente del o de la joven. Aclaro que no me voy a referir a la causa principal, donde se investigará respecto de la comisión del delito, sino a lo que pasa en el llamado ámbito tutelar.

A través de esta disposición o intervención tutelar, los jueces, ejercen el ya derogado Patronato de Menores, disponiendo en muchos casos, como primera medida la internación de los chicos, en el Instituto San Martín y de las chicas en el Instituto Inchausti, dependientes de la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia (SENNAF). Fundamentan su decisión en lo normado en la Ley 22278 (a mi juicio Decreto-Ley), en concordancia con el art. 3 “interés superior del niño” y el art. 37 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justifican así, la internación de los y las jóvenes, por el más breve tiempo que proceda.

La mayoría de las veces esta resolución, es notificada con el envío del expediente o legajo tutelar o por cédula de notificación. Otras veces, las menos, realizan varias actuaciones y recién después notifican a la Unidad.

Una vez que tomo conocimiento del inicio del expediente o legajo tutelar y de la orden de internación del niño, niña o adolescente en un establecimiento de régimen cerrado, voy a verlo, y me entrevisto con él o con ella. Le hago saber que los menores de 16 años de edad, no son punibles o sea que no se les aplicará pena alguna, razón por la cual no debieran estar privados de libertad en ese lugar. Le garantizo el derecho a la información y el derecho a expresar su opinión. Le hago saber que voy a realizar las presentaciones necesarias solicitando su inmediata libertad, materializada con el egreso con sus padres, familiares o referentes afectivos y en caso de ausencia de estos, que sean trasladados a dispositivos de carácter abiertos acordes a sus características personales. Y que solicitaré el cese de las actuaciones judiciales y en caso de corresponder, la intervención del Organismo Administrativo competente para la protección de sus derechos.

En la presentación de solicitud de libertad, planteo que se resuelva con los mismos recaudos formales que se exigen para el caso de los adultos, es decir, en un término no mayor a 24 hs. y mediante auto fundado. Ello, teniendo en cuenta la equiparación que debe existir entre la prisión preventiva y la medida de internación dispuesta respecto de un menor de edad y que lo contrario implica perjudicar al menor otorgándole menos garantías que a un adulto.

Ante la presentación del escrito solicitando la libertad, los Magistrados de la Justicia de Menores, en caso de existir familiares, acceden a nuestra propuesta o bien la rechazan y solicitan la intervención del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA, o del Equipo Técnico del Instituto San Martín o del Instituto Inchausti, o del Cuerpo Médico Forense para que evalúen la conflictiva personal del niño, niña o adolescente con miras a resolver su situación. Esta resolución puede durar un tiempo en llegar, dado que muchas veces está la evaluación, pero falta el recurso para proceder a la derivación del o de la joven a un dispositivo de características abiertas, tales como hogares, comunidades terapéuticas, paradores, etc. Esto se realiza a través del Organismo Administrativo, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, quien requiere a su vez el recurso a la Dirección de Niñez, ambos organismos dependientes del Gobierno Local. Otro de los lugares que los jueces utilizan para derivar a los jóvenes, después de permanecer en el Instituto San Martín, son las Residencias Educativas, tales como La Esquina o la Colonia Ricardo Gutiérrez, que en los primeros diez días de admisión son dispositivos de restricción de libertad, dependientes de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Cuando los Magistrados rechazan la petición de libertad, apelo en el menor plazo procesal posible, ante la Cámara Criminal y Correccional y en caso que se confirme lo resuelto por el Juez de grado, recurro ante la Cámara de Casación Penal.

En este punto voy a hacer referencia a dos fundamentos esgrimidos tanto por una Juez de Grado, como por los jueces de una de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, para rechazar la petición de libertad y para confirmar el fallo de la Jueza de menores, respectivamente.

Los fundamentos de Juez de Grado:

“El Sr. Defensor fundó su postura en que la no punibilidad establecida por la ley penal minoril implicaba la imposibilidad del Estado de privar de libertad a las personas menores de 16 años a quienes se acuse de infringir las leyes penales. A ello agregó que si bien no desconocía la situación de vulnerabilidad en la que estaba el joven, se debía incorporar a su situación el modelo de protección integral que surge de la Convención de Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional.”

Sobre el particular coincido plenamente con la opinión plasmada por el Sr. Defensor, pero en punto a lo solicitado por la Suscripta no ha aportado otra opción

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

concreta para el bienestar de su pupilo, que la de solicitar su libertad y derivar su tratamiento al órgano administrativo competente local, que recordemos, se encuentra actualmente en huelga ante la posible clausura de la institución.

Por otra, parte, y de revertirse la medida de fuerza, no sosiega a la Suscripta la posibilidad de que la misma se reitere en el futuro y que la evaluación y derivación del joven se vea frustrada.

Es por ello que en el intento de la Suscripta de incorporar la situación del joven en el modelo de protección integral invocado por el Sr. Defensor, frente a la disfuncionalidad del C.P.A. zonal y al silencio de la parte en cuanto al aporte de opciones que encuadren en las necesidades del niño, se libró oficio al Consejo de los Derechos de Niños del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que dentro de las 72 horas se evalúe al joven en el Instituto San Martín para su posterior e inminente ingreso a una comunidad terapéutica para su tratamiento específico.

Mientras tanto, se escuchó a la progenitora del joven, quien notó la recuperación de su hijo al hallarlo mejor, estudiando, y hasta “más gordito” (sic) en este lapso de tiempo en que el nombrado se encuentra residiendo en el Instituto San Martín, y agregó que en las visitas, éste le manifestó su negativa de ser trasladado a una Comunidad Terapéutica por temor a fugarse y que deseaba realizar su rehabilitación por su adicción dentro del Instituto San Martín. Ante dicho pedido y coincidentemente con el joven, su progenitora solicitó idéntico requerimiento.

Por otro lado, los profesionales del Instituto San Martín al remitir la evaluación del joven advirtieron que su progenitora aparecía como único referente afectivo significativo, con rasgos de gran permisividad y ausencia de controles normativos, y sugirieron la derivación del joven a una Comunidad Terapéutica para el tratamiento específico de consumo de sustancias tóxicas.

Invitado el joven a expresar su opinión, reiteró su pedido ante la suscripta de realizar la rehabilitación en su actual lugar de alojamiento, sobre el que está consciente que se trata de un lugar de puertas cerradas a pesar de lo cual manifestó encontrarse muy bien. Que de ser trasladado, su familia estaría muy lejos y se les complicaría el viaje también por cuestiones económicas, a lo que sumó que posiblemente se escaparía del lugar para ver a su familia y/o eventualmente irse a fumar con los pibes. También expreso su deseo de permanecer con su familia un fin de semana y luego volver al instituto.

El Dpto. de Fortalecimiento del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de Buenos Aires sugirió que lo adecuado para la problemática del niño sería su retorno al hogar familiar y que se trabaje con los referentes zonales la situación de éste y su familia, como así también las cuestiones relativas a su lugar en la familia. En cuanto al consumo, sugirieron su abordaje en forma ambulatoria.

Asimismo y con conocimiento del Servicio Zonal de San Justo y en acuerdo con lo evaluado por el equipo técnico de ese Departamento, sugirieron que se trabaje con la familia del niño en forma urgente por medio de un operador familiar y previo al egreso del joven del Instituto.

En base a la sugerencia mencionada, se encomendó al Servicio Zonal de San Justo que en carácter de muy urgente designe un operador familiar para que trabaje con la familia del joven Lazarte para favorecer su futura reincisión familiar

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

y elaborar una estrategia tendiente a obtener el éxito de un posterior tratamiento ambulatorio por su adicción a sustancias tóxicas.

También se solicitó al Instituto San Martín de esta Ciudad y al Dpto. de Fortalecimiento del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del G.C.B.A quien tomó intervención en la presente disposición como órgano local, que arbitren los medios necesarios para que conjuntamente con aquél Servicio Zonal se logre la reinserción familiar del jóven, debiendo continuar con la intervención.

Así las cosas y hasta tanto estén dadas las condiciones para la reinserción del joven a su grupo familiar, no advierto que su permanencia momentánea en el dispositivo mencionado vulnere derecho alguno, ya que es en aras de su interés superior que se solicita su evaluación y el de su familia como también un tratamiento del consumo que padece.

Vale recordar que el Principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, y que dicha responsabilidad incumbe en primer término, a sus padres. En el caso concreto, no puede la Suscripta desoir el pedido de la progenitora quien tácitamente plantea su actual imposibilidad de orientar a su hijo en modelos menos nocivos y más sanos de conducta.

El Principio 9 además, establece que el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono y externar al joven en las condiciones actuales de vulnerabilidad en las que se halla inmerso, implicaría dejarlo en desamparo y se frustraría el intento que desde el Estado se pretende articular para revertir su condición.

89

El modelo de protección integral que surge de la mentada Convención establece pautas para que los estados Parte promuevan la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de abandono. Por ello, y atento a la escasez de recursos y a la crisis por la cual atraviesa actualmente el órgano administrativo local que debe intervenir de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 26061, la internación provisoria del joven no deviene en una medida cautelar sino tutelar que aparece como la única variable posible por el momento, para garantizar el éxito de una medida socio educativa que pueda revertir la exposición de éste a graves riesgos para sí, hasta tanto cesen los motivos que originaron su internación y se proceda a su reinserción familiar y tratamiento para su problemática.

Así, el interés superior del niño desde la óptica de los adultos responsables de su cuidado, no es más que la determinación de la mejor y mas conveniente forma de satisfacer sus necesidades y derechos, uno de los cuales es el derecho a la salud que los organismos del Estado deben garantizar.

La función del derecho en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. Y es atendiendo a su derecho de salud física y moral, a la solicitud de la madre y representante legal de su hijo permanezca en un dispositivo institucional para evitar nuevos consumos, y al expreso pedido del niño sumado a la sugerencia de los profesionales que estiman que previo a su regreso al núcleo familiar debería trabajarse sobre el mismo, es del caso no hacer lugar por el momento al cese de la disposición tutelar preventiva y pedido de externación propiciados por el Sr. Defensor Público y hasta tanto el Departamento de Fortalecimiento, Promoción y Protección Integral de Jóvenes en Conflicto con la Ley del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

de Buenos Aires, con el Servicio Zonal de San Justo informen sobre las condiciones favorables de sus trabajos para que el menor vuelva a su casa.

Sin perjuicio de ello, librese oficio a los organismos citados precedentemente a fin de que informen a este Juzgado en forma inmediata y en tanto no sea contraproducente a la estrategia de trabajo del joven, la posibilidad de externar a éste los fines de semana junto a su familia.

Por todo ello, considero y así, RESUELVO: NO HACER LUGAR, por el momento, a la externación del joven y al cese de la presente disposición tutelar, hasta tanto se logre una sana reinserción familiar del nombrado que posibilite un tratamiento para su adicción a sustancias tóxicas..."

Por su parte la Sala convalidó la privación de libertad del joven esgrimiendo los siguientes argumentos:

"Pues bien, luego de un exhaustivo análisis de las diversas constancias acumuladas al legajo, entendemos que los agravios expuestos por el Dr. Gallo en la audiencia no logran conmover los fundamentos brindados por la Sra. Juez de grado en la resolución impugnada, por lo que habrá de ser homologada.

Ello así, toda vez que la ley 26061 vino a proteger los derechos integrales de los niños y, autoriza, teniendo en cuenta las características especiales de cada caso, a mantener la internación de un menor siempre y cuando dicha medida tenga como finalidad preservar y restituir los derechos del niño y el fortalecimiento de sus vínculos familiares, de conformidad con lo normado en los arts. 34 y 35 de dicho precepto legal, circunstancia que, a nuestro entender, se da en el sub examine.

En primer lugar, debe ponderarse lo informado por las Lics. "Centro de Admisión y Derivación", en cuanto expresaron que el joven abandonó sus clases escolares y comenzó a colocarse en situaciones de alto riesgo, advirtiendo asimismo un importante deterioro físico como consecuencia del consumo de estupefacientes, por lo que sugirieron su internación.

Sumado a ello, se debe valorar que en esa misma entrevista la propia progenitora del menor, estar desbordada por la situación de su hijo, quien habría comenzado a modificar su conducta en forma negativa y a exponerse cada vez más a altísimas situaciones de riesgo. Por otro lado, refirió que oportunamente el menor se había negado a realizar un tratamiento en el Centro de Preventivo Asistencial de la localidad de San Justo, motivo por el cual requirió expresamente su internación en un dispositivo institucional.

En ese contexto, no se puede perder de vista que el núcleo familiar presenta características transgresoras según lo informado por el C.A.D, como así también dificultades y limitaciones en lo que hace a la contención del niño. En torno a ello, dable es destacar también que el padre del joven, se encuentra privado de su libertad en un establecimiento carcelario de la provincia del Chaco, siendo que la época de su detención coincidiría con aquella en la cual el joven abandonó el colegio.

Por otro lado, es menester remarcar lo narrado por la madre del menor luego de visitarlo en el instituto San Martín (donde se encuentra actualmente internado), ya que destacó su notable recuperación, puesto que retomó la escolaridad y comenzó al mismo tiempo un tratamiento contra el consumo de sustancias tóxicas, agregando que al verlo lo notó "más gordito", y que él mismo habría solicitado permanecer allí internado para rehabilitarse de su adicción a las drogas.

Todas estas circunstancias valoradas en conjunto nos permiten inferir que la internación dispuesta sobre el joven deviene, cuanto menos de momento, apropiada y conveniente para proteger sus derechos e intereses, conforme lo exige la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, cuya manda es pacífica con las disposiciones de la ley 26061.

Ello hasta tanto los organismos a los cuales la Sra. Juez de grado ha dado intervención informen que están dadas las condiciones para su egreso y posterior reinserción familiar, bajo el debido tratamiento ambulatorio para combatir su afección.

De este modo, por el juego de derechos constitucionales e intereses en conflicto la tutela dispuesta, frente a la ausencia de otra alternativa, resulta, de momento, adecuada a la finalidad perseguida....”.

A la fecha, las opciones existentes para el joven cuya situación nos toca tratar son solo dos: el mantenimiento de la internación en el instituto San Martín, arbitrando todos los medios al alcance de los órganos judiciales para lograr que la autoridad administrativa local logre su reinserción familiar acorde a su problemática que vuelva a la situación de riesgo en la que se encontraba con anterioridad a su internación.

Frente a esta férrea disyuntiva y requerido expresamente por el Tribunal en la audiencia, el Sr. Defensor Oficial ad-hoc, solicitó al tribunal la externación del joven por considerar que el ordenamiento positivo vigente impide mantener su judicialización. Así las cosas, más allá de compartirse los fines perseguidos por el legislador, consideramos que las normas internas aplicables a la cuestión deben ser interpretadas en armonía con los derechos fundamentales que pretenden garantizar y a los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, siendo que la propuesta de la defensa oficial no se compadece con el conjunto de intereses en juego, sino exclusivamente con el que hace a su ministerio, Revolvemos: Confirmar lo resuelto por la Jueza de Menores....”

Ante estos dos fundamentos, que son plasmados mayoritariamente por parte de la Justicia de Menores y del Tribunal de Alzada, en cuanto a la privación de libertad de jóvenes no punibles, baso las solicitudes de libertad en que el joven o la joven, al momento de presuntamente cometer el ilícito que motivó su actual estado de internación, contaba con menos de 16 años de edad, por lo que será declarado inimputable y sobreseído, "iure et de iure", en el marco de dichas actuaciones (art. 1, Decreto-Ley 22278).

En base a ello, no existe motivo alguno que habilite a mantener su privación de la libertad, toda vez que la no punibilidad establecida por la ley penal minoril implica la absoluta imposibilidad del Estado de privar de libertad a las personas menores de 16 años, a quienes se acuse de infringir las leyes penales.

Al respecto, este Ministerio Público en oportunidad de contestar la vista en Expte. C.S.J.N. Letra "G" N° 147, Libro XLIV, año 2008, caratulado "Recurso de Hecho deducido por el Fiscal General ante la C.N.C.P en los autos Garcia Méndez, Emilio y Musa, Laura s/causa n° 7537", sostuvo: "El problema se presenta especialmente en lo que es materia de este recurso, esto es con respecto a los menores de 16 años ("no punibles"), pues, al no existir posibilidad de imposición de pena como resultado de procesos seguidos contra ellos, la aplicación de estos

principios excluiría in limine el dictado de una medida cautelar a esos efectos. Ello toda vez que el trámite de estos procesos estaría destinado a finalizar necesariamente en una resolución de archivo y sobreseimiento por lo que la imposición de medidas cautelares previas quedaría absolutamente carente de legitimidad en el nuevo marco jurídico argentino.”

En la misma línea, en los autos G. M., E. y M., L. C s/causa 7537, se expidió la Dra. Ledesma de la Sala III de la C.N.C.P: “*la disposición sobre el menor genera afectación a los principios constitucionales básicos de un estado de derecho donde, pese a no tener consecuencias penales la conducta desplegada (por no ser punible), y sin que exista debido proceso para habilitar la medida, se priva de la libertad de modo desproporcionado e inconstitucional. A su vez, en la práctica existe un margen bastante amplio de discrecionalidad sobre las medidas a adoptar y se aplican criterios de derecho penal de autor, al fundarse la decisión en aspectos que hacen a la personalidad del menor*”.

Con la sanción de la ley 26061 (publicada en B.O. el 26/10/05) se derogó expresamente la ley 10903 y sus decretos modificatorios (art. 76). Esta medida legislativa tuvo como finalidad dar por tierra con el paradigma de las disposiciones tutelares e incorporar a la normativa local el modelo de protección integral que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, todos con jerarquía constitucional.

92

Por lo tanto, la situación de los menores de 16 años debe ser atendida según lo establecido en la mentada ley de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” que en su art. 33 prevé que sea el órgano administrativo competente local quien “ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados” tiene el deber de adoptar una “medida de protección integral de derechos con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias”. Y en este sentido, es clara la aludida ley en cuanto consagra “En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad” (art. 36).

Con igual criterio, se manifestó el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 10 al sostener “*Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la edad mínima de responsabilidad penal el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección de esos niños*” Y estas medidas son las que emergen de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en este sentido para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las “diversas medidas” ajenas a los procedimientos judiciales, y a “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”, que debe prever el Estado.

Como así también todas las medidas de protección de derechos de la Ley de Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes Nro. 26.061. Debiendo intervenir el Organismo Administrativo Competente, en este caso el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y no el Poder Judicial.

Teniendo en cuenta que del conjunto de normas que rigen el proceso penal de menores en nuestro país, se desprende que cualquier medida que implique la reclusión de un niño, niña o adolescente en un establecimiento de régimen cerrado, del que no pueda ausentarse voluntariamente, supone privación de libertad, violando palmariamente su derecho a la libertad personal –cfr. art. 14 CN, art. 7 de la CADH, art. 37.b y art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Independientemente, que por su carácter de no punibles los niños, niñas, menores de 16 años no deben estar privados de libertad, entiendo que las medidas de encierro en dispositivos cerrados, resultan totalmente iatrogénicas para ellos y además son violatorias de las más básicas garantías constitucionales. Considero que la privación de libertad constituyen un fracaso para los chicos, no re-socializan, sino que han producido el efecto contrario a lo largo de la historia. En los considerandos de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, se reconocen la gran vulnerabilidad de los jóvenes privados de libertad y la necesidad de adoptar medidas de reducción de esa vulnerabilidad. La forma de reducir esa vulnerabilidad producida por el encierro, es a mi juicio, no encerrando o para decirlo de un modo “más jurídico” evitar este tipo de sanciones, como son las penas privativas de libertad, que recaen sobre los menores de 16 años de edad.

Como vimos en los fundamentos del caso mencionado, los Jueces de Menores y los Magistrados de la Alzada, creo que les cuesta mucho desprenderse de la vieja concepción del Patronato de Menores, razón por la cual siguen tratando a los chicos y chicas como objeto de protección, aunque esta signifique negarle un derecho elemental básico, como es el de la libertad, cuando para la ley no son punibles los menores de 16 años, o sea que no hay pena. Considero que los Magistrados incurren en algunos errores de interpretación de la función de la defensa y de la normativa emanada de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada al Art. 75, inc 22 de la Constitución Nacional.

La Jueza dice que no le he aportado otra opción concreta para el bienestar de mi pupilo, que la de solicitar la libertad y derivar su tratamiento al Órgano Administrativo Local. Justamente es la solicitud de libertad el mayor aporte que la defensa puede y debe realizar, porque no corresponde su internación, entendida como privación de libertad, por ser no punible. Además solicito la intervención del Organismo Administrativo Competente con jurisdicción en el domicilio de mi defendido, para que ponga en funcionamiento todas las medidas de protección de derechos emanadas de la Ley 26061 y su correlato en Provincia de Buenos Aires, la Ley 13298. Tampoco corresponde al Poder Judicial tutelar al joven, porque precisamente la tutela ha sido derogada por las mencionadas leyes de protección.

Además la Jueza, yerra cuando cita al joven, lo entrevista y le toma una declaración sin mi presencia, de este modo considero que se viola el derecho de defensa. También entrevista a la progenitora, quien dice que ve muy bien a su hijo “mas gordito” y que desean ambos madre e hijo la permanencia en el Instituto San Martín para realizar tratamiento por su adicción a las drogas. Justamente en los institutos de seguridad no se realizan tratamientos terapéuticos y esto no les es informado. Ninguna de estas cuestiones son fundamento válido para mantener la privación de libertad del joven, quien debe estar en su casa, junto a su madre y el Organismo Administrativo Competente ser el que en el marco de la aplicación de las políticas públicas garantice todos sus derechos, como ser el derecho a la salud (tratamiento por drogas), el derecho a la educación, a la convivencia familiar (mediante programas de atención en el medio familiar), etc.

En el caso, podemos observar la designación de varios organismos para que evalúen al joven, lo que deviene en iatrogénico y por otro lado no hace más que alargar la privación de libertad. Asimismo la Jueza cita los Principios de la Declaración de los Derechos del Niño, como el nro. 9, cuando dice “que el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono”, agregando la Jueza que externar al joven en las condiciones actuales de vulnerabilidad en las que se halla inmerso, implicaría dejarlo en desamparo y se frustraría el intento que desde el Estado pretende articular para revertir esta condición. Este razonamiento sigue siendo errado, dado que en las Leyes de Protección Integral de Derechos, existen medidas positivas para evitar el desamparo y cualquier otra vulneración de derechos, pudiendo recurrirse a medidas excepcionales de protección de derechos, como ser el traslado de los jóvenes, carentes de grupo familiar y referentes afectivos, a dispositivos de características abiertas como por ejemplo un hogar con vivencial. Y quien debe tomar estas medidas es el organismo administrativo competente. Para ir terminando con los fundamentos de la jueza, cito cuando dice que atento la escasez de recursos y la crisis por la cual atraviesa actualmente el órgano administrativo local, la internación provisoria del joven no deviene en una medida cautelar sino tutelar que aparece como la única variable posible por el momento, para garantizar el éxito de una medida socio-educativa. Y aquí vale aclarar nuevamente varias cosas, la crisis de los organismos administrativos competentes no debe redundar en la privación de libertad de los jóvenes, lo que debe hacer el Poder Judicial, es exigirle a estos que cumplan con la manda legal. Asimismo no existe posibilidad alguna de imponerle a un no punible una medida socio educativa, justamente por su condición, lo que debe aplicar el Estado Administrador es una medida de protección a sus derechos vulnerados.

En el caso de referencia, los Jueces de Cámara, concuerdan con la Jueza de Menores, en cuanto a mantener la medida de internación, fundamentada en los arts. 34 y 35 del Título III “Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ley 26061. Los Señores Magistrados hacen una interpretación muy particular de estos artículos, entendiendo que la Jueza de Grado con las medidas que tomó, entre ellas la internación, está apli-

cando dicha normativa. No queriendo entender, a mi criterio, que las medidas de protección de derechos las toma el Organismo Administrativo Competente y no el Poder Judicial. Además los Magistrados olvidaron al Art. 36 de la Ley 26061, que dice nada más ni nada menos que, en ningún caso las medidas a que se refiere el art. 33 “Medidas de Protección Integral de Derechos” podrán consistir en privación de libertad.

A modo de conclusión, sostengo que casos como el citado se producen cotidianamente, en virtud de que los Magistrados, hacen una interpretación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, bajo la lectura del viejo y derogado patronato de menores.

El interés superior del niño, es la garantía plena de la aplicación de cada uno de los derechos que se encuentran en las normativas mencionadas, razón por la cual es inadmisible, que sea uno de los fundamentos de la privación de libertad.

Los jóvenes menores de 16 años, no son punibles, razón por la cual no pueden ser privados de libertad, entendida esta como una sanción penal.

La Ley 26061 derogó la Ley 10903, base de la tutela que recepta el Decreto Ley 22278 “Régimen Penal de la Minoridad”, lo que le marca a la Justicia de Menores la imposibilidad de disponer tutelarmente de los jóvenes.

Respecto de las niñas y niños, menores de 16 años de edad, en estado de vulnerabilidad debe intervenir el Organismo Administrativo Competente, para que garantice las medidas de protección de derechos que correspondan, conforme la Ley 26061.

La ley mencionada precedentemente, marca un avance sustantivo hacia formas más justas y eficientes de regulación de la cuestión social. Abandona la visión asistencial-represiva, definiendo la necesidad de abordar el problema de la niñez desde una visión integral de las políticas públicas.

En esta línea entiendo de vital importancia, la implementación de esas políticas públicas universales e integrales que sirvan para que los niños, niñas y adolescentes tengan un normal desarrollo, con verdadera inclusión social y que los aleje de manera preventiva del delito.

Considero que para las niñas y niños menores de 16 años, el rol de la Defensa Pública es fundamental en la garantía de sus derechos, en concordancia con lo normado por el Art. 27 de la Ley 26061.

En este sentido, la actuación del Ministerio Público de la Defensa, resulta fundamental, para promover que los jueces adopten medidas tendientes a garantizar el pleno goce de los derechos de niñas, niños y adolescentes, reconocidos por la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes en conflicto con la ley penal

Por Virginia Sansone¹

A) Marco legal sobre la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes; B) Marco de actuación de la Defensa Pública de Menores e Incapaces; C) Estrategias de la Defensa.

La Constitución Nacional constituye la base del marco normativo actual del sistema penal juvenil de nuestro país; en su art. 75 inc. 22 establece que se incorporan al derecho interno varios instrumentos internacionales, específicamente “La Convención sobre los Derechos del Niño”.²

La elaboración de esta convención internacional sobre los derechos de la infancia culminó en el año 1989, iniciando entonces el lento proceso de reconocimiento de derechos y garantías para todos los niños, niñas y adolescentes del mundo, basado en la concepción del niño como sujeto de derechos.

97

En el ámbito internacional la necesidad de reconocer derechos especiales de los niños, tiene antecedentes en la Declaración de Ginebra del año 1924 y posteriormente en otros instrumentos internacionales³ preliminares a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

El reconocimiento de derechos a nivel internacional es progresivo y evolutivo, lo que implica el permanente trabajo de la comunidad internacional por velar y hacer respetar a los Estados los derechos de todos sus ciudadanos, en especial de los grupos vulnerables.

A partir de la CDN se han incorporado a nuestro cuerpo normativo otros instrumentos internacionales que tratan la materia de la infancia, en especial los referidos a los menores de edad sometidos a procesos judiciales y privados de libertad. Dentro de este contexto se inscriben las prescripciones de “Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Ju-

1 Defensora Pública Oficial interinamente a cargo de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales de Menores N° 4.

2 Ratificada el 4 de diciembre de 1990 por el P.E.N. y aprobada el 27 de septiembre de 1990, mediante la ley 23849, promulgada el 16 de octubre del mismo año, P.B.O. 22/10/90 incorporada a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994.

3 Nota párrafo. 26 OC 17/2002 (de fecha 28/8/2002) Condición Jurídica y Derechos del Niño, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

venil” (Directrices de Riad), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.⁴

En este cuerpo jurídico queda inserta la disputida normativa interna compuesta por la ley 22278 “Régimen Penal de la Minoridad” del año 1980 y sus modificaciones posteriores, –con su vigencia parcial-, la ley 26061 de “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” sancionada en el año 2005, la ley 26579 del año 2010, modificatoria del Código Civil que establece la mayoría de edad a los 18 años, el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación. Este es el marco legal de actuación en el ámbito penal, para los niños sometidos a proceso judicial.

Todo niño afectado a esta clase de procesos, en nuestro país cuenta con la representación de un Defensor Público de Menores e Incapaces, y de su defensa técnica.

La actuación de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal está prevista en la ley Orgánica del Ministerio Público nro. 24946⁵ - arts. 54, 55 y 56- la cual detalla las funciones de los Defensores de Menores e Incapaces en los siguientes términos “que los Defensores de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales serán parte necesaria en todo expediente de disposición tutelar que se forme respecto de un menor autor o víctima de delito conforme las leyes vigentes...”, ello por cuanto el expediente tutelar se inicia con el trámite del proceso y culmina con la mayoría de edad.

Esta disposición reconoce la actuación de la Defensa Pública de menores e incapaces, como garante del respeto del interés superior del niño⁶, bajo pena de nulidad.

Sin duda, esta figura en el ámbito penal deriva de una ideología tutelar, tal como está plasmado en la ley 24946, pero ello hoy no es obstáculo para poder ejercer la defensa entendida como la representación de los niños, niñas y adolescentes sometidos a proceso penal.

Resulta pertinente señalar que lamentablemente nos encontramos en un camino, muy lento, de transición entre el antiguo sistema tutelar y el esperado sistema de garantías. Este proceso de transición, atento a la mora del poder legislativo en la sanción de la ley que establezca claramente un sistema de responsabilidad penal juvenil, nos obliga a tratar de conciliar sistemas antagónicos.

4 Resolución 40/33 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985 Resolución 45/110 y 15/113 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990.

5 Boletín Oficial del 23 de marzo de 1998.

6 Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3 de la ley 26061.

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

En los últimos años ha existido un relativo avance legislativo que responde a la obligación de adecuar la legislación de la infancia a los parámetros establecidos por la CDN.

El ámbito de vigencia de la ley 22278 se ha restringido, tanto por la sanción de leyes posteriores – ley 26061 y ley 26579- como también por lo resuelto por nuestro máximo tribunal en punto a la interpretación de la normativa juvenil en el contexto planteado.⁷

La ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes vigente desde el año 2005, acorde a la CDN refuerza su vigencia, sin cuestionamiento alguno, y la consecuente aplicación de todos sus principios.⁸

Sin perjuicio de lo expuesto, actualmente existen obstáculos que aún deben superarse para poder consagrar un debido modelo de garantías, propio de los sistemas democráticos de derecho.⁹

Ello es así por cuenta si bien la ley 26061 en su art. 76 derogó de manera expresa la ley 10903¹⁰, al no haberse adecuado la legislación, la disposición tutelar aún hoy sigue vigente, lo que implica tener que diagramar estrategias tendientes a superar la ideología tutelar, y lograr que las medidas que se adopten en relación a los niños sean respetuosas de sus derechos fundamentales.

No obstante ello, se cuenta con un avance en la jurisprudencia, que se ha expedido, en algunos tribunales, a favor de la declaración de inconstitucionalidad de las prescripciones de la ley 22278 que facultan dicha disposición.¹¹

En lo que respecta a los menores de edad inimputables –menores de 16

99

7 Cámara Nacional de Casación Penal –Acuerdo Plenario 2/06, C.F.M.R s/recurso de inaplicabilidad de ley, del 29/06/2006; Cámara Nacional de Casación Penal “García Méndez Emilio y otro Sala III, rta el 11/12/2007 – L.L. 2008-B-; Corte Suprema de Justicia de la Nación, R 707 XXXIX, “Reinoso Luis Alberto s/causa 2043/2184, del 3/7/2006, Corte Suprema de Justicia M. 1022 XXXIX, “Maldonado, Daniel Enrique y Otro s/ robo agravado por el uso de arma en concurso real con homicidio calificado” –causa Nº 1174- del 7/12/2005 –Tomo 328:4343-; Corte Suprema de Justicia de la Nación, L 1157. XL., “L.A.L. s/causa 5400 del 18/12/2007; -F. 330:5294-; Corte Suprema de Justicia de la Nación “A.L.M. y otros s/homicidio agravado por el concurso de dos o más personas” del 15/7/2008.-; Corte Suprema de Justicia de la Nación, “G.J.L s/ causa 2182/06” SC 653 LXLIV

8 Ley 26061 (B.O. 26/12/2005) art. 2 – 1 par.- “ La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza respecto de las personas hasta los 18 años de edad ..”

9 Proyecto de Régimen Penal y Procesal Penal Juvenil, expediente 0130-S- 2009, diario de apunte de entrada N° 34, fecha 8/4/2008, iniciado en el Senado con media sanción, firmado por Perceval y Escudero; proyecto expediente 6427-D-2010, trámite parlamentario 125 (2/9/2010) de los Diputados Parada Liliana Beatriz y Lozano , Claudio; Proyecto 1045-D-2010, trámite parlamentario N 15, fecha 16/3/2010 firmado por Bullrich y re; Proyecto exp. 2799-D-2009, trámite parlamentario 61; Proyecto trámite parlamentario, 31/3/2011, expediente 1448-D- 2011; Proyecto iniciado en Diputados exp 1524-D-2010 Trámite parlamentario N° 22, entre otros.

10 Ley 10903 -derogada- denominada de “Ley de patronato de Menores” sancionada en 1919.

11 C.N. C. C. F., Sala I, G.F. D. y O; 06-12-2006 SJA 7/2/2007; C.N. C. C. F. –Sala II- 28/12/2005

años- privados de libertad, se ha logrado reducir al máximo las privaciones de libertad sin responsabilidad penal, o peor aún sin imputación penal.¹²

En relación a los menores de edad imputables sometidos a proceso penal, la ley 22278 ha reducido su vigencia como consecuencia de la sanción de las leyes 26.061 y 26.579.¹³

Conforme a la normativa actual, el contenido de la ley 22278 debe analizarse desde una óptica diferente de su propia naturaleza jurídica. Esta ley fue inspirada en el sistema tutelar, por ello las prescripciones hoy vigentes deben interpretarse dentro de un sistema de responsabilidad penal juvenil. Esta tarea resulta sumamente difícil y por ello permanentemente se enfrentan tensiones constitucionales.

Así, sin perjuicio de la derogación de la ley 10903, siguen existiendo los llamados expedientes tutelares, en los cuales se plasma la evolución y/o involución de la vida de los menores de edad sometidos a proceso penal. Además de resultar esta observación sobre la vida del niño incorrecta en la jurisdicción penal, la gravedad se traduce en que la imposición de una medida cautelar privativa de libertad y la posible pena a imponer a los niños, se basa en esta evolución o involución vulnerando los estándares constitucionales en materia de derecho penal y procesal penal.¹⁴

Por ello cuando se analiza la aplicación de la ley 22278, es necesario apartarse de los conceptos de disposición y/o aplicación de pena como consecuencia de las circunstancias de vida de los niños, y aplicar estrictamente un sistema de garantías en donde las decisiones que se tomen respondan a un derecho penal de acto.

Esto implica intentar que progresivamente el instituto de la disposición tutelar desaparezca, y que en el ámbito penal se analice el hecho cometido por el menor y las consecuencias jurídicas del mismo, en términos de sanción penal y no de medidas de protección.

En este contexto la CSJN en el fallo Maldonado se expidió, parcialmente, sobre los estándares que se deben aplicar para poder sancionar a un menor de edad.¹⁵

La ley 26579 que establece la mayoría de edad a los 18 años, modificó el Código Civil, y en consecuencia impactó en el ámbito penal y en la mo-

12 C. N. C. P. "García Méndez Emilio y otro Sala III, rta el 11/12/2007 Reg 1749/07. Fallo 331:2691 "García Méndez Emilio y Mussa Laura s/ causa 7537" rta. el 2/12/2008

13 Ley 26061 B.O. 26/10/2005, ley 26579 sancionada el 22/12/2009, promulgada 21/12/2009 y publicada el 22/12/2009.

14 Principio de Culpabilidad -art 18 C.N. y 40 CDN-; Principio de Lesividad -art. 5 de las Directrices de Riad-; Racionalidad y proporcionalidad de las sanciones – art 40 CDN-; Principio de Humanidad -37 inc a y c de la CDN-, entre otros.

15 C.S.J.N fallo: 328:4343 considerando 35, 36, 38 y 40 -voto de la mayoría-

dalidad de la disposición que ejercen los Juzgados de Menores y Tribunales Orales de Menores.

La ley 22278 establece la disposición tutelar y consecuente observación hasta la mayoría de edad, que estaba prevista hasta los 21 años – modificada ahora por la ley civil mencionada –, fija como edad de inimputabilidad penal los 16 años, y establece responsabilidad penal para la franja de 16 a 18 años, a la vez de abarcar el período de 18 a 21 años para la observación tutelar.¹⁶

Prevé que la disposición definitiva concluya de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad; a su vez la observación tutelar también cesa al cumplir la mayoría de edad, y la privación de libertad entre los 18 años y la mayoría de edad está prevista en centros especiales. En este entorno se advierte la contradicción existente con posterioridad a la sanción de la ley nº 26579.

La ley 22278 debe interpretarse bajo los parámetros de la CDN, lo que demuestra que cuanto más avanza la actualización legislativa, mayor tensión constitucional se genera.

Reiterando lo afirmado con anterioridad una vez más, es necesario paraclarificar en la medida de lo posible la nueva cuestión planteada, señalar que el sistema tutelar impreso en la ley 22278, implica en ocasiones resolver respecto de la privación de libertad por tiempo indeterminado. Con relación a la imposición o no de pena, debe recordarse que el artículo 4º de la misma establece requisitos para ello, como que se haya declarado la responsabilidad penal del menor imputado, y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales; que haya cumplido 18 años de edad; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

101

Continua la redacción “...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 hicieran 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”.

La entrada en vigencia de la ley 26579 ha generado un impacto de casi imposible conciliación entre estas leyes, pues el sistema de disposición pierde sentido en todos sus términos. La mayoría de edad a los 18 años obliga hoy a que los procesos penales de menores una vez alcanzada esta edad deban estar resueltos. Cuando no se logra ello y la causa se excede en los términos procesales, la disposición del ya mayor de 18 años se torna ilegítima, y más aún, si se encuentra privado de libertad se presenta una situación totalmente anómala, cuya fundamentación legal es de dudosa constitucionalidad.¹⁷

16 Ley 22278 arts. 2 y 3.

17 Art 315 C.P.N. Menores. Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respec-

Sin perjuicio de las fundadas críticas que se le realizan a la denominada “internación de menores” que deriva de la facultad de disposición de la ley 22278, este instituto procesal sigue vigente y es de esta forma como se legitima la privación de libertad de los menores. Así, cuando se inicia un proceso penal en el cual se encuentra imputado un menor, y de acuerdo a sus circunstancias el juez decide privarlo de libertad, lo hace ejerciendo su derecho de disposición e internación, en un centro especial acorde a su edad.

