

# Autonomía y capacidad legal en el ámbito penal de los adolescentes

por Diego Freedman<sup>1</sup>

*Lo trascendental no es tanto la edad del destinatario del sistema, como el sistema mismo: su finalidad, las técnicas de intervención que se arbitren, las garantías y mecanismos procesales previstos o el impacto que se produce en los jóvenes y menores; desplazándose así la polémica del ámbito de los presupuestos (la edad) al de las consecuencia y efectos (contenido del sistema).*

Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Derecho Penal de menores*

## Introducción

Las normas internacionales de derechos humanos<sup>2</sup>, la regulación nacional<sup>3</sup> y provincial<sup>4</sup> y las prácticas de los operadores han establecido, con diferentes variantes, un sistema penal especializado respecto a los delitos cometidos por adolescentes caracterizado por un procedimiento con garantías de mayor alcance<sup>5</sup> y específicas<sup>6</sup> y sanciones especiales<sup>7</sup> o reducidas<sup>8</sup>, si se lo compara con el sistema penal de adultos.

---

<sup>1</sup> Docente del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Este ensayo toma parte de las ideas debatidas en el marco del Proyecto UBACYT 2008—2010, “La justicia penal frente a los delitos atribuidos a personas menores de dieciséis años de edad”, Directora Prof. Mary Beloff.

<sup>2</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989; las Reglas de Beijing, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en 1985 mediante la resolución 40/33; las Directrices de Riad, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

<sup>3</sup> La Argentina ha incorporado a la CDN en el texto constitucional en 1994 (art. 75, inc. 22) y el régimen penal juvenil, en los aspectos sustanciales, se encuentra regulado por la ley 22.278 (promulgada el 25 de agosto de 1980 y publicada el 28 de agosto de 1980).

<sup>4</sup> Gran parte de las provincias han dictado leyes regulando el proceso penal juvenil, en ejercicio de sus competencias constitucionales, y previendo una serie de medidas alternativas a la privación de la libertad.

<sup>5</sup> Por ejemplo, la garantía de duración razonable del proceso penal ha sido interpretada como la exigencia de que el joven sea juzgado en un plazo menor que el establecido para los adultos.

No es este el espacio para detallar con suficiencia las características de un sistema penal juvenil, pero si quiéramos remarcar que si bien las normas internacionales de derechos humanos admiten que un adolescente pueda ser sancionado penalmente, exigen que se implemente un régimen penal más favorable<sup>9</sup>.

La aplicación de este sistema juvenil especializado se efectúa teniendo en cuenta la edad del joven al momento de cometer el hecho delictivo. Por lo cual, el proceso penal juvenil y la correspondiente sanción pueden aplicarse a jóvenes que superen los 18 años de edad. De todos modos, el conocimiento de la práctica forense nos permite afirmar que la gran mayoría de los procesos comienzan cuando el joven tiene menos de 18 años de edad, porque son detenidos en situación de flagrancia. Asimismo, cabe remarcar que en la Ciudad de Buenos Aires, el colapso de los Tribunales Orales de Menores provoca que sólo se realicen audiencias de juicios en los casos en que los imputados (sean o no menores de edad) se encuentren privados de la libertad, por lo tanto, el resto de las causas permanecen varios años sin avances y los jóvenes imputados llegan a tener 22 o 23 años de edad.

## **1. La edad en el Derecho penal juvenil**

---

<sup>6</sup> Podemos mencionar, para ejemplificar, la garantía de participación de los padres en el proceso penal juvenil a fin de proteger al adolescente.

<sup>7</sup> Se prevén diferentes tipos de sanciones como la amonestación, la libertad asistida o la obligación de reparar el daño combinadas con medidas preventivas como el deber de omitir el trato con determinadas personas o evitar que frecuenten ciertos lugares o locales y disposiciones vinculadas con la inserción social del adolescente como la orientación de los padres, la prestación de servicios a la comunidad, la derivación a los servicios locales de protección de derechos y la asistencia a los centros educativos o de formación profesional.

<sup>8</sup> A partir del fallo “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de diciembre de 2005) se consideró imperativo, según el voto mayoritario, la aplicación de una escala penal reducida a los adolescentes cuando les resulta aplicable la pena privativa de la libertad.

<sup>9</sup> En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomando la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos ha sostenido que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)”, considerando 32 del caso “Maldonado”.

El reconocimiento de los derechos del niño desde mediados del siglo XX se ha traducido, paulatinamente, en el reconocimiento de mayor autonomía<sup>10</sup> y participación. Desde ya, este ha sido un proceso gradual, con algunos retrocesos, y muchas veces las modificaciones fueron formales, teniendo poca incidencia en las prácticas de los operadores. Pero, bajo esta concepción, se problematizó la incapacidad de los menores de edad, reconociéndoles autonomía para realizar actos civiles y participar en procesos administrativos, judiciales y políticos. Es menester aclarar que su capacidad dependerá del tipo de acto o de procedimiento, las circunstancias y la edad del joven, entre otros factores.

El reconocimiento de la autonomía de los niños va de la mano de aceptar la responsabilidad por los actos ilícitos que cometen, lo cual, conlleva la posibilidad de ser sometidos a sanciones penales como lo autoriza la CDN<sup>11</sup>. De este modo, bajo la óptica de las normas internacionales de derechos humanos, los jóvenes son responsables pudiendo sufrir sanciones penales<sup>12</sup>. Lo cual contraría la normativa y las prácticas que asumían que los jóvenes eran incapaces de ser culpables por su inmadurez y sólo podían ser objeto de medidas de seguridad o tutelares<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> “Respetar la autonomía de un niño es tratarlo como a una persona y como a un detentador de derechos”, FREEMAN, Michael, D. A., *Tomando más en serio los derechos de los niños* en FANLO CORTÉS, Isabel (comp.), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México D. F., 2004, p. 168.

El último paso que ha dado nuestro país es declarar la mayoría de edad a partir de los 18 años de edad por la ley 26.579, sancionada el 2 diciembre de 2009, promulgada el 21 de diciembre de 2009 y publicada en el B