Si bien es cierto que las privaciones de libertad de los niños en estos últimos años han mermado, aún no hay criterios claros para definir cuándo y por qué se priva de libertad a un menor de edad.

La CN solo faculta en el ámbito penal, a privar de libertad luego de declarada la culpabilidad de una persona que fuera sometida a proceso, mediante la observancia de todas sus garantías y derechos vigentes. La regla implica que toda persona sometida a proceso debe permanecer en libertad hasta tanto no se compruebe su culpabilidad, y la excepción a ello está dada en la denominada prisión preventiva, que claramente es una medida cautelar cuyo único fin es evitar que se intente eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Actualmente se presentan varias cuestiones en relación a las medidas cautelares que implican la privación de libertad de un menor de edad sometido a proceso penal, que obligan a realizar un detallado análisis de la normativa vigente, su interpretación y en algunos supuestos su dudosa vigencia constitucional.

Debe considerarse que la disposición tutelar de un niño hoy es inconstitucional si su fin es de protección y observación. Si esta disposición se realiza bajo los lineamientos de la CDN, sin perjuicio de la tensión constitucional, la privación de libertad que pueda ordenarse de un menor de edad imputado, solo debe responder a situaciones de excepción y por los motivos expuestos.

Esto debe ser así pues como consecuencia de la sanción de la ley 26061, todas las medidas de protección de derechos que se apliquen en relación a los niños, motivadas en su situación social, están previstas y canalizadas en ella, y fuera del ámbito penal.

Por ello es tarea de la Defensoría de Menores e Incapaces controlar los motivos por los cuales se priva a un niño de su libertad, si estos responden a un criterio protecciónista lograr que la misma cese y arbitrar los medios adecuados

to a los menores de (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica.

Art 319 C.P.N. Restricciones. Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación respetándose el principio de inocencia y el art 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación.

para procurar una respuesta estatal¹⁸ a ese niño desde el lugar adecuado, que

18 Ley 26061 art. 33- MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

Art. 34. - FINALIDAD. Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Art. 35. - APPLICACION. Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

Art. 36. - PROHIBICION. En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19.

Art. 37. - MEDIDAS DE PROTECCION.

Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la embarazada;
- d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g) Asistencia económica.

La presente enunciación no es taxativa.

Art. 38. - EXTINCION. Las medidas de protección pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento por acto de la autoridad competente que las haya dispuesto y cuando las circunstancias que las causaron varíen o cesen.

Art. 39. - MEDIDAS EXCEPCIONALES.

Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

nunca puede ser el ámbito penal, reservado como última instancia punitiva.

Existen causas en las cuales los jóvenes se encuentran privados de libertad y alcanzan los 18 años sin tener resuelta su declaración de responsabilidad.

¿En qué situación procesal se encuentran estos jóvenes sometidos a proceso como menores de edad?

Se encuentran detenidos en una situación anómala y/o irregular, pues al cumplir los 18 años para legitimar la continuidad de la internación -privación de libertad- se dicta la medida cautelar denominada prisión preventiva. Automáticamente al cumplir la mayoría de edad obtienen las garantías procesales del régimen de los adultos, sin perjuicio de continuar sometidos a proceso en el régimen penal de menores.

Art. 40. - PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación.

104 La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de setenta y dos (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes.

Art. 41. - APPLICACION. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;

b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;

c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;

d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;

e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;

f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo

Pero el problema es que tal como está regulado el proceso penal de menores, y sin perjuicio de reconocer el esfuerzo por interpretar la vetusta ley 22278 bajo la óptica de CDN, la privación de libertad sigue siendo observada para la futura imposición o no de pena. Esta valoración subjetiva demuestra claramente que los dos sistemas conjunta y/o alternativamente son de imposible aplicación.

Esto implica asumir que los 18 años de edad es el límite de intervención de un juez penal de menores, y que con posterioridad a ese momento no puede continuar disponiendo la detención de un joven, so pretexto de la “necesidad” de la continuación del tratamiento tutelar. Es aquí donde se presenta la mayor tensión constitucional.

De lo anterior surge el interrogante de que si el menor de edad es observado y evaluado hasta los 18 años, y el resultado de esa observación constituye el parámetro de ponderación para la aplicación del art. 4 de ley 22278, ¿cómo los jueces pueden justificar la privación de libertad una vez alcanzada la mayoría de edad?

Este cuestionamiento no encuentra respuesta en la legislación actual juvenil.

Por ello es viable considerar que el tratar de adaptar los preceptos de la actual ley 22278 a los de las leyes posteriores es escoger un camino errado.

La única solución posible contar en el menor tiempo posible con una legislación de responsabilidad penal juvenil, que contenga y resuelva conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cantidad de cuestiones conflictivas que obstaculizan en la actualidad, una adecuada administración de justicia en la materia.

Tensiones actuales en el sistema penal juvenil

Por Ricardo Ángel Basilico¹

La finalidad es compartir con ustedes, desde la faz práctica, dos puntos de tensión que notamos con preocupación, en primer lugar el pretenso alojamiento de niños en instituciones del SPF y la cuestión de la prisión preventiva en niños, niñas y adolescentes, abordando en el presente el primero de ellos.

En primer lugar he de referirme a un antecedente en el que intervinimos en la defensoría, relacionado con el lugar de alojamiento de un menor que contaba al inicio de la causa con 17 años de edad.

Desde entonces permaneció internado en el Instituto “Manuel Belgrano” hasta que cuando cumplió 18 años la Sra. Juez de Menores que instruyó el sumario resolvió, convertir en prisión preventiva la detención que venía cumpliendo.

En la misma oportunidad se dispuso que el menor permanezca alojado en el Instituto “Luis Agote”, ello por cuanto S.S. consideró “...adecuado al caso, su alojamiento en un Instituto de Menores, en este caso el Instituto Agote que ha sido destinado por la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia para el cumplimiento de medidas de esta índole respecto de jóvenes que alcanzaron su mayoría de edad y deben permanecer privados de su libertad.”

Así las cosas M., ingresó al Instituto Agote hasta que la causa quedó radicada en el Tribunal Oral de Menores n° 3 donde de inmediato, se dispuso el traslado de M., a una Unidad Penitenciaria en carácter de detenido y comunicado a exclusiva disposición de ese Tribunal.

Al tiempo de asumir la defensa pública de M. y habiendo tomado conocimiento del decreto que disponía lo resuelto, solicito al Tribunal el alojamiento del nombrado en el Instituto Luis Agote, por considerar que por las características del menor y atendiendo “el interés superior del niño” (art. 3 CDN), base de toda la normativa sobre derecho juvenil, este lugar resultaba ser el más adecuado para continuar cumpliendo con su detención preventiva.

El Tribunal Oral de Menores interviniente, resolvió que “...manteniendo el Tribunal el criterio sostenido en casos similares luego de la entrada en vigor de la ley 26.579 (B.O. n° 31.806 del 22-12-2009), que introdujo diversas modificaciones al articulado del Código Penal, entre ellas, al artículo 126 cuya redacción es ahora “son menores las personas que no hubieran cumplido la edad de DIECIO-

¹ Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales de Menores

CHO (18) años” no es posible que el encausado, continúe alojado en un Instituto de Menores, habida cuenta la edad que registra en la actualidad. Por todo lo expuesto, no se vislumbra vulneración alguna a las condiciones de detención”.

De inmediato, se requirió la pertinente habilitación de feria y se interpuso recurso de casación el que se hizo lugar por parte del Tribunal.

En dicho recurso se señaló que la ley 26579, publicada en el Boletín Oficial el día 22 de diciembre de 2009, dispuso, en primer lugar, la reforma del artículo 126 del Código Civil estableciendo que “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de 18 años”, en lugar de los 21 años, antes vigentes.

En la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración por parte de los jueces con competencia en causas relativas a menores en infracción con la ley penal.

En función de ello, resultó necesario abordar el objeto del recurso, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño que plasma el interés superior del niño como garantía constitucionalmente tutelada. En ese sentido nuestro país con el dictado de la ley 23849 incorporó esa Convención como parte integrante del orden normativo, la que a su vez tiene jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22, representando junto a las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijin), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de la Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las bases para avanzar en los compromisos internacionales asumidos, en pos de disminuir la brecha entre la retórica de los derechos del niño y la realidad de la aplicación práctica de los mismos.

Mediante la implementación de este cuerpo normativo se ha buscado establecer un ámbito de protección de los derechos del menor, así el art. 3 de la Convención obliga a los tribunales, y a los demás poderes del Estado, a que en todas las medidas concernientes a los niños, se atienda, como consideración primordial, el interés superior de los mismos. Esta consideración rectora, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos.

Por otra parte, la C.A.D.H. confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño, los que no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (arts. 27 y 29).

El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, confiere especialísima e inderogable tutela a los derechos de la infancia, la necesidad de una protección especial así como la atención primordial al

interés superior del niño dispuesta en el art. 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados los menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su O.C. 17/2002 del 28-8-2002 tuvo ocasión de señalar que la expresión “interés superior del niño” consagrada en el art. 3º citado, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (cfr. Revista “Investigaciones” publicada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 3, año 2001, pag. 433).

Así las cosas, es grave la inobservancia, por parte del Tribunal Oral, también de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), en especial, su punto 3.3, que prescribe que “Se procurará extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes”.

Así también en el punto 19), ordena evitar en la medida de lo posible la detención de los jóvenes en establecimientos penitenciarios al prescribir que “El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.”

El Tribunal omite la consideración de estas Reglas en su decisión, a pesar de que, al haber sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas –con fecha 28 de noviembre de 1985-, constituyen una norma superior, a la cual deben adecuarse tanto la legislación local como la interpretación judicial (confr. CSJN, causa “Giroldi”, resuelta el 7 de abril de 1995). La inobservancia de estas Reglas es especialmente significativa pues su aplicación debería haber derivado en una decisión opuesta a la dictada por el tribunal.

Frente a la necesidad de interpretar si la ley 26579, que reformó al art. 126 del Código Civil disponiendo que son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de 18 años, importaba automáticamente la derivación de todos los jóvenes internados en institutos de la SENNAF hacia establecimientos del SPF, el Tribunal debería haberse guiado por una pauta que ignoró: la establecida por el art. 2 del CPPN que dispone que “Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.”

Esta disposición era claramente aplicable al caso de autos, pues es imposible negar que el régimen de un establecimiento del SPF impone a los jóvenes condiciones de detención mucho más rigurosas que las de un instituto de la SENNAF.

El Tribunal hizo caso omiso a esta disposición interpretativa, a pesar de que ésta se halla respaldada por una innegable tradición jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal.

En ese sentido, es paradigmático el caso “Acosta”, fallado por la CSJN el día 23 de abril de 2008, en donde se sostuvo que “...el principio *pro homine* impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”. Cabe destacar que ese criterio de interpretación se consagra, además, en el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por eso, correspondía que el T.O.M. 3 realizara una interpretación extensiva en cuanto a los derechos de los jóvenes, máxime cuando la propia ley nº 26579 estableció especiales derechos en función de la edad para los jóvenes de 18 a 21 años (como ser, las obligaciones alimentarias de los padres hacia sus hijos y los beneficios previsionales y de la seguridad social –cfm. arts. 3 y 5).

Es decir que si la ley nº 26579 ha dejado a salvo ciertos derechos para los jóvenes hasta los 21 años (manteniendo el anterior sistema), resultaba posible y aconsejable una interpretación extensiva en la materia que nos ocupa, a partir de la cual sostener que los jóvenes inmersos en esa franja etaria sometidos a encierro, pudieran ser pasibles de un régimen diferenciado con respecto a los adultos y, consecuentemente, ser mantenidos en sus respectivos lugares de alojamiento.

La CSJN ha sostenido la vinculación de la progresividad en materia de derechos humanos con el aludido principio *pro homine*, al señalar que “*El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales en la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entraña colisión alguna del derecho humano a ser interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales*” (ver el caso “Madorrán”, resuelto el 3 de mayo de 2007).

En el sub litem, una solución respetuosa de los principios de progresividad y no regresividad impone reconocer que la derivación automática a establecimientos del SPF de jóvenes de 18 a 21 años importa un claro retroceso en materia de los derechos inherentes a su privación de libertad, por la mayor rigurosidad del régimen penitenciario, frente a los regímenes de los institutos de la SENNAF, y en consecuencia, obligaba a mantener a M, en el Instituto Luis Agote tal como criteriosamente lo hizo la Sra. Juez de Primera Instancia. Es que luego de la reforma producida tras la sanción de la Ley 26579, la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia aceptó la detención de jóvenes mayores de 18 años en el Centro de Régimen Cerrado “Dr. Luis Agote”.

Con ello, se advierte, que la política de la SENNAF, luego del dictado de la ley mencionada, ha sido la de mantener el espacio de alojamiento en institutos de los jóvenes de 18 a 21 años.

Se da aquí, por tanto, la insólita situación de que, en el caso de M., la intervención judicial no ha venido a fortalecer sus derechos frente al poder administrador sino todo lo contrario.

En otras palabras, se ha intervenido judicialmente, en particular desde el Tribunal Oral de Menores nº 3, para volver más riguroso el régimen de encierro de los jóvenes de 18 a 21 años que se hallaban detenidos en institutos –en el caso M.-, a pesar de que la autoridad administrativa competente decidió mantener una política pública más respetuosa de tales derechos.

Cabe poner de relieve que la decisión del tribunal no ha brindado ningún argumento que permita cuestionar la política de la SENNAF en cuanto a mantener a los jóvenes de 18 a 21 años alojados en el ámbito del Instituto Agote bajo su control.

Merece señalarse también que los otros dos Tribunales Orales de Menores han decidido cuestiones idénticas al presente caso, pero de manera sustancialmente diferente a la que aquí se critica y, precisamente, del modo que esta parte impulsa.

Es el caso del Tribunal Oral de Menores nº 1, órgano que el 29 de diciembre de 2009 dispuso mantener la internación provisoria del joven E. A. P. en el instituto Agote, destacando que “Conforme la doctrina emanada del precedente ‘Maldonado’ de la CSJN, de las recomendaciones efectuadas en la Observación General nº 10 del Comité del Niño, como así también de lo dispuesto en el art. 37, inciso “c” de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto establece que ‘...todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos...’ corresponde disponer por el momento la permanencia [del joven] en el Centro de Régimen Cerrado ‘Dr. Luis Agote’ en el que se encuentra alojado. Casos como el presente, aconsejan actuar con prudencia, por lo que antes de decidir si corresponde o no la derivación del epigrafiado a una unidad carcelaria, se estima necesario requerir a la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia que informe las medidas que adoptará, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26579 cuando el Tribunal considere necesaria la privación de la libertad de un joven que ha alcanzado los dieciocho años de edad, pero registra causas como menor pendientes de resolución.”

Como se advierte, el Tribunal Oral de Menores nº 1 ha consultado a la SENNAF acerca de su política de internación de los jóvenes de 18 a 21 años, luego de la reforma operada por la ley nº 26579, para luego de ello adoptar una decisión.

Este Tribunal, ha mantenido el criterio de mantener alojados a los menores en el Instituto Agote, luego de haber cumplido los 18 años de edad, como ocurrió con los menores R. M. C. (c. 5403/5697/5755), L. C. (c. 6397), G. A. A. (c.5150/5340/5429/5434) entre otros.

Y aún, como en el caso de P. E. P., que resultara condenado a una pena de efectivo cumplimiento, el Tribunal dispuso su permanencia en el Instituto Agote (causa nº 5827/6211 seguida contra P. E. P. en orden al delito de homicidio agravado en grado de tentativa rta. 21-10-2010).

En aquella sentencia, y del voto del Dr. Pablo Jantus se desprende que: “... Esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro.”

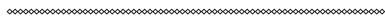
También el Tribunal Oral de Menores nº 2 dispuso en varias causas mantener alojados en el Instituto Agote a los menores que hubieran adquirido la mayoría de edad, como ocurrió con C. D. L. (c. 4656), F. F. G. (c. 6524), entre otros.

La Sala de Feria de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa M. resolvió hacer lugar al recurso de casación y ordenó la restitución de mi defendido al Instituto de Menores, fundamentalmente se consideró que la reforma no podía significar un retroceso en perjuicio de los menores en relación a su lugar de alojamiento.

No quiero terminar sin agradecer muy especialmente a los organizadores, a UNICEF y a la distinguida Sra. Defensora General Dra. Stella Maris Martínez, por su convocatoria.

.IV.

ESTRATEGIAS DE LA DEFENSA PÚBLICA ANTE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS



1. La Defensoría Pública de Menores e Incapaces en la defensa de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual, *por Marcelo G. Calabrese*
2. Estrategias para la protección de niños y niñas víctimas del abuso sexual infantil, *por Diego Freedman*

La Defensoría Pública de Menores e Incapaces en la defensa de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual

Por Marcelo G. Calabrese¹

I. Introducción

Referirnos a la situación de los niños niñas y adolescentes en tanto que “víctimas” de delitos, abarca un enorme espectro de circunstancias merecedor de un abordaje preciso. Por ello, evitaré extenderme sobre aspectos puntuales - que si bien fundamentales - ya han sido materia de enriquecedoras publicaciones de prestigiosos especialistas en la temática.

Sin pretensión de aporte novedoso sino más bien como reflexión, creo valioso trasmítir a modo de limitada muestra, la impresión del funcionamiento general de un sistema que involucra a diferentes instituciones que se encuentran comprometidas en el tratamiento de los casos concretos de niños víctimas de delitos contra la integridad sexual en un proceso judicial.

Para ello centraré esta breve exposición en la enriquecedora experiencia recogida a lo largo de más de dos años y medio, en tanto que como titular de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 3 - fui designado junto con el distinguido colega titular de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 2 - para que asumíramos la atención de los casos que fueran derivados por el “Programa Las Víctimas contra las Violencias” coordinado por la Lic. Eva Giberti, a partir de la suscripción del convenio marco celebrado en el mes de octubre de 2008 entre el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y la Defensoría General de la Nación (Resolución DGN N° 1663/08, que las denominó “Defensorías temáticas” y asignó turnos mensuales alternados para la atención de estos casos).

115

II. El marco normativo internacional

En hechos de esta naturaleza, los testimonios de los niños constituyen una prueba fundamental para la investigación judicial, puesto que en su gran mayoría, son hechos que se producen en ámbitos privados donde sue-

¹ Defensor Público de Menores e Incapaces que tuvo a su cargo la Defensoría Temática del programa “Las víctimas contra las violencias”.

len ser escasas las posibilidades de contar con otros medios de prueba.

Aparece así, la imperiosa necesidad de implementar medidas tendientes a evitar su revictimización, si bien en el marco de las garantías de debido proceso para el imputado pero sin detrimento del respeto a su dignidad e intimidad en tanto que sujetos prevaleciente de derechos.

A partir de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño en 1924, a lo largo de ese siglo se produjeron numerosos instrumentos de la comunidad internacional referidos a los derechos de los niños y a las obligaciones de los adultos para con ellos.

Entre los más relevantes encontramos: la Declaración de los Derechos del Niño (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores – conocidas como Reglas de Beijing – (1985); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad – conocidas como Reglas de Tokio – (1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil – conocidas como Directrices de Riad – (1990).

Y dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto al derecho a la protección específica del que goza el niño, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el art. 19: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

En el art. 34 que: “Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Y en el art.39 que: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esta recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

En este sentido el Comité de los Derechos del Niño recomendó: “...que los

casos de violencia en el hogar y de malos tratos y abuso de niños, incluido el abuso sexual en la familia, sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respeto a la protección del derecho a la intimidad del niño. También deberán adoptarse medidas para que los niños puedan disponer de servicios de apoyo durante los procedimientos judiciales; para garantizar la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas de violaciones, abusos, descuido, malos tratos, violencia o explotación, conforme al art. 39 de la Convención, y para evitar que las víctimas sean tratadas como delincuentes o sean estigmatizadas”.

Las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, se complementan con el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, instrumento internacional ratificado mediante la ley N° 25763, que en su art. 8 dispone:

“1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán: a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos; b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa; c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional; d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas; e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas; f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias; g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

2. Los Estados Partes garantizarán que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.

3. Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño.

4. Los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo.

5. Los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la

seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la preventión o la protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos”.

Otro instrumento de importancia lo constituye las “Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos” aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 2005/20.

Se dispone en la Directriz 23 que: “Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones”.

De manera complementaria, y sobre el rol de los equipos técnicos, establece la Directriz 31 que los profesionales deberán aplicar medidas para limitar el número de entrevistas, velar para que el presunto autor del hecho delictivo no interroge a los niños y, por tanto, asegurar que el interrogatorio se lleve a cabo en forma adecuada.

118 III. La respuesta normativa y jurisprudencial en el orden jurídico interno

Establecidas estas premisas, resulta ponderable que la jurisprudencia nacional haya avanzado en ese sentido y donde se ha resuelto en forma coincidente que: “El daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior” (CSJN., “Recurso de hecho deducido por B. N. en la causa M., A. y otros s/ abuso deshonesto”, causa 42.394/96, del 27/06/02).

En la misma línea de razonamiento, se ha resuelto que: “Considerando el amplio marco jurídico tendiente a la protección del menor en nuestro país –especialmente por las previsiones en los tratados a los que hace referencia el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional– resulta irrazonable una nueva convocatoria de un menor para ampliar su declaración testimonial, sobre todo, cuando calificados profesionales en el área terapéutica aconsejan la no realización de esa medida por los efectos negativos que pueden acarrearle a su paciente, más aún cuando el menor ya depuso testimonialmente en tres oportunidades, debiendo buscarse las posibles contradicciones en los testimonios que el niño prestó, en las constancias de la causa. (...) Es de destacar que el presente proceso lleva más de siete años de duración, en el cual se dictaron sucesivamente procesamientos, sobreseimientos y declaraciones de falta de mérito, por lo que corresponde recomendar a los señores magistrados intervenientes, teniendo siempre presente el interés superior del niño, la pronta solución de estas ac-

tuaciones, sin que tal afirmación signifique un adelanto de opinión sobre el futuro desenlace de estos actuados” (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa N° 2681, “N., B. s/ recurso de casación” del 21/11/02).

En cuanto a las normas procedimentales, la ley N° 25852 ha modificado en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y en la Justicia Federal del resto del país, la forma de recepción del testimonio de los niños víctimas de delitos contra la integridad sexual mediante el sistema de “Cámara Gesell” y dispositivos similares.

Dispone el art. 250 bis del C.P.P. que: “Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba.

En concordancia con lo expuesto el Procurador General de la Nación dictó instrucciones generales, para orientar la actuación de los Señores Fiscales para estos casos. Para ello, ordenó a los fiscales a tomar una serie de recaudos, entre los cuales se encuentra dar intervención a la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito de la misma institución (OFAVI) o solicitarlo al juzgado interviniente en causas no delegadas; disponer las medidas necesarias para evitar la multiplicidad de relatos, con participación de peritos expertos en problemática infantil del sexo contrario, utilizar la Cámara Gesell y la filmación por video-tape – en los casos en los que fuera posible –, pedir a la mencionada oficina que emita dictamen sobre la conveniencia de hacer declarar a aquellos que sean menores de siete años de edad, y todas aquellas necesarias para evitar que declare en sede judicial.

Por otra parte y en relación a la celebración de acuerdos de “juicio abreviado” que tuvieran como víctimas a personas menores de edad, dispuso también que los fiscales arbitren los medios necesarios para otorgarle a la víctima de delitos sexuales o de violencia intrafamiliar y a sus representantes legales, la oportunidad de ser escuchados previo a concretar el acuerdo con el imputado.

Además, se dictó la resolución N° 8/09, por la cual dispuso que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales en los términos del art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación se realice la filmación de la entrevista con la víctima, procediéndose a notificar al imputado y a su defensa la realización del acto. De esta manera, se lo considera un acto definitivo e irreproducible, evitándose la reiteración de la declaración del niño y la afectación del derecho de defensa. Se complementa esta disposición con el deber de

notificar al imputado y a su defensor de todo peritaje a un niño víctima de un delito contra su integridad sexual.

Finalmente, la Resolución N° 59/09 del Ministerio Público Fiscal establece que todas las víctimas o testigos menores de 18 años de edad involucrados en los procesos penales deberán declarar en una “Cámara Gesell”, ampliándose así los supuestos previstos expresamente en la ley procesal que lo limitan a víctimas de los delitos contra la integridad sexual y de lesiones y en tanto resulten menores de 16 años de edad.

IV. El Ministerio Público de Menores y la defensa del niño víctima

No obstante la profusa normativa que en resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas fuera señalada precedentemente, creo oportuno destacar que una de las primeras cuestiones que llamó mi atención a fines de la década del '90 al incorporarme como funcionario al Ministerio Público de Menores y así lo advertía mi colega el Dr. José A. Álvarez, es lo que podríamos denominar como uno de los defectos más notorios de la Organización Judicial Nacional: “la falta de representación promiscua de los niños víctimas en sede penal”.

Las reformas de la década del '90 incorporaron plenamente tal representación en materia de menores de edad imputados de hechos que la ley califica como delitos, y aún de aquellos que por edad o naturaleza de la conducta no resultan punibles.

Pero no se creó un sistema universal de representación y defensa de los niños involucrados en procesos penales como presuntas víctimas de delitos.

Ni las formulaciones generales de los arts.79 y 80 del Código Procesal Penal, ni la específica reforma del art.250 bis del mismo ordenamiento introducido por la ley N° 25852 resolvieron la cuestión.

Era y aún es habitual que no exista intervención alguna del Ministerio Público de Menores en los Juzgados de Instrucción que actúan en causas sobre víctimas menores de edad, cualquiera fuera el delito materia de investigación.

A partir de la trascendencia pública de impactantes casos, apareció la necesidad de creación del programa coordinado por la Lic. Giberti como una política de Estado (Resolución del Ministro del Interior N° 314/2006, del 13 de marzo del año 2006). La entrada en operatividad de la Brigada Móvil de ese programa, para la atención y asistencia a las víctimas de delitos contra la integridad sexual, entre otros de sus objetivos, es que se consideró necesario la necesidad de asignar a dos Defensorías Públicas de Menores e Incapaces (denominadas Temáticas), para intervenir en representación y defensa de los derechos de los niños y niñas víctimas.

Cabe tener en cuenta además, que el impulso del convenio estaba estrechamente vinculado a la reciente entrada en vigencia de la ley de Trata de Personas N° 26.364, en el mes de mayo de 2008.

Debo aclarar, que el convenio marco se encuentra actualmente suspendido y en etapa de evaluación entre el Ministerio de Justicia y la Defensoría General de la Nación, desde el pasado mes de junio de 2011 (Res. DGN N° 731/11)

Por lo expresado, aparece la necesidad de insistir con un concepto básico en nuestro derecho de fondo. La representación de las personas menores de edad es ejercida por sus padres o tutores (artículo 57, inc 2 del Código Civil). El ejercicio de dicha representación, aneja a la patria potestad, está determinado por la ley en el minucioso artículo 264 del Código Civil, que lo atribuye, básicamente, a ambos progenitores en conjunto cuando conviven, y aquel que ejerce la tenencia del hijo, cuando no conviven. Y esa representación alcanza a todos los actos de la vida civil, salvo los exceptuados por el Código Civil, a tenor de la clara letra del artículo 62 del mismo ordenamiento.

Pero a más de esta representación necesaria, el Derecho Civil Argentino ha instaurado, siguiendo la tradición del derecho indiano y patrio, y fundamentalmente la sistemática de su principal fuente, el Esbozo de Freitas, la representación promiscua de todos los incapaces por parte del Ministerio Público de Menores (art.59 del Código Civil)

Esta última debe ser entendida como la forma propia en que la legislación nacional de fondo cubrió - con harta anticipación - la figura del “órgano apropiado” de representación prevista por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

121

El Ministerio Público de Menores puede actuar “juntamente con los representantes necesarios o sin ellos”, como rezaba el antiguo artículo 135 de la Ley N° 1893, por más de un siglo vigente - que remplazó a su vez a la Ley N° 1441, primera de organización de los Tribunales en la Capital Federal - y en los actuales términos de los incisos a), b) y c) del artículo 54 de la Ley N° 24946, que señalan:

“Los Defensores Pùblicos de Menores e Incapaces, en las instancias y fueros que actúen, tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

“a) Intervenir, en los términos del art. 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces, y entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con su representantes necesarios.

“b) Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Pùblico de la Defensa de los Menores e Incapaces, en cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentre comprometido el interés de la persona o los bienes de los menores o incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen.

“c) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción

de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos”.

V. Las características de los casos

Me limitaré a una breve referencia sobre algunos pocos de los centenares de casos, en los que considero importante señalar algunas particularidades.

El primero de ellos, se trataba de una joven de 16 años oriunda de Misiones, rescatada de un prostíbulo del barrio de Mataderos, después de varios meses de ser buscada por sus padres y con intervención de la Justicia Federal.

Independientemente del resultado de la causa penal - en la que los progenitores revestían el carácter de querellantes - y sobre quienes la adolescente una vez rescatada, denunció situaciones de maltrato intrafamiliar rechazando regresar a su hogar; lo destacable fue la inadecuada respuesta del organismo administrativo local (Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes) ante la ausencia de dispositivo de albergue y cuidados especiales necesarios para estos casos. Cuestión recién corregida a requerimiento de este Ministerio Público por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y la eficaz respuesta de la SENNAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia) con intervención de la Dra. Bonatto, actualmente a cargo del “Área de Prevención de la explotación sexual infantil y la trata de personas”.

122

El otro de los casos, el de una joven de 16 años explotada sexualmente en uno de los denominados departamentos “privados” en pleno microcentro porteño. El hecho se conoce a través de la denuncia de su novio de 19 años, de quien se encontraba distanciado. La madre, ocupaba muchas horas en su actividad laboral como único sostén del grupo familiar y nada sabía de ello, ya que la joven realizaba dicha actividad durante el horario que abarcaba también el de su escolaridad, que hacía meses había abandonado con total desconocimiento de la madre. Ésta se presentó como querellante en la causa.

Lo destacable del caso, era la preocupación de los operadores judiciales (Fiscalía – Juzgado de Instrucción) en orientar el testimonio de la víctima, en lo que se vislumbraba como debate sobre la competencia (ordinaria - federal) según se tratara o no del delito de trata, lo que fue descartado.

O como la causa de un niño de 15 años, sometido a explotación laboral en una casa de comida al paso del barrio de Liniers, por denuncia efectuada de quien por entonces era la Presidenta del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires. La intervención al suscripto fue dada por el Juzgado de Instrucción, y sólo constaba en la causa el resultado de un allanamiento en el lugar donde se encontró una colchoneta en la cocina, que justificó el encargado del lugar como el lugar donde dormía “una mascota que ya no tenían”.

Pero nada se decía en la extensa presentación profusa en citas normativas y doctrinarias sobre la defensa de los derechos de los niños, sobre dónde se encontraba el niño víctima. En esas circunstancias intimé para que informara el

órgano administrativo el paradero del niño, sin perjuicio de solicitarle al Juez que cualquier medida o acto procesal que se disponga cumpla con los recaudos previstos por el Código Procesal Penal de la Nación (arts. 79, 80 y 250 bis) y me fueran comunicados. Ante la demora en la respuesta del órgano administrativo de protección de derechos, instruí al personal propio del Servicio Social que lo localizara, estableciendo contacto en un bar cercano donde ya se había ubicado. Pero simultáneamente, el Juez disponía el archivo de la causa ante la falta de elementos de prueba, y la falta de comparendo del joven para brindar testimonio.

Pudimos recurrir con éxito junto al Fiscal de la causa dicha resolución en audiencia celebrada en los términos del art.454 del C.P.P. a partir del compromiso personal del niño en brindar testimonio con todas las garantías previstas por el art.250 bis del C.P.P. Fijada la primera fecha en el Cuerpo Médico Forense, fue suspendida por inconvenientes administrativos y a la nueva fecha fijada, ya había mudado domicilio con nuevo destino incierto frustrándose así la posibilidad de continuar con la investigación penal.

Finalmente, aparece lo que podemos denominar como un importante universo - el más trascendente cuantitativamente - de casos de denuncias de niños víctimas de delitos contra la integridad sexual intrafamiliar, a instancias o no de uno de sus representantes necesarios (padre o madre).

Lo destacable en todos estos, ha sido la contundente respuesta de la casi totalidad de las Salas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital federal, rechazando los planteos de falta de legitimación contra la intervención del Ministerio Público de Menores que fueron deducidos por la Defensa técnica de los imputados en la alzada y en oportunidad de la audiencia prevista por el art.454 del C.P.P. (entre muchos otros, Sala V causa N° 37.837 del 13/10/09; Sala VI, causa N° 39.249 del 3/5/10; Sala VII causa N° 38.803 del 6/5/10).

Estas cuestiones guardan especial importancia en los casos en que es necesaria instar la instancia a tenor del art.72 del Código Penal y el representante necesario omite hacerlo en contra del interés de su hijo o pupilo. Con frecuencia se advierte esto en los casos de delitos contra la integridad sexual cometidos por el concubino de la madre contra los propios hijos de ésta, lo cual genera una situación de indefensión lo cual puede ser corregido mediante una obligada intervención del Ministerio Público de Menores para controlar el correcto ejercicio de patria potestad en esta especial función.

En este sentido, el fallo citado en reiteradas oportunidades "S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 22.475, del 18/03/04), si bien ha sido considerado como un importante avance según calificada doctrina - omite considerar esta cuestión - confundiendo cuestiones atinentes al derecho a ser oído con la representación y capacidad procesal, que aún en ausencia o en contra de sus representantes necesarios puede y debe ser

suplida por el Ministerio Público de Menores, a tenor de las expresas disposiciones legales vigentes que mencionadas.

VI. A modo de conclusión

Aparecen como positivas las transformaciones operadas en la justicia penal argentina, en tanto que tienden a un mayor y mejor reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual, de conformidad con las exigencias constitucionales, sobre todo porque empieza a tomarse verdadera conciencia que no se trata de testigos tradicionales, sino de víctimas muy especiales.

La incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa pero ciertamente mayor que la que tenía en el sistema inquisitivo clásico, es un escenario que presenta a una víctima con derechos reafirmados por expresas disposiciones legales en resguardo de su dignidad e intimidad.

Para ello, es necesario reafirmar la legitimación del Ministerio Público de Menores para intervenir en todas las instancias tanto judiciales como administrativas, para intervenir en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas, cualquiera fuere el delito.

Avanzar sobre un análisis detenido de la reglamentación interna de asignación de intervenciones - menos atomizada y superadora de la actualmente vigente - que brinde una representación universal desde el principio y hasta el final de la causa, a magistrado especializado del Ministerio Público en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Y finalmente desarrollar ámbitos de articulación entre los distintos organismos administrativos oficiales de atención y acompañamiento de las víctimas, con los magistrados especializados del Ministerio Público de la Defensa.

Estrategias para la protección de Niños y Niñas víctimas del abuso sexual infantil

Por Diego Freedman¹

Esta ponencia tiene como objetivo exponer alguno de las estrategias y planteos utilizados en la experiencia profesional desarrollada en la Comisión especializada en Derecho penal juvenil, que funciona desde 1999 en el Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la UBA. La Comisión patrocina gratuitamente a niños y niñas víctimas de abuso sexual infantil de escasos recursos económicos gracias al trabajo conjunto de docentes y alumnos. Desde el año 2008, la Comisión está a mi cargo y he venido continuando con la tarea comenzada por los docentes Gimol Pinto y Martiniano Terragni.

La protección del niño y de la niña víctima de abuso sexual infantil

Un objetivo fundamental como abogado defensor de los derechos de las víctimas es su protección en un sentido amplio², lo cual, comprende evitar que

125

1 Abogado (UBA), Consultor UNICEF Argentina y docente a cargo de la Comisión 1309 especializada en Derecho Penal juvenil del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la UBA.

2 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19: “1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esta recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

En relación con esta cuestión, el Comité de los Derechos del Niño: “recomienda que los casos de violencia en el hogar y de malos tratos y abuso de niños, incluido el abuso sexual en la familia, sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respeto a la protección del derecho a la intimidad del niño. También deberán adoptarse medidas para que los niños puedan disponer de servicios de apoyo durante los

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

se reiteren los hechos de abuso sexual, reducir los efectos traumáticos de la investigación, evitar todo tipo de amenazas y amedrantamientos y asegurar la salud y la inserción social del niño o de la niña víctima³.

Por ello, en primer lugar, hay que analizar si persiste la situación de vulnerabilidad de la niña o del niño víctima. Por ejemplo, si el abuso sexual infantil es cometido con el padre y aún convive con él o tiene un régimen de visitas que permite contactos con cierto grado de intimidad. A menos que haya una causa paralela de violencia familiar, lo cual resulta frecuente y se haya ordenado en ese expediente una medida de protección, resulta conveniente solicitar algún tipo de medida en la causa penal si persiste la situación de vulnerabilidad⁴.

Desde ya, el Código Procesal Penal de la Nación carece de regulación específica al respecto, pero considero que puede ser de aplicación directa la ley nro. 26485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales⁵. Esta ley en su art. 26 prevé una serie de medidas preventivas urgentes que pueden ser aplicadas de oficio o a pedido de parte por el magistrado interviniente. Entre las medidas se encuentra: la prohibición de acercamiento, el otorgamiento de la guarda a otro miembro del grupo familiar o a miembros de

126

procedimientos judiciales; para garantizar la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas de violaciones, abusos, descuido, malos tratos, violencia o explotación, conforme al artículo 39 de la Convención, y para evitar que las víctimas sean tratadas como delincuentes o sean estigmatizadas”, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, Sudáfrica, 23 de febrero de 2000, párr. 27.

Para un análisis detallado de los estándares normativos, ver FREEDMAN, Diego y TERRAGNI, Martiniano, *Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el Derecho argentino* en Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia, Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF Argentina, Buenos Aires.

3 Se recomienda consultar la Guía de Buenas Prácticas para el Abordaje Judicial de Niños/as y Adolescentes Víctimas y Testigos - Septiembre 2010, elaborada por la Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF Argentina, Buenos Aires. Disponible en <http://www.proteccioninfancia.org.ar/node/365>.

4 Ver las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005. En la Directriz 38 se dispone que “Además de las medidas preventivas aplicables a todos los niños, se necesitan estrategias especiales para los niños víctimas y testigos de delitos que sean particularmente vulnerables a reiterados actos de victimización o ultraje”. Por su parte, en la directriz 39 se establece que “Los profesionales deberán elaborar y poner en práctica amplias estrategias e intervenciones adaptadas específicamente a los casos en que exista la posibilidad de que se siga victimizando al niño. En esas estrategias e intervenciones se deberá tener en cuenta la naturaleza de la victimización, incluida la derivada de los malos tratos en el hogar, la explotación sexual, los malos tratos en instituciones y la trata de niños. Se podrán aplicar estrategias basadas en iniciativas de las autoridades, de la comunidad y de los ciudadanos”.

5 Fecha de sanción: 11 de marzo de 2009, fecha de promulgación: 1 de abril de 2009, publicada en el Boletín Oficial: 14 de abril de 2009.

la familia ampliada o de la comunidad y la suspensión provisoria del régimen de visitas. La aplicación del principio *pro homine*⁶, en consonancia, con los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26061 justifican la extensión de estas medidas de protección a los niños, que en estos casos se encuentran en situaciones de vulnerabilidad muy similares a las niñas.

Una cuestión a analizar es cuándo proceden estas medidas preventivas urgentes. ¿Basta la mera denuncia de la madre del niño o de la niña o hay que esperar hasta un procesamiento firme del imputado? A mi juicio, se puede aplicar un estándar muy similar a las medidas cautelares reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Por ende, resulta procedente si de acuerdo a los elementos de prueba recolectados en el expediente verificar hay cierto grado de verosimilitud en la denuncia, es decir, suficientes elementos de cargo, y si se ha demostrado la existencia de una situación de riesgo de reiterancia. Es por ello que se han concedido medidas de protección, en particular, la prohibición de acercamiento del imputado antes de su procesamiento, basándose en los elementos de prueba ya presentados⁷. En ese caso, la niña víctima ya había declarado identificando el hecho y al autor (su padre) y fue muy convincente en la entrevista.

El segundo tema es la reducción de los efectos traumáticos de la investigación penal. Resulta inevitable en los hechos de abuso sexual infantil la entrevista del niño o de la niña víctima, la realización de una pericia que verifique los indicadores de victimización sexual y, en su caso, cuando se produce penetración o algún tipo de contacto físico que deje marcas, la pericia médica, habitualmente en zonas íntimas. Difícilmente, una causa de abuso sexual infantil pueda avanzar sin realizar estas pericias respecto de la víctima, porque en muchos casos se carecen de testigos directos del hecho. Ya ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia que estos delitos se producen en ámbitos de intimidad, donde el autor tiene gran dominio de la situación, de la víctima y conoce los horarios del resto de las personas dificultando la existencia de testigos del hecho⁸. A la vez, en el abuso sexual infantil por las consecuencias

6 Se ha sostenido que a “la luz del criterio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”, PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Argentina, 1997, p. 81

7 Causa nro. 24.633/10, Juzgados de Instrucción nro. 44, 10 de marzo de 2011.

8 La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el caso “Corsi” señaló “lo dificultoso que resulta la recolección de prueba directa en los delitos que atentan contra la integridad sexual, debido a que generalmente ocurren en un ámbito de privacidad, de imposición del más fuerte sobre el más débil, con complejas interacciones, difíciles de reconstruir históricamente”, expte. nro. 35.455. Así también lo ha entendido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, en la causa “Veira, Héctor R.” al señalar que “ha quedado claro que en los delitos sexuales, no se ha de pretender la existencia de una pléyade de testigos, ni puede haber pruebas gráficas o documentales. En la mayoría de los casos, se trata de acciones cometidas

psicológicas y las características particulares de la víctima es muy extraño que se produzca el develamiento en forma inmediata, sino que la vergüenza, el miedo, el desconocimiento, la desconfianza, la culpa, entre varios factores, hacen que el niño o la niña revele el hecho mucho tiempo después de su acaecimiento. Por lo tanto, no quedan fluidos u otros rastros del abuso sexual, que permitirían identificar el autor. Esto provoca que la declaración del niño o de la niña víctima en muchos casos sea la principal prueba respecto de la autoría, y en algunos supuestos de abuso sexual simple cuando no se produce penetración, resulta ser un elemento trascendental para acreditar la materialidad del hecho⁹. Esto no impide que se recurra a múltiples elementos de prueba complementarios como pueden ser:

- a) El diario íntimo (es habitual en las niñas y adolescentes).
- b) Los boletines e informes del establecimiento educativo, ya que en muchas ocasiones el abuso sexual infantil repercute en el desempeño educativo y en la conducta del niño o de la niña en ese ámbito.
- c) Los dibujos en el caso de niños y niñas de pequeña edad, que también pueden ser analizados por especialistas.
- d) Las fotos del niño o de la niña si se evidencia un cambio en las actitudes, en la vestimenta o en la forma de maquillarse.
- e) Las declaraciones de personas cercanas al niño o a la niña (amigos, familiares, vecinos) que pueden no haber visto el hecho, pero sí escuchar comentarios o advertir cambios llamativos de conducta.
- f) Los funcionarios que recibieron la denuncia (policías, profesionales de atención a las víctimas) pueden dar cuenta del estado emocional de la víctima y de su madre o de su padre que la acompañó, lo cual puede ser un elemento para descartar la fabulación o la co-construcción. Asimismo, pueden ratificar

al amparo de una situación de soledad de los protagonistas, de imposición de poder del más fuerte sobre el más débil, con complejas interrelaciones, difíciles de reconstruir históricamente”.

9 La Sala VI Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la causa “Cejas Juan Carlos y otro s/medidas de prueba” del 14 de agosto de 2007 entendió que “la declaración del menor damnificado, único testigo presencial del hecho, resulta necesaria para considerar completa la instrucción del sumario y así poder eventualmente requerir la elevación a juicio de la presente causa, ya que su testimonio podría establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad, como también a la extensión del daño causado, siendo este el objeto de la instrucción tal como lo señala el Art. 193 del Código Procesal Penal de la Nación, y no vulnera garantía constitucional alguna”.

Cabe destacar que hubo casos excepcionales en donde se admitió que bastaba la reproducción de los dichos del niño o de la niña por los padres y el terapeuta: “Si bien se trata de un sujeto incapaz, no por ello su testimonio puede ser desmerecido. Para apreciar su verdadero valor ha de remarcarse que su relato, aun reproducido por sus progenitores y terapeuta, permite apreciar su espontaneidad, vertida en palabras sinceras, sin calcular las consecuencias y que no expresa más que lo que ha caído bajo la impresión de sus sentidos”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa nº 9.263, “V. M., L. s/recurso de casación” del 11 de agosto de 2000.

declaraciones espontáneas que formule la niña o el niño víctima en el momento que se recibe la denuncia.

g) La historia clínica de la niña o del niño víctima, ya que muchos hechos de abuso sexual infantil producen cierto tipo de traumas como ideas autoléctivas, angustia, pesadillas, incontinencia urinaria.

Más allá de estos elementos es ineludible que se adopten medidas de prueba respecto de la víctima, lo cual tiene un efecto traumatizante. Igualmente, cabe señalar que si los profesionales tienen especialidad y experiencia en la temática y se realiza un buen trabajo en el ámbito judicial se reducen estos perjuicios. En mi experiencia profesional, he tenido casos en que las niñas o los niños víctimas vivencianon su participación en el proceso como positiva, ya que sintieron que estaban siendo escuchados y lo que resulta fundamental, les creían. Por otro lado, resulta muy interesante lo sostenido por los magistrados Mitchell y Fegoli integrantes de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa nº 8.548, caratulada B. C., G.” del 9 de mayo de 2008: “en cuanto a que la posible reedición del interrogatorio provocaría la revictimización de las menores, debe tenerse en cuenta que se realizan con una profesional psicóloga, y que por sus edades actuales -conservando buena memoria de los episodios que relatan- mayor angustia podría provocarles la impunidad de su supuesto victimario, por razones meramente formales”. En consecuencia, ya se reconoció judicialmente el trauma que provoca la impunidad.

Ahora esto no implica que deba reducirse en la mayor medida posible la situación traumática que soporta la víctima. Lo cual, significa que sea entrevistada en una oportunidad por un o una psicóloga especializada en la temática por medio de la Cámara Gesell¹⁰ o un sistema similar (videoconferencia o circuito

10 Código Procesal Penal de la Nación: art. 250 bis “Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado”. Art. 250 Ter. “Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de

cerrado de televisión) que asegure que no haya contacto físico, ni visual con la persona imputada, su abogado defensor y las autoridades judiciales¹¹. Esta

acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis”.

11 Ver las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. En particular, la Regla 74 establece que “Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país. A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión”.

Por su parte, la Directriz 29 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dice: “Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad”. Por su parte, la

130 Directriz 30 dispone que “Los profesionales deberán tratar con tacto a los niños víctimas y testigos de delitos a fin de: [...] d) Utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño”. En forma complementaria, la Directriz 31 establece que “Además, los profesionales deberán aplicar medidas para: [...] b) Velar por que los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberá proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas; c) Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que: “178. [...] En casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia. Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; [...] 201. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: [...] ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado”, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010.

entrevista no debe reiterarse¹², para ello se requiere que sea videofilmada¹³, para luego ser reproducida en el juicio oral y que se haya notificado previamente al Fiscal, a la defensa, al imputado y a la parte querellante para permitir que participen y controlen esta entrevista¹⁴. Resulta deseable que se preparen preguntas para sugerirlas a la psicóloga interviniente y participar de la entrevista para sugerir interrogantes durante su desarrollo.

12 La Directriz 23 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dispone que: “Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones”. Por su parte, la Directriz 31 dice que “Los profesionales deberán aplicar medidas para limitar el número de entrevistas, velar para que los niños no sean interrogados por el presunto autor del hecho delictivo y asegurar que sean interrogados en forma adecuada”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Recurso de hecho deducido por B. N. (querellante) en la causa M., A. y otros s/ abuso deshonesto –causa 42.394/96–” del 27 de junio de 2002 consideró que “De lo antes expuesto, resulta entonces que para la querellante la convocatoria efectuada por la magistrada significa revictimizar a un niño que a la época de los hechos tenía 4 años, y al momento del cuestionado acto procesal 8 años, en abierta contradicción con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada con rango constitucional a nuestro ordenamiento jurídico (art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental)” (del Dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte Suprema hace suyo). Agregó que “Pienso, entonces, que a la luz de esa doctrina también debía ser considerada equiparable a definitiva la decisión que el a quo se negó a revisar, pues igualmente irreparable resulta, a mi entender, el daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Asimismo, se ha considerado en forma coincidente que “Resulta improcedente convocar nuevamente a un menor víctima de abuso sexual para que amplíe su declaración testimonial, si ésta es desaconsejada por su terapeuta por los efectos negativos que puede acarrearle, máxime cuando el menor ha dispuesto testimonialmente en el proceso en tres oportunidades”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “N., B. s/ rec. de casación” del 21 de noviembre de 2002.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recientemente estableció como estándar: “201. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: [...] iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010.

13 La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que “178 [...] En casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia. Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: [...] ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición”, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010.

14 En la Resolución 8/09 de la Procuración General de la Nación se dispone que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales en los términos del art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación se realice la filmación de la entrevista con la víctima y se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto. En forma complementaria en la Resolución 59/09 de la Procuración General de la Nación se establece que en todos los procesos penales en donde se encuentran involucrados como víctimas o testigos personas menores de 18 años de edad su declaración debe producirse por medio de una “Cámara Gesell”.

Esta entrevista sólo puede volver a realizarse cuando hay alguna causal de peso que lo justifique, como por ejemplo, si surgen nuevos hechos sobre los cuales no declaró el niño o la niña o si el abogado defensor o la persona imputada desea formular una pregunta relevante en la estrategia defensiva que no pudo ser formulada en la primera entrevista. Es importante que en el caso que se reedite la declaración del niño o de la niña siempre se visualice la anterior entrevista para no repetirla inútilmente. La nueva entrevista no debe ser una mera ratificación de la anterior, sino que debe ser una ampliación o tener como objetivo profundizar respecto de una cuestión que no fue desarrollada suficientemente. De todas formas antes de reiterar la declaración resulta recomendable que se efectúe un análisis por un especialista para que evalúe los efectos traumáticos que podría tener esta nueva entrevista.

Una situación problemática ocurre cuando la investigación judicial se extiende por dos o tres años y la víctima adquiere la mayoría de edad. Entonces, en esas circunstancias, podría ser convocada como testigo en el juicio oral, porque la entrevista por medio de una Cámara Gesell en el Código Procesal Penal de la Nación está prevista sólo para personas menores de edad. Al respecto, cabe señalar que este es un motivo más para darle la mayor celeridad posible a las causas de niños y niñas víctimas de abuso sexual infantil¹⁵. Por otro lado, cabría repensar la intervención en este tipo de casos, en los cuales, durante la etapa de instrucción la víctima contó con la protección al momento de declarar, pero justo cuando se resuelve la situación de la persona imputada puede llegar a declarar cara a cara y responder directamente a las preguntas que le formule. En este sentido, puede analizarse la posibilidad de visualizar el video de la entrevista producida en la etapa de instrucción durante la audiencia oral y que las preguntas se hagan sobre cuestiones no abordadas anteriormente. Además, es posible solicitar que la persona imputada sea apartada a una sala contigua con la facultad de seguir el juicio mediante un sistema de circuito cerrado y formular las preguntas en un intervalo.

Una tercera cuestión a atender es la protección del niño o de la niña víctima de amenazas por parte de la persona imputada¹⁶. Tampoco nuestro Codi-

15 En este sentido, la Directriz 30 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dispone que: “Los profesionales deberán tratar con tacto a los niños víctimas y testigos de delitos a fin de: [...] c) Garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados”.

16 La Directriz 32 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos establece que “Cuando la seguridad de un niño víctima o testigo de un delito pueda estar en peligro, deberán adoptarse las medidas apropiadas para exigir que se comunique ese riesgo a las autoridades competentes y para proteger al niño de ese riesgo antes y después del proceso de justicia y durante él”. Por su parte, la Directriz 34 dice “Los profesionales deberán estar capa-

go Procesal Penal regula medidas específicas, pero como he mencionado previamente respecto de las medidas de protección para evitar la reiteración del abuso sexual, también se pueden recurrir a los estándares internacionales de derechos humanos y las leyes 26485 y 26061. Frente a estos riesgos se puede solicitar al Poder Judicial que se ordene una custodia policial, la prohibición de acercamiento¹⁷ y de contacto telefónico o por otros medios de comunicación. Estas medidas son procedentes cuando se alega que se producen amenazas o hay riesgo que se produzcan.

Finalmente, un tema que no atañe tanto a los abogados, pero que no podemos permanecer ajenos es como asegurar la salud y la adecuada inserción social de la niña o del niño víctima¹⁸. Un hecho de abuso sexual produce múltiples consecuencias traumáticas, tanto físicas (lesiones) y psíquicas, y, por lo general, provoca dificultades en el ámbito educativo. Entonces, desde un primer momento hay que asegurar que reciba asistencia médica y psicológica, que puede ser necesaria para todo el grupo familiar. Asimismo, hay que pensar la estrategia a desarrollar en el ámbito educativo para evitar el abandono, la repitencia o cierto déficit en el aprendizaje.

Una última cuestión debemos atender como estrategia tiene ver con la par-

citados para reconocer y prevenir la intimidación, las amenazas y los daños a los niños víctimas y testigos de delitos. Cuando esos niños puedan ser objeto de intimidación, amenazas o daños, se deberán adoptar las medidas apropiadas para garantizar su seguridad. Esas medidas pueden consistir en: a) Evitar el contacto directo entre los niños víctimas y testigos de delitos y los presuntos autores de los delitos durante el proceso de justicia; b) Utilizar interdictos judiciales respaldados por un sistema de registro; c) Ordenar la prisión preventiva del acusado e imponer condiciones de libertad bajo fianza que veden todo contacto; d) Someter al acusado a arresto domiciliario; e) Brindar a los niños víctimas y testigos de delitos, siempre que sea posible y apropiado, protección policial o de otros organismos pertinentes y adoptar medidas para que no se revele su paradero”.

17 Se ha considerado que no resultan constitucionales: “No obstante ello consideramos que deberá ser reducida, ordenándose que el procesado no se acerque a una distancia menor a los cincuenta metros de cualquier lugar en donde se hallen M. y C. F. (...) en cuanto a lo sostenido por la defensa en lo referente a que la prohibición de acercamiento impuesta conculca garantías constitucionales de N. B. -ej. principio de inocencia y libertad ambulatoria-, cabe destacar que toda medida de coerción coarta derechos de la persona sometida a proceso, los cuales, por otro lado, tampoco son absolutos”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, causa nº 37.750, “N. B., C. S/ prohibición de acercamiento”, 2 de agosto de 2009.

18 La Directriz 22 de las de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos dispone que: “Los niños víctimas y testigos de delitos y, cuando proceda, sus familiares, deberán tener acceso a la asistencia de profesionales a los que se habrá impartido la capacitación, según se indica en los párrafos 40 a 42 *infra*. Esto podrá incluir servicios de asistencia y apoyo como servicios financieros, jurídicos, de orientación, de salud, sociales y educativos, de recuperación física y psicológica y demás servicios necesarios para la reinserción del niño. Toda asistencia de esta índole deberá atender las necesidades del niño y permitirle participar de manera efectiva en todas las etapas del proceso de justicia”. Por su parte, la Directriz 24 regula que “Los niños víctimas y testigos de delitos deberán recibir asistencia del personal de apoyo, por ejemplo, especialistas en niños víctimas y testigos de delitos, a partir del informe inicial y de forma ininterrumpida hasta que esos servicios dejen de ser necesarios”.

ticipación. No creo que sea suficiente que el derecho a ser oído¹⁹ se agote con la entrevista al niño o a la niña durante el proceso penal, sino que debe comprender la posibilidad de constituirse como querellante, dejando de lado la capacidad exigida por la normativa procesal²⁰. Más cuando por su situación de vulnerabilidad no tiene padres o tutores o cuando sus propios padres son autores o cómplices del abuso sexual padecido. Desde ya, se requiere cierta madurez para desarrollar con responsabilidad este rol y comprender los derechos y obligaciones de constituirse como parte querellante. Ya se han producido antecedentes²¹ y recientemente se ha reconocido a un joven de 15 años la posibilidad de constituirse como parte querellante. Asimismo, debe ampliarse la legitimación para permitir que se constituyan como querellantes en representación de los niños o de las niñas víctimas a parientes cercanos (abuelos, abuelas, tíos o tíos), más allá de las limitaciones previstas en el Código Procesal Penal de la Nación. Esto resulta necesario, porque muchas veces los padres son cómplices o niegan la situación de abuso sexual, entonces otro referente familiar puede representar procesalmente a un niño o a una niña víctima de poca edad. Hemos hecho planteos al respecto y en una oportunidad se autorizó a una abuela a constituirse como querellante, utilizando como fundamento el interés superior del niño²².

134

19 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12. Por su parte, la Ley 26061 en su art. 27 establece las Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos: “A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; A participar activamente en todo el procedimiento; A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

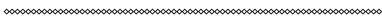
20 Código Procesal Penal de la Nación, art. 82: “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan. Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal”.

21 “Debe acudirse a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el artículo 75, inc. 22 de la CN, que otorga a los menores –a criterio de esta Sala– amplias facultades para ser oídos en sede judicial (Artículo 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infra-constitucional (en este caso el artículo 82 del CPPN), restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, causa 22.475, “S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante”, 18 de marzo de 2004.

22 “Buenos Aires, 9 de agosto de 2010... Habiendo realizado un pormenorizado análisis de los nuevos elementos traídos a la presente, sin perjuicio de que tal como se asentar a fs. 54 la pretensa querellante, B. H. no resultaría representante legal de los niños damnificados, teniendo en cuenta los contradictorios elementos acercados a esta investigación y en resguardo del derecho superior de los menores mencionados en esta causa, revóquese por contrario imperio lo dispuesto a fs. 54. En consecuencia de ello, téngase por parte querellante a B. R. H...”, Juzgado Correccional nro. 6, Expediente 2355/2010.

.V.

ESTRATEGIAS DE LA DEFENSA PÚBLICA PARA LA DISCUSIÓN DEL
ART. 4 DE LA LEY 22278



1. Nuevas interpretaciones del artículo 4º de la ley 22278: Propuestas e interrogantes, *por Martiniano Terragni*
2. Hacia un régimen penal juvenil. Fundamentos neurocientíficos, *por Ezequiel N. Mercurio*
3. La imposición de sanciones a jóvenes infractores y una mirada alternativa hasta la modificación del régimen penal juvenil en Argentina, *por Gustavo J. González Ferrari*

Nuevas interpretaciones del Artículo 4º de la Ley 22278: Propuestas e Interrogantes

Por Martiniano Terragni¹

I. Introducción

La especialidad en el trato judicial a los niños, niñas y adolescentes² resulta una expresión de la protección especial que la comunidad internacional acordó otorgar a la infancia.

Esto fue plasmado en diversos instrumentos de derechos humanos (los universales y los regionales por igual) anteriores a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CIDN o la *Convención*)³, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)⁴ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)⁵.

El primer instrumento internacional que incursionó en torno a los derechos que de manera específica se reconocen a los niños en conflicto con la ley penal fue el PIDCP. Su prohibición principal es la condena a muerte a las personas menores de 18 años de edad⁶. Además le exige a los Estados Partes que al enjuiciar a los imputados menores de edad tengan en cuenta su edad y estimulen su rehabilitación social⁷.

La CIDN es entonces otro instrumento internacional de derechos humanos que goza de jerarquía constitucional en nuestro país conforme lo establece el

137

1 Secretario de 1º instancia de la Fiscalía General de Política Criminal de la Procuración General de la Nación.

2 En aras de simplificar la redacción, se hará referencia sólo a la palabra “niños” al considerar que el término comprende a las tres categorías indicadas.

3 Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Sup. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), aprobada el 20/11/89 y con entrada en vigencia el 2/09/90; ratificada en Argentina mediante el dictado de la ley 23849 (sancionada el 27/09/90 y promulgada de hecho el 16/10/90).

4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49.

5 Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la República Argentina mediante la ley 23054 (publicada en el B.O. el 27/03/84).

6 Artículo 6.5 del PIDCP.

7 Artículo 10.3 del PIDCP.

artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (en adelante, CN) que recoge también el llamado principio de especialidad de la justicia penal juvenil⁸.

Así, el presente trabajo tiene una hipótesis central a confrontar: (i) si el dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte o CSJN) del fallo MALDONADO⁹ ha variado de manera significativa la interpretación y aplicación del artículo 4º de la ley 22.278.

Y más allá de la hipótesis señalada, y sin ánimo de señalamientos exhaustivos, plantear nuevos desafío e interrogantes que surgen de la aplicación de la pena a un niño en nuestro país¹⁰.

II. Breve resumen de las disposiciones internacionales aplicables

La pena aplicable al imputado menor de edad según el derecho internacio-

8 En esa línea, dispone que: “[A] todo niño respecto del cual se alegue que ha infringido las leyes penales deberá garantizársele que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley...”, (artículo 40.2.b de la CIDN).

Asimismo complementa lo anterior: “[L]os Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes...”, (artículo 40.3 de la CIDN).

Es importante precisar que estas normas deben ser enmarcadas en el contexto convencional de referencia en el principio del interés superior del niño: “[E]n 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...”, (artículo 3.1 de la CIDN).

De manera muy clara se ha señalado respecto de este principio: “[D]ebe ser interpretado como un complejo de derechos fundamentales (‘núcleo duro’) consagrados en la Convención. De este modo, entendemos que hemos objetivado el contenido del principio. Las funciones normativas del interés superior del niño serían, a saber: En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al ‘núcleo duro’ frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales. En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al ‘núcleo duro’ de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al ‘núcleo duro’ de la Convención...”, (FREEDMAN, Diego, Funciones normativas del interés superior del Niño, Revista ¿Más Derecho? nro. 4, año 4, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, p. 511).

9 *Fallos* 328:4343.

10 Al sustentarse la necesidad de recrear una idea clara de especialidad, “[S]e supone que los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos son sistemas especiales para niños pero en la práctica funcionan igual que los sistemas penales para adultos con excepción de las penas reducidas que se aplican y alguna opción adicional de solución procesal anticipada...”, (BELOFF, Mary, *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina*, Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Defensoría General de la Nación—La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 385).

nal de los derechos humanos de la infancia se rige por diferentes postulados, que a modo de sintético repaso se enunciarán:

II.1. La CIDN establece los siguientes estándares:

a) “[N]ingún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda...”¹¹

b) “[S]e dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”¹²

II.2. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (conocidas como Reglas de Beijing)¹³ establecen por su parte:

a) “[L]a decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; d) en el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor...”¹⁴

11 CIDN, artículos 37.a y 37.b.

12 CIDN, artículo 40.4

13 Proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33; con fecha de adopción el 29/11/85.

14 Reglas de Beijing, Regla 17.1. Además, los delitos cometidos por menores de edad no se sancionarán en ningún caso con la pena capital (Regla 17.2); tampoco serán sancionados con penas corporales (Regla 17.3); y la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento (Regla 17.4).

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

b) “[P]ara mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes...”¹⁵

c) [E]l confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible...”¹⁶

II.3. Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (conocidas como Directrices de Riad)¹⁷ establecen respecto de los Estados la obligación de:

140 a) [P]romulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes” (directriz 52) (destacado propio)¹⁸.

II.4. Otro instrumento internacional específico, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹⁹, determinan que:

a) ”[L]a privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales.”²⁰

15 Reglas de Beijing, Regla 18.

16 Reglas de Beijing, Regla 19.1.

17 Proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112; con fecha de adopción el 14/12/90.

18 Directrices de Riad, Directriz 52.

19 Proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113; con fecha de adopción el 14/12/90.

20 Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Regla 2.

II.5. El Comité de Derechos del Niño²¹ mediante la Observación General N° 10/2007, *Los derechos del niño en la justicia de menores*²² (en adelante, OG N° 10), sostuvo a su turno que:

a) “[L]os niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes...”²³.

b) “[l]a respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores (...). Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho, y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones...”²⁴.

Y para completar este cuadro normativo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana...”²⁵.

III. El artículo 4º de la ley 22278 y la imposición de una pena

Conforme el artículo 4º de la ley 22278, el Tribunal que haya resuelto declarar penalmente responsable al niño imputado, debe decidir a posteriori sobre la necesidad de la imposición de una pena conforme al resultado de su tratamien-

21 Reconocido por la CSJN como el “[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención...”, (Fallos 331:2047, del considerando 4º del voto de los Jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, PETRACCCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI).

22 CRC/C/GC/10 del 25/04/07.

23 Comité de Derechos del Niño, OG N°10, *op. cit.*, párrafo 10.

24 *Ibid.*, párrafo 71.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

to tutelar. Esta norma indica además los requisitos y las circunstancias a tener en cuenta para los casos en que se resuelva imponer una pena al niño declarado previamente penalmente responsable.

Verificados los requisitos enunciados²⁶, el Tribunal decidirá sobre la imposición de pena, al tener en cuenta las modalidades del hecho, los antecedentes de la causa, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por aquél²⁷.

IV. Las dos posturas básicas de interpretación de la normativa específica

IV.1 La reducción de la pena a la escala prevista para la tentativa como un imperativo judicial

El segundo párrafo del artículo 4º de la ley 22278 acuerda que, en caso de resolver el Tribunal la imposición de una pena, puede reducirla en la escala penal prevista para la tentativa:

“[s]i 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...”

La posición que afirma que la reducción es obligatoria de acuerdo con el texto legal y en su relación con los estándares internacionales aplicables, entre otros argumentos relevados en la jurisprudencia, postula que: no puede considerarse una mera facultad discrecional la posible aplicación del beneficio de reducción, porque el régimen penal de la minoridad es impreciso respecto de los casos en que se debe aplicar la reducción²⁸; ningún imputado que haya sido responsabilizado penalmente por un delito cometido siendo menor de edad está fuera del alcance del dispositivo legal²⁹; y la reducción de la escala punitiva es obligatoria en armonía con los principios constitucionales de última ratio del derecho penal, culpabilidad por el hecho (que se

26 La previa declaración de responsabilidad penal y la civil si correspondiere; que haya cumplido dieciocho años de edad; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad (en la actualidad, 18 años).

27 Sobre el punto, “[A]l analizar las pautas del artículo 4º, ley nº 22278, se debe partir de tres premisas básicas que, reitero, tienen jerarquía constitucional: una aplicación ultra restrictiva de la privación de libertad; en caso de aplicarla, debe serlo por el tiempo más breve que proceda; y todo ello, para garantizar el derecho de los imputados de reintegrarse socialmente y desempeñar una función constructiva en la sociedad...”, (MUÑOZ, Damián R., Penas menores. *La perforación del mínimo legal en el derecho penal juvenil* -Comentario a fallo-, El Dial.com-AA6684).

28 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa nº 8.509, “G., F M. s/ recurso de casación”, del 25/09/08.

29 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa nº 8.783, “C.,H. s/ recurso de casación”, del 25/09/08.

encuentra disminuida en el caso de menores infractores)³⁰ y *pro homine*³¹.

IV.1.1. El fallo MALDONADO

A los efectos de este trabajo, podemos tomar tres líneas de argumentación de la CSJN respecto de la imposición de pena a un niño³².

La Corte reconoció que el juicio penal seguido a los niños está caracterizado por el principio de especialidad, y este no es más que aplicar a los menores todas las garantías y beneficios del que gozan las personas mayores de edad más un *plus*:

“[L]os niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición...”³³.

Además, sobre la idea de peligrosidad en relación a la pena juvenil:

“[L]a 'necesidad de la pena' a que hace referencia el régimen de la ley 22278 en modo alguno puede ser equiparado a 'gravedad del hecho' o a 'peligrosidad' como parece entenderlo el *a quo*. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien co-

30 De manera complementaria, “[S]e impone ponderar muy cuidadosamente -en el caso de los menores- los posibles efectos nocivos del encarcelamiento prolongado. De ahí que a partir de un incuestionable dato óntico de que los menores no tienen el mismo grado de madurez emocional que se supone tienen las personas adultas, la cuantificación de la pena, para supuestos como el presente en donde se consideró necesaria su aplicación, debe obligatoriamente contemplar la reducción según la escala de la tentativa que prevé el art. 4º de la ley 22278...”, (Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Junín, Provincia de Buenos Aires, “B., D. H.”, del 17/06/10, publicado en LLBA 2010 (septiembre), p. 901).

31 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nº 7.344, “C., L. W. R. s/ recurso de casación”, rta. el 2/03/09.

32 Vale recordar que de manera previa al fallo MALDONADO, varios Jueces ya habían fallado en similar sentido, al decidir la reducción de la pena en la escala prevista para el delito tentado. A modo de ejemplo, “[L]a detención como último recurso y por el tiempo más breve que proceda y los fines previstos en el artículo 40, ya citados, conforman un todo que es menester respetar a la hora de examinar el alcance de alguna de sus cláusulas. De esa interpretación surge, indudablemente, que la pena, en materia de menores, no puede ser dispuesta por razones de defensa social, sino únicamente para posibilitar la reincisión del interesado en la sociedad, es decir, teniendo la prevención especial como horizonte. Una de las consecuencias de esta concepción es que, por su propia entidad, la sanción aplicada a menores debe ser revisada periódicamente para verificar si sigue siendo necesaria. Otra, derivada de la diferente situación que la convención, los organismos internacionales y la doctrina, advierten entre los adultos y los niños y adolescentes, se traduce en que, por su disminuida capacidad de culpabilidad, por la inmadurez y situación de vulnerabilidad en que se encuentran, deben recibir —cuando sea necesario— una pena sensiblemente menor a la que corresponde a los primeros...”, (Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Capital Federal, causas nº 3.378/3.470, del 2005/04/05, del voto en disidencia del Juez JANTUS).

33 *Fallos* 328:4343, considerando 32 del voto de los Jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

metió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a 'la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad...'"³⁴.

Y el tercer punto es el reconocimiento de la culpabilidad disminuida para las personas menores de edad:

"[E]n el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto..."³⁵.

En esta posición, la aplicación de la escala de la tentativa prevista en el segundo párrafo del artículo 4º de la ley 22278 debe ser considerada la regla a partir del precedente jurisprudencial MALDONADO³⁶ emanado de la CSJN.

IV.1.2. La prevención especial positiva

De manera complementaria, la CSJN siguió el camino de MALDONADO, con pautas adicionales y complementarias. En MARTEAU, la Corte³⁷ admitió el recurso de queja presentado por la defensa del joven, al valorar que existía una cuestión federal cuando se discute el alcance de la CIDN como pauta interpretativa en la determinación de las sanciones penales aplicables a los niños³⁸.

34 *Ibid*, considerando 22.

35 *Fallos* 328:4343, considerando 40 del voto de los Jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

36 Y como se señalara, la menor culpabilidad en conjunción con la especial vulnerabilidad: "[E]l núcleo duro de los jóvenes sometidos a proceso penal se encuentra, invariablemente, en situación de vulnerabilidad en punto a sus derechos económicos, sociales y culturales que, precisamente por dicha razón, se cristaliza en sus individualidades una yuxtaposición de causales de culpabilidad disminuida. Esto es, a la menor culpabilidad que surge de la condición de personas menores de dieciocho años, se le agregan otras causales de disminución de la culpabilidad que obligan a adoptar criterios que -aunque no alcancen para la absolución por el art. 4º, ley nº 22278- al menos permitan alcanzar un monto punitivo -incluso por debajo del mínimo legal- que habilite la condenación condicional...", (MUÑOZ, Damián R., Penas menores. ya cit.).

37 Integrada por los Jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI.

38 "[L]a medida en que se encuentra en discusión el alcance de la Convención sobre los Dere-

Al momento de analizar el fondo del asunto, reiteró la Corte lo sostenido respecto de la evaluación de la necesidad de imponer una pena a una persona menor de edad³⁹; precisó el Tribunal que tal situación no debe equipararse a la gravedad del hecho, ni a la peligrosidad demostrada por el autor⁴⁰.

Por el contrario, la sanción penal juvenil debe atender en forma preponderante (hay que notar sí este matiz de la jurisprudencia de la Corte Suprema) *al fin resocializador*, que en términos de la CIDN es “[p]romover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad...”⁴¹. En consecuencia, la sanción penal juvenil debe cumplir una finalidad de prevención especial positiva.

Merece un párrafo aparte el análisis de la Corte respecto de la peligrosidad del niño en un caso concreto. La CSJN no consideró inconstitucional la valoración de la peligrosidad del niño al momento de determinar la aplicación de una sanción privativa de la libertad y de inhabilitación (como sí lo hiciera en MALDONADO⁴² y con posterioridad en GRAMAO⁴³).

chos del Niño como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores, y la decisión del a quo ha sido contraria a la pretensión del apelante, existe en el caso cuestión federal bastante para habilitar la vía del artículo 14 de la ley 48...”, (Fallos 332:512, del considerando 4º del voto de los Jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI).

145

39 *Fallos* 328:4343.

40 “[E]sta Corte ha establecido ‘Que la ‘necesidad de la pena’ a que hace referencia el régimen de la ley 22278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40, inc. 1)’ (‘Maldonado, Daniel E. y otro’, considerando 22, *Fallos*: 328:4343)...”, (Fallos 332:512, considerando 7º del voto de los Jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI).

41 CIDN, artículo 40.

42 “[E]n principio, no corresponde a la competencia de esta Corte interpretar el alcance específico de la expresión ‘peligrosidad’ contenida en el artículo 41 del Código Penal. Sin embargo, lo que no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al non bis in idem. La valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la ‘peligrosidad’, pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal (...) La ‘necesidad de la pena’ a que hace referencia el régimen de la ley 22278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’...”, (Fallos 328:4343, del considerando 11 del voto de los Jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI).

43 *Fallos* 329:3680, ver en especial los considerandos 18, 22 y 23 del voto de los Jueces HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

IV.2. La reducción de la pena a la escala prevista para la tentativa como una facultad judicial

Para esta posición, el comentado segundo párrafo del artículo 4º de la ley 22278 acuerda que, en caso de resolver el Tribunal la imposición de una pena, podrá reducirla en la escala penal prevista para la tentativa.

Con variados argumentos relevados en la jurisprudencia: la norma legal la luz de MALDONADO no impone al juez una reducción de la pena respecto del imputado menor de edad, sino que deja librada esa facultad a la decisión fundada del magistrados⁴⁴; el artículo 37.b de la CIDN sólo es aplicable en los supuestos de detención o encarcelamiento, y la ley 22278 establece un poder o facultad de los jueces, que permite una pena reducida atendiendo a criterios preventivo especiales como correctores del reproche de culpabilidad merecido⁴⁵; y la aplicación de una condena, sin la escala de la tentativa, debe operar en forma extraordinaria y el Juez deberá valorar para apartarse de la pena reducida cómo aquella pena resultará adecuada para promover la reintegración del niño⁴⁶.

V. Los desafíos e interrogantes actuales

146 V.1. El fallo Maldonado se reduce sólo a fijar una menor pena que la correspondiente a un adulto

En este acápite abordaremos un fallo de la CSJN que retoma la línea de MALDONADO, con varios desafíos⁴⁷. Y de la lectura de la situación fáctica de este precedente se pueden extraer varios supuestos a considerar, expuestos a renglón seguido.

En (a) planteamos el escenario de coimputados mayores y menores de edad. Aquí el problema a develar es si debe fijarse la pena que corresponde al adulto, y luego determinar una inferior para el niño.

En (b) la hipótesis consiste en varios coimputados menores de edad, con una declaración de responsabilidad penal con la misma calificación y las distintas variables del cuarto de similar tono cargoso.

Entonces dos son los interrogantes si aparece como necesaria la imposi-

44 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa nº 7.458, “G. B., O. J. s/ casación”, rta. el 25/02/08.

45 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa nº 8.783, “C., H. s/ recurso de casación”, del 25/09/08.

46 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa nº 9.472, “B., D. H. s/ recurso de casación”, del 29/12/08.

47 CSJN, “Ayala, Diego Adrián; Cabrera, Eber Gabriel s/ homicidio doblemente calificado”, del dictamen del Procurado Fiscal al cual se remitió la mayoría del Tribunal, rta. el 24/08/10.

ción de una sanción: ¿La pena debe ser igual para todos los declarados penalmente responsables?; ¿La tensión en fijar la pena, es hacia el límite inferior o hacia el superior?.

En (c) el planteo es resolver la situación de imposición de pena de un único imputado menor de edad. Frente a esto, ¿el Juez debe realizar un ejercicio mental en abstracto y determinar una pena hipotética como si el imputado fuera adulto, para luego reducirla a un monto inferior de acuerdo al artículo 4º de la ley 22278?.

Nótense ahora algunos apuntes para la solución de los escenarios supra propuestos. La CSJN se remitió a las consideraciones del Sr. Procurador Fiscal, quien indicó:

“[S]in perjuicio de la mejor inteligencia que la Corte pueda hacer de sus propios precedentes, no puedo dejar de mencionar que a mi entender no surge de las citas del caso publicado en Fallos: 328:4343 que realiza la defensa y que se corresponden con los párrafos 32, 33 y 40 del voto mayoritario, la obligatoriedad de la reducción de la pena, sino que ella debe ser inferior a la impuesta a un adulto en igualdad de circunstancias (vid especialmente considerando 40 ‘in fine’) extremo que, reitero, fue cumplido en el *sub júdice*, donde se tuvo en cuenta la juventud de ambos, sólo que uno apenas había superado los dieciocho años y el otro -a quien se impuso pena menor- se encontraba próximo a cumplirlos al momento del suceso...”

Esta posición de la Corte, ¿contradice la postura de MALDONADO y MARTEAU al remitirse el Máximo Tribunal al dictamen del Procurador Fiscal?.

V.2. El fallo Maldonado no establece ajustarse a la escala penal prevista para el delito tentado

Pasemos ahora a la enunciación de otra especial situación propicia para la discusión forense. De esta manera, proponemos dos supuestos.

En (a) el límite inferior de la escala penal de la tentativa puede ser incluso reducido cuando de un niño declarado penalmente responsable se trate.

Y en (b), ¿Cuán cerca de la no imposición de pena debe estar la pena reducida por debajo de la tentativa en relación al estándar específico del mínimo tiempo posible de privación de la libertad previsto en la CIDN?.

Para una primera opinión, la respuesta dada a (a) y (b) fue considerar que: “[L]a vigencia de la aplicación de la tentativa prevista en el art. 4 de la mencionada ley es una solución adecuada para todos los casos donde se presenten delitos cometidos por menores de edad. Siempre, claro está, que no exista una interpretación más benigna. Antes bien, entiendo que para alejarse de la escala de la tentativa o en su defecto de la absolución -cuando las circunstancias estén dadas- deberá analizarse concretamente los parámetros referidos por la Corte Suprema (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, necesidad, mínima in-

tervención) pues de no ser así la aplicación de la sanción escapará a la finalidad de la *ultima ratio* del derecho penal...”⁴⁸.

Sin embargo, también destacamos otros argumentos posteriores en pos de posibles repuestas, a partir de cinco ejes temáticos:

1) “[L]a ley 22278 establece como parámetro de sanción solamente el encierro, pues de acuerdo con una lógica ajustada a los tiempos en que aquella cobró vida, el legislador optó con hacer valer la especialidad de la minoridad mediante el criterio de una pena igual a la que correspondería a un adulto cuando no hubiese signos de enmienda en el joven, o a lo sumo de una pena cuantitativamente reducida a la mitad, de acuerdo a las disposiciones que rigen la tentativa, cuando la evolución fuese apenas satisfactoria (...) En cuanto a la libertad vigilada, su aplicación fue pensada como una alternativa previa a la condena y no posterior, y de ella se vale el juez para decidir si la pena es o no necesaria, en tanto se conforme con lo hecho por el joven durante el lapso de observación.

2) “[E]n relación a la prisionización de jóvenes infractores la CIDN asume como principio el de excepcionalidad y, supletoriamente el de encierro por el menor tiempo que proceda (art. 37 inc. B), al tiempo que se enrola en la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 37 inc. A). Para la determinación del plazo de encierro se ciñe a la garantía del principio de culpabilidad y de proporcionalidad en la determinación de la pena (art. 40 inc. 4), recordando previamente que el criterio general, tal como quedara dicho, es el de la primacía del uso de otras alternativas sancionatorias (art. 40).”

148

3) “[L]a reducción establecida por la ley en su artículo 4, se ajusta a los criterios de la Convención pues permite aplicar una pena diferenciada respecto de la que pueda corresponder a una persona mayor de dieciocho años de edad en las mismas circunstancias. Sin embargo entiendo que el mandato constitucional al que estamos obligados los jueces de la especialidad de ajustar el encarcelamiento por el menor tiempo posible (art. 37 de CIDN), no puede quedar limitado a ese tope mínimo, sino que a la vez debe de ser establecido en cada caso de acuerdo con el mandato consignado en el artículo 40, inc. 4º de la normativa supralegal, en cuanto a que la determinación de la pena o la sanción debe guardar proporción no solo con la infracción –que ya lo ha determinado el legislador– sino con las circunstancias personales del justiciable. Repárese que aún dentro de los límites reducidos fijados por la ley, puede que el monto mínimo establecido sea excesivo y que por tanto se transforme en una medida retributiva no educativa, en consecuencia cruel, y prohibida expresamente por la norma...”

48 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa nº 9.472, “B., D. H. s/ recurso de casación”, del 29/12/08, voto de la Jueza LEDESMA.

4) “[P]arece claro que imponer una pena de efectivo cumplimiento a F, aunque procedente por una literal interpretación de la ley 22278, sería inapropiada de acuerdo con los mandatos constitucionales fijados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Los profesionales que previnieron en su internación transcurridos dos años y medio de encierro, entendieron suficiente ese lapso a los fines del tratamiento, al punto que sugirieron su inmediata externación, propuesta de la que el Tribunal se hizo eco (...) De todo ello no cabe más que concluir que el encierro no cumple función alguna en su reinserción social, y que imponerle una pena de efectivo cumplimiento constituiría obrar en términos de retribución, de venganza y nunca de reeducación, por más que se lo quiera disfrazar eufemísticamente de esa forma. Tal propuesta de nuevo encierro además supone desconocer los términos de la ley 24660 –ley de ejecución penal- en donde no se prevé como parte del tratamiento penitenciario la realización de ningún tratamiento psicológico a los condenados, por lo cual nunca su nueva detención coadyuvaría a garantizar la realización de su imprescindible terapia...”⁴⁹.

5) “[E]l lapso temporal escogido si bien no resulta ser el mínimo previsto para el delito más gravoso por los cuales se responsabilizara al menor, resulta aplicable la letra de la Ley de Menores en cuanto prevé la reducción de la penalidad, toda vez que se deben tener en cuenta las características especiales del joven F, que proviene de una familia deshecha por la separación de los padres, ha estudiado, ha trabajado, se ha responsabilizado como progenitor y posee planes futuros para desarrollar juntamente con sus familiares que resultan un adecuado marco de contención afectiva y emocional, como asimismo no registra antecedentes penales (...) De ahí que al no contar con otras normas legales del derecho de menores en el ámbito local, habrá de echarse mano a las normas genéricas en su combinación armónica con la Convención de los Derechos del Niño. Resultando ajustado a derecho una condenación de orden condicional que permita al encartado continuar gozando de su libertad, pero al mismo tiempo imponer la medida curativa que hará a su total formación para el futuro...”⁵⁰.

VI. La construcción de un sistema de respuesta estatal frente al delito juvenil sólo con base en el derecho internacional de los derechos humanos

Más allá del criterio de la Corte respecto de la operatividad de los tratados internacionales con rango constitucional, en dos puntos recientes los Jueces, a

49 Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Capital Federal, causa n° 4.377, “F., E. E. s/ robo con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, en concurso real”, del 20/08/10, del voto del Juez GONZÁLEZ FERRARI.

50 Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Capital Federal, causa n° 4.377, “F., E. E. s/ robo con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, en concurso real”, del 20/08/10, del voto del Juez REAL.

partir de tal consideración, interpretaron las normas internacionales de manera tal de regular de un modo no previsto por el legislador local ciertas cuestiones⁵¹, por ejemplo en cuanto a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba⁵².

De esta manera, planteamos tres interrogantes: (a) ¿Podría dejarse de lado a la ley 22278 y construir una respuesta desde las normas internacionales?; (b) ¿Cómo resolver los casos de contradicciones normativas?; y (c) ¿Basta con la utilización del principio *pro niño*?

Y como pautas para su solución, proponemos tomar estos ejes de manera central: 1) Los artículos 3, 37 y 40 de la CIDN; 2) La consideración primordial del fin preventivo especial de la pena en el derecho penal juvenil; 3) Las pautas de la Regla 17.1 de Beijing; 4) En cuanto a otras cuestiones, considerar como pauta interpretativa fiel a la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del NIñO; 5) Para la fase de la ejecución de la sanción, aplicar los principios de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad⁵³.

51 La noción de aplicación directa de un tratado internacional con rango constitucional ya fue reconocida por la Corte: “[L]as cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, ‘por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa’; y además, ‘la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *ius cogens*. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada’” (Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert), (Fallos 327:3312, considerando 30 del voto de los Jueces ZAFFARONI y HIGHTON DE NOLASCO).

52 “[E]n tanto la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento fiscal. Observo, en esa línea, que el artículo 7 de la Convención [se refiere a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belén Do Para] determina que ‘los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir investigar, y sancionar la violencia contra la mujer...’”.

Para concluir: “[S]iendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal...”, (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 13.245, “Ortega, René Vicente s/ recurso de casación”, del 7/12/10, del coto del Juez YACOBUCCI).

53 Es interesante remarcar también la idea de revisión periódica de la sanción impuesta: “[D]isponer que la pena impuesta puede ser modificada a favor del joven, de acuerdo a su evolución, pudiéndose reemplazarla por otros medios menos gravosos a la privación de libertad, acudiéndose,

Al tomar varios de estos ejes, la jurisprudencia reciente explicó, sin perjuicio de menciones a ley nacional que pueden obviarse en este ejercicio: “[C]onforme ya he tenido ocasión de expedirme en otras sentencias dictadas por el tribunal, cuando se trata de abordar la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por menores de edad, a partir de la vigencia en nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño, una correcta interpretación del alcance del art. 4º de la ley 22278 requiere que el intérprete no pierda de vista que, de acuerdo al art. 37 de la convención aludida, la privación de libertad es medida de último recurso y por el tiempo más breve posible y que, conforme lo establece el art. 40 el objeto del derecho sustantivo y adjetivo en la materia tiene que estar enderezado a promover ‘el fomento de su sentido de la dignidad y el valor’, ‘el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros’, teniendo 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’ (...) Aún así, dada la escasa gravedad del hecho por el que se lo declaró penalmente responsable, considero que están dadas las condiciones para resolver de manera definitiva la situación de R., y absolverlo, sin costas, en los términos del art. 4º de la ley 22278, dado que, en el último año, ha demostrado el cumplimiento de los objetivos del proceso penal de menores, conforme lo prescripto en el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño...”⁵⁴.

151

VII. A modo de conclusión

- a) La aplicación de manera directa de la CIDN como punto de partida para construir la respuesta estatal al delito cometido por un niño aparece como un camino a transitar.
- b) La justificación de la pena en el derecho penal juvenil está basada en la idea de la prevención especial positiva
- c) La hermenéutica propuesta para aplicar en nuestro país podría resultar, en términos del derecho comparado regional, la respuesta estatal más adecuada.

incluso a medidas alternativas, en la medida en que el pronóstico de reinserción social así lo aconseje. Con ese objeto, adecuando los parámetros de la ley 24660 a la Convención del Niño y conforme lo establece la Observación General nº 10, considero adecuado decidir que podrán aplicarse los diversos institutos que la mencionada ley de ejecución penal establece, sin los plazos de esa norma, que serán reemplazados por informes periódicos que controlen la evolución del imputado A...”, (Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Capital Federal, causa n° 6.165, seguida contra J.L.A., del 5/04/11, voto del Juez JANTUS).

54 Tribunal Oral de Menores n° 1 de la Capital Federal, causa n° 4.887 y sus acumulados 5.294 y 5.299, del 2009/06/03 (voto del Juez JANTUS, al que adhirieron los Jueces DURAN y APOLO).

Hacia un régimen penal juvenil Fundamentos neurocientíficos^{1,2}

Por Ezequiel N. Mercurio³

I. Introducción

La violencia es un problema que afecta al mundo entero que atenta contra el bienestar físico y psíquico de los seres humanos. Es por ello que su disminución se presenta como uno de los desafíos más complejos para las sociedades modernas. Así, la violencia es abordada desde diferentes disciplinas como la sociología, la antropología, la psicología y la medicina.

En esta línea la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su 49º Asamblea Mundial de la Salud, realizada en 1996, declara a la violencia un problema de salud pública creciente en el mundo entero⁴. Dicha resolución señala las graves consecuencias de la violencia e invita a los Estados miembros a tomar acciones en busca de la disminución de esta problemática.

En el año 2000 en el mundo murieron 1,6 millones de personas debido a la violencia. Casi la mitad de estas muertes se debió a homicidios. El 77% fueron varones, la mayoría de ellos tenía entre 15 y 29 años y vivía en países de bajos ingresos (África y América)⁵. En términos de salud pública la violencia acarrea un costo económico muy alto. Algunas sociedades gastan más del 4% de su Producto Bruto Interno (PBI) en tratar las consecuencias de la violencia⁶. En América latina los costos de atención médica como consecuencia de la violencia ascienden a 2.000 millones de dólares anuales, a esto hay que sumarle la

153

1 Trabajo original: Cerebro y adolescencia: implicancias jurídico penales. Mención especial en la categoría Psiquiatría Forense. 16º Congreso Internacional de Psiquiatría. Asociación Argentina de Psiquiatras. Buenos Aires: Septiembre, 2009. Autores: López, F. C. y Mercurio, E. N.

2 Artículo original publicado en *Revista de Derecho Penal y procesal Penal*. Mayo 2010, pp. 771-791.

3 Médico especialista en medicina legal y psiquiatría. Integrante del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación.

4 Organización Mundial de la Salud. *Resolución WHA 49.25*.

5 Organización Mundial de la Salud. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington, 2002.

6 Organización Mundial de la Salud. 7ª Conferencia Mundial sobre Prevención de Lesiones y Promoción de la Seguridad. Viena (Austria) 6 al 9 de junio de 2004

mortalidad, los costos por invalidez y ausentismo⁷. Así la violencia se presenta como una las principales causas de muerte para la población entre 15 y 44 años. Sin embargo, aún se mantiene invisible y resulta difícil calcular el dolor y sufrimiento de la víctimas de violencia.

Si bien la violencia siempre ha formado parte de la experiencia humana, esto no tiene porque ser aceptado como parte inevitable de la condición humana. En esta línea la O.M.S propone la prevención de la violencia a través de medidas relacionadas con la salud pública⁸.

El mundo se enfrenta a una forma particular de violencia, la juvenil. En todos los países los adolescentes y jóvenes adultos son víctimas y victimarios de la violencia. Este problema no sólo se mide con las muertes o lesiones relacionadas con la violencia sino también tiene un fuerte impacto en la calidad de vida de los jóvenes. Esta no se encuentra aislada de otros comportamientos complejos, como por ejemplo, la delincuencia. Muchos de los jóvenes violentos consumen sustancias psicotrópicas, abandonan sus estudios y conducen de forma imprudente. Al abordar estas problemática, se debe ser ante todo prudente, quedando por fuera análisis simplistas y reduccionistas, ya que no todos los jóvenes violentos cometen delitos, ni todos los jóvenes con problemas son violentos⁹.

La violencia juvenil se encuentra íntimamente relacionada con otras formas de violencia. En tal sentido, “presenciar actos violentos en el hogar, sufrir abuso físico o sexual, puede condicionar a que los niños y adolescentes consideren a la violencia como un medio aceptable para la resolución de problemas”^{10 11}.

La problemática de la delincuencia juvenil ha sido abordada desde diferentes perspectivas. Desde las teorías sociológicas de Sutherland y Cohen sobre la asociación diferencial y las teorías de las subculturas respectivamente, hasta abordajes psicoanalíticos como el propuesto por Winnicott¹².

En los últimos años, el estudio sobre el cerebro ha despertado gran interés, la década de 1990 fue declarada por el presidente George H. W. Bush como

7 Londono, J. L. y Guerrero, R. Asalto al desarrollo. *Violencia en América latina*. Washington: Red de Centros de Investigación, 2000, citado por Kessler Gabriel en Sociología del delito amateur. Buenos Aires: Paidos, 2006, p. 22.

8 Organización Mundial de la Salud. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington, 2002.

9 United States Department of Health and Human Services. *Youth violence: a report of the Surgeon General*. Washington, D.C., 2001.

10 Fagan J, Browne A. Violence between spouses and intimates: physical aggression between women and men in intimate relationships. En: Reiss AJ, Roth JA, eds. *Understanding and preventing violence: panel on the understanding and control of violent behavior*. Vol. 3. *Social influences*. Washington, D.C., National AcademyPress, 1994:114–292.

11 Widom CS. Child abuse, neglect, and violent criminal behavior. *Criminology*, 1989, 244:160–166.

12 Winnicott, D. W. *Deprivación y delincuencia*. Buenos Aires: Paidos, 1990.

“La Década del Cerebro”¹³. En esta línea, los neurocientíficos han comenzado a investigar sobre algunos comportamientos esenciales de la condición humana como la empatía, el libre albedrio¹⁴, las decisiones morales, y las bases biológicas de la violencia humana¹⁵. Asimismo, se han dedicado a investigar en profundidad las funciones más complejas de la cognición humana, como la memoria, la atención, el lenguaje, y el control ejecutivo.

Estos descubrimientos echan un manto de lucidez sobre qué regiones son las encargadas de controlar y valorar nuestras conductas y cuáles podrían ser las consecuencias de la disfunción en dichas regiones. Así, un mayor conocimiento de la anatomía y fisiología cerebral permite comprender los mecanismos subyacentes de las enfermedades mentales, sobre todo en lo que a las emociones y funciones cognitivas se refiere.

Hasta hace poco tiempo el estudio del cerebro sólo podía realizarse post mortem, y a través de inferencias indirectas, por ejemplo la medición de metabolitos periféricos relacionados con la función cerebral. Así, un tumor cerebral sólo podía diagnosticarse en un quirófano y luego de que este produjera signos clínicos neurológicos, como por ejemplo trastornos en los movimientos.

En la actualidad la evolución de las técnicas de neuroimagen permite estudiar el cerebro a través de estudios no invasivos y hace posible que se visualicen cosas que antiguamente no podían verse. Las modernas técnicas de imagen cerebral, la Resonancia Magnética (RM), la Resonancia Magnética Funcional (fMRI de sus siglas en inglés), la Tomografía por Emisión de Fotón Único (SPECT), la Tomografía por Emisión de Positrones (PET), permiten evaluar y medir funciones y disfunciones del cerebro en personas sanas y en aquellas que padecen una enfermedad mental¹⁶.

La mente de los niños y adolescentes funciona de manera diferente a la de los adultos y esto puede explicarse en términos neurobiológicos por las diferencias en su desarrollo y actividad cerebral. Esta forma diferente de comportarse surge desde la observación y puede verificarse en la vida cotidiana familiar, escolar y social.

En esta línea, modernas investigaciones se han dedicado a analizar el proceso de maduración, crecimiento y desarrollo cerebral desde la niñez y adolescencia hasta la adultez.

¹³ President George H. W. Bush, Proclamation, “Decade of the Brain, 1990-2000, Proclamation 6158,” Federal Register 55, n. 140 (1990): 29553.

¹⁴ Gazzaniga M & Steven M. Free wil in the Twenty-first Century. A discussion of *Neuroscience and the Law en Neuroscience and the Law*. Brain, Mind, and the Scales of Justice. Washington: Dana Pres, 2004.

¹⁵ Pietrini P. et al. Neural Correlates of Imaginal Aggressive Behavior Assessed by Positron Emission Tomography in Healthy Subjects. *Am J Psychiatry* 2000; 157:1772-1781.

¹⁶ Arango López C., Crespo Facorro, B; Arroyo, M. *Neuroimagen en psiquiatría*. Barcelona: Ars Medica, 1º ed., reimpresión, 2006 , p. XI.

Por su parte, la legislación ha tomado en cuenta, desde hace décadas, estas diferencias tanto en el ámbito civil como en temáticas penales.

Es por todo ello que se presenta como objetivo del presente trabajo analizar la relación entre los nuevos descubrimientos sobre la maduración y desarrollo cerebral y la necesidad de desarrollar un sistema judicial diferenciado para los jóvenes en conflicto con la ley penal.

II. Aproximación estadística al problema del delito juvenil

En la década de 1990 la cantidad de delitos en nuestro país sufrió un incremento significativo: de 560.240 en 1990 a 1.062.241 en 1999¹⁷. Los delitos más denunciados fueron los delitos contra la propiedad, hurtos y robos. Por su parte, los delitos contra las personas pasaron de representar un 14 % a un 17%.

Por el tipo de delito, el homicidio es el que permite, desde el punto de vista estadístico, realizar comparaciones entre países. Según estudios de las Naciones Unidas realizados entre 1980 y 2000 la tasa promedio de homicidio por cien mil habitantes es de 7. En América Latina, la mayoría de los países presentan tasas superiores a la media mundial. Colombia ocupa el primer lugar con la tasa de homicidio más alta del mundo. En tanto que nuestro país para el año 2000 la tasa era ligeramente superior a la media, 7,2 y mayor que en la de Estados Unidos, 5,5, inversamente a lo que sucedía en 1990 (7,5 y 9,2, respectivamente).

Las estadísticas del año 2007, publicadas por Dirección Nacional de Política Criminal dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, reveló una tasa de 5,26 para el homicidio doloso para todo el país. Esto marcaría un descenso con relación a los comienzos de la presente década. Tal como se ha señalado en el párrafo previo para el año 2000 la tasa de homicidios dolosos cada 100 mil habitantes fue de 7,2, alcanzando su punto máximo en el año 2002, con 9,2.

Para la Ciudad de Buenos Aires, se registró un total de 118 homicidios dolosos. En tanto que para las estadísticas del Ministerio Público Fiscal la cantidad fue de 251 para el homicidio simple. La tasa anual cada 100 mil habitantes fue de 3,92.

Así de las estadísticas del Ministerio Público Fiscal se desprende que el homicidio simple ha registrado un descenso desde el año 2002, donde se registraron 313 casos en comparación con los 251 registrados durante el 2007.

Ahora bien, cuál es el perfil de los victimarios. Uno de los debates actuales se refiere al descenso de la edad media de los delincuentes. Los resultados del Estudio de Victimización en la Ciudad de Buenos Aires, realizado sobre las percepciones de las víctimas, señala que entre 1997 y 2000, alrededor del 50%

¹⁷ Informe Anual de Estadísticas Policiales. Año 1999, elaborado por el Sistema Nacional de Información Criminal, dependiente de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

de los agresores en robos con violencia se habrían ubicado en la franja de 18 a 25 años. En cuanto al grupo entre 15 y 17 años, que representaba en 1997 cerca del 5% de los agresores, en el año 2000 llegaría al 10% del total, siendo 1998 el año de mayor presentación con un 15%¹⁸.

En esta línea, en el año 2000, el 20% de las sentencias pronunciadas fueron dictadas contra jóvenes de entre 18 y 20 años de edad¹⁹. En consecuencia, la edad promedio de la población carcelaria se vio reducida, y pasó de 31 años en 1984 a 21 en 1994²⁰.

La mayor parte de las causas contra los menores se relacionan con delitos contra la propiedad, el 51 %. El 90% de los menores imputados son varones y el 64% tiene entre 15 y 17 años, y el 78% carece de antecedentes penales. Con relación a su nivel de instrucción el 69% no supera la educación primaria y sólo el 1% ha finalizado la escuela secundaria²¹.

Con relación al delito de homicidio doloso y los menores durante el año 2007, 190 fueron los menores de 18 años imputados de tal delito en todo el país, que representan el 11% de los imputados. En la provincia de Buenos Aires, 68 menores de 18 años fueron imputados de ese delito (el 10% del total). En tanto que en la Ciudad de Buenos Aires, durante el año 2007 sólo 1 menor de 18 años fue imputado del delito de homicidio doloso²².

Para las estadísticas del Ministerio Público Fiscal durante el mismo año -2007- fueron 14 los menores imputados de homicidio doloso (simple y agravado). En esta línea las Fiscalías de Menores han informado que el 2008 sólo 6 menores fueron imputados de homicidio simple, cifra que ha descendido a casa la mitad en comparación con años anteriores (2007, 11 imputados; 2006, 10 imputados; 2005, 16 imputados y 2004, 11 imputados).

En resumen, desde la década del noventa hasta la actualidad se ve un aumento de la cantidad de hechos delictuosos en general y en particular los delitos contra la propiedad. Según cifras oficiales la cantidad de homicidios dolosos durante la década del noventa, nuestro país registró cifras por arriba del

18 Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006

19 Guemureman, S. *La contracara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social*, en Gayol, S y Kessler, G, violencias, delitos y justicias en la Argentina. Buenos Aires: UNGS-Manantial, 2002 en Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006

20 Citara, R. El plan penitenciario bonaerense. *Revista del Servicio Penitenciario Bonaerense*, 1995, n° 8, Buenos Aires, en Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006

21 Dirección Nacional de Política Criminal. *Investigación sobre menores infractores*. Causas Año 1998. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006

22 Dirección Nacional de Política Criminal. *Sistema Nacional de Información Criminal año 2007, Informe sobre total del País*. Buenos Aires: Ministerio del Interior, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

promedio mundial. Sin embargo, desde comienzos de la década actual, la tasa anual ha experimentado un descenso a partir del año 2004, con un pico alto durante el año 2002. Debe destacarse que la tasa anual si bien siempre fue superior a la de países desarrollados, siempre se mantuvo muy por debajo de otros países latinoamericanos más violentos. Con relación a la población victimaria en su mayoría se trata de jóvenes, varones, con bajo nivel educativo, pero con alto porcentaje de concurrencia a la escuela entre los menores. Se concentran así las sentencias judiciales en la población de 18 a 20, lo que conlleva a una disminución de la edad promedio de la población carcelaria.²³

III. Hacia un régimen penal juvenil diferenciado

III.1. Menores en conflicto con la ley penal. Aspectos legislativos, historia y perspectiva

Cíclicamente el debate sobre la de edad de imputabilidad de los menores parece reeditarse una o dos veces por lustro²⁴. Si bien existe desde el imaginario popular una idea de que, cuando de justicia penal de menores se trata, estos “entran por una puerta y salen por otra, garantizándoseles la impunidad”.

158 Esta idea imaginada por la sociedad en nada refleja el estado actual de la legislación penal de menores en nuestro país. Si bien no es objeto del presente analizar, desde una visión jurídica, los antecedentes legislativos del tema, resulta oportuno, para una mayor comprensión, señalarlos.

La legislación sobre menores tiene sus primeros orígenes en los comienzos del siglo XX, donde las intensas influencias positivistas de la época dieron nacimiento a la ley de Patronato de Menores –ley nro. 10903²⁵–. La idea central de la ley se basaba en la defensa de la sociedad y la prevención del delito, y para ello era necesario actuar sobre aquellos que eran futuros delincuentes. Dicha ley fue derogada por la ley 26061²⁶ que incorpora como de aplicación obligatoria la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)²⁷.

23 Dirección Nacional de Política Criminal. *Informe Anual de Estadísticas Policiales Año 1999*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en Kessler, Gabriel. *Sociología del delito amateur*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

24 La edad de imputabilidad de los menores, bajo la lupa de juristas. Diario La Nación, Jueves 23 de octubre de 2008, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1062478. Hay que bajar la edad de imputabilidad a 14 años. Diario Clarín, Martes 2 de enero de 2001. Los menores de 16 años y el delito. Diario Clarín, Lunes 18 de diciembre de 2000 disponible en <http://www.clarin.com/diario/2000/12/18/s-07002.htm>

25 Ley 10903 publicada en el Boletín Oficial. 27.10.19

26 Ley 26061 publicada en el Boletín Oficial 26.10.05

27 Previo a ello nuestro país ratificó la Convención, mediante ley nº 23849 publicada en el Boletín Oficial del 22.10.90

Por su parte, los aspectos que lindan el derecho penal se hallan regulados por ley 22278²⁸ creada en 1980, durante el último proceso militar y que fuera modificada posteriormente por las leyes 22.803²⁹, 23.264³⁰, 23.742³¹. La característica principal de dicha ley es la fuerte ideología tutelar que el texto contiene.

Este régimen legal dispone, en su Art. 1, que los menores no son punibles hasta los dieciséis años, y existiendo una imputación de un delito contra un menor de esa edad, el juez lo dispondrá provisionalmente. Luego procederá a la comprobación del delito, y ordenará la elaboración de informes respecto de su personalidad, pudiendo internar al niño en el lugar que lo considere necesario.

En su artículo 2 la ley señala que los menores que teniendo dieciséis años incurran en un delito que no sea de acción privada o reprimido con penas de prisión que superen los dos años, deben ser sometidos a proceso penal. El juez puede disponerlo provisionalmente, y en los casos de abandono, falta de asistencia, peligro material o moral, o problemas de conducta, puede disponerlo definitivamente, pero antes deberá comprobar la existencia del delito y la participación del adolescente. Cuando alcanza la edad de dieciocho años puede imponerle una pena reducida conforme a la escala penal de la tentativa, o si estima que no es necesaria la pena, absolverlo.

La pena puede no resultar necesaria en virtud de los informes, modalidades del hecho, antecedentes del menor y la impresión directa recogida por el juez, y la evaluación de los efectos del encierro, operando todas ellas como una causa personal de exclusión de la pena³².

Así en la actualidad, y tal como fuera señalado en párrafos previos, la edad de imputabilidad plena se encuentra fijada en los 16 años, con relación a los delitos con penas mayores a dos años. En tal sentido, desde el año 1997 en nuestro país se han dictado diez sentencias de prisión perpetua a jóvenes que al momento de los hechos tenían menos de 18 años. Esta situación entra en contradicción con el compromiso asumido por nuestro país al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), hoy de jerarquía constitucional, en donde su art. 37 señala que no le impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin la posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad³³.

28 Ley 22278 publicada en el Boletín Oficial 28.08.80

29 Ley 22803 publicada en el Boletín Oficial 09.05.83

30 Ley 23264 publicada en el Boletín Oficial 23.10.85

31 Ley 23742 publicada en el Boletín Oficial 25.10.89

32 Zaffaroni, Eugenio Raúl "Derecho Penal, parte general" EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 190.

33 Artículo 37 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, Nueva York, ratificada por nuestro país mediante ley nº 23849 publicada en el Boletín Oficial del 22.10.90 y de carácter obligatoria por la Ley 26061 publicada en el Boletín Oficial 26.10.05.

Sin bien no es objeto del presente realizar un análisis jurídico de la legislación penal de menores, sí debe señalarse que el régimen actual es intensamente criticado por la doctrina y la jurisprudencia. Autores de fuste en la materia señalan que se trata de un régimen tutelar que avanza y avasalla los derechos de los niños. Aún en el caso en el que el niño acusado de un delito sea menor de 16 años el juez tiene la posibilidad de aplicar una medida tutelar. Esta medida de tipo tutelar se aplica de igual manera que una pena, pero a diferencia de esta tiene un tiempo no determinado, ya que queda el tiempo a discrecionalidad del magistrado, hasta tanto cese, por ejemplo el peligro moral o material³⁴.

Esta medida tutelar no sólo puede aplicarse a los menores de 16 años, sino también a aquellos jóvenes entre 16 y 18 años, sin importar el resultado de la causa. En otras palabras esta medida puede alcanzar no sólo a los declarados inimputables, sino también a los absueltos³⁵. Es en esta línea que las críticas más fuertes se alcen sobre que el régimen actual “no logra distinguir entre la atención de situaciones de desprotección, desamparo o abandono y la persecución y juzgamiento de hechos calificados como delitos por la ley penal”³⁶. En otras palabras, el régimen tutelar no permite distinguir con claridad aquellos casos penales de aquellos casos sociales –algo que sí se distingue con claridad a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)³⁷.

160

Así todos los caminos parecen llegar al mismo lugar, la privación de la libertad del menor por tiempo indeterminado, vulnerando así el principio constitucional de inocencia³⁸. Situación que entra en contradicción con la CDN, que

34 Art 1 “....Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto 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”. Ley 22278 publicada en el Boletín Oficial 28.08.80.

35 Artículo 2º. Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º. 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 4º. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto 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 22278 publicada en el Boletín Oficial 28.08.80.

36 G.F.D. y O. s/ expediente tutelar. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1ª. 6 de diciembre de 2006. Fallo Gabriel Cavallo y Eduardo Freiler.

37 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

38 Algo similar ha señalado, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional quien ha criticado la internación, al sostener que: “estas disposiciones [arts. 1º, 2º, 3º y 3º bis de la ley 22278 y art. 412 del CPPN] entran en colisión con el derecho al debido proceso y el principio de inocencia, que exigen que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena. Ello en tanto, según el artículo 18 de la Constitución Nacional, cualquier intervención coactiva que se aplique antes de tal resolución definitiva -particularmente cuando se trate de una medida restrictiva de la libertad- debe

en su art. 40.3 señala que los Estados Partes, fijarán una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales y siempre que sea apropiado y deseable se deberán adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir al sistema judicial³⁹.

La edad mínima a la que hace referencia la CDN queda librada al criterio de cada sociedad y cultura, de ahí que cada país haya optado por una edad diferente como límite de edad para la imputabilidad. Así, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing")⁴⁰, recomiendan que dicho límite no se establezca a una edad demasiado temprana, teniendo en cuenta las circunstancias de madurez emocional, mental e intelectual. Se busca examinar y analizar si los niños, teniendo en cuenta su desarrollo emocional, moral, mental, e intelectual, pueden considerarse responsables de un acto prohibido. En otras palabras, si presenta capacidad para comprender y discernir la ilicitud de los hechos que se le imputan.

Así, si "la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.)"⁴¹.

En esta línea existen no pocos conflictos entre el régimen penal actual de los menores, la edad mínima de imputabilidad penal, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes civiles, tal como se señala:

- A partir de la reciente modificación, para el Código Civil son menores quienes no hubieren cumplido los 18 años⁴².
- Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de 14 años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos⁴³.

estar fundada estrictamente en cuestiones de carácter procesal debidamente probadas y debe cubrir una serie de exigencias (mérito sustantivo, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, por el tiempo más breve que proceda), que no aparecen enunciadas en las normas antes citadas" (CCC, Sala I, CNº. 22.909 "Famoso, E. y O. s/ procesamiento e internación", rta. 17/03/04) citado por G.F.D. y O. s/ expediente tutelar. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1ª. 6 de diciembre de 2006. Fallo Gabriel Cavallo y Eduardo Freiler.

39 Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, Art. 40.3.

40 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

41 Comentario al Punto 4.1. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing") Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

42 Ley 26579 (B.O. 22.12.09) que modifica el Art. 126 del Código Civil de la República Argentina publicado por la ley 340 en el Boletín Oficial del 25.09.1869 (artículo modificado por la ley 17711 B.O 26.04.68).

43 Ley 26579 (B.O. 22.12.09) que modifica Art. 127 del Código Civil de la República Argentina

- Para la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad⁴⁴.
- Algo similar señalan las Reglas de Beijing cuando se refiere a los menores lo hace para edades que van desde los 7 a los 18 años o más⁴⁵.
- Para la ley 22708, que regula el régimen penal de los menores y los distingue entre:
 - Menores no punibles (no son sometidos a proceso):
 - "Ω aquellos que no han cumplido los 16 años.
 - "Ω aquellos que tienen entre 16 y 18 años para los delitos de acción privada⁴⁶ o reprimidos con pena privativa de la libertad que no excede de 2 años, con multa o con inhabilitación.
 - Menores punibles:
 - "Ω aquellos que tienen entre 16 y 18 años⁴⁷ para los delitos que no fueron enumerados en el párrafo previo.
 - "Ω aquellos que tienen entre 18 y 21 años⁴⁸.

Tal como lo señala Beloff, cuando los niños por debajo de la edad de responsabilidad penal cometen delitos graves, desde la sociedad emana una gran demanda de que “algo hay que hacer”⁴⁹.

publicado por la ley 340 en el Boletín Oficial del 25.09.1869 (artículo modificado por la ley 17711 B.O 26.04.68).

44 Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, Art. 2.

Esta Convención ha sido firmada y ratificada por todos los países del mundo, salvo por Estados Unidos y Somalia que aún no la han ratificado.

45 Comentario al punto 2 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

46 Delitos de acción privada: conforme con el Art. 73 del Código Penal, son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1. calumnias e injurias;
2. violación de secretos, salvo en los casos de los Arts. 154 y 157;
3. concurrencia desleal, prevista en el Art. 159;
4. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. Código Penal de la República Argentina. Ley 11179 publicada en el B.O 30.09.21 y modificaciones.

47 Artículo 6º. Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcancen la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

48 Art. 10. La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los 18 y la mayoría de edad se hará efectiva, durante este lapso, en los establecimientos mencionados en el Art. 6.

49 El 15 de abril de 2009 un joven de 14 años fue acusado de matar a un hombre, en ocasión de robo, en el Conurbano Bonaerense motivo por el cual los vecinos realizaron una protesta en la que agredieron a un fiscal y al Secretario de Seguridad de la Municipalidad de Lanús. Diario Clarín

Así la autora comenta que cuando se trata de bajar la edad de inimputabilidad debe aclararse qué significa esta situación. En esta línea comenta que existen dos lecturas posibles. Una de ellas que la inimputabilidad es entendida como una garantía constitucional. La garantía consiste en que los jóvenes menores de 18 años son inimputables, y esto es entendido como una barrera a través de la cual estos no pueden ingresar al sistema penal de adultos. Tal es la interpretación del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La interpretación tradicional de la inimputabilidad deviene de la incapacidad de culpabilidad tal cual surge de la teoría del delito, como ser incapaz de reproche jurídico penal. Si uno sigue esta concepción no tendría sentido un sistema de responsabilidad penal juvenil diferenciado de los adultos.

Así, Beloff comenta que cuando se habla de bajar la edad de inimputabilidad esto no debe realizarse, ya que el texto de la CDN es claro en este sentido. En esta línea, la interpretación que debe realizarse es la de un régimen penal diferenciado de los adultos. Así el límite de los 18 años que impone dicha Convención se refiere a que los jóvenes no deben ingresar al derecho penal de adultos antes de dicho límite etario o ser pasibles de reproche en términos del sistema penal de adultos. Esta inimputabilidad es diferente a la que tradicionalmente se discute a luz del 34 inc. 1.

Este régimen penal diferenciado surge de las Reglas de Beijing que en su artículo 2.2 señala: “*Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto*”⁵⁰. Del texto se desprenden dos conceptos, el primero de ellos, el de la necesidad de régimen penal juvenil, especializado y diferenciado de los adultos y el segundo, que los menores pueden ser sancionados por los delitos cometidos, pero respetando sus derechos y garantías. Se deja a cada Estado la potestad para definir cuál es la edad de ingreso al sistema de adultos.

163

Ahora bien qué sucede en los países de América Latina con relación a la edad de ingreso al sistema penal juvenil y el ingreso al sistema penal de adultos. En general predomina la idea de que la edad mínima de ingreso al sistema penal juvenil se establece a los 12 años y con relación al sistema de adultos a los 18 años⁵¹.

En otras palabras y tal como lo expone Elías Carranza⁵², cuando de justi-

16.04.09 disponible en <http://www.clarin.com/diario/2009/04/16/policiales/g-01898887.htm> consultado el 16.04.09.

50 Reglas de Beijing, *op. cit.*, Art. 2.2.

51 Carranza, Elías y Maxera, Rita, La justicia penal de menores de edad en los países de América Latina. Ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Monterrey, Nuevo León, octubre de 2005, p. 163-179.

52 Carranza, Elías, Criminalidad, políticas públicas, y edad de ingreso a la responsabilidad penal. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Salamanca, octubre 2004.

cia penal se trata, no debe partirse de un único modelo para todas las edades. Así, desde los medios masivos de comunicación parece surgir un único modelo donde sólo son juzgados los adultos y para los menores no existe justicia penal, sólo impunidad. Se trata de una falacia. En sus art. 37 y 40⁵³ la CDN establece un régimen especial para los jóvenes infractores de la ley penal. Esta convención prevé sanciones, algunas severas con privación de la libertad pero siempre respetando las garantías penales, procesales y de ejecución que hoy gozan los adultos, a lo que debe sumarse otras garantías propias de los menores, por su condición.

En la Argentina no existe aún un régimen penal para jóvenes en infracción con la ley penal, salvo por algunas reformas procesales.⁵⁴ Sobre el consenso de diferentes iniciativas, la Cámara de Senadores aprobó un proyecto para jóvenes en conflicto con la ley penal, que fue modificado por la Cámara de Diputados.⁵⁵ Nuestro país aún se encuentra en deuda en esta temática.

IV. Cerebro y adolescencia

Los jóvenes y adolescentes se comportan de manera diferente a la de los adultos y los nuevos avances en investigación neurocientífica echan un manto de lucidez sobre el porqué de dichas diferencias.

164 Los adolescentes suelen ser más impulsivos, subestiman los riesgos de sus acciones y sobrevaloran los beneficios a corto plazo. Además, en comparación con los adultos, son más susceptibles al estrés, son más inestables, y presentan dificultades para controlar las emociones. Esto puede verificarse fácilmente con recorrer institutos escolares o las noches de las grandes ciudades, donde no es extraño hallar algunos jóvenes envueltos en peleas, por ejemplo. En tal sentido, hace escasas algunas semanas atrás el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, con el objetivo de disminuir la violencia juvenil, restringió la venta de alcohol durante la noche y limitó los horarios de locales nocturnos, como discotecas.

Así, la violencia, al igual que otro tipo de comportamientos, se expresa con

53 Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, Art. 40 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; 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.

54 Régimen Procesal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley N° 2451 publicada en el B.O. CBA del 13.11.07.

Ley 13634, Provincia de Buenos Aires, publicada en el B.O. 22.02.07

55 El 25 de noviembre de 2009 la Cámara de Senadores aprobó el Proyecto N° 1564/08, Sistema Aplicable a los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.

mayor intensidad en la adolescencia y en los primeros años de la vida adulta.⁵⁶ Es por ello que la violencia entre los jóvenes se ha transformado en un problema de salud pública, tal como se ha señalado anteriormente. En Estados Unidos (EE. UU), el 72% de las muertes de los niños y jóvenes entre 10 y 24 años se debe a cuatro causas: accidentes de tránsito (33%), otras causas no intencionales (15%), homicidio (15%), y suicidio (12%)⁵⁷. En esta línea, en EEUU, la tasa de homicidios entre jóvenes de 15 a 19 años aumentó un 154% en el período 1985-1991.⁵⁸

IV.1. Adolescentes y violencia. Factores de riesgo

Tal como lo señalan los informes de la Organización Mundial de la Salud, uno de los factores de riesgo a tener en cuenta al momento de analizar la violencia juvenil es la participación de los jóvenes en peleas, situación muy común en jóvenes en edad escolar. Esta situación se repite a lo largo de diferentes países del mundo. Un estudio del comportamiento de niños en edad escolar en 27 países, reveló que la mayoría de los niños de 13 años, afirmó haber participado de conductas de intimidación⁵⁹. Además de ser parte de conductas agresivas, la intimidación y la participación en peleas puede llevar a formas más graves de violencia.⁶⁰

El consumo de alcohol es uno de los factores más preponderante cuando se trata de conductas violentas en adolescentes.⁶¹

La impulsividad, los trastornos en la atención, la escasa inteligencia, el bajo progreso educativo, pueden estar vinculados con deficiencias a nivel de las funciones ejecutivas del cerebro, ubicadas en el lóbulo frontal.⁶² Estas funciones incluyen: la atención, concentración sostenida, el razonamiento abstracto, la formación de conceptos, la fijación de metas, la previsión y planificación, la percepción y vigilancia efectivas del propio comportamiento, y las inhibiciones con respecto a comportamientos inapropiados o impulsivos. Así, en una investigación realizada en Montreal, que incluyó más de 100 niños, mostró que

165

56 Dahlberg LL, Potter LB. Youth violence: developmental pathways and prevention challenges. *American Journal of Preventive Medicine*, 2001, 20(1S):3-14.

57 CDC, NCHS. Public use data file and documentation: multiple cause of death for ICD-10 2005 data en Danice K. Eaton. *Youth Risk Behavior Surveillance --- United States, 2007 Surveillance Summaries June 6, 2008 / 57(SS04);1-131.*

58 Dahlberg LL. Youth Violence in the United States: Major Trends, Risk Factors, and Prevention Approaches. *Am J Prev Med*. 1998 May;14(4):259-72.

59 Currie C, ed. *Health behaviour in school-aged children: a WHO cross-national study*. Bergen, University of Bergen,1998.

60 Loeber R et al. Developmental pathways in disruptive child behavior. *Development and Psychopathology*,1993, 5:103-133.

61 Un estudio realizado en Suecia señaló que cerca de las tres cuartas partes de los delincuentes violentos y casi la mitad de las víctimas están alcoholizadas al momento del incidente.

62 Farrington DP, Loeber R. *Epidemiology of juvenile violence*. Op.cit.

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

las funciones ejecutivas medidas a los 14 años, constituyó un instrumento importante para diferenciar los niños violentos de los no violentos. Esa relación fue independiente de factores familiares, la situación socioeconómica, el nivel educativo de los padres, y la eventual separación o divorcio de los padres⁶³.

Otro de los factores de riesgo asociados a la violencia juvenil tiene que ver con las relaciones interpersonales de los jóvenes. Así la influencia de la familia suele ser mayor durante la niñez, pero en la adolescencia los pares, amigos y compañeros, tienen un efecto cada vez más importante.

IV.2. Cerebro, adolescencia y sus implicancias jurídico penales

Las diferencias entre el comportamiento de los adolescentes y los adultos, ya fue descripta hace tiempo por la psicología y psiquiatría evolutiva. Sin embargo en el último tiempo los neurocientíficos han comenzado a objetivar desde el punto de vista anatómico y funcional las diferencias concretas entre el cerebro adolescente y el adulto.

Mediante modernas técnicas de neuroimagen cerebral los científicos señalan que el punto de cohorte para la madurez del cerebro se encontraría en los 18 años. En otras palabras, el cerebro de los adolescentes no se encuentra completamente maduro hasta que este alcanza el final de la segunda década.

166 Estas regiones, aún no desarrolladas, específicamente los lóbulos frontales, son las encargadas del control de los impulsos,⁶⁴ de la regulación de la emociones⁶⁵, de la ponderación de los riesgos y del razonamiento moral.⁶⁶

63 Seguin Jean, Pihl, Robert O.; Harden, Philip W.; Tremblay, Richard E.; Boulerice, Bernard I. Cognitive and neuropsychological characteristics of physically aggressive boys. *Journal of Abnormal Psychology*, 1995, 104:614-624

64 Pliszka SR, et al. Neuroimaging of inhibitory control areas in children with attention deficit hyperactivity disorder who were treatment naive or in long-term treatment. *Am J Psychiatry*. 2006; 163(6):1052-60.

Schulz KP, et al. Response inhibition in adolescents diagnosed with attention deficit hyperactivity disorder during childhood: an event-related fMRI study. *Am J Psychiatry*. 2004;161(9):1650-7. Adam R. Aron Stop-signal inhibition disrupted by damage to right inferior frontal gyrus in humans *Nature Neuroscience*. 2003; 6, 115 - 116.

65 Hoaken PN et al. Executive cognitive functioning and the recognition of facial expressions of emotion in incarcerated violent offenders, non-violent offenders, and controls. *Aggress Behav*. 2007 Sep-Oct;33(5):412-21.

66 Moll J, et al. The Neural Correlates of Moral Sensitivity: A Functional Magnetic Resonance Imaging Investigation of Basic and Moral Emotions. *The Journal of Neuroscience*, 2002, 22(7):2730-2736.

Mendez M. What frontotemporal dementia reveals about the neurobiological basis of morality. *Medical Hypotheses* (2006) 67, 411-418.

Harenski CL, Hamann S. Neural correlates of regulating negative emotions related to moral violations. *Neuroimage*. 2006 Mar;30(1):313-24.

Moll J, et al. The Neural Basis of Moral Cognition Sentiments, Concepts, and Values. *Ann. N.Y. Acad. Sci.* (2008) 1124: 161-180.

No es función de los médicos, neurocientíficos o psicólogos, declarar a un joven inimputable, valoración de carácter estrictamente judicial, empero sí pueden echar un manto de lucidez sobre el funcionamiento cerebral de los adolescentes, cuestión que a fin de cuentas puede ser relevante al momento de analizar la culpabilidad.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de la Justicia Argentina en el fallo Maldonado de 2005, cuando señaló que “sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional... Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.”⁶⁷

Por su parte, la Corte Suprema de los EE.UU en el fallo de *Atkins vs Virginia*⁶⁸, en 2002, señaló que los sujetos afectados por retraso mental debían ser excluidos de la pena de muerte porque si bien la mayoría puede distinguir lo bueno de lo malo y tienen capacidad para estar en juicio, por definición, tiene una disminución en la capacidad para comprender y manejar la información, para comunicarse, para aprender de la experiencia, para el razonamiento lógico, para el control de sus impulsos, para comprender las reacciones de los otros.⁶⁹

A partir del caso Thompson, la Corte Suprema de los EE.UU, en 1988 señaló que los adolescentes menores de 16 años, presentan menor capacidad para controlar sus conductas y pensar a largo plazo, motivo por el cual la capacidad de culpabilidad de un joven es diferente a la de un adulto, situación que debe tenerse en cuenta al momento de aplicar una sentencia como la pena de

67 “M.,D.E.y otro s/ Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -Causa N°1174-” 7/12/2005. Expte. M. 1022. XXXIX.

68 Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).

69 *Idem*.

Este fallo produjo un cambio histórico en las sentencias pronunciadas por la Corte, ya que en 1989, en el caso *Penry v. Lynaugh*, sostuvo que la pena de muerte en el caso de sujetos con retraso mental podía llevarse a cabo. *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989).

muerte. En consecuencia, la Corte señaló que la ejecución de jóvenes menores de 16 años, resultaba una pena cruel y un castigo inusual y violaba la Octava Enmienda⁷⁰. Sin embargo, en otro caso similar acaecido durante 1989, la Corte permitió la ejecución de jóvenes que se encontraban entre los 16 y 17 años⁷¹.

En esta línea, EE.UU desde 1973 hasta el 2003, ejecutó 22 jóvenes que habían cometido el delito a los 17 años, salvo uno de ellos que tenía 16. Así tres Estados fijaron el límite de edad para entrar al sistema penal de adultos los 16 años, nueve Estados, en 17 años, y 38 Estados en los 18 años.

Otros países como China, la República Democrática del Congo, Nigeria, Pakistán, Arabia Saudita, Yemen, e Irán aplicaron la pena de muerte a jóvenes que cometieron sus delitos cuando tenían menos de 18 años en los últimos años. El menor de los jóvenes ejecutados tenía 13 años⁷².

IV.3. Desarrollo cerebral y adolescencia

Las evidencias científicas demuestran que los adolescentes no presentan la misma capacidad judicativa, el mismo control de los impulsos y la misma habilidad para medir los riesgos de sus acciones a largo plazo, que los adultos. En esta línea, modernos estudios en neuroimágenes señalan que las regiones frontales, encargadas de controlar y valorar dichas conductas, no se encuentran completamente desarrolladas hasta el final de la adolescencia⁷³.

Si bien el desarrollo cerebral en niños y adolescentes se investiga, en su mayor parte, en una población normal, voluntarios sanos, los resultados podrían extenderse hacia adolescentes en conflicto con la ley penal quienes, en algunos casos, pueden presentar algún trastorno o disfunción que acrecienta la vulnerabilidad propia de cualquier joven.

La forma en que los jóvenes toman decisiones, los juicios que realizan y la expresión de sus emociones, son diferentes a la de los adultos, ya que su cerebro también difiere. Desde el punto de vista anatomo-fisiológico, el cerebro de los adolescentes se encuentra inmaduro, sobretodo en las regiones encargadas de controlar los impulsos, de medir las consecuencias de las acciones y controlar las emociones, el lóbulo frontal⁷⁴.

Los adolescentes, por definición, son considerados como propensos

⁷⁰ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988)

⁷¹ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)

⁷² Executions of juveniles in the US and other country. <http://www.deathpenaltyinfo.org/execution-juveniles-us-and-other-countries>

⁷³ Giedd, JN. Structural magnetic resonance imaging of the adolescent brain Ann N Y Acad Sci. 2004 Jun;1021:77-85

⁷⁴ Giedd, JN . The teen brain: insights from neuroimaging. *J Adolesc Health*. 2008 Apr;42(4):335-43

a exponerse a situaciones de riesgo,⁷⁵ son buscadores de nuevas sensaciones.⁷⁶ Esta búsqueda de riesgo los lleva a exponerse a situaciones de riesgo, como por ejemplo: manejar alcoholizados,⁷⁷ mantener relaciones sexuales sin protección,⁷⁸ experimentar con drogas,⁷⁹ alcohol⁸⁰ y conductas relacionadas con el delito. Esta búsqueda de riesgo y la conducta impulsiva se ve agravada por la importancia de los jóvenes de ser aceptados y aprobados por el grupo de pares⁸¹.

Las diferencias que existen entre la forma en que toman las decisiones los adolescentes y los adultos no se fundamenta en la imposibilidad de los jóvenes de distinguir entre lo bueno y lo malo. Tampoco se basa en que los adolescentes no pueden realizar ningún razonamiento de costo/beneficio con relación a sus conductas, tal como lo han sugerido algunos estudios.⁸² La diferencia radica en la forma en la que los jóvenes realizan los análisis de costo beneficio, y cómo sopesan los riesgos y las ganancias, teniendo en cuenta las posibles ganancias a corto plazo.⁸³ Los adolescentes focalizan más en las posibles ganancias que en protegerse de las posibles pérdidas.⁸⁴ En síntesis, no es que los jóvenes no realizan análisis de costo beneficio, sino que se inclinan más hacia las posibles ganancias, lo que los puede llevar a tomar malas

75 Spear LP. The adolescent brain and age-related behavioral manifestations. *Neurosci Biobehav Rev.* 2000 Jun;24(4):417-63.

76 Kelley AE, Schochet T, Landry CF. Risk taking and novelty seeking in adolescence: introduction to part I. *Ann N Y Acad Sci.* 2004 Jun;1021:27-32.

77 Centers for Disease Control and Prevention (CDC). Youth risk behavior surveillance--United States, 2007. *MMWR Surveill Summ.* 2008 Jun 6;57(4):1-131.

78 Irwin CE Jr, Burg SJ, Uhler Cart C America's adolescents: where have we been, where are we going? *J Adolesc Health.* 2002 Dec;31(6 Suppl):91-121.

79 Edlin BR et al. Intersecting epidemics--crack cocaine use and HIV infection among inner-city young adults. Multicenter Crack Cocaine and HIV Infection Study Team. *N Engl J Med.* 1994 Nov 24;331(21):1422-7.

Chambers RA, Taylor JR, Potenza MN. Developmental neurocircuitry of motivation in adolescence: a critical period of addiction vulnerability. *Am J Psychiatry.* 2003 Jun;160(6):1041-52.

80 Swahn MH, Bossarte RM, Sullivent EE. Age of alcohol use initiation, suicidal behavior, and peer and dating violence victimization and perpetration among high-risk, seventh-grade adolescents. *Pediatrics.* 2008 Feb;121(2):297-305.

81 Spear LP. The adolescent brain and age-related behavioral manifestations, *op. cit.*

82 Furby, L., & Beyth-Marom, R. (1992). Risk taking in adolescence: A decision-making perspective. *Developmental Review,* 12, 1-44.

83 Cauffman E, Steinberg L. (Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults. *Behav Sci Law.* 2000;18(6):741-60.

Furby, L., & Beyth-Marom, R., *op.cit.*

84 Furby, L., & Beyth-Marom, R., *op.cit.*

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

decisiones,⁸⁵ fallan en predecir las posibles consecuencias de sus acciones.⁸⁶

Así esta toma de decisiones más arriesgada por parte de los adolescentes refleja la inmadurez de la corteza prefrontal,⁸⁷ lo que pone en evidencia las diferencias en las capacidades cognitivas.⁸⁸

En otras palabras, la capacidad de tomar decisiones por parte de los adolescentes se encuentra disminuida, por la falta de madurez y desarrollo emocional, y cerebral, lo que debe ser tenido en cuenta al momento de ser juzgados por el sistema penal.⁸⁹

Un estudio basado en una muestra de 1000 adolescentes y adultos, estableció que la madurez psicosocial no se encuentra completa hasta los 19 años.⁹⁰ Los adolescentes mostraron dificultad para realizar análisis a largo plazo, poder ponerse en el lugar de otros y dificultad para controlar sus impulsos agresivos.⁹¹

En los jóvenes y adolescentes las deficiencias emocionales y cognitivas, se acrecientan cuando otros factores como el estrés, las emociones y la presión de los pares, entran en escena. Estos factores pueden afectar el desempeño cogniti-

-
- 170 85 Bonnie L. Halpern-Felsher Elizabeth Cauffman Costs and benefits of a decision: Decision-making competence in adolescents and adults. *Journal of Applied Developmental Psychology* Volume 22, Issue 3, May-June 2001, Pages 257-273.
- Bechara, A, Damasio H, Damasio, A. Emotion, decision making, and the orbital cortex. *Cerebral Cortex*. 2000; 10: 295-307.
- 86 Crone EA, van der Molen MW. Development of decision making in school-aged children and adolescents: evidence from heart rate and skin conductance analysis. *Child Dev*. 2007 Jul-Aug;78(4):1288-301.
- 87 Bechara A, Van Der Linden M, Decision making and impulse control after frontal lobe injuries. *Current Opinion in Neurology* 2005, 18:734–739
- Manes F, Sahakian B, Clark L, Rogers R, et al. Decision making processes following damage to the prefrontal cortex. *Brain* 2002, 125, 624-639.
- 88 Eshel N, Nelson EE, Blair RJ, Pine DS, Ernst M. Neural substrates of choice selection in adults and adolescents: development of the ventrolateral prefrontal and anterior cingulate cortices. *Neuropsychologia*. 2007 Mar 25;45(6):1270-9. Epub 2006 Nov 22.
- Cauffman E, Steinberg L. (Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults, *op. cit.*
- Galvan A, et al. Earlier Development of the Accumbens Relative to Orbitofrontal Cortex Might Underlie Risk-Taking Behavior in Adolescents.
- 89 Steinberg L, Scott ES. Less guilty by reason of adolescence: developmental immaturity, diminished responsibility, and the juvenile death penalty. *Am Psychol*. 2003 Dec;58(12):1009-18.
- 90 Cauffman E, Steinberg L. (Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults, *op. cit.*
- Galambos NL, MacDonald SW, Naphtali C, Cohen AL, de Frias CM. Cognitive performance differentiates selected aspects of psychosocial maturity in adolescence. *Dev Neuropsychol*. 2005;28(1):473-92.
- 91 Cauffman E, Steinberg L. (Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults, *op. cit.*

vo de cualquier sujeto, pero lo hace con especial énfasis en los adolescentes.⁹²

La interrelación entre el estrés, las emociones y la cognición es particularmente compleja y diferente en los jóvenes que en los adultos.⁹³

El estrés afecta las habilidades cognitivas, incluyendo la habilidad para realizar análisis costo beneficio, asimismo bajo situaciones de estrés los jóvenes suelen actuar de forma rápida e impulsiva.⁹⁴

Tanto la emoción, como el estrés, juegan un rol importante en la toma de decisiones y la exposición ante conductas de riesgo. En tal sentido el estrés, sumado a las variaciones hormonales que se presentan durante la adolescencia, hace que los jóvenes sean más inestables emocionalmente.

Los adolescentes son más vulnerables a la presión de sus pares que los adultos. Asimismo los jóvenes pasan más tiempo con sus congéneres que con sus padres u otros adultos.⁹⁵

En esta línea, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando señaló que “en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieran una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena.”⁹⁶

171

IV.4. Inmadurez cerebral, adolescencia y conducta

El comportamiento inmaduro de los adolescentes refleja ni más ni menos que la inmadurez de sus cerebros.⁹⁷ Tal como se ha señalado en los párrafos introductorios, en las últimas décadas y gracias al avance de la tecnología en neuroimagen cerebral, es posible evidenciar cambios que antes no eran posibles observar, o sólo podía visualizarse mediante estudios *post mortem*. Basta para ello recordar el famoso caso de Charles Whitman acaecido en Texas en 1966.⁹⁸ A

⁹² Gardner M, Steinberg L. Peer influence on risk taking, risk preference, and risky decision making in adolescence and adulthood: an experimental study. *Dev Psychol.* 2005 Jul;41(4):625-35.

⁹³ Regina Sullivan The International Society for Developmental Psychobiology Annual Meeting Symposium: Impact of Early Life Experiences on Brain and Behavioral Development *Dev Psychobiol.* 2006 November; 48(7): 583-602.

⁹⁴ Spear LP. The adolescent brain and age-related behavioral manifestations, *op. cit.*

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ M., D.E.y otro s/ Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -Causa Nº1174-” 7/12/2005. Expte. M. 1022. XXXIX.

⁹⁷ Giedd, JN. The teen brain: insights from neuroimaging. *J Adolesc Health.* 2008 Apr;42(4):335-43.

⁹⁸ CharlesWhitman es considerado el primer asesino en masa de los Estados Unidos. En agosto de 1966 atacó con varias armas a un grupo de estudiantes de la Universidad a la que concurría. La autopsia que se le realizó luego de que fuera abatido, mostró un tumor que comprimía la amígdala.

través de las modernas técnicas imagen cerebral es posible observar la evolución del cerebro adolescente a lo largo del tiempo,⁹⁹ situación que previa al desarrollo de estas técnicas sólo era posible acceder en una mesa de autopsia.

Los avances tecnológicos no sólo han permitido a los científicos confirmar algunas hipótesis sobre el funcionamiento cerebral sino también comprender cómo es el desarrollo el cerebro humano a través de las diferentes etapas, desde la niñez, a la adolescencia y de esta a la de adultos.¹⁰⁰ “Las imágenes cerebrales realizadas sobre niños y adolescentes normales han sido útiles para comprender la maduración cognitiva, emocional y social a través del desarrollo de las diferentes estructuras cerebrales”.¹⁰¹

Así, y tal como se mencionó previamente, el cerebro adolescente funciona de una manera diferente al de los adultos. Los jóvenes, a diferencia de los mayores, para realizar determinadas tareas dependen de la activación de la amígdala, área cerebral asociada con los impulsos primitivos de agresión, el miedo y la ira. Por su parte los adultos tienden a procesar información similar a través de la corteza frontal, el área cerebral encargada del control de los impulsos y buen razonamiento.

Por otro lado, la maduración cerebral de los adolescentes explica también el comportamiento juvenil. Las regiones cerebrales encargadas del control de los impulsos, de la evaluación de los riesgos y el razonamiento moral son las últimas en desarrollarse y lo hacen hacia finales de la adolescencia.¹⁰²

172

IV.5. Adolescencia y agresión

El funcionamiento cerebral ha sido comparado con una compleja red que requiere de la íntima interrelación de sus diferentes partes. Tradicionalmente se ha asociado cada parte a diferentes funciones y capacidades, sin embargo, en la actualidad se sostiene la teoría que dado el funcionamiento en red, existen regiones que tienen una importancia crítica para determinadas funciones, y no la idea que sostenía la antigua frenología que cada función tenía un única localización cerebral. Las regiones más relevantes para comprender el funcionamiento del cerebro adolescente se relacionan con el cerebro emocional, es-

99 Lenroot RK, Giedd JN. Brain development in children and adolescents: insights from anatomical magnetic resonance imaging. *Neurosci Biobehav Rev*. 2006;30(6):718-29.

Giedd, JN. Structural magnetic resonance imaging of the adolescent brain *Ann N Y Acad Sci*. 2004 Jun;1021:77-85.

100 Toga AW, Thompson PM, Sowell ER. Mapping brain maturation. *Trends Neurosci*. 2006 Mar;29(3):148-59.

101 Sowell E, et al Mapping Changes in the Human Cortex throughout the Span of Life. *The Neuroscientist*, Vol. 10, No. 4, 372-392 (2004).

102 Yurgelun-Todd D. Emotional and cognitive changes during adolescence. *Curr Opin Neurobiol*. 2007 Apr;17(2):251-7. Epub 2007 Mar 26.

pecíficamente con las regiones relacionadas con la agresión, el control de los impulsos, la evaluación de los riesgos y el razonamiento moral.

La región cerebral relacionada con la expresión y el reconocimiento de las emociones es el sistema límbico, específicamente la amígdala,¹⁰³ ubicada en el lóbulo temporal. Esta forma parte del circuito neuronal encargado de detectar el peligro y producir rápidas respuestas con la finalidad de protegernos sin la participación de la conciencia.¹⁰⁴ Se trata de realizar evaluaciones de tipo afectivas precognitivas y dar respuestas rápidas a la situación en términos supervivencia. Estas respuestas incluyen la lucha, la huída, el aumento de la actividad autonómica, o respuestas de tipo freezing o congelamiento.¹⁰⁵ Estas respuestas rápidas ante situaciones que son vivenciadas como de peligro, presentan un amplio valor para la supervivencia de la especie, y han sido extensamente estudiadas y comparadas ya en tiempos de Darwin¹⁰⁶, Ribot¹⁰⁷ y James.¹⁰⁸

Por su parte, el lóbulo frontal se encuentra relacionado con las funciones cognitivas más complejas, las funciones ejecutivas. Se trata de funciones propias del ser humano como planificar, organizar acciones futuras, inhibir respuestas inadecuadas, controlar las emociones y realizar juicios morales. Estas funciones nos transforman en seres intelectuales, racionales. Es por todo ello que la corteza prefrontal es la región cerebral más desarrollada, si se la compara con otros primates,¹⁰⁹ y la más moderna filogenéticamente.¹¹⁰

En esta línea, puede señalarse que el lóbulo frontal no se encuentra completamente desarrollado, desde el punto de vista estructural, hasta el final de la adolescencia¹¹¹. En tal sentido, la corteza prefrontal (relacionada con el con-

103 Kandel E. *Principles of Neuroscience*. New York: Mc Graw Hill, 4th 2000.

104 Adolphs R. Fear, Faces, and the Human Amygdala. *Curr Opin Neurobiol*. 2008 April ; 18(2): 166–172.

Le Doux J. *El aprendizaje del miedo en Emoción y conocimiento. La evolución del cerebro y la inteligencia*. Barcelona: Tusquets, 2002.

105 Le Doux. *El cerebro emocional*. Barcelona: Planeta, 2001 citado por Goldberg E, *El cerebro ejecutivo. Los lóbulos frontales y la mente civilizada*. Barcelona: Editorial Crítica, 2da ed, 2004.

106 Cfr. Charles Darwin. *The expression of the emotions in man and animals*.

107 Cfr. Ribot T. *Psicología de las emociones*.

108 Cfr. James William. *The principles of Psychology*.

109 Algunos autores señalan que la corteza prefrontal de los humanos no es desproporcionadamente mayor que la de los monos superiores. Semendeferi K et al. Humans and great apes share a large frontal cortex. *Nature Neuroscience*, 2002 5: 272 - 276.

110 McBride T, Arnold SE, Gur RC. A Comparative Volumetric Analysis of the Prefrontal Cortex in Human and Baboon MRI. *Brain Behav Evol* 1999;54:159-166.

Semendeferi K, et al. Prefrontal cortex in humans and apes: A comparative study of area 10. *American Journal of Physical Anthropology*, 2001; 114(3): 224-241.

Ralph, L. H. (2002). "Brief communication: How much larger is the relative volume of area 10 of the prefrontal cortex in humans?" *American Journal of Physical Anthropology* 118(4): 399-401.

111 Evans AC; Brain Development Cooperative Group. The NIH MRI study of normal brain deve-

trol de los impulsos, la evaluación de riesgo, el razonamiento moral) es una de las últimas partes del cerebro en madurar. Esto significa que la inhibición de respuestas, la regulación emocional, la planificación y la organización continua desarrollándose hacia la final de la adolescencia y el comienzo de la adultez.¹¹²

V. Conclusiones

La violencia es un fenómeno complejo que se ha ido incrementando en las últimas décadas, al punto de ser considerado un grave problema de salud pública. En esta línea, los jóvenes se presentan no sólo como una población vulnerable frente a la violencia, sino también por sus características, como propensos a exponerse a situaciones riesgosas, como por ejemplo la violencia o hechos delictivos.

Por otra parte, en la Argentina, en los últimos veinte años, se ha registrado un incremento sostenido del número de delitos, sobretodo en lo que se refiere a los delitos contra la propiedad. Sin embargo, se han introducido algunos fenómenos novedosos, la disminución de la edad de los victimarios. La sentencias judiciales se concentraron en la franja etaria entre los 18 a 20 años, motivo por el cual el promedio de edad de la población carcelaria disminuyó de 31 años en 1984 a 21 años diez años después.

174 Asimismo y cíclicamente, a partir de algún caso policial resonante, se reedita en la opinión pública la discusión sobre la edad de imputabilidad de los menores. En tal sentido, los medios masivos de comunicación plantean un único modelo de justicia penal, el modelo de los adultos. Así, se erige la falacia de que sólo son juzgados y penados los adultos, y a los menores sólo les cabe la impunidad. Situación completamente alejada del modelo de responsabilidad penal juvenil actual, donde los jóvenes de 16 años entran al sistema penal de adultos y donde no existe un sistema diferenciado.

Nuestro país en 1994 incorporó en su Carta Magna, los tratados internacionales de Derechos Humanos, dentro de los cuales se encuentra al Convención sobre los Derechos del Niño, dicha convención señala y compromete a los Estados miembros a crear un sistema penal juvenil diferenciado del de los adultos. Es decir no se trata de no sancionar a los menores sino de hacerlo en forma diferente a la de los adultos, ya que se trata de una población con características propias y particulares. Es decir que deben gozar de las garantías de los mayores sumada a las propias por su condición de niños.

Una de las discusiones más importantes en esta temática es cuál es la edad

lopment. Neuroimage. 2006 Mar;30(1):184-202. Epub 2006 Jan 11.

112 Sowell ER, Thompson PM, Holmes CJ, Jernigan TL, Toga AW In vivo evidence for post-adolescent brain maturation in frontal and striatal regions. Nat Neurosci. 1999 Oct;2(10):859-61.
Sowell, E., Peterson, B., Thompson, P., Welcome, S., Henkenius, A., Toga, A. (2003) "Mapping cortical.

mínima que se requiere para el sistema penal de adultos. En esta línea, las Naciones Unidas, si bien dejan esta definición a criterio de cada Estado, señalan que un niño es todo ser humano menor de dieciocho años. Algo similar entiende nuestro país, al adoptar este criterio, modificándolo por el agregado desde el momento de la concepción.

La Argentina es uno de los pocos países de América Latina que aún no ha desarrollado un sistema penal diferenciado para jóvenes en conflicto con la ley penal –a no ser por algunas reformas procesales–, motivo por el cual no ha cumplido aún con los pactos y compromisos internacionales asumidos. En este orden, en la Argentina, se han dictado sentencias de prisión perpetua a jóvenes que al momento de cometer el delito tenían menos de 18 años, situación que va en contra de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37).

Las neurociencias actuales no sólo refuerzan aquellos conocimientos adquiridos previo al desarrollo de las modernas técnicas de neuroimagen, sino que aportan nuevos descubrimientos con relación al desarrollo, maduración y actividad cerebral durante la adolescencia.

Así, estudios de neuroimagen revelan que el desarrollo de la región prefrontal no se encuentra completamente desarrollado hasta la finalización de la adolescencia, y que las regiones relacionadas con los circuitos emocionales, especialmente la amígdala, presentan un aumento de su actividad. Esto explica el comportamiento adolescente caracterizado por la inestabilidad emocional, la falta en el control de los impulsos, las dificultades en el razonamiento moral, y en la valoración adecuada de los riesgos.

Es en esta línea es donde surge la necesidad de un sistema judicial para jóvenes en conflicto con la ley penal basado en sus características propias y particulares, dentro de las cuales se destaca su nivel de desarrollo y maduración, aún no finalizado.

Surgen, así, algunas reflexiones finales sobre lo expuesto, las que incitan a su vez a nuevas exploraciones e investigaciones en la temática:

- El cerebro de los adolescentes funciona de manera diferente al de los adultos.
- Los adolescentes son buscadores de nuevas sensaciones, lo que los lleva a exponerse a situaciones de riesgo.
- Suelen comportarse de manera impulsiva, subestimar los riesgos de sus acciones y sobreestimar los beneficios a corto plazo.
- Son más susceptibles al estrés, a la presión de sus pares y presentan dificultades para controlar sus impulsos y emociones.
- Este comportamiento puede explicarse desde el punto de vista de desarrollo neurobiológico y ontogénico por la falta de maduración cerebral, específicamente los lóbulos frontales y un aumento de la actividad de los centros emocionales.

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

- La capacidad de tomar decisiones por parte de los adolescentes se encuentra disminuida, por la falta de madurez y desarrollo emocional, y cerebral.
- Desde el punto de vista funcional la actividad, las regiones relacionadas con la agresión, la ira y el miedo, se encuentra más activa, que las regiones encargadas de valorar y controlar las conductas.

En consecuencia estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar la culpabilidad de los menores en conflicto con la ley penal y así lo entendió nuestra Corte Suprema de Justicia cuando señaló que “esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional”.

En otras palabras, las modernas investigaciones neurocientíficas aportan nuevas perspectivas al momento de analizar la importancia de crear un régimen penal especial para jóvenes en conflicto con la ley penal.

La imposición de sanciones a jóvenes infractores y una mirada alternativa hasta la modificación del régimen penal juvenil en Argentina

Por Gustavo J. González Ferrari¹

I. Introducción al tema

La incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como texto supralegal de rango constitucional –artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- supone un desafío de adecuación normativo en el orden interno que aún no ha podido ser debidamente superado por nuestros legisladores. En efecto, el tan mentado “cambio de paradigma” que vio la luz convencionalmente hace nada más ni nada menos que veinte años atrás, no ha tenido un correlato adecuado en la modificación de la normativa nacional de la especialidad, en lo que se refiere al derecho penal. En este ámbito atravesamos desde hace veinte años una situación de crisis en donde como decía Gramsci “...lo que debe morir no muere, y lo que debe nacer no nace...”. En esa situación, se encuentra hoy día la administración de justicia penal encargada de juzgar a adolescentes, cuando toca decidir cómo trabajar con la noción de responsabilidad propuesta por la Convención, cuando persiste aún en las prácticas el esquema de análisis de un régimen diferente, y en lo que a esto se refiere, cómo imponer las condenas.

En el ámbito legislativo han circulado en los últimos diez años muchos y distintos anteproyectos de ley con miras a adecuar la legislación penal especial interna a los compromisos asumidos por la Nación internacionalmente. No ha podido avanzarse en ese aspecto y los cambios que se han efectuado lo han sido de modo tangencial a través de la ley de protección de la infancia -26061-, con la que algunos han querido ver la muerte del sistema tutelar en el ámbito penal; y la reforma a la mayoría de edad introducida por la ley 26579 que en los hechos ha supuesto un desacomodamiento importante, pues al impedir legalmente la prosecución de la observación del joven sometido a proceso penal más allá de los dieciocho años, coloca en una difícilísima situación a los jueces para aplicar las disposiciones de la ley 22278 a la hora de juzgar sobre la necesidad o no de aplicar sanciones a quienes son declarados penalmente responsables de acuerdo con la precitada normativa, cuya vigencia y constitucionalidad ni siquiera

¹ Juez del Tribunal Oral de Menores N° 3.

ha sido puesta en tela de juicio por la Corte Suprema de Justicia en ocasión de tener bajo análisis casos que se condujeron bajo sus recaudos².

Dispone la ley 22278 que satisfechos los requisitos objetivos de la edad del justiciable –dieciocho años-, la existencia de una sentencia de responsabilidad a su respecto, y la realización de un tratamiento tuitivo implementado por no menos de un año y prorrogable hasta los veintiuno, “...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, así lo resolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º”. A estar a ese texto legal, es el objetivo primordial de la labor jurisdiccional determinar si la pena resulta o no necesaria; y tal finalidad no puede ser cumplida mediante el análisis aislado de alguno de los cuatro rubros allí consignados, sino que debe ser producto de una prudente y armónica valoración de todos y cada uno de ellos, sin poder otorgársele a ninguno preeminencia sobre los demás, pues han sido expresa y taxativamente señalados por el legislador como un sistema de compensación y complementación unos de otros. Dicha valoración, además no puede quedar sujeta a un ejercicio discrecional de las amplias facultades que ese texto confiere a los jueces de menores, sino que han de ser apreciados a la luz de los criterios rectores de la precitada Convención, que han venido a poner un saludable límite a aquélla situación, pues resultan de operatividad indiscutible desde que se trata de una normativa de derechos humanos fundamentales incorporada a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22)³.

178

Como puede apreciarse un primer problema que se plantea hoy día con la sanción de la ley 26579 es que ha quedado derogada tácitamente la exigencia del año mínimo de supervisión en algunos casos. Me refiero a aquéllos en donde el joven tenga diecisiete años de edad ya avanzados al momento de comisión del hecho delictivo que se le enrostra y ese requisito se torne materialmente de imposible cumplimiento al producirse de puro derecho el cese de cualquier intervención con su mayoría de edad. Sin dudas ello pone en evidencia más que nunca la necesidad de la sanción de un régimen penal de responsabilidad que permita sortear cualquier obstáculo en tal sentido y que imponga, de una vez por todas, un marco jurídico en el que los jueces no se vean obligados a articular artesanalmente remedios para que se pueda administrar justicia con miras a afianzarla y no a tornarla inaplicable. Pero además surge otro problema, no menor por cierto, consistente en cómo establecer algún parámetro que resulte más objetivo, a la hora de determinar la necesidad de una sanción, y que ello pueda ser ajustado a la Convención Internacional al tiempo que permita mantener con vida el marco normativo vigente, hasta que se opere la anhelada reforma legislativa.

² Vgr. fallos “Maldonado” o “Argul” de la Corte Suprema de Justicia.

³ CSJN. Fallos 327:3312.

II. La medida de la necesidad de una pena. Criterios e indicadores

Con miras a superar ello, entiendo que un criterio adecuado para ofrecer una solución es la de recurrir a principios generales del derecho penal. Parece lógico que así como *la medida de la pena* no puede exceder la del reproche que se formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, y tal culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación con que contó para ejercer su conciencia moral de acuerdo con las situaciones que lo rodearon⁴; *la medida de la necesidad de la pena* debe determinarse valorando si como consecuencia de la supervisión implementada, el joven ha fortalecido ese ámbito de autodeterminación, mejorando las condiciones vitales que favorezcan su aptitud para motivarse frente a los mandatos de la ley, y demostrando que es capaz de responder en lo sucesivo por sus actos. Ello puede evaluarse, en términos de la Convención Internacional, si se aprecia que ha fortalecido “...el respeto (...) por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros...”, pues lo que se persigue es su reintegración y que asuma responsablemente una función constructiva en la sociedad⁵. Los elementos de juicio para apreciar tal cuestión son aportados por el tratamiento al que hace alusión la ley 22278, que aunque constituye un esquema propio del sistema tutelar que se quiere superar, entiendo que puede contribuir a aportar elementos de juicio que permitan dotar de mayor vitalidad a la Convención Internacional. Varían según cada caso y se expresan fundamentalmente en los distintos desempeños que haya demostrado el joven infractor en los diversos ámbitos de inserción social a lo largo del tiempo que dura la supervisión. A tal fin pueden ser evaluados como indicadores de construcción de responsabilidad y autonomía los avances que aquél evidencie a nivel de escolaridad, su inserción laboral, la generación y el sostenimiento de vínculos duraderos, la repetición o no de actos disvaliosos, la capacidad de responder respetuosamente frente a límites en la convivencia, la asunción de una actitud crítica frente a los propios actos, por nombrar solo algunos. Es decir que entre las circunstancias que rodeaban la autodeterminación y capacidad de motivación frente a la ley antes del hecho cometido y las existentes luego de la intervención judicial a raíz de ella, debe apreciarse un cambio sustancial en donde el esfuerzo realizado por el joven infractor cobre un papel preponderante, pues ello es la mejor medida de su intención de reinserción, al tiempo que permite abrigar razonablemente la expectativa de que los episodios en los que se vio involucrados no habrán de repetirse.

Esta posición frente al denominado “tratamiento”, con eje en la noción de responsabilidad y de autonomía, es la que más se ajusta a los términos de la Convención Internacional, desde que se coloca el problema del delito cometido

4 CSJN. Fallos 331:636.

5 Artículo 40 inc. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

por los jóvenes en el ámbito del compromiso frente a los derechos de los otros y no como lo hacía la visión positivista propia de la ley 22278, en la enmienda de su peligrosidad a través del mero cumplimiento de actividades. Se pretende ahora “...la restauración de las condiciones que permiten construir responsabilidad en el seno de una cultura de derechos, y no como hace el positivismo, en la readaptación del infractor”⁶.

III. La cuestión de la gravedad de los hechos cometidos. El eje de la responsabilidad

En este orden de ideas, parece pertinente resaltar que si bien ni la gravedad del hecho ni la peligrosidad evidenciada son correlato necesario de la necesidad o no de pena⁷ -pues de haberlo querido así el legislador hubiese clausurado la posibilidad de disponer una absolución en tales casos, y no lo hizo-, sí influyen aquéllas junto con los antecedentes personales del joven para trazar los objetivos del tratamiento y las medidas que se adopten en el marco de una injerencia autorizada por la ley por mediar una imputación delictiva⁸.

No parece razonable en términos de equidad reclamar del mismo modo a quien con sus actos ha quebrantado violentamente la paz social al punto de transgredir la protección de bienes jurídicos más valiosos, que a quien obró con menor contenido de injusto; como tampoco cabe medirlos con la misma vara, en uno u otro supuesto sin considerar los distintos niveles de vulnerabilidad social que presentan los infractores de acuerdo con sus respectivas historias vitales.

Como quedara dicho anteriormente, lo que corresponde valorar de la supervisión a la que es sometido un joven, es si éste ha logrado conjurar las circunstancias vitales que pudieron haber limitado su ámbito de autodeterminación o no, y si se ha generado en él aptitud para responder por sus actos. Debe apreciarse en él un cambio que exceda el mero ritualismo de la realización de actividades institucionales, pues muchas veces no se advierte que *la constelación situacional en la que se encontraba inmerso* -expresión utilizada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Maldonado”- el joven con anterioridad a los hechos delictivos que provocan la intervención judicial, ni sus capacidades personales para entonces, difieran de las logradas durante el tratamiento. Me refiero a que no pueden constituir indicadores dirimentes para hablar de una apropiación de la noción de responsabilidad por lo cometido por parte de aquél, que a lo largo del tratamiento demuestre aptitud para el trabajo, por citar un ejemplo, si dicha disponibilidad la presentaba con anterioridad a co-

⁶ Cfr. “Hacia un nuevo Sistema de Justicia Juvenil”, Luis González Plasencia, en “Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, Programa de Cooperación sobre DDHH México-Comisión Europea, pág. 407).

⁷ C.S.J.N.Fallos 332:512.

⁸ Ver Opinión Consultiva 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

meter el delito, o que demuestre que cuenta recursos afectivos o cognitivos suficientes para generar y mantener vínculos o para poder proyectarse, si tal aptitud también la evidenciaba antes. Es que no cabe afirmar que por sí solas las variadas actividades que realiza durante una situación de encierro –participación de talleres, obtención del título secundario, respeto por pautas convencionales- resultan suficientes para erigirse como signos claros y concretos de un aumento en su capacidad de respuesta respetuosa frente a terceros, si también eran conductas que habitualmente exhibía poseer antes de la supervisión a la que se lo somete por imperativo legal, demostrando ser responsable en sus trabajos, u obligándose con otros, como por ejemplo, a través de un compromiso en una relación de pareja o filo-parental. Lo que sí resulta trascendente es que el joven demuestre que quiere abordar comprometidamente durante el seguimiento judicial, una sincera reflexión sobre los motivos y circunstancias que pudieron conducirlo a actuar de ese modo antisocial, sin reconocimiento del otro. Es precisamente esa instancia de trabajo reflexivo la que ayuda a construir su propia subjetividad.

Se aprecia a menudo que institucionalmente los jóvenes no son acompañados en tal sentido y que prima la carga de actividades para satisfacer objetivos institucionales o para lograr en ellos una disciplina, dándose el mismo remedio a todos los casos sin reparar las diferentes urgencias y realidades de cada caso, y sin tratar en definitiva lo central: los motivos que lo llevaron a la situación de encierro. Hay una tendencia a callar o negar los muchas veces graves episodios que conducen a los jóvenes a una instancia de institucionalización, sin reparar que constituye un núcleo central para el juez que debe decidir tan importante cuestión –la necesidad o no de la pena- el de poder afirmar que han sido superados siquiera mínimamente los obstáculos personales que impiden una adecuada integración social. Es que si esta cuestión no se aprecia como una conquista cierta del joven, la imposición de una sanción devendrá necesaria.

Ya sostuve en alguna ocasión en la que me tocó fallar al respecto, que el respeto por los derechos humanos y los derechos de terceros aludidos por la Convención Internacional, no pueden verse nunca fortalecidos consolidando en el joven el olvido o la negación de los actos cometidos; y si el tribunal se limitara a conformarse con el mero cumplimiento por parte de él de actividades –laborales, educativas o de otra índole-, cuya intencionalidad no debe ser otra –como quedara dicho- que la de colocarlo en una perspectiva responsable frente a lo hecho, se estaría consolidando en él el peor de los mensajes: que no es necesario darse una explicación sobre la situación provocada, cuando ésta ha constituido una franca vulneración a los derechos de los semejantes. Y con ello, la noción de impunidad impropia en un estado de derecho en donde debe ser reinsertado. Al respecto señala Mary Beloff que “...la idea de responsabilidad en los adolescentes es central desde la perspectiva de su integración social, porque difícilmente alguien puede constituirse como ciudadano pleno si no logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que los

delitos que comete tienen para la comunidad en la que vive...»⁹. Siempre el joven debe sentirse obligado a darse una respuesta por lo hecho, pues como enseña el profesor y filósofo de la Universidad de Oxford John R Lucas que “...el núcleo del concepto responsabilidad es que se me pueda formular la pregunta “por qué lo hiciste” y sentirme obligado a dar una respuesta...”¹⁰. Si no lo hace, tal actitud es un indicador insoslayable de que no ha asumido ninguna responsabilidad y que, por tanto, la sanción resultará procedente.

IV. Sancionar? De qué modo?

Se introduce aquí una cuestión que excede al propósito de estas líneas consistente en si es posible concebir que una sanción eduje. Es una cuestión digna de un debate profundo, que por cierto no puedo dar ahora. Entiendo que el proceso judicial, el debate y la sentencia, constituyen por sí mismos actos pedagógicos eficaces para generar una reflexión en el joven, una invitación a la memoria por lo sucedido, que permiten generar un campo propicio para que aquél asuma responsabilidad y construya de un modo más integral su subjetividad. Pero indudablemente es la pena que se imponga, la medida que a ese fin reúne mayor envergadura como respuesta por los actos cometidos.-

Como quedara dicho anteriormente, la ley 22278 establece como parámetro de sanción solamente el encierro, pues de acuerdo con una lógica ajustada a los tiempos en que aquella cobró vida, el legislador optó con hacer valer la especialidad de la minoridad mediante el criterio de una pena igual a la que correspondería a un adulto cuando no hubiese signos de enmienda en el joven, o a lo sumo de una pena cuantitativamente reducida a la mitad, de acuerdo a las disposiciones que rigen la tentativa, cuando la evolución fuese apenas satisfactoria¹¹. Es decir se apropió de una lógica binaria en la que solo caben dos posibilidades: la pena de prisión –en cualquiera de sus formas, condicional o de efectivo cumplimiento- o la eximición de pena. En cuanto a la libertad vigilada, su aplicación fue pensada como una alternativa previa a la condena y no posterior, y de ella se vale el juez para decidir si la pena es o no necesaria, en tanto se conforme con lo hecho por el joven durante el lapso de observación.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, propone otra lógica: la de la protección integral que, como quedara dicho, trabaja sobre el eje de la responsabilidad del joven por sus actos, en el entendimiento de que esa es la forma más apropiada de integración social. Es decir que lo integra, obligándolo frente a otros. Y en lo que a los medios para lograr esos fines se refiere, se enro-

9 Cfr. “Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave”, en Bien Común, año XI, núm. 124, abril de 2005, pp.35-37.

10 Cfr. “Responsability”, Oxford: Clarendon Press, 1993, pág.5.

11 Artículo 4 de la ley 22278.

la en una propuesta que persigue imponer medidas socio-educativas en vez de penas. Así dispone en su artículo 40 inc. 4º “...se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de una manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”. A casi veinte años de su existencia, nuestro país aún no ha adaptado la legislación interna para dar acabado cumplimiento con sus disposiciones, y si bien su operatividad –como dijera- es indiscutida, la labor interpretativa para integrar la ley 22278 a sus designios, tiene también límites, por cuanto no pueden los jueces crear medidas por fuera de las reconocidas en el marco legal existente, ni tampoco imponer su regulación, labores que son del estricto resorte de los otros poderes del estado. Esto obliga a transitar por un delicado límite que sería loable que se viera vencido de una vez por todas, con la sanción de una ley de responsabilidad penal juvenil, por cierto demorada.

En este sentido cabe destacar también que no hay motivos para tildar de inconstitucional la ley 22278, pues pese a que se trata de una ley sancionada durante gobierno de facto, el pertinente control de su contenido fue efectuado por el Congreso Nacional a través de la ley 23077 de “*Protección del orden constitucional y la vida democrática*”, no integrando el lote de normas derogadas; y en ocasión de poder expedirse sobre sus contenidos, contando ya para entonces la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño rango de normativa suprallegal complementaria de derechos y garantías constitucionales –art. 75 de la Constitución Nacional-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su condición de intérprete supremo de las normas aplicables en suelo nacional¹², no la consideró contraria a ésta sino tan solo en lo atinente a la disposición definitiva de menores de edad sin causa penal, refiriéndose a aquélla ponderativamente como una “... pieza jurídica fundamental nacional en la materia” que debe ser conjugada con la Convención¹³.

En relación a la prisionización de jóvenes infractores la CIDN asume como principio el de excepcionalidad y, supletoriamente el de encierro por el menor tiempo que proceda (art. 37 inc. b), al tiempo que se enrola en la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 37 inc. a). Para la determinación del plazo de encierro se ciñe a la garantía del principio de culpabilidad y de proporcionalidad en la determinación de la pena (art. 40 inc. 4), recordando previamente que el criterio general, tal como quedara dicho, es el de la primacía del uso de otras alternativas sancionatorias (art. 40). De tal suerte, a la luz de esos mandatos, corresponde de acuerdo con la instrucción

12 CSJN. Fallos 332:1488.

13 CSJN, *in re “Maldonado, Daniel”*, M 1022. XXXIX, puntos 24 y 35.

dada por nuestro más Alto Tribunal, conciliar tales principios de rango superior con las disposiciones del art. 4º de la ley 22278, que sostiene como única pena posible la de prisión.

La primera consideración que cabe efectuar es que la reducción establecida por la ley en su artículo 4, se ajusta a los criterios de la Convención pues permite aplicar una pena diferenciada respecto de la que pueda corresponder a una persona mayor de dieciocho años de edad en las mismas circunstancias. Sin embargo entiendo que el mandato constitucional al que estamos obligados los jueces de la especialidad de ajustar el encarcelamiento por el menor tiempo posible (art. 37 de CIDN), no puede quedar limitado a ese tope mínimo, sino que a la vez debe de ser establecido en cada caso de acuerdo con el mandato consignado en el artículo 40, inc. 4º de la normativa supralegal, en cuanto a que la determinación de la pena o la sanción debe guardar proporción no solo con la infracción –que ya lo ha determinado el legislador- sino con las circunstancias personales del justiciable. Repárese que aún dentro de los límites reducidos fijados por la ley, puede que el monto mínimo establecido sea excesivo y que por tanto se transforme en una medida retributiva no educativa, en consecuencia cruel, y prohibida expresamente por la norma desde que no está permitido el sometimiento del joven de una manera que no sea “...acorde con el fomento de su 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 éste asuma una función constructiva en la sociedad”¹⁴.

184

Que el mínimo legal no sea un límite infranqueable para el juez no es una cuestión novedosa dentro de la doctrina nacional. Al respecto se han manifestado a favor de ello autores de la talla de Luigi Ferrajoli y Eugenio Zaffaroni¹⁵ en el entendimiento de que ello favorece la búsqueda de una pena más equitativa de acuerdo con los fines perseguidos por el derecho penal. Justamente el derecho de la minoridad constituye uno de los ámbitos donde el legislador se hizo eco de ese criterio, y las disposiciones del artículo 4º de la ley 22278 son la mejor prueba de ello, acogiendo el *principio de flexibilidad en la determinación de las penas*, principio que, por otra parte, es característico del derecho penal de menores a nivel internacional y que ha tenido acogida en todas las legislaciones de responsabilidad penal juvenil surgidas con posterioridad a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, al ofrecer al juez alternativas sancionatorias para que acomode plásticamente a cada situación la sanción con especial consideración de las circunstancias vitales del joven infractor¹⁶. Incluso hay

14 Art. 40.1 de la CIDN.

15 Cfr. “Derecho y Razón” Ed. Trotta, Madrid, 1995, p.400 y “Manual de Derecho Penal”, Ediar, 2006, p.743.

16 Ver sobre el tema “Las Penas”, Fleming y Viñals, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 2009, pag. 298-301

quienes sostienen que tal posibilidad emerge del propio texto de la ley 22278 pues al remitirse a las disposiciones que de la tentativa establece el Código Penal, cabe ajustar ello al otro supuesto previsto por la legislación para imponer penas por debajo del mínimo legal: el de la punición de la comisión del delito imposible¹⁷, opinión que aunque interesante, no comparto por entender que difícilmente el legislador al establecer la pauta del artículo 4º lo hubiera hecho pensando en la punición de un delito de imposible cumplimiento. Es la Convención Internacional con su nuevo paradigma y sus principios expresos en tal sentido, la que obliga a replantear la punición ajustando en cada caso que la sanción sea por el menor tiempo que proceda.

La segunda consideración es la relativa a la posibilidad de recurrir directamente a la imposición de una sanción educativa y no a la de una pena privativa de libertad, para tornar operativo el mandato del artículo 40. 4 de la Convención Internacional. En nuestro derecho la norma que parece ajustarse más saludablemente a ello, es la prevista en el artículo 27 bis del Código Penal -las reglas de conducta-. Pero no se trata de una pena principal, sino que su aplicación es accesoria a la pena de prisión de ejecución condicional. Al respecto señala con acierto José Daniel Cesano que “...dentro del sistema establecido en el código Penal, los hechos antijurídicos y las consiguientes culpabilidades están rigurosamente catalogadas a los efectos de que puedan ser sancionadas con las penas correspondientes, que serán siempre las creadas por el artículo 5 del mismo cuerpo legal. Al ser esto así, no pueden quedar dudas de que, si el legislador hubiera pretendido ampliar el cuadro represivo del código, incorporando una nueva pena principal (...), tal decisión debió quedar reflejada en el referido artículo 5º”¹⁸. De otro lado nuestro más Alto Tribunal ha determinado que las únicas penas fijadas por el Código Penal son las establecidas por el artículo 5 de esa normativa¹⁹. Por tanto aplicar de modo directo medidas educativas y no una pena, implicaría asumir pretorianamente una función legisferante impropia de un sistema republicano de gobierno²⁰.

Puede suceder que imponer una pena de efectivo cumplimiento, aunque procedente por una literal interpretación de la ley 22278, resulte inapropiado de acuerdo con los mandatos constitucionales fijados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cuando los profesionales que intervinieron en su

y “Sobre la posibilidad de aplicar las penas por debajo de los mínimos legales”, Pablo Irribarren, LL supl. Penal, agosto 2007, pág 26 y siguientes.

17 Cfr. “El artículo 4, la ley 22278 y la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa”, J.P. Santoanni, “Revista de Derecho Penal y procesal Penal”, Abeledo Perrot, octubre 2009).

18 Cfr. “Las reglas de conducta del artículo 27 bis y la condena de ejecución condicional”, Alveroni ediciones, 1996, pág. 22-23.

19 CSJN, *in re* “Martinez de Perón 8-IV-1980, LL 1980 B, pág. 447.

20 CSJN. Fallos 321:92.

supervisión, entendieran suficiente el lapso de encierro a los fines del tratamiento, al punto que sugerir su inmediata externación. Esto inclusive puede verse avalado por otros profesionales –vgr. Médicos, Psiquiatras y Psicólogos Forenses- quienes pueden corroborar tal apreciación, sin perjuicio de recomendar la prosecución de otras alternativas, terapéuticas o de otra índole, luego de la sentencia, que le permitan al joven ahondar sobre lo sucedido de modo más responsable. En estos casos se concluye que el encierro no cumple función alguna en su reinserción social, y que imponerle una pena de efectivo cumplimiento constituiría obrar en términos de retribución, de venganza y nunca de reeducación, por más que se lo quiera disfrazar eufemísticamente de esa forma. Además recurrir a ellos supondría desconocer los términos de la ley 24660 –ley de ejecución penal- en donde no se prevé como parte del tratamiento penitenciario la realización de ningún tratamiento psicológico –cuando esa alternativa sea la sugerida- a los condenados, por lo cual su nueva detención nunca coadyuvaría a garantizar la realización de una terapia muchas veces imprescindible.

Es aquí donde cabe analizar si un recurso adecuado no lo puede constituir la imposición de una pena de ejecución condicional a la que se le adicione el cumplimiento como regla de conducta del tratamiento sugerido por todos los equipos interdisciplinarios intervenientes, satisfaciendo así los fines perseguidos por la Convención Internacional, y permitiéndole al joven asumir responsablemente su rol en la sociedad. Entiendo que ello hace a su interés superior²¹, desde que entre las soluciones posibles esa es la que favorece del mejor modo el disfrute de todos los derechos considerados en la normativa internacional, permitiéndole que en libertad permanezca reintegrado socialmente, al tiempo que pueda responsablemente concluir el tratamiento sugerido, y asumir frente a todo el conjunto social una respuesta valiosa por lo cometido.

V. Síntesis

Como corolario entonces corresponde destacar que: a) la aplicación de la Convención como norma rectora a la hora de imponer sanciones a jóvenes infractores es indiscutible y obligatoria, debiendo los jueces hasta tanto no se sancione una ley ajustada a sus mandatos, oxigenar la ley 22278 todo lo que sea posible; b) el denominado tratamiento tutelar puede y debe ser utilizado en auxilio de ese propósito de adecuación de la norma a los principios convencionales con eje en la construcción en el joven de la noción de responsabilidad por los actos cometidos, y debe valorarse sus avances no por el mero cumplimiento de actividades de su parte para satisfacer objetivos institucionales, sino con miras a reforzar su capacidad reflexiva por sus actos, única medida para evaluar si la pena es o no necesaria en los términos de la Convención y de la ley 22278; c) la medida privativa de libertad como último recurso y por el menor tiempo que

²¹ Art. 3, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02, punto 53.

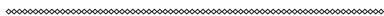
ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

proceda puede ser ajustada de acuerdo con las características de la evolución de cada joven para realizar los fines educativos perseguidos por la Convención, y en tal sentido, hasta tanto no se sancione una normativa interna que provea a los magistrados de penas alternativas, la imposición de penas en suspenso con reglas de conducta, aún para sancionar la comisión de delitos graves, puede resultar una solución adecuada en el marco de la especialidad, con miras a realizar la reinserción responsable del joven en la sociedad. Ello es más acorde con los principios de la Convención que reposan en la noción de responsabilidad, que la dispensa punitiva prevista por el artículo 4º de la ley 22278.

.VI.

ESTRATEGIAS DE LA DEFENSA PÚBLICA ANTE LA VULNERACIÓN
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE
NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

189



1. Reflexiones sobre la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657: su impacto sobre la administración de justicia, la defensa pública, y el ámbito de la infancia, *por Mariano Laufer Cabrera*
2. Estrategias de la Defensa Pública Oficial para la Exigibilidad de los Derechos Sociales de la Infancia, *por Gustavo Daniel Moreno*
3. La Defensa Pública ante la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de Niñas, Niños y Adolescentes, *por Sebastián Tedeschi*

Reflexiones sobre la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657: su impacto sobre la administración de justicia, la Defensa Pública, y el ámbito de la infancia

Por Mariano Laufer Cabrera¹

Las consideraciones vertidas a continuación intentan servir como una guía introductoria de discusión, para reflexionar sobre la incidencia de la nueva normativa en salud mental en nuestro trabajo como operadores del sistema de administración de justicia, y de la Defensa Pública en particular.

Al respecto, resulta interesante plantearse las siguientes preguntas:

- ¿Es la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657 una norma de reforma del sistema de salud mental?
- ¿Cuál es el rol que se espera de la justicia y la Defensa Pública en esta temática?
- ¿Qué aplicación tiene esta normativa en el ámbito de la niñez?

191

Intentaremos esbozar pistas para algunas posibles respuestas, que sean de especial relevancia para la defensa pública.

Así, adelantamos nuestra opinión positiva respecto de que la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657 se trata efectivamente de un instrumento de reforma del sistema de salud mental, y ello puede explicarse –entre otros muchos planos de análisis- en función de tres aspectos:

- El valor normativo y el ámbito de aplicación de la Ley N° 26657;
- El cambio de rol asignado al Poder Judicial;
- El cambio de rol asignado a la Defensa Pública;

I. El valor normativo y la vigencia de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657

El análisis sobre el valor y jerarquía normativa de la Ley N° 26657, así como respecto de su ámbito de vigencia, pueden darnos indicios certeros sobre si es viable considerar esta norma como una herramienta de reforma del sistema de salud mental argentino.

¹ Coordinador de la “Unidad de Letrados art. 22 Ley 26657”, Defensoría General de la Nación.

Para ello, cabe preguntarse cuál es el carácter de esta ley, y cuál es el ámbito de aplicación de la normativa.

En relación a la primera inquietud, consideramos que el perfil de esta ley se define por tratarse de una norma con las siguientes características:

I.1. Normativa de derechos humanos

La ley no sólo se dedica al “derecho a la salud mental”, sino que recepta y esclarece el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales de las personas, que dado su carácter de indivisibles e interdependientes, también se ponen en juego en la relación de una persona con el sistema de salud, y aún más al atravesar una situación de especial vulnerabilidad como una internación.

Así, la ley reconoce y regula también el ejercicio del derecho a la salud en general, a la dignidad y a la autonomía, a la capacidad jurídica, a la libertad, a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la intimidad, a la identidad, a la integración comunitaria, etc. (ver en especial cap. IV de la ley).

I.2. Normativa de “piso mínimo”

192 La vigencia de la ley implica la conformación de un piso y marco mínimo, uniforme e igualitario de protección de derechos básicos, para toda la población que requiera atención de su salud mental, en todo el territorio nacional; ello, sin perjuicio de que las provincias pueden legislar en sus jurisdicciones, si éstas elevan este marco y sus legislaciones resultan más beneficiosas para las personas usuarias.

I.3. Normativa de orden público:

La propia ley, sancionada por el Congreso de la Nación, dispone que se trata de una normativa de orden público (cf. art. 45 de la ley), con las implicancias jurídicas de cumplimiento obligatorio e indisponible que dicho imperativo trae aparejado.

I.4. Normativa de reglamentación interna del derecho internacional de los derechos humanos

La sanción de esta ley puede entenderse como el cumplimiento de una obligación para el Estado argentino, en razón de los compromisos asumidos ante la comunidad internacional al suscribir tratados y otros instrumentos de derechos humanos, y significa un paso más en la adecuación de la legislación interna al derecho internacional.

En efecto, esta ley puede entenderse como el desarrollo de legislación interna derivada del bloque de constitucionalidad federal, conformado por los

tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional desde el año 1994, y por ende esa es la jerarquía que debe tenerse en cuenta al analizar su vigencia y aplicación en todo el país.

En este sentido, los derechos desplegados en la Ley 26657 deben ser leídos como la aplicación concreta de los instrumentos generales de derechos humanos, a una población en especial situación de vulnerabilidad, en este caso, personas usuarias de servicios de salud mental.

Los derechos previstos en la ley, de acuerdo a cada caso, deben considerarse derivaciones de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*², todos con jerarquía constitucional.

Otros tratados importantes que guardan relación con la ley son la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y el Protocolo de San Salvador adicional a la CADH (art. 18).

Por lo demás, el texto de la ley reconoce como antecedentes a instrumentos específicos muy valiosos, tales como la “*Declaración de Caracas*”³, los “*Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*”⁴, y los “*Principios de Brasilia para el desarrollo de la atención en salud mental en las Américas*”⁵, los que fueron mencionados explícitamente en el art. 2 de la ley como “parte integrante” de la misma, o como “instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas”.

Además, la ley se basa en otros instrumentos internacionales específicos de salud mental, discapacidad y derechos humanos más recientes, como el “*Consenso de Panamá*”⁶, y en observaciones y recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos, como la Observación General N° 5 sobre las personas con discapacidad⁷, y la Observación General N° 14 sobre el derecho a

2 Este tratado de derechos humanos reconoce expresamente el derecho a la salud mental en su art. 12: “...Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”.

3 Adoptada por la Conferencia OPS/OMS “Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina”, Caracas, 14 de noviembre de 1990.

4 Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

5 Adoptados por la Conferencia OPS/OMS “Reforma de los servicios de salud mental. 15 años después de Caracas”, Brasilia, 9 de noviembre de 2005.

6 Adoptado por la Conferencia OPS/OMS “20 años después de la Declaración de Caracas. La década del salto hacia la comunidad: por un continente sin manicomios en el 2020”, Panamá, 8 de octubre de 2010.

7 U.N. Doc. E/1995/22, 9 de diciembre de 1994.

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

la salud⁸, del Comité de Derechos Económicos Sociales Culturales de Naciones Unidas; los informes del año 2005 -sobre la discapacidad mental⁹ y del año 2009 –sobre el consentimiento informado¹⁰ del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud; el informe del año 2008 –sobre las personas con discapacidad- del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura;¹¹ y las recomendaciones específicas de la OPS, como la Resolución CD49.17 sobre la estrategia y el plan de acción sobre salud mental¹², la Resolución CD50.R2 sobre la estrategia sobre el consumo de sustancias psicoactivas y la salud pública¹³, y la Resolución CD50.R8 sobre la salud y los derechos humanos.¹⁴

El abordaje de la salud que presenta la ley se enmarca en el “modelo social de la discapacidad”, reafirmado a nivel internacional por la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (“CDPD”, ONU, 2006), vigente en Argentina (ratificada por Ley 26378, 2008), y con jerarquía superior a toda ley interna (cf. art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), el que obliga a profundizar reformas legislativas con el fin de disminuir progresivamente la brecha existente entre la realidad local y el paradigma internacional.

La Ley 26657 puede analizarse como un desarrollo reglamentario nacional de algunos de los derechos reconocidos en dicho tratado internacional, por ejemplo, del principio de igualdad y no discriminación, y del trato y consideración de la persona como sujeto de derecho (art. 5 CDPD), de la capacidad jurídica (art. 12 CDPD), del acceso a la justicia (art. 13 CDPD), de la libertad personal y las garantías contra las restricciones indebidas (art. 14 CDPD), de vivir de forma independiente y atender la salud en la comunidad (art. 19 CDPD), de la salud y el consentimiento informado (art. 25 CDPD), de la rehabilitación (art. 26 CDPD), entre otros.

De acuerdo a su contenido, la Ley 26657 se enmarca dentro de los estándares internacionales de salud mental, y constituye una derivación razonada del derecho internacional de los derechos humanos, y en esa adecuación finca parte de su legitimidad y jerarquía normativa.

8 U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 11 de mayo de 2000.

9 Publicado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, Sr. Paul Hunt, U.N. Doc. E/CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005.

10 Publicado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, Sr. Anand Grover, U.N. Doc. A/64/272, 10 de agosto de 2009.

11 Publicado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, Sr. Manfred Novak, U.N. Doc. A/63/175, 28 de julio de 2008.

12 Adoptada por el 49º Consejo Directivo de la OPS, en la 61º sesión del Comité Regional, el 2 de octubre de 2009.

13 Adoptada por el 50º Consejo Directivo de la OPS, en la 62º sesión del Comité Regional, el 28 de septiembre de 2010.

14 Adoptada por el 50º Consejo Directivo de la OPS, en la 62º sesión del Comité Regional, el 29 de septiembre de 2010.

I.5. Normativa de cumplimiento de fallos de la CSJN

La sanción de esta ley implica cumplir también con la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Ximenes Lopes c. Brasil*” (2006), y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la materia de salud mental y adicciones, a través de los fallos “*Tufano, R.A. s/ internación*” (Fallos 328:4832, del 27/12/2005), “*R., M.J. s/ insanía*” (Fallos 331:211, del 19/2/2008) y “*Arriola*” (25/8/2009), en los cuales el máximo tribunal argentino reconoció la preeminencia de los estándares internacionales de derechos humanos, y su carácter de estatuto básico de derechos y garantías de las personas usuarias de los servicios de salud mental, interpelando a todos los poderes del Estado para que, al momento de diagramar el diseño normativo y político de la salud mental en el país, se constate esta adecuación.

En estos precedentes se reconoció que “*las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación*

.

Esta situación de vulnerabilidad y de “debilidad jurídica estructural” determina que el Estado deba garantizar una protección normativa eficaz y una estricta vigilancia, con la obligación de asegurar que en toda institución sanitaria sea preservado el derecho de las personas a recibir un tratamiento digno, humano y profesional, con pleno reconocimiento de un catálogo de derechos mínimos y específicos expresamente detallados en la ley (cf. art. 7 de la ley).

195

I.6. Normativa de regulación sobre la libertad personal ambulatoria

En efecto, la Ley 26657 regula el ejercicio del derecho a la libertad ambulatoria en casos de personas usuarias de servicios de salud mental, y en algunos supuestos restringe ese derecho.

Al tratarse la internación involuntaria de una restricción de un derecho humano (libertad), y de acuerdo a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos¹⁵, dicha limitación sólo es válida en tanto emane de una ley dictada por el Congreso Nacional, a los efectos de garantizar igualdad en dicha restricción en todas las jurisdicciones del país, y respetando los criterios de legalidad, proporcionalidad, y razonabilidad.

En tal sentido, por tratarse de una materia “de fondo”, su regulación corres-

¹⁵ Ver arts. 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ponde de modo exclusivo a una ley nacional, y en este punto las legislaciones provinciales no pueden contrariar la misma.

Así, identificado el carácter y el perfil de la ley, puede concluirse que el ámbito de aplicación de la norma resulta, sin dudas, la totalidad del país, abarcando a ámbitos públicos y privados (conforme lo establecen expresamente los arts. 1, 6 y 45 de la ley).

En el caso de que una jurisdicción cuente con normas de salud mental que puedan entrar en colisión con la ley nacional, siempre deberá utilizarse la más beneficiosa y de más alto estándar de protección para los derechos de la persona involucrada, en aplicación del principio del derecho internacional de "*Pro Homine*". La aplicación de una u otra normativa se decidirá ante el caso concreto, primero por el agente sanitario, y de ser necesario en caso de divergencia de criterios, el conflicto se resolverá mediante disposición del juez competente, con la premisa de que la norma nacional señala el piso mínimo de protección necesaria.

En definitiva, de acuerdo a todas estas consideraciones, y al valor normativo de la Ley 26657, resulta evidente su encuadre como una legislación de reforma del sistema de salud mental.

II. El cambio de rol asignado al Poder Judicial por la Ley 26657

196 Otro de los aspectos interesantes para analizar si la Ley 26657 se trata de una norma de reforma, es reflexionar sobre cuál ha sido el rol asignado al Poder Judicial, en especial respecto de las internaciones de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

En este sentido, la ley –a lo largo de su articulado- reformula el rol clásico del Poder Judicial en esta temática, aplicando para ello la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos ya mencionados (en "*Tufano*" y "*R., M.J.*", principalmente), y delineando el perfil requerido de juez como agente garante del control externo, activo y periódico de la internación, ejercido con inmediatez y en el marco del plazo razonable.

Pero la ley, a la vez de fijar estas pautas como una obligación del accionar judicial, también las consagra como un derecho básico de la persona, que debe gozar de la revisión judicial periódica de su internación involuntaria, desde el inicio de la medida y durante toda su extensión.

La ley claramente encuadra la internación involuntaria como una privación de libertad¹⁶, colocando al poder judicial en rol de garante último de esa situa-

16 En el estadio actual del derecho internacional de los derechos humanos, no cabe la discusión acerca de si puede considerarse o no a la internación involuntaria como una restricción o privación de la libertad. En efecto, esta discusión se encuentra saldada desde el punto de vista jurídico, por cuanto la equiparación se realiza en un sentido *pro homine* a los efectos de maximizar la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Por lo demás, diversos

ción, y asignándole el deber de controlar celosamente para evitar detenciones arbitrarias. Se le impone al juez el deber de examinar que dichas medidas respeten los recaudos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad exigidos para toda restricción de un derecho humano.

En este sentido, la ley clasifica la internación involuntaria como una medida restrictiva, debiendo el juez controlar puntualmente que:

- se trate siempre de un acto terapéutico debidamente justificado;
- se aplique como un último recurso, con carácter excepcional, sólo si no son posibles los abordajes sanitarios ambulatorios;
- se indique como la alternativa terapéutica más conveniente, y menos restrictiva posible;
- se prescriba con la posibilidad de mantener la comunicación con el exterior, los vínculos afectivos, y los lazos sociales;
- sea producto de la decisión de un equipo interdisciplinario;
- no se utilice como respuesta a problemas habitacionales o como modo de “cronificación”;
- fundamentalmente, se aplique si y sólo si se está en presencia de una situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros (en contraposición al concepto de peligrosidad abstracta).

Puede definirse el rol del juez en estos casos, como garante del control legal inmediato de la internación, medida que constituye un acto sanitario y una decisión sanitaria.

La Ley 26657 (a través del art. 21 y ss., y de la modificación introducida al art. 482 del Código Civil), ha decidido devolver al ámbito sanitario la decisión sobre la procedencia o no de una internación, por entender que al tratarse de un tema de salud, resulta ser el más idóneo a tales fines.

instrumentos jurídicos reconocen esta clasificación. Por ejemplo, la Resolución 01/08, “*Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser/L/V/II.131, doc. 26) establece que por privación de libertad se entiende “cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”. Similar criterio se desprende del art. 4º del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, de jerarquía constitucional.

Incluso, como regla general, el juez no puede ya ordenar por sí una internación¹⁷, sino a lo sumo ordenar una evaluación de la persona mediante un equipo interdisciplinario, que es el que indicará y en su caso efectivizará la internación.¹⁸

En otras palabras, la norma ha sanitizado las decisiones. Esto no implica en modo alguno desconocer el rol de garantía del Poder Judicial, ni vulnera reglas del debido proceso, o faculta a autoridades no judiciales a disponer privaciones de libertad, sino que por el contrario, lo que se pretende asegurar de esta manera es contralor judicial en el más breve tiempo posible, fijando la intervención en las 10 hs. desde que se efectivizó la medida.

Ello así por cuanto la nueva ley define –como ya se dijo– que toda internación involuntaria siempre es excepcional y debe adoptarse sólo en una situación de emergencia, lo que autoriza a proceder rápidamente por parte del personal sanitario (sin requerir orden judicial), para no generar omisiones que perjudiquen la salud del afectado. En esos casos, se impone la obligación al efector sanitario de dar inmediato aviso al juez (y al Órgano de Revisión), que controlará la procedencia de la medida, e impulsará sanciones para eventuales abusos que pudiesen detectarse.

Este rol asignado al Poder Judicial, con un perfil notoriamente activo y expedito, también nos ayuda a comprender la reforma que implica la sanción de la Ley 26657.

III. El cambio de rol asignado a la Defensa Pública

La Ley 26657 también produce innovaciones en la intervención que corresponde a la Defensa Pública.

Pero, ¿de dónde surge, en la nueva ley, este cambio de rol? Para identificar los deberes de la Defensa Pública, no sólo cabe remitirse al art. 22¹⁹, que expresamente menciona la figura del Defensor Público, sino también a otros artículos que, interpretados armónicamente, dan cuenta del perfil requerido.

Así, el art. 1 de la ley menciona que además de la protección de la salud mental de la persona, se asegura el pleno goce de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, para todas las personas con padecimiento mental.

17 Salvo la excepción prevista en el art. 21 *in fine*, que prevé que “*El juez sólo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla*”.

18 Cf. Art. 482 del Código Civil –texto según art. 43 de la Ley 26657–.

19 El art. 22 dispone: “*La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciere, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir el control de las actuaciones en todo momento.*”

Para delinear adecuadamente la intervención de la defensa en estos ámbitos, se deberán tener en cuenta otros instrumentos internacionales que contienen indicaciones al respecto, como la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*²⁰, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*²¹, los “*Principios de Salud Mental de la ONU*”²², y las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*.²³

A su vez, el art. 3 de la ley aclara que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”, en línea con los postulados del derecho internacional y en especial con el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuanto al trato de la persona con discapacidad como sujeto pleno de derecho, con capacidad jurídica y por ende con la posibilidad de tomar decisiones autónomas, y así manifestar voluntad, deseos, preferencias, y mandatos a quien deba asistirlo jurídicamente.

Otro artículo de la ley a tener en cuenta para completar el perfil de defensa requerido es el art. 7, que establece un catálogo de derechos mínimos, entre los que se cuenta el derecho de la persona a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que le asisten (inc. j), el derecho a poder tomar decisiones (inc. k), y el derecho a ser reconocido como un sujeto de derecho (inc. l).

La ley 26657, como derivación razonada del derecho internacional de los derechos humanos, y del modelo social de la discapacidad, obliga a la Defensa Pública a abandonar el paradigma tutelar de protección con el que nació el Código Civil hace más de 150 años²⁴, de acuerdo a una interpretación dinámica del derecho vigente.

199

Debería repensarse y cuestionarse la actuación enmarcada en figuras como la del “buen padre de familia” que viene del derecho romano, o inspirada en los “intereses generales de la sociedad”, tendientes a proteger a la persona con discapacidad “contra sí misma” y evitarle los males que pudiese provocarle la relación con el mundo exterior. El derecho internacional nos obliga a abandonar el modelo de sustitución de la voluntad de la persona asistida, y de representación en todas sus decisiones. El nuevo paradigma obliga a perfilar y basar la actuación de la defensa pública en el respeto de:

- la persona con discapacidad como sujeto pleno de derecho
- el ejercicio de la capacidad jurídica en todos los casos
- el sistema de la toma de decisiones propias, con apoyos en casos de requerirlo voluntariamente.

20 Ver en especial arts. 2, 3, 4, 5, 12, 13 y 14.

21 Ver en especial arts. 8 y 25.

22 Ver en especial principios 1, 18 y 19.

23 Ver en especial reglas 8, 29, 30, 31, 33, 38, 40, 41, 51, 53, 54, 58, 59, 63 y 64.

24 El Código Civil Argentino se sancionó mediante la Ley N° 340, en el año 1869.

- el principio de la dignidad del riesgo y el derecho a equivocarse
- la autonomía personal
- la voz, la voluntad, las preferencias y los deseos de la persona

En definitiva, el rol de la Defensa Pública debe asegurar el derecho de la persona a ser oída, garantía básica inherente al debido proceso.

Pero, ¿cuál sería la forma de asegurar la prestación de este tipo de defensa pública? ¿O cuáles serían algunos recaudos mínimos para ello?

Pues bien, brindando el servicio a través de una defensa técnica -en sentido estricto- de la persona en su calidad de sujeto de derecho, de forma gratuita, y por personal idóneo y especializado, con la formación y capacitación necesarias para la tarea.

Para lograr dicho cometido, en muchos de estos casos será necesario contar con el apoyo de equipos interdisciplinarios, conformados por psicólogos, médicos psiquiatras, trabajadores sociales, intérpretes, u otras disciplinas, que colaboren con la tarea del defensor, y ayuden a comprender más fielmente la voluntad de la persona asistida jurídicamente.

Además, la defensa debería asumirse y ejercerse siguiendo la voluntad de la persona asistida jurídicamente, sin conflicto de intereses, sin injerencia indebida, y sin responder a intereses contrapuestos o genéricos que aparten la defensa de los intereses individuales del sujeto.

Otro recaudo a satisfacer por el defensor es el de informar debidamente a la persona sobre las características del proceso que está atravesando, y los derechos de que dispone.

El defensor deberá además facilitar a la persona el goce del derecho al recurso judicial -a través del patrocinio jurídico pertinente-, contra decisiones que no comparta, vinculadas al tratamiento o la internación. Ello, más allá de las opiniones que el defensor pueda tener respecto de la conveniencia de esa decisión sobre la salud de la persona, teniendo en cuenta que quién asume el papel de decisor final es el juez, y que el principal derecho tutelado por la defensa en estos casos, es, precisamente, el derecho a ser oído, a la defensa en juicio, y el acceso a la justicia.

IV. La Ley 26657 y su aplicación al ámbito de la infancia

Todas las consideraciones vertidas precedentemente son de aplicación también para el caso de niños, niñas y adolescentes, en su condición de personas usuarias de servicios de salud mental, y máxime si se encontrasen atravesando una internación.

En efecto, la ley no realiza distingos sino que regula el sistema de salud mental, y establece los derechos de que gozan todas las personas, sin importar su edad.

Por lo demás, el art. 26 de la ley hace mención explícita de este colectivo, estableciendo dos cuestiones sustanciales.

La primera, al disponer que la ley de salud mental debe complementarse con todas las normas de protección integral de la infancia. Así, el texto dice que “*en el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos*” (el resaltado es nuestro).

Entonces la aplicación de la ley de salud mental debe adecuarse e integrarse armónicamente con la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26061, con la Convención sobre los Derechos del Niño, y todos los instrumentos internacionales respectivos.

Por otra parte, en el afán de brindar una protección especial a este sector de la población, la ley dispuso que “*en caso de internaciones de personas menores de edad (...) se procederá de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley*”. Esto significa que las internaciones de niños, niñas y adolescentes, deben ser tratadas como “involuntarias”, a los efectos de maximizar la protección, y asegurar el debido contralor de las garantías.

Sin embargo, esto no quiere decir que se desconoce la posibilidad de un niño de expresar su voluntad, o eventualmente de prestar consentimiento informado para determinado tratamiento, sino que lo que se ha decidido es imponer al efector sanitario el aviso obligatorio del caso a la autoridad jurisdiccional, para que tome los recaudos necesarios para constatar la inexistencia de abusos.

201

Cabe preguntarse si tiene sentido iniciar un proceso judicial de tratarse de una internación requerida y consentida por el niño –en uso de su capacidad progresiva de decisión-, y a la vez autorizada por sus padres o representantes legales. En dicho escenario, quizás sería legítimo que el contralor externo fuera ejercido por las autoridades administrativas locales del sistema de protección integral. Sin embargo, esta duda parece enmarcarse en una discusión de *lege ferenda* para una futura reforma. Habrá que ver si la reglamentación de la ley avanza en algún punto sobre el tema.

Respecto del rol del abogado defensor del niño internado, como decíamos, habrá que complementar el art. 22 de la ley de salud mental, con el art. 27 inc. c de la Ley 26061, por lo que el letrado que se provea deberá estar preferentemente especializado en la temática. Es deseable que la reglamentación de la ley haga alguna aclaración también en este sentido.

Otra cuestión a analizar respecto de la problemática de la salud mental en niños, es el modo en que en dichos casos, y pese a tratarse de internaciones involuntarias, puede garantizarse que la persona pueda hacer oír su voz y opinar respecto del tratamiento o de la medida de internación, ya sea a través del consentimiento informado propiamente dicho, o a través de otro tipo de constancias.

Como dijimos, el tratamiento de estas internaciones como involuntarias tiene que ver con generar contralor sobre situaciones pasibles de abusos, pero

no con el objeto de anular la voluntad del sujeto. Entonces, sería interesante pensar de qué manera la Defensa Pública puede colaborar para que esa voz y opinión conste en la historia clínica y/o ante el juez, para que al decidirse el caso pueda tenerse en vista dicha manifestación de voluntad.

V. Conclusión

La Ley 26657 efectivamente se trata de una de reforma del sistema de salud mental. Constituye una herramienta más de transformación del sistema, que respalda nuestro trabajo y nos interpela como operadores del sistema de administración de justicia y de la Defensa Pública.

Por supuesto, el cumplimiento de la ley y la defensa de este paradigma también dependen de la labor y dedicación diaria de todos nosotros.

VI. Fuentes

- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) y MDRI (Mental Disability Rights International); *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008.
- CELS; *El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental*, en *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2009*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, Programa de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos); *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y Salud Mental*, en Serie “Normativas. Difusión de derechos básicos de personas usuarias de servicios de salud mental y abordaje de las adicciones), 2010.
- OMS (Organización Mundial de la Salud); *Manual de Recursos sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*, Ginebra, 2006.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas); *Manual para Parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*, Ginebra, 2007.
- REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad) y RI (Rehabilitación Internacional), “*Capacidad jurídica y acceso a la justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de las personas con discapacidad*”, 2010, disponible en <http://www.redi.org.ar/index.php?seccion=publicaciones&d=&subsec=16>.

Estrategias de la Defensa Pública Oficial para la Exigibilidad de los Derechos Sociales de la Infancia

Por Gustavo Daniel Moreno¹

Sumario: I. Las necesidades básicas insatisfechas son derechos vulnerados. II. Las medidas de acción positiva. III. Las medidas de acción positiva para la infancia deben alcanzar a las familias. IV. El control jurisdiccional de los derechos sociales. V. La legitimación de la defensa pública en materia de incidencia colectiva. VI. Las vías procesales. VII. Presupuesto, no regresividad, y emergencia. VIII. Conclusiones.

I. Las necesidades básicas insatisfechas son derechos vulnerados

La violación a los derechos humanos no solamente queda enmarcada dentro del ámbito del derecho penal humanitario. Un niño que no se alimenta regularmente, que no tiene educación, que no recibe asistencia médica, que no tiene una vivienda digna, y que no vive en familia, difícilmente pueda ejercer el conjunto de sus derechos, y crecer adecuadamente para ser un adulto integrado plenamente a la sociedad.

A diario, los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, en especial aquellos magistrados que ejercen la representación promiscua (asesores de menores e incapaces)² en los términos del artículo 59 del Código Civil, advertimos

203

¹ Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario - Ministerio Público Tutelar - Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² Más allá de las distintas denominaciones que se le ha dado a esta institución: Ministerio de Menores, Ministerio Pupilar, Ministerio Tutelar, y en especial las que establecen las leyes de ministerio público para este magistrado: defensor público de menores e incapaces (ámbito federal y nacional), asesor tutelar (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), asesor de incapaces (Pcia. de Buenos Aires), asesor de familia (Chubut), y asesor de menores (Formosa), entre otras; entendemos que la denominación *Defensor Público de la Infancia y en Salud Mental* -aún de difícil recepción institucional- importaría reunir en dicho nombre, la función primordial: la representación -dentro de la órbita de la Defensa Pública con jerarquía de Ministerio Público, y desde la sociedad (de allí el concepto de “público”)- de los niños, niñas y adolescentes (personas menores de edad) en el marco de la protección integral de derechos, y de las personas declaradas o que pudieran ser declaradas judicialmente con alguna restricción a su capacidad. Así, no necesariamente deberíamos referirnos a: a) “menores”: denominación que excluye a las personas con padecimientos mentales, y que se ha relacionado con la doctrina de la situación irregular; b) “incapaces”: que contradice el paradigma que debe presumirse la capacidad para el ejercicio de los derechos; c) “pupilos”: concepto que

la patentización de necesidades básicas insatisfechas representadas a través de dificultades materiales, económicas, alimentarias, laborales, sanitarias, educacionales y de vivienda, encontrándose gran parte de la población infantil -junto a sus familias- en un real estado de indigencia, sin recursos elementales para subsistir. Tal situación vulnera derechos elementales de los grupos familiares afectados, y en especial, de los niños, niñas y adolescentes.

Frente a tales situaciones de pobreza, y con anterioridad a la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26061) y a las leyes provinciales de protección integral, los sistemas judiciales se veían requeridos de dar respuestas, y éstas no eran siempre las deseadas -al menos desde la perspectiva de la protección integral-, utilizándose remedios procesales que no eran los más adecuados para garantizar derechos sociales; como por ejemplo el uso de los procesos cautelares de "protección de personas" o "expedientes tutelares", en los casos de familias que carecen de prestaciones sociales (ej. medicamentos, habitación, vacantes escolares, etc.), entendiéndose así que las carencias sociales sufridas por las personas menores de edad importaban "situaciones de riesgo". Desafortunadamente, en ocasiones, algunos niños llegaban a ser institucionalizadas/os debido a las carencias sociales de su familia, apareciendo como objetos de protección, justificándose así intervenciones judiciales coactivas sobre ellos y sobre sus familias, derivadas de sus condiciones sociales.

204 Tales soluciones, muchas veces adoptadas desde la urgencia y en algunos casos con la buena fe de quienes las decidían, se contraponían con los principios rectores emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³, que impone que todo niño debe ser reconocido como sujeto de derecho; garantía que actualmente se resguarda a través de la normativa de protección integral, y que consagra la excepcionalidad de la institucionalización (artículos 39 a 41 de la ley 26061) y la no judicialización del niño por sus condiciones sociales pobres (artículo 33, tercer párrafo de la ley 26061).

Precisamente, el art. 33, tercer párrafo de la ley 26061 señala que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

Por ello, a fin de poder satisfacer las necesidades básicas derivadas de carencias sociales, evitando procesos donde las niñas, niños y adolescentes se vean

evidentemente se encuentra relacionado a la institucionalización de niños, niñas y adolescentes, o d) "tutelados": concepto que jurídicamente se relaciona con la tutela, institución que se diferencia totalmente al tratarse de una función de guarda y representación, supletoria de la patria potestad.

3 En la República Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra aprobada por Ley 23849; y además tiene jerarquía constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22º de la Constitución de la Nación Argentina.

dispuestos judicialmente por causas asistenciales o sociales, entendemos que la problemática de inclusión social de la infancia y de sus familias, debe abordarse desde la perspectiva jurídica que dan los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran la Convención sobre los Derechos de Niño, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁴.

La importancia de la entrada en vigencia de tales instrumentos ha significado la transformación de las necesidades en derechos, lo que a su vez nos permite inferir que **toda necesidad básica insatisfecha importa un derecho vulnerado**; y como sabemos, la **existencia de un derecho vulnerado implica necesariamente la posibilidad cierta del ejercicio de una acción administrativa o judicial para garantizar y asegurar tal derecho**.

Al respecto, los párrafos segundo y tercero del art. 1 de la ley 26061, establecen que los derechos reconocidos en dicha ley, están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño; y que la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano⁵ a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Tal normatividad es consecuencia lógica de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha operado un cambio conceptual que se traduce como el paso de la consideración de las necesidades a los derechos, que permiten a su portador a organizarse como un sujeto de derecho. Por el paso de las necesidades a los derechos se entiende un cambio de óptica en la relación del Estado y los adultos con la infancia, ya que al niño no se lo ve como un mero receptor o beneficiario de la asistencia social, sino que es concebido como un sujeto activo de derecho frente al Estado y la sociedad, una persona a la que se le reconoce el derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo y frente al cual existen obligaciones muy concretas y específicas, que son administrativa y judicialmente exigibles.

205

II. Las medidas de acción positiva. Su alcance respecto de las familias

Siguiendo dicho lineamiento, nótese que si bien las condiciones de vida que son necesarias para el desarrollo del niño son responsabilidad primordial de sus padres (artículos 18.1 y 27.2. CDN), no es menos cierto que junto a esta úl-

⁴ En la República Argentina, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra aprobado por Ley 23313; y además tiene jerarquía constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22º de la Constitución de la Nación Argentina.

⁵ Cabe destacar que la palabra “ciudadano” debe ser considerada e interpretada en sentido amplio como “habitante”, ya que de tomarse un sentido estricto, los niños -quienes no ejercen derechos electorales- quedarían excluidos; como también quedarían excluidos los extranjeros, contraponiéndose ello con los arts. 6 a 8 de la ley 25871 (ley de migraciones).

tima se encuentra la responsabilidad del Estado en ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño, a dar efectividad al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, debiendo proporcionárseles -en caso necesario- asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (arg. párr. 1 y 3, artículo 27 CDN); lo que importa la necesidad de adoptar **medidas de acción positiva** para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención y demás tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

La obligación surge también del artículo 10 párrafo 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, cuando dice: "*Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...*", como asimismo, del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica⁶-, que dispone: "*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*".

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Villagrán Morales y otros" (caso de los "Niños de las Calles"), sentencia del 19 de noviembre de 1999, señaló en el párrafo 185: "*La Comisión sostuvo que la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Igualmente, afirmó que mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a la familia, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Según la Comisión este deber estatal especial abarca el amparo de una amplia gama de intereses, sociales, económicos, civiles y políticos, del niño*" (el remarcado me pertenece).

En la misma sentencia, del voto concurrente conjunto de los Jueces Antonio Augusto Cancado Trindade y Alirio Abreu Burelli, surge que:

"...4. El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito de homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos" (el remarcado me pertenece).

"5. La Corte Interamericana ha señalado, tanto en la presente Sentencia (párr.

⁶ En la República Argentina, la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra aprobada por Ley 23054; y además tiene jerarquía constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22º de la Constitución de la Nación Argentina.

193), como en su 16^a. Opinión Consultiva, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que dicha interpretación evolutiva, consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido decisivamente a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando brindó la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002 -solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-, con relación a la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, resolvió en el punto 8. de la parte dispositiva:

“8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”.

En la misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana afirmó en cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, que el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas (ver parágrafo 80). En el párrafo 86, la misma Corte reafirmó que “...la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”. Los párrafos 87 y 88 son contundentes en la necesidad de que los Estados adopten providencias positivas para asegurar el pleno ejercicio del disfrute pleno de los derechos.

Así, los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia y de sus familias -que representan a la mayoría de la población de un Estado- deben ser garantizados y merecen la misma protección en cuanto a su alcance, que los derechos civiles y políticos, en mérito a los efectos de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos⁷.

⁷ Muchas veces se ha sostenido que los derechos civiles y políticos son derechos “líquidos y ciertos” para cada ciudadano, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son “objetivos a alcanzar” por parte del Estado, dependiendo estos últimos necesariamente del gasto público, a diferencia de los derechos civiles y políticos. Tal afirmación es desde ya, como menos, desafortunada. Vale recordar al respecto, algunos ejemplos que Rolando Gialdino diera en un curso sobre derechos

Se agrega a lo expuesto, que frente a las normas internacionales aludidas, los Estados nacionales -y dentro de ellos, las jurisdicciones provinciales y autonomías locales-, no pueden desligarse válidamente de los deberes que le vienen impuestos por normas de rango constitucional, alegando que las normas constitucionales no son operativas, en tanto **los derechos y garantías que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación nacional interna, y esta última, no puede cercenarlos⁸**.

Como es sabido, las normas que resguardan derechos humanos consagrados en tratados internacionales, se encuentran dirigidas a situaciones de la realidad en la que pueden operar inmediatamente, pudiendo tales derechos ser invocados, ejercidos y amparados sin requerir de pronunciamiento expreso legislativo de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerles surtir sus plenos efectos⁹.

Además, recordemos que muchos de los Estados Partes que han expresado su consentimiento a obligarse a respetar los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; también han aprobado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰, por lo que están obligados a no realizar actos que pudieran ir en contra del objeto y el propósito de los tratados que han firmado, por aplicación del artículo 18 de esta última Convención.

humanos en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2003), donde expusiera como ejemplo de “abstracción” el derecho a la intimidad: todos conocemos la frondosa doctrina y jurisprudencia desarrollada en torno a tal derecho a pesar de su escueta mención normativa, y nadie duda que es exigible de inmediato. ¿Y por qué no puede suceder lo mismo por ejemplo con el derecho a la salud, si ambos derechos gozan de la misma indefinición conceptual en la norma?. En cuanto al tema de que los derechos económicos, sociales y culturales generan gasto público, siguiendo a Gialdino, cabe afirmar que los derechos civiles y políticos también generan gasto utilizando muchas veces el máximo de los recursos. La prueba de ello, es que a nadie se le ocurriría, ante la falta de disponibilidad fondos por parte de un Estado, suspender un comicio electoral, o bien, suprimir los tribunales de segunda instancia en materia penal, al resultar derechos fundamentales.

8 Al respecto, al Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del 24 de marzo de 2000, establece expresamente en su artículo 22 que: *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”*. En el mismo sentido, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), en su artículo 10 dispone que: *“Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”*.

9 Doctrina jurisprudencial emanada del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 7 de julio de 1992, en autos “Ekmekdjian c/Sofovich”, ver en especial el considerando 20º; La Ley 1992-C-540, El Derecho 148-338. Buenos Aires, Argentina.

10 En la República Argentina, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) se encuentra aprobada por Ley 19865.

III. Las medidas de acción positiva para la infancia deben alcanzar a las familias

Como afirmáramos más arriba, existe obligación de los Estados nacionales -en todos sus poderes- de adoptar medidas de acción positiva en resguardo de los derechos sociales de la infancia. Y en especial, es el Poder Ejecutivo -tanto el que corresponde a la órbita nacional, como los que corresponden a jurisdicciones provinciales y locales, internas de un Estado- el que tiene a su cargo la obligación de diseñar políticas públicas (medidas de acción positiva), mediante prestaciones de carácter social (alimentación, vivienda, educación, salud, entre otras), las que a su vez debe ejecutar para satisfacer el mandato expreso de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Y evidentemente la programación y desarrollo de una política pública destinada a la niñez y a la adolescencia, no puede desconocer la **protección integral de la familia**, principio este último receptado en normas de carácter constitucional¹¹, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que no formulan diferenciación expresa en cuanto a la constitución de la familia -ya sea que se trate de matrimonios o de concubinatos- a los fines de reconocer la protección familiar que persiguen.

Véase que los instrumentos internacionales, más allá de referirse al matrimonio en cuanto a la libertad e igualdad de los contrayentes para su celebración y a los deberes que de él emergen; **reconocen expresamente el derecho de toda persona a constituir una familia, y a que la misma sea protegida de manera amplia, sin diferenciar en cuanto a su origen y alcance:**

209

- a. El artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA 1948) dispone: *“Toda persona tiene el derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*.
- b. El artículo 16 párrafo 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU 1958) establece: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.
- c. El artículo 10 párrafo 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: *“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución...”*.

¹¹ El artículo 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina dispone que: *“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: ...la protección integral de la familia;...”*

- d. El artículo 23 párrafo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.*
- e. El artículo 17 párrafo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), dice: *“La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*. Y su Protocolo Adicional agrega en su artículo 15 párrafos 1º y 2º: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material”*, y *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”* (los remarcados me pertenecen).

En especial, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca que el niño tiene derecho a conocer a sus padres *“...y a ser cuidado por ellos”* (parte final del artículo 7.1.), a preservar sus relaciones familiares (artículo 8), y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, con excepción hecha en el interés superior del niño/a (artículo 9.1.), lo que sumado a la obligación del Estado a reconocer los derechos de los padres (artículo 3.2.), y a asistir apropiadamente a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño (artículo 18.2.), brindando además asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (artículo 27.3.); permite concluir claramente en el reconocimiento de la protección integral de la familia, y al derecho del/a niño/a a vivir preferentemente en familia, sin que la carencia o insuficiencia de recursos materiales del padre, madre o responsable pueda constituir causa para la separación de la niña, niño o adolescente de su grupo familiar.

Y tal protección integral de la familia como derecho del niño/a ha tenido su pronunciamiento, al expedirse la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC-17/2002 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", (28 de agosto de 2002), cuando sostuvo:

"4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo".

Por lo tanto, cabe afirmar que en cualquier diseño e implementación de política pública destinada a la niñez, debe considerarse la inclusión preferencial del niño en su familia, favoreciendo el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar, en tanto representa la unidad básica y primordial encargada de la integración social de la infancia.

IV. El control jurisdiccional de los derechos sociales

De lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que si bien son todos los poderes del Estado quienes tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva (políticas públicas), es específicamente el Poder Ejecutivo (en su esfera nacional, y en sus jurisdicciones y autonomías locales) quien tiene a su cargo el diseño -a veces conjuntamente con el Poder Legislativo-, y la ejecución de las políticas públicas (medidas de acción positiva) mediante prestaciones que resguarden derechos sociales (alimentación, vivienda, educación, salud, entre otras) y que satisfagan el mandato constitucional y el derecho humanitario internacional.

¿Y qué rol desempeña el Poder Judicial? Justamente, le compete el examen de razonabilidad de tales políticas en cada caso concreto, verificando el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas del Estado en garantizar las prestaciones establecidas en los programas sociales de vivienda, alimentación, educación, salud, etc.

Así, es dable afirmar que respecto de las decisiones adoptadas por los demás poderes (Ejecutivo y Legislativo), corresponde a los jueces considerar su razonabilidad en función del grado de satisfacción del estándar mínimo de que revistan. De este modo, adoptado un curso de acción por el Ejecutivo, el Poder Judicial tiene la posibilidad de examinar -ante un caso concreto- si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los interesados al derecho¹².

En tal sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sostenido que las prestaciones sociales son disciplinadas por normas jurídicas, de modo que la revisión judicial se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas establecidas por aquellas normas, y en caso de incumplimiento, a ordenar su remedio, sin que esto

12 Conforme considerando 15.3 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma Buenos Aires (República Argentina), Sala II, 12 de marzo de 2002, “Ramallo, Beatriz y otros c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Amparo”; La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 2002 (diciembre), pág. 58, Bs.As. Argentina; y en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 28, setiembre 2003, pág. 30, Bs.As., Argentina. En el caso, un grupo de familias patrocinadas por el Ministerio Público de la Defensa, y con la intervención del Ministerio Público Tutelar en representación de las personas menores de edad, exigían el cumplimiento de los objetivos específicos establecidos en un programa de emergencia habitacional. El tribunal además citó en sus fundamentos el caso resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, “The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom”, caso CCT 11/00, fallado el 4 de octubre de 2000, en el cual se analizó la justiciabilidad del derecho a la vivienda, con fundamento en el artículo 11, primer párrafo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 26 de la Constitución que los rige.

importe violación alguna de la división de poderes o de la “zona de reserva” de la Administración¹³.

Así, el control judicial del área administrativa que debe ejecutar las medidas de acción positiva para la satisfacción de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, alimentación, etc.) no se encuentra vedado por disposición alguna. El rechazo de tal control, implicaría una lesión a la garantía de la protección judicial establecida a favor del acceso de justicia de los habitantes. La Administración (Poder Ejecutivo) cuenta en general con la posibilidad de dictar las normas que le permiten actuar con mayor holgura en los procedimiento llevados adelante en sede administrativa -donde se le reconoce la presunción de legitimidad de sus actos- e impugnar, muchas veces, con mayor amplitud en los procesos judiciales; por lo que no puede admitirse la falta de todo control judicial sobre su conducta, aún omisiva.

En resumen, podemos afirmar que la función del órgano jurisdiccional debe consistir, en primer lugar, en corroborar si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto diseño políticas públicas (medidas positivas) tendientes a asegurar su efectiva vigencia. Luego de ello, en caso afirmativo, deberá determinar si la política o el programa creados a tal efecto son razonables, es decir, si éstos se ajustan a los estándares mínimos constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Y por último, comprobar si una vez delineadas las políticas y creadas los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen: control de razonabilidad de obligaciones positivas y negativas a cargo de las autoridades administrativas.

Por todo ello, la invocación de una lesión a los principios de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración, que traería aparejado el control judicial, es manifiestamente improcedente en tanto se trate de examinar la razonabilidad o el cumplimiento de prestaciones sociales. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando se requiere la protección de un derecho constitucional conculado por las autoridades administrativas. Aquéllos principios (división de poderes y zona de reserva de la Administración) sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia se traduzca en la exclusión del control de los jueces. De allí que las decisiones judiciales en nada menoscaban a la Administración (Poder Ejecutivo) en cuanto al control de las obligaciones asumidas para la ejecución de su política pública.

13 TSJ, 21 de junio de 2001; Expte. N° 869/01 “Pérez, Víctor Gustavo y otros c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Amparo -y su acumulado expte. 870/01-”, argumento del voto de la Jueza Dra. Alicia E.C. Ruiz y del Juez Dr. Julio B.J. Maier. Reg. N° 166 T° II F° 351/365 Año 2001.

V. La legitimación de la defensa pública en materia de incidencia colectiva para la exigibilidad de los derechos sociales

La promiscuidad, o más propiamente la función de la representación pública misma, donde lo indistinto e indiferenciado es el modo de representación sin distinción del asesor de menores e incapaces, permite afirmar que el asesor tiene la representación de los derechos de incidencia colectiva de las personas menores de edad y de las personas con padecimientos mentales.

Si bien no existen, con excepción de la ley de amparo de Chubut¹⁴ o la ley de protección integral de Neuquén¹⁵, referencias expresas a que la legitimación para el reclamo de derechos de incidencia colectiva por parte del asesor de menores e incapaces, tenemos que su legitimación procesal en materia de derechos de incidencia colectiva es de indudable raíz histórica y constitucional, promoviendo el acceso a la justicia de toda la sociedad democrática; y siguiendo dicha pauta, la interpretación normativa debe apartarse de matices egoístas en materia de legitimación.

Para afirmar lo expuesto, tenemos en la historia de nuestro derecho acciones entabladas en representación de todos los niños, o al menos de un colectivo de éstos. Las hallamos sobre todo en las intervenciones extrajudiciales de los antiguos defensores de menores cuando se refieren a la situación de los niños huérfanos y abandonados, internados en la Sociedad de Beneficencia, por ejemplo. Como dato histórico, vale recordar que en el Cabildo de Buenos Aires existía ya antes de la Revolución de Mayo, un regidor defensor de menores, cuya función era discernir las tutelas, hacer las cuentas particionarias en las sucesiones con menores, la defensa en juicio de éstos, atender el asilo, y estaba encargado de velar por las escuelas comunales, llamadas “del Rey” para distinguirlas de las religiosas o “de Dios”; una verdadera función de derechos de incidencia colectiva asistiendo y representando a todos los alumnos.

Tampoco existe en la Constitución Nacional, en las constituciones locales, o en las leyes orgánicas de Ministerios Públicos, norma alguna que prohíba o cancele expresa o implícitamente la legitimación del Ministerio Público en materia de derechos de incidencia colectiva, o en especial, del Ministerio Público de Menores. Por el contrario, un análisis integral del plexo normativo permite afirmar que existen sobradas razones jurídicas favorables a tal legitimación, mucho más cuando el art. 1, párrafo 3º de la ley 26061 otorga tal legitimación a cualquier habitante, por lo que mucho más al asesor de menores e incapaces como representante promiscuo.

Si tenemos que el afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones que propendan a esos fines, pueden promover la acción de amparo para la pro-

14 Artículo 21 de la Ley 4572.

15 Artículo 49 inc. 3) de la Ley 2302.

tección de los derechos de incidencia colectiva, con mayor razón está autorizado el asesor de menores e incapaces, que tiene un interés directo en la protección de los derechos de la infancia como de las demás personas incapaces de hechos, siendo su representante judicial y extrajudicial (conf. artículo 59 Cód. Civil, y artículo 12.2. Convención sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional).

Al respecto, es dable recordar lo sostenido por el Dr. Alberto B. Bianchi cuando al referirse a la legitimación (en el ámbito nacional) de quienes se arrogan la representación de los derechos de incidencia colectiva, dice: “...Básicamente la Constitución los pone en cabeza del Defensor del Pueblo y de las asociaciones que propendan a esos fines, pero también el Ministerio Público parece tener un cierto grado de legitimación, ya que la misma Constitución le impone actuar en defensa de los intereses generales de la sociedad (Artículo 120)...”¹⁶.

En un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, refiriéndose a temas vinculados al amparo interpuesto por intereses colectivos, se dijo, con votos de los Dres. Damarco, Herrera y Garzón de Conte Grand: “El derecho de incidencia colectiva puede definirse a partir de la existencia de un agravio que incide colectivamente. Por lo que, además de la acción que pueda o no plantear el afectado, los demás miembros del colectivo pueden buscar la protección reparadora del agravio colectivo, a través de un representante promiscuo de todos ellos, que es el Defensor del Pueblo o las asociaciones constituida a tal fin”¹⁷. Así, es lógico concluir que dado que por imposición legal -art. 59 C.C.- el asesor es un representante promiscuo, obviamente participa -a la luz de la interpretación de la doctrina jurisprudencial del fallo citado- de la misma legitimación.

Específicamente en un dictamen de la Procuración General de la Nación, se reconoció tal legitimación con fecha 27 de setiembre de 2007, en la causa “R. c/ Diario Clarín”: “Desde otro punto de vista cabe indicar que los apelantes insisten dogmáticamente con sus razonamientos respecto de quiénes revisten la condición de sujetos legitimados por el artículo 43 de la Constitución Nacional para la defensa de los “derechos de incidencia colectiva” o “intereses difusos y/o colectivos”, pero no rebaten (ni siquiera mencionan) los fundamentos de los sentenciadores en el sentido de que la legitimación del Ministerio de Menores para intervenir en este proceso deriva de disposiciones constitucionales y legales, tales como los artículos 120 de la Constitución Nacional y 54, inciso a), de la ley 24496 –de Ministerio Público-, dado que la evolución de las normas que regulan la materia admiten la intervención directa de este órgano...”.

16 Bianchi, Alberto B.; “Las Acciones de Clase como Medio de Solución de los Problemas de Legitimación Colectiva a Gran Escala”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Abril 1998, Año XX, N° 235, pág. 16.

17 CNFed.Cont.Adm., Sala II, 26 de agosto de 1997; “Nieva, Alejandro y otros c/PEN.”

La jurisprudencia provincial ha reconocido esta legitimación en representación de los derechos de incidencia colectiva: en la causa “Menores de la Comunidad Paynemil contra Provincia de Neuquén sobre acción de amparo”, Expte. Z 172.149, Juzgado Civil N° 3, iniciado el 24/3/97, la defensora de menores Nara Osés interpuso acción de amparo para que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Neuquén proveyera agua potable a una comunidad; así como los defensores de Pobres y Menores de la Circunscripción Judicial con sede en Paraná, a cargo de las Defensorías nros. 1; 2; 3; 5; 7; 8 y 9; promovieron una acción de amparo contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y el Consejo General de Educación, en el año 2003, para que proveyeran todos los recursos que fueren necesarios para la inmediata iniciación de las clases en todo el territorio de la Provincia de Entre Ríos.

Por su parte, en el año 2001 la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sostuvo: *“...resulta innegable la legitimación que en el sub lite inviste el Sr. Asesor Tutelar, por su carácter de integrante del Ministerio Público, encargado específicamente de ejercer la representación y protección promiscua de los derechos subjetivos y de incidencia colectiva de los menores e incapaces, entablando en su defensa las acciones y recursos pertinentes..., así como, en general, de promover la actuación de la justicia de acuerdo con los intereses generales de la sociedad...”*.

En la misma jurisdicción, se ha reconocido la legitimación del asesor para representar los derechos de incidencia colectiva de las personas internadas en los hospitales de salud mental, para mejorar las condiciones edilicias y de recursos humanos de los hospitales Moyano (causa “Acuña, María Soledad” Exp. 15.558/0), Tobar García (causa “Asociación de Profesionales del Arte de Curar” Exp. 27.592/0), Borda (“Asesoría Tutelar n° 1” Exp. 24.708/0), Alvear (causa “Asesoría Tutelar n° 1” Exp. 17.091/0); como para promover una acción destinada a crear lugares de internación voluntaria e involuntaria en materia de adicciones (causa Asesoría Tutelar n° 1 Exp. 23.262/0), y otra destinada a la refacción de la infraestructura edilicia de más de veinte escuelas (causa “Iglesias, José Antonio” Exp. 15.909/0), ambas en representación de los derechos de incidencia colectiva de los niños, niñas y adolescentes afectados; entre otras muchas causas relacionadas especialmente con la exigibilidad de derechos económicos y sociales.

215

VI. Las vías procesales

En cuanto a las vías elegidas para asegurar judicialmente los derechos sociales vulnerados, cabe recordar aquí también el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Precisamente, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), reconocen respectivamente las garantías judiciales de las personas, para ser oídas por un juez o tribunal

competente (inc. 1º artículo 8), y la protección judicial de toda persona para el ejercicio de un recurso sencillo y rápido u otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (inc. 1º artículo 25).

Como es sabido, el derecho a la jurisdicción, consagrado en las mayoría de las Constituciones Nacionales y en forma expresa en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, importa la posibilidad de ocurrir ante un tribunal judicial, a fin de obtener la tutela oportuna y eficaz de un derecho de raigambre constitucional, presentándose -en la esfera procedimental- las acciones o recursos de amparo¹⁸, y las medidas autosatisfactivas¹⁹ o cautelares autónomas, como medios eficaces para la protección de derechos constitucionales que garantizan necesidades básicas.

Se trata en sí de acciones expeditas y rápidas, que resultan admisibles contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos constitucionalmente. A estas vías procesales rápidas e idóneas se refiere el último párrafo del art. 1 de la ley 26061.

216

Tales acciones no pueden tomarse sino en el sentido que la garantía obrará sin impedimentos ni otros condicionamientos que no sean los que el propio texto constitucional establece. La más autorizada doctrina ha puesto de mani-

18 Tal como lo sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (República Argentina), en el caso “Tanus”: “La acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expeditivo y rápido (conforme las Conclusiones de la comisión nº 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo). Por vía del amparo se realiza tanto el fin preventivo como el inhibitorio propios de la función jurisdiccional, la cual, como está reconocido desde hace décadas en la doctrina y en el derecho comparado, no se agota en su dimensión represiva (vg. ...los llamados prohibitory injunction y mandatory injunction, en el modelo del common law)”. TSJ., diciembre 26-2000; del voto de la Dra. Alicia Ruiz, *in re* “T.S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”, Expte. 715/00, Reg. 552, Tº V, Fº 1495/1551, año 2000.

19 Dicha medida fue conceptualizada en el “XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal”, que emitió las siguientes conclusiones (Comisión Redactora: Roland Arazi; Jorge W. Peyrano; Juan A. Costantino; Juan C. Vallejo – Corrientes, Argentina, 6 de agosto de 1997): “La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal” - “Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigencia de contracautela sujeta al prudente arbitrio jurisdiccional”. - “Hasta tanto no se regule legalmente la medida autosatisfactiva puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas”.

fiesto que las normas constitucionales no son retóricas ni declamación fraseológica, sino derecho de la Constitución con fuerza normativa²⁰.

A manera de ejemplo de otra acción, recuérdese que una de las mayores innovaciones introducidas en Brasil, a través del Estatuto del Niño y el Adolescente, consiste en la posibilidad de exigir del Estado a través, por ejemplo, de la interposición de una Acción Civil Pública, el cumplimiento de determinados derechos como el acceso a la escuela, a un sistema de salud, a un programa especial para portadores de dolencias físicas y mentales, etc., previstos en la Constitución Federal y reglamentados por el Estatuto²¹.

Así, cabe señalar que deben admitirse tales procesos (amparo, medida autosatisfactiva, acción pública civil) o todo proceso que en los términos del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulte vía procesal adecuada, mediante la cual se pueden dejar sin efecto, de manera rápida y efectiva, las lesiones al derecho constitucional que se ha conculado, pues las necesidades básicas insatisfechas requieren de una manera urgente la respuesta a una situación que de mantenerse o provocarse lesionaría gravemente un derecho constitucional, respuesta que no se obtendrá si se recurre a la vía administrativa, para luego recién ocurrir a la sede judicial en un proceso de conocimiento amplio.

217

VII. Presupuesto, no regresividad, y emergencia

Hasta aquí hemos establecido que las necesidades básicas insatisfechas son derechos vulnerados, y por ende exigibles al Estado por vías procesales rápidas y expeditas, pudiendo el Poder Judicial establecer un juicio de razonabilidad acerca de las medidas de acción positiva adoptadas generalmente por el Poder Ejecutivo, o su omisión, verificando el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas del Estado en garantizar los derechos sociales.

Pero lo cierto es que en la experiencia registrada, sucede que una vez iniciada la acción legal y aún reconociendo la exigibilidad de los derechos sociales de la infancia y sus familias, la defensa judicial del Estado consiste en alegar la falta de asignación presupuestaria, o el agotamiento de los recursos económicos financieros que permitan restablecer los derechos que se han vulnerado.

Frente a ello, tenemos que desde la perspectiva constitucional, una importante corriente doctrinaria considera que los derechos económicos, sociales y

20 Bidart Campos, Gérman; “El Derecho a la salud y al amparo”, La Ley 1997-B-227 (Bs.As., Argentina), cita en el voto de la Dra. Ana María Conde, Tribunal Superior Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, diciembre 26-2000; *in re* “T.S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, expte. 715/00. Reg. 552, Tº V, Fº 1495/1551, año 2000.

21 Veronese, Josiane Rose Petry; “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos de la población infanto-juvenil”, en “Justicia y Derechos del Niño” N° 1, pág. 105 y sgtes., UNICEF Santiago de Chile, 1999.

culturales participan de la supremacía de las Constituciones Nacionales y, por lo tanto, tienen fuerza normativa, son exigibles y obligan al Estado a acciones positivas; de allí que no pueda alegarse en principio cuestión presupuestaria alguna para no garantizar derechos constitucionales.

Así lo señala la destacada Dra. Cecilia Grosman en cuanto al control judicial de la ley de presupuesto, quien expresa que:

*“Como lógica derivación se ha sostenido la legitimidad del control judicial que opere sobre el funcionamiento de leyes presupuestarias que antepongan las prioridades señaladas en las normas de jerarquía superior, desplazando los recursos hacia fines que no revisten trascendencia constitucional. Es decir, si bien el presupuesto constituye un acto de los poderes políticos, no está exento de control judicial, pues es una ley como otras, afirmación que recoge un fallo cuando señala que este control no viola el principio de división de poderes porque no se discute la conveniencia ni el acierto de la asignación de recursos, sino que analiza ‘si tal distribución está de acuerdo con los mandatos constitucionales’(...).” “...De lo contrario (...) la efectividad de los derechos consagrados quedaría sometida a la norma presupuestaria, cuando, en verdad, la actividad financiera pública -como proceso de ingresos y gastos- sólo constituye un medio para hacer cumplir los mandatos constitucionales. En este sentido, se ha dicho en un pronunciamiento que sin los medios jurídicos financieros tendientes a realizar las prestaciones básicas del Estado ‘las cláusulas constitucionales devendrían carentes de contenido en abierta contradicción con la imperatividad y operatividad de la Carta Magna, circunstancias que el Poder Judicial no puede consentir’...”*²²

Siguiendo dicho lineamiento, es importante compartir la reflexión de Andrés Gil Domínguez, quien ha referido: *“Muchas veces nos encontramos ante el discurso que sostiene que los recursos son escasos y no pueden satisfacer todas las necesidades y por ende algunas quedarán insatisfechas. Pero en realidad, aquí estamos evaluando qué derecho será efectivo y qué derecho será válido pero inaplicable... Los índices técnicos del lenguaje economicista son meros indicadores jurídicamente irrelevantes para el derecho constitucional, el aumento de bienestar significa el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Carta fundamental y los instrumentos internacionales”*²³.

Por lo tanto, admitir el argumento de la falta de asignación presupuestaria sin demostración de la ausencia de recursos por parte del Poder Ejecutivo, im-

22 Grosman, Cecilia; “Los Derechos de los Niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX – La Responsabilidad del Estado y de la Sociedad Civil en asegurar su efectividad”, en Revista La Ley, 2/12/1999, págs. 1/5, Bs.As., Argentina; con cita al fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, Sala E, 1/12/97, La Ley 1998-C-818, y con cita al fallo del Tribunal Oral Penal Económico N° 3 del 9/9/97, citado por Corti, Horacio G. en “Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución”, La Ley 1997-E-1033, Bs.As., Argentina.

23 Gil Domínguez, Andrés; “La Constitución Socio-Económica. El argumento de la escasez”, en “En Busca de una Interpretación Constitucional”, Ediar, Bs.As. 1997.

portaría conculcar derechos constitucionales básicos, cuya efectividad a través de las medidas positivas que lleve adelante el Estado no puede ser regresiva.

La obligación de adoptar medidas positivas, utilizando el máximo de los recursos posibles, nos lleva a analizar los alcances de la obligación que posee el Estado de mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Recuérdese que la limitación que formula el art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que también expresa el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando dicen: "...hasta el máximo de los recursos de que se dispongan..." o "en la máxima medida posible", no implican el derecho del Estado a decisiones discrecionales, sino que progresivamente debe lograrse la plena efectividad de los derechos reconocidos²⁴.

Como enseña Gialdino, si un Estado pretendiera atribuir el incumplimiento de sus compromisos mínimos a una falta de recursos disponibles, le pesará la demostración de que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición a fin de satisfacer, con carácter prioritario, dichas obligaciones mínimas. Más todavía, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, igualmente sigue en pie la obligación de que el Estado se empeñe en asegurar el disfrute más amplio de los derechos dadas las circunstancias reinantes²⁵.

Lo expuesto, a su vez, implica la obligación de no regresividad, que constituye uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de restricción de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación en cabeza del Estado constituye una garantía de mantenimiento de tales derechos, como de toda mejora que hubieran experimentado.

Y tampoco puede alegarse que las emergencias económicas y financieras -comunes en los países latinoamericanos- puedan afectar el funcionamiento y la calidad de los servicios esenciales, especialmente los de educación, salud y desarrollo social, en tanto estamos hablando derechos humanos elementales.

24 Argumento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 24 de octubre de 2000, considerando 19º, "Recurso de hecho deducido por la demandada en Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", Revista El Derecho 24/11/2000, págs. 1 y sgtes. Bs.As. Argentina.

25 Gialdino, Rolando E.; "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional", en investigaciones 2 (1999), pág. 383 y sgtes., con cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, párr. 10.

Al respecto, la Dra. María Eugenia Slaibe ha reseñado el criterio de la Corte Interamericana, que al emitir la Opinión Consultiva N° 9/87, sostuvo que: “*la implantación del estado de emergencia -cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se la considere en el derecho interno- no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia*”. Es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de tales garantías. También recalcó la Corte que “*la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción. Tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongan más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irrationales, innecesarias o desproporcionadas o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder*”²⁶.

Vale la pena recordar un fallo de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca (Río Negro, Argentina) donde frente al reclamo presentado por el Defensor del Pueblo en razón de que el Gobierno Provincial había incumplido el imperativo constitucional que ordena que las cárceles deben ser sanas y limpias, y habiéndose alegado como defensa la imposibilidad material financiera de cumplir con la disposición constitucional, el tribunal sostuvo: “*Si bien no escapa a nuestro conocimiento la crítica situación económica por la que atraviesa el país y la provincia, no lo es menos que la entidad de las normas constitucionales afectadas, imponen seriamente restablecer el servicio conculado con carácter de urgente*”. Así dispuso en la parte resolutiva, que la Gobernación provincial dotase de la infraestructura material y humana necesarias para albergar en forma separada a menores procesados y condenados como así también varones y mujeres mayores de edad que revistan idénticas condiciones.²⁷

Por ende, cabe concluir en este capítulo, que los ingresos que se recauden prioritariamente deben satisfacer los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en tanto las necesidades sociales básicas ostentan como derechos elementales una posición de privilegio en el gasto público. La recaudación y el gasto se sustentan en las normas constitucionales y no pueden realizarse sin promover y garantizar los derechos individuales y

²⁶ Slaibe, María Eugenia; “Los derechos humanos y las leyes de emergencia”, Revista La Ley, 7 de marzo de 2002, pág. 2. Bs.As., Argentina.

²⁷ Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca, 25 de agosto de 1995. La Ley 1996-A-747. Bs.As., Argentina.

sociales consagrados en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Y el aseguramiento de la satisfacción de niveles esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales, genera consecuentemente no sólo responsabilidad externa e interna para cada Estado parte en caso de incumplimiento; sino la obligación que en caso de tratarse de un Estado deudor, asuma sus compromisos con países acreedores y organismos multilaterales de financiamiento internacional, haciendo valer en la renegociación de su deuda externa que ha suscripto también obligaciones de carácter internacional que lo compromete a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de su población.

Recordemos que muchos países acreedores, como aquellos que integran organismos multilaterales de financiamiento, han suscripto también los instrumentos internacionales de derechos humanos respectivos (CDN, DESC), y no pueden obligar a los países deudores a aceptar políticas de ajuste estructural o de reestructuración económica que comprometan derechos humanos, violando los compromisos supranacionales allí asumidos, de lo que asimismo son parte. El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial también se encuentran obligados a que sus políticas y prácticas sean respetuosas de los derechos humanos, tal como los concibe y lo manda la comunidad internacional²⁸.

VIII. Conclusiones

221

La democratización del sistema judicial y actuación proactiva del Ministerio Público de la Defensa en pos de garantizar el acceso a la Justicia, importa reconocer que más allá de los textos legales, constitucionales, e internacionales, los derechos que estos textos consagran deben plasmarse en la realidad de cada ciudadano, de cada familia, y de cada niño, niña, y adolescente; y en especial de los más pobres.

El Derecho es un instrumento de transformación social que debe actuarse más allá de la letra impresa, en tanto debe llegar a todos los niños y niñas, quienes ya no pueden esperar más la efectivización de sus derechos sociales y fundamentales, que hace más de dos décadas se consagraron a través de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Seguramente falta mucho en la lucha y búsqueda de una justicia social, lo que no hay que perder es la esperanza en la construcción de un sistema social más justo y solidario, donde el Estado no abandone sus obligaciones con los más necesitados, reconociéndose que toda necesidad básica insatisfecha es un derecho vulnerado, y que siempre hay una acción social, administrativa o judicial para asegurarla.

28 Gialdino, Rolando E.; "Derechos Humanos y Deuda Externa", Revista La Ley, 11 de setiembre de 2003, pág. 1 y sgtes. Bs.As. Argentina.

La Defensa Pública ante la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de Niñas, Niños y Adolescentes¹

Por Sebastián Tedeschi²

La defensa de los derechos económicos sociales y culturales –en adelante DESC o derechos sociales– ha encontrado en el principio de protección integral un elemento clave para exigir estos derechos. Ello es así porque el propio Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante PIDESC– pone un límite a la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos, al no admitir que estos derechos se posterguen cuando está en juego el contenido mínimo esencial de cada uno de los derechos o cuando se afecten a los derechos sociales de grupos vulnerables³.

Les propongo hacer un recorrido de las principales referencias legales, internacionales y nacionales sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes –en adelante los niños– con relación a los derechos económicos sociales y culturales, recordar algunos casos judiciales que aplicaron el principio de protección integral para proteger los DESC de los niños, luego presentar una política de protección integral y DESC que la Defensoría General de la Nación viene impulsando y finalmente dejar planteados algunos desafíos para el fortalecimiento de esta propuesta.

223

I. La protección integral de los niños y los DESC

Desde el punto de vista de la Defensa Pública, el primer y fundamental cambio de paradigma radica en que luego de la Convención sobre los Derechos del Niño, estos se constituyen en sujetos de derechos. Ello entonces plantea un cambio en el rol que tradicionalmente desarrollaban los Asesores Tutelares, de manera tal que ya no se trata más de asistir a los niños, sino garantizar el ejercicio y la protección de sus derechos, en congruencia con la doctrina de la protección integral.

¹ Presentación realizada en el Encuentro Nacional sobre Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes: Estrategias y Prácticas de la Defensa Pública.

² Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

³ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observaciones Generales N° 3, párr. 12; N °4, párr. 8 e; N °5, párr. 32; N °7, párr.. 10; N °14, párr. 22; N °15, párr. 16 b; N °17, párr. 20, N °18, párr. 20 y N °19, párr. 31.

La presencia de un sujeto de derecho que puede manifestarse, en tanto se garantice su participación en el proceso judicial, constituye entonces en un límite preciso para reducir el margen de discrecionalidad y arbitrariedad de los magistrados que actúan en su defensa, pero también de los jueces para garantizar la efectividad de sus derechos sociales.

Luego de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido algunos estándares de cómo articular la protección integral de los niños y los derechos sociales, aunque esto lo haya realizado mediante la aplicación de los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos que protegen el derecho a la vida (Art. 4), la integridad personal (Art.5), la propiedad (Art. 21) y el específico sobre medidas de protección de los niños (Art. 19). Aunque los creemos insuficientes compartiendo algunas críticas que se han solleyado sobre aspectos poco claros⁴, entiendo que sirven como una plataforma válida para el marco de actuación de los defensores.

La primera oportunidad en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH– se refirió a los DESC de los niños, sin mencionarlos, sino incluyéndolos dentro del derecho a la vida (art. 4 de la CADH) fue en el Caso *Niños de la Calle*⁵. En este proceso la Corte sostuvo una concepción más compleja y amplia del derecho a la vida y su violación por el Estado: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”⁶. Por otra parte agregó que: “La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el

⁴ Beloff, Mary. “Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” en UNICEF, Justicia y Derechos Humanos, N° 9, pág. 49.

⁵ Corte IDH, Caso Villagrán Morales c/ Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

⁶ *Ibid*, párr. 144.

Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”⁷.

Con posterioridad la **Opinión Consultiva 17** de la Corte IDH sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* responde el pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de pronunciarse entre otros aspectos sobre la compatibilidad de algunas “medidas especiales” (art. 19 de la CADH) adoptadas por algunos Estados respecto de los menores de edad, con los artículos 8 y 25 de la CADH, con el objeto de que se determinara si las medidas especiales de protección a que alude el artículo 19 “constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a los niños, solicitando “la formulación de criterios válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana” a saber: ...d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor; y la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”(Corte IDH, OC 17, párr..4 incs. d y e).

Aunque la solicitud de la CIDH pretende dejar atrás la “judicialización” de asuntos exclusivamente sociales (OC N° 17, párr. 15), ello es señalado con el fin de evitar que estas violaciones sirvan de fundamento para la internación de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados, no para evitar su protección judicial para efectivizar esos derechos. Ello es coherente con la idea de protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino. Con relación a este aspecto la Corte dice:

“Por lo que hace al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (párr.. 27).

A lo largo de la Opinión Consultiva la Corte insiste varias veces con esta aproximación siempre haciendo presente la obligación de observar el Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que

⁷ *Ibid*, párr. 191

dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (párr.. 64).

Y agrega: “*El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles*” (párr. 81).

Sobre las medidas positivas de protección, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte sostiene:

“La Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no-estatales tales como el maltrato de uno de los padres; además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos (párr. 90). En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño” (párr. 91).

Esta idea queda aún más clara en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez:

“En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrean la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, cuya “progresividad” no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas --pendientes de cumplimiento-- prometen formalmente. A esto se ha referido la Corte en el Caso Villagrán Morales, que se cita en la presente Opinión Consultiva (párr. 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4 de la Convención Americana, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores” (párr. 34).

Finalmente se expresa en la Opinión de la Corte

“Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño” (párr. 8 de la Opinión).

Sobre el derecho a la protección integral, la Opinión Consultiva recuerda que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho

de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado (párr. 51) y el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (párr. 57).

Al poco tiempo, la Corte IDH en el caso conocido como “Panchito Lopez”⁸ condenó a Paraguay por las condiciones infrahumanas a que fueron sometidos un número aproximado de 4.000 niños que pasaron por el Instituto de Reeducación del Menor “Panchito Lopez” entre 1996 y 200, alcanzando así un nivel de sobre población de alrededor de 50%. El Instituto era un establecimiento para internar a niños en conflicto con la ley, el cual estaba integrado mayormente por niños que provenían de sectores marginados. Esta población fue creciendo, de manera que se originaron serios problemas de hacinamiento e inseguridad entre los internos⁹.

La Corte estableció que los internos estaban recluidos en celdas insalubres, mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada, con pocas oportunidades de participar en actividades educativas y recreativas. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales. La gran mayoría de los internos se encontraban procesados sin sentencia y contaban con una asistencia legal deficiente y lenta. La Corte también concluyó que en el establecimiento se utilizaban como método de castigo, la tortura, el aislamiento y los trasladados a cárceles con adultos. Las precarias condiciones de detención descritas derivaron en tres incendios en los que murieron doce internos y más de 40 resultaron heridos.

En su sentencia, la Corte responsabilizó a Paraguay por violar los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y a la protección judicial. Aunque no se expidió sobre la violación del Artículo 26 de la CADH, la Corte consideró que el Estado no adoptó las medidas especiales de protección que está obligado a tomar a favor de los niños detenidos. En uno de sus párrafos el tribunal resalta: “Más aún, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos … a condiciones de vida indigna que afectaron su derecho

⁸ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁹ *Ibid*, párr. 134.4.

a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida.” Asimismo, la Corte señaló que, respecto de niños privados de libertad, el Estado tiene la obligación de proveerles de asistencia de salud y educación, entre otras cuestiones (párr. 161).

En el ámbito interno de nuestro país se sancionó la ley 26061 de protección integral de las niñas, niños y adolescentes. La ley, en línea con la Convención sobre los Derechos del Niño, marca un camino fundamental al establecer como principio rector el interés superior del niño, entendido éste como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos (Art. 3) y permite dar una pauta más clara a los jueces, aunque subsisten contradicciones con las normas y criterios legales que vienen aplicando los jueces civiles y contencioso administrativo en la mayoría de los casos que luego analizaremos.

El alcance de la protección integral no hace una distinción entre derechos civiles y políticos y los DESC. La norma afirma sin distinción que *las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias* (Art. 34) y que comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: *a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;...e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;...g) Asistencia económica.*

Son varios los artículos de la ley que se refieren a cuestiones que aparecen en los conflictos por la violación de los DESC. Por ejemplo el artículo 9º que protege el derecho de los gurises *a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante...Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.*

Por su parte el artículo 10 protege a los niños en su derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

Estos dos artículos por ejemplo tienen una fuerte incidencia en los procedimientos de desalojo. Pues si revisamos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la protección frente a los desalojos, en una singular jurisprudencia, se ha fundado en violaciones a la privacidad de la familia o en los casos de destrucción de casas como tratos degradante.

El Tribunal Europeo en el caso *Akdivar and Others v. Turkey* consideró demostrado que las fuerzas de seguridad de Turquía eran responsables por la quema

de las viviendas de los demandantes y la consecuente pérdida de sus hogares que los obligó a abandonar sus pueblos de residencia y desplazarse a otros lugares. En este caso el Tribunal concluyó que el Estado era responsable de haber violado el artículo 8 del Convenio Europeo. Dos años después, en el caso *Selçuk and Asker v. Turkey* cuyos hechos también involucraban desalojos forzados y la destrucción de viviendas por parte de fuerzas militares turcas, el Tribunal Europeo no solo sostuvo que en el caso se produjo una violación del derecho a la protección de la vida privada y familiar sino también del derecho de propiedad y del artículo 3 del Convenio Europeo al considerar que tanto el desalojo forzoso como la quema de viviendas constituían un “trato inhumano”.

Sobre el último aspecto, en 2007, el Relator Especial para la vivienda adecuada de las Naciones Unidas en su informe “Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento Generado por el Desarrollo constató que desalojos forzados “...constituyen graves violaciones de una serie de derechos humanos internacionalmente reconocidos, en particular los derechos humanos a una vivienda adecuada, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad de la persona, a la seguridad del hogar, a la libertad de tratos crueles, inhumanos o degradantes y a la libertad de circulación.”¹⁰

Existen otros artículos que se refieren directamente a DESC que deben ser protegidos como el art. 15 *in fine* que sostiene que *Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna* y el 18 que establece que *las medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo.*

Finalmente se debe destacar el artículo 27 que obliga a los Organismos del Estado a garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos

10 ONU, A/HRC/4/18, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”, Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, 5 de febrero de 2007, Anexo I “Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento Generado por el Desarrollo”, párrafo 6.

económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

En tanto el principio de protección integral no sea aplicado de forma genuina en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales por los magistrados judiciales perpetuaremos tendencias que legitiman nuestro estado democrático, tal como sucedía bajo la doctrina de la “situación irregular” al permitir que el Estado gaste recursos para perjudicar la situación de los niños. y lo que es peor a través del Poder Judicial, que es la institución creada para aplicar la ley para restituir los derechos.

Esta situación hoy se perpetúa en los casos de desalojos, en los cuales el Estado gasta cuantiosos recursos en papel para los expedientes, salarios judiciales, oficiales de justicia, fuerzas de seguridad, etc. para poner en la calle a los niños y sus familias que desahucia, exponiéndolos a peores peligros que los que tenían, para proteger el único derecho que –según la visión de estos magistrados– pareciera tener garantías plenas, que es el derecho de propiedad. Frente a ello nos preguntamos si esta acción de los jueces es compatible con las obligaciones que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral.

230

II. Una experiencia que impulsa el principio de protección integral de los DESC: la política de la Defensoría General de la Nación con relación a los desalojos

En 2008 la Defensoría General de la Nación dictó la Resolución N° 1119/08 con el objeto de determinar la participación que le corresponde al Ministerio Público de la Defensa en materia de desalojos, y principalmente en los expedientes judiciales donde es el propio Estado quien inicia las acciones legales tendientes al lanzamiento de personas carentes de recursos, afectando, los derechos de los niños, niñas y adolescentes que habitan el inmueble en cuestión.

En ese sentido, la resolución considera que si se dispone el desalojo de un inmueble, este se hace efectivo contra todos los ocupantes (Art. 687 y 689 CC), es decir, también contra los menores e incapaces, por lo cual se trataría de alguno de los actos previstos en el Art. 59 de CC o 54 de la Ley 24946, en los cuales debe intervenir el Ministerio Público de Menores so pena de nulidad.

Por ello, la resolución considera que el Ministerio Público de la Defensa debe intervenir en los procesos de desalojo en que habitan el inmueble menores de edad, toda vez que, evidentemente, al adoptarse esta medida se verán afectados tanto la persona como los bienes de los niños, niñas y adolescentes. Más aún si resulta ser el propio Estado quien desaloja, cuando tiene el deber constitucional de garantizar el derecho a la vivienda y el efectivo acceso a la justicia de todas las personas, y en especial de los grupos más vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes.

La circunstancia de que sea el propio Estado quien debe garantizar en este caso el derecho a una vivienda y quien requiere la desocupación de un inmueble de su propiedad sin brindar ninguna solución habitacional a las personas que pretende expulsar, conlleva a una evidente contradicción, por tal razón los defensores públicos competentes deben intervenir en todos los casos en que puedan verse afectados derechos de personas menores de edad y, más aún, cuando se disponen desalojos de inmuebles habitados por niños, niñas o adolescentes.

Así, la Resolución **instruye** a los Defensores Públicos de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo para que tomen intervención en los procesos de desalojo en los que se vean afectados los derechos de los menores de edad a fin de adoptar las medidas necesarias que tengan por objeto la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos, de conformidad con los considerandos de la presente y **dispone** que en las causas en las que se investigue la posible comisión del delito de usurpación, en las cuales habiten la vivienda en cuestión menores de edad, deberán intervenir en representación de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal.

Aunque aún no se ha realizado una evaluación seria y sistemática del impacto que esta tenido en la defensa de los derechos de los niños, en el trabajo cotidiano se advierte una fuerte resistencia de los Juzgados Civiles, acompañados por la Cámara de Apelaciones con algunas excepciones, de aceptar esa intervención, invocando que los menores que habitan el inmueble a desalojar, no adquieren carácter de parte y que por lo tanto no existen razones para que intervenga el Defensor de Menores. En algunos casos prima una posición intermedia que admite su participación en el proceso como meros afectados.

En este punto el desafío es poder llegar, por la vía del Recurso Extraordinario Federal, a la Corte Suprema de Justicia para permitir que este tribunal, a la luz de sus últimos precedentes que han anulado sentencias y procedimientos por falta de participación adecuada y oportuna del Defensor de Menores en otros casos civiles y comerciales, pueda analizar su aplicación en los casos de desalojos.

III. Algunos casos judiciales que han utilizado el principio de protección integral para la protección de los DESC

La Defensora Oficial de Menores de Neuquén interpuso una acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio. La sentencia de Cámara confirmó la sentencia de primera instancia, condenando al Poder Ejecutivo Provincial a la provisión por en el término de dos días de 250 litros de agua potable diarios por habitante; asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cual-

quier medio conducente a tal fin; poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación, y tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación¹¹.

En otro caso posterior el Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente de la provincia de Neuquén logró en primera instancia una resolución favorable en una acción de amparo en la que, solicitaba la afectación inmediata de una vivienda para el alojamiento del grupo familiar de una niña que padecía una grave enfermedad. En primera instancia la resolución fue favorable, pero en segunda instancia la Cámara retrocede en cuanto rechaza la disposición de primera instancia de adecuar la vivienda ocupada por la niña, dejando para el ámbito de discrecionalidad de la administración los caminos a seguir para resguardar el derecho de la niña¹².

Un caso reciente la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y ampliar la condena ya impuesta a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata, disponiendo que provean en un plazo de 60 días una vivienda adecuada a la familia y hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir el alojamiento de estos en un hotel o complejo habitacional similar. La sentencia también ordenó que incluyan a la familia en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia. La demanda fue iniciada por la Asesora de Incapaces en representación del niño con discapacidad que no tenía un lugar adecuado para vivir considerando su situación de salud y también el contexto de violencia familiar que brindaba el único hogar adecuado con el que podrían contar.

En un caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la medida cautelar contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, para garantizar la alimentación de los dos hijos de Karina Rodríguez que se encontraban en estado de desnutrición. Aunque la Corte no mencionó los derechos del niño, invocó el artículo 7 inc. e) de la ley 25724¹³ y

11 CCiv, Neuquén, Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo". Expte. Nº 311-CA-1997. Sala II. Cámara de Apelaciones en lo Civil. Neuquén. 19 de mayo de 1997.

12 CCiv, Neuquén, 3/09/02, "Defensor de Derechos del Niño y Adolescente c/ Provincia de Neuquén", LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 22/5/03, p. 29

13 La norma prevé que las Comisiones Provinciales que implementan el Programa de Nutrición y alimentación Nacional, destinado a cubrir los requisitos nutricionales de niños hasta los 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde los 70 años en situación de pobreza (Art. 2), deben impulsar la generación de políticas de abastecimiento alimentario en los niveles locales a fin de garantizar la accesibilidad de toda la población.

genéricamente el art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional¹⁴.

Posteriormente, la CSJN replicó idénticos criterios (e idéntica conformación de mayorías y minorías) en las causas “Esquivel” y “Quiñone”, también de 2006.

Un caso emblemático del derecho a la alimentación como contenido de la protección integral de los niños tuvo lugar en Entre Ríos, en el año 2002. Allí el Defensor de Menores del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos presentó una acción de amparo en representación de tres menores que carecían de alimentos básicos y padecían un cuadro de desnutrición severo, solicitando una medida cautelar para que con urgencia se les suministrara una ración alimentaria. El juez invocó para resolver el caso el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la obligación del Estado de realizar medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades (Art. 75, inc. 23 de la CN) y ordenó al Estado provincial suministrar a los menores y a sus padres, en forma semanal, una provista con los componentes nutricionales detallados en el mencionado informe técnico que se adjuntaba.

IV. Desafíos

En la actualidad son muchos los casos que se encuentran en la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decidir cuestiones tales como la calidad de parte de los niños en los procesos de desalojos, la exigibilidad judicial de provisión de una vivienda para una madre en situación de pobreza que tienen un hijo con discapacidad, las relocalizaciones de miles de familias en el marco de la mega causa “Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional (Saneamiento del Riachuelo), contaminación de niños indígenas por explotaciones mineras, entre otros. La resolución de estos casos es una oportunidad invaluable para que el supremo tribunal del país, que supo guiar el proceso de juicios de lesa humanidad, sepa también abonar el camino de la protección integral de los niños en lo que respecta a sus derechos económicos sociales y culturales.

En tanto aguardamos señales del tribunal supremo, y existen algunos casos que alientan la confianza en la fuerza del principio de protección integral para guiar a los magistrados a la tutela de los DESC, los numerosos obstáculos que se presentan nos llevan a pensar que debemos fortalecer la implementación de este principio, a través de algunas propuestas.:

Con relación a los desalojos, creo necesario encarar una reforma del Código Procesal Civil, con el fin de incorporación de los estándares legales de la Observación General Nº 7 del CDESC en el articulado. En tanto se logre, el papel de

14 CSJN, “Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s / acción de amparo”. Resolución del 7/03/2006. Ver también Moro, Guillermo: “La posibilidad de un “derecho constitucional” a la alimentación apuntes para una constitución afuera de sí misma”. En Gargarella, Roberto (Compilador) La Constitución en 2020.

los defensores puede ser presentar estos estándares legales en sus peticiones y recurrirlos hasta la última instancia teniendo en cuenta que si bien la legislación procesal es una facultad no delegada conforme surge de la Carta Magna, existe un núcleo federal de garantías al cual la legislación procesal deberá adecuarse. Éste surge de la propia Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme lo explicita el artículo 75, inc. 22, de la **jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**¹⁵, y de muy reconocida doctrina en materia de derecho constitucional¹⁶.

Se debe aprovechar la oportunidad que brinda la Comisión creada para la Reforma del Código Civil para imbuir el nuevo texto de los principios de derechos humanos, especialmente los relativos a la protección integral de los niños, pero también brindando elementos que permitan superar la frontera que impone el principio dispositivo en los juicios civiles, para posibilitar la protección social de los niños aún en las relaciones privadas.

En este aspecto se discute sobre quién debería tomar estas medidas de protección. Mientras unos sostienen que estas medidas deberían ser adoptadas por el juez civil utilizando sus facultades ordenatorias, otros sostienen que las debe tomar los Defensores Públicos por fuera del expediente utilizando las facultades del art. 25 inc. i¹⁷, y 54 inc. f y J de la Ley 24946¹⁸ y un tercer grupo sostiene que los conflictos sociales de los niños deben derivarse a la Justicia local, quien tiene competencia para activar los dispositivos del gobierno local, y llegado el caso iniciar acciones ante la justicia contencioso administrativa para exigir estos derechos.

Creo que la respuesta no es elegir una opción, pues las tres posibilidades tienen una marco legal que las permite y las obligaciones en materia de derechos humanos son responsabilidad concurrente de todos los funcionarios públicos en el marco de sus competencias, sin distinción.

Una salida práctica a esta controversia es fortalecer la **articulación de las es-**

15 “Maldonado Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, SCJN, 7 de diciembre de 2005, Expediente M 1022; L. XXXIX.

16 Véase entre otros, Julio B. J. Maier, ob. cit, pág. 9 y Germán Bidart Campos, “Manual de Derecho Constitucional Argentino”, Buenos Aires, Ediar, 1972.

17 El artículo incluye entre las funciones del Ministerio público: “...i) Promover o intervenir en cualesquier causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos...”

18 El artículo atribuye a los defensores de menores: “...f) Peticionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los menores e incapaces expuestos por cualquier causa a riesgos inminentes y graves para su salud física o moral, con independencia de su situación familiar o personal; ...i) Citar y hacer comparecer a personas a su despacho, cuando a su juicio fuera necesario para pedir explicaciones o contestar.

trategias entre la Defensa Pública Nacional y Local. Un mismo conflicto, por ejemplo el que sucede en un desalojo de un inmueble privado, se resuelve en dos escenarios judiciales distintos, el lanzamiento en la justicia civil y el reclamo facilitar el acceso a una vivienda en la justicia contenciosa provincial. Esta situación nos desafía a articular la actividad defensiva en ambos frentes judiciales de modo de no dejar sin resguardo a las familias que quedan en situación de calle.

.ANEXO.

**REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS
PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD**

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

El presente texto ha sido elaborado, con el apoyo del Proyecto Eurosocial Justicia, por un Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el que también han participado la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA).

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. Las otras Redes antes citadas han iniciado el proceso para someterlas a la aprobación de sus respectivos órganos de gobierno.

Exposición de Motivos

239

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “*Una justicia que protege a los más débiles*” (apartados 23 a 34).

En los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Sus aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido del presente documento.

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran

obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Este documento se inicia con un Capítulo que, tras concretar su finalidad, define tanto sus beneficiarios como sus destinatarios. El siguiente Capítulo contiene una serie de reglas aplicables a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos. Posteriormente contiene aquellas reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición. El último Capítulo contempla una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de estas Reglas, de tal manera que puedan contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La Cumbre Judicial Iberoamericana es consciente de que la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia exige una serie de medidas dentro de la competencia del poder judicial. Asimismo, y teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se recomienda a todos los poderes públicos que, cada uno dentro de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de estas Reglas. Asimismo se hace un llamamiento a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que tengan en cuenta estas Reglas en sus actividades, incorporándolas en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

Capítulo I

Preliminar

Sección 1ª.- Finalidad

(1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

(2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

241

Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas

1.- *Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad*

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.- *Edad*

(5) Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la *persona adulta mayor* encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

3.- *Discapacidad*

(7) Se entiende por *discapacidad* la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

(8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

4.- *Pertenencia a comunidades indígenas*

(9) Las personas integrantes de las *comunidades indígenas* pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

5.- *Victimización*

(10) A efectos de las presentes Reglas, se considera *victima* toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

(11) Se considera *en condición de vulnerabilidad* aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria)

Asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)

Y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

6.- Migración y desplazamiento interno

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de *refugiado* conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los *solicitantes de asilo*.

(14) También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los *desplazados internos*, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

7.- *Pobreza*

(15) La *pobreza* constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8.- *Género*

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por *discriminación contra la mujer* toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menospreciar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera *violencia contra la mujer* cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones.

Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

9.- *Pertenencia a minorías*

(21) Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.

10.- *Privación de libertad*

(22) La *privación de la libertad*, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitarse con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad,

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Sección 3^a.- Destinatarios: actores del sistema de justicia

(24) Serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas:

- a. Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;
- b. Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;
- c. Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;
- d. Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de *Ombudsman*.
- e. Policías y servicios penitenciarios.

Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Capítulo II

Efectivo Acceso a la Justicia para la Defensa de los Derechos

El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.

(25) Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Sección 1^a.- Cultura jurídica

(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

247

Sección 2^a.- Asistencia legal y defensa pública

1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
- Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la am-

pliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4^a del presente Capítulo.

2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de *calidad* y *especializada*. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la *gratuidad* de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

Sección 3^a.- Derecho a intérprete

248 (32) Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.

Sección 4^a.- Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.- Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación

Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

(35) Oralidad

Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las

actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

(36) Formularios

Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

(37) Anticipo jurisdiccional de la prueba

Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.- Medidas de organización y gestión judicial

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

(38) Agilidad y prioridad

Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

(39) Coordinación

Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

(40) Especialización

Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

(41) Actuación interdisciplinaria

Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

(42) Proximidad

Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

Sección 5ª.- Medios alternativos de resolución de conflictos

1.- *Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad*

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

(44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

2.- *Difusión e información*

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.

(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas.

3.- Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos

(47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria.

La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

Sección 6^a.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

Capítulo III

Celebración de Actos Judiciales

El contenido del presente Capítulo resulta de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte o en cualquier otra condición.

(50) Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación.

Sección 1ª.- Información procesal o jurisdiccional

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad.

253

1.- Contenido de la información

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar
- Su papel dentro de dicha actuación
- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos:

- El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales
- Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso
- La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente
- El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo

2.- Tiempo de la información

(54) Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal.

3.- Forma o medios para el suministro de la información

(55) La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto. Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad.

4.- Disposiciones específicas relativas a la víctima

(56) Se promoverá que las víctimas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional:

- Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido
- Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción
- Curso dado a su denuncia o escrito
- Fases relevantes del desarrollo del proceso
- Resoluciones que dicte el órgano judicial

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en libertad de la persona culpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

Sección 2ª.- Comprensión de actuaciones judiciales

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.- Contenido de las resoluciones judiciales

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.- Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3^a del presente Capítulo,

Sección 3^a.- Comparecencia en dependencias judiciales

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.- Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

255

2.- Asistencia

(64) Previa a la celebración del acto

Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

(65) Durante el acto judicial

Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

3.- Condiciones de la comparecencia

Lugar de la comparecencia

(66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

(67) Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el imputado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Tiempo de la comparecencia

(68) Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial.

Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente.

Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

(69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.

256 (70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o antípico jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable.

(71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Forma de comparecencia

(72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla

(73) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

(74) Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país.

A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

4.- Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad

(75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.

5.- Accesibilidad de las personas con discapacidad

(77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

7.- Integrantes de comunidades indígenas

(79) En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.

Sección 4ª.- Protección de la intimidad

1.- Reserva de las actuaciones judiciales

(80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.- Imagen

(81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- Protección de datos personales

(83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad.

(84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

Capítulo IV

Eficacia de las Reglas

Este Capítulo contempla expresamente una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas, de tal manera que contribuyan de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

1.- Principio general de colaboración

(85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3^a del Capítulo I.

La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(88) Se promoverá la participación de las autoridades federales y centrales, de las entidades de gobierno autonómico y regional, así como de las entidades estatales en los estados federales, dado que frecuentemente el ámbito de sus competencias se encuentra más próximo a la gestión directa de la protección social de las personas más desfavorecidas.

(89) Cada país considerará la conveniencia de propiciar la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidas de la sociedad.

2.- Cooperación internacional

(90) Se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de

ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA

experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas. Estos espacios de participación pueden ser sectoriales.

En estos espacios podrán participar representantes de las instancias permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados.

(91) Se insta a las *Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación* para que:

- Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.
- Tengan en cuenta el contenido de estas Reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.
- Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación.

3.- Investigación y estudios

(92) Se promoverá la realización de estudios e investigaciones en esta materia, en colaboración con instituciones académicas y universitarias.

260

4.- Sensibilización y formación de profesionales

(93) Se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas.

(94) Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad.

Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial.

5.- Nuevas tecnologías

(95) Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6.- Manuales de buenas prácticas sectoriales

(96) Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de

las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo.

(97) Asimismo se elaborarán un catálogo de instrumentos internacionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente.

7.- Difusión

(98) Se promoverá la difusión de estas Reglas entre los diferentes destinatarios de las mismas definidos en la Sección 3^a del Capítulo I.

(99) Se fomentarán actividades con los medios de comunicación para contribuir a configurar actitudes en relación con el contenido de las presentes Reglas.

8.- Comisión de seguimiento

(100) Se constituirá una Comisión de Seguimiento con las siguientes finalidades:

- Elevar a cada Plenario de la Cumbre un informe sobre la aplicación de las presentes Reglas.
- Proponer un Plan Marco de Actividades, a efectos de garantizar el seguimiento a las tareas de implementación del contenido de las presentes reglas en cada país.
- A través de los órganos correspondientes de la Cumbre, promover ante los organismos internacionales hemisféricos y regionales, así como ante las Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado de Iberoamérica, la definición, elaboración, adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad.
- Proponer modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas.

La Comisión estará compuesta por cinco miembros designados por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la misma podrán integrarse representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial que asuman las presentes Reglas. En todo caso, la Comisión tendrá un número máximo de nueve miembros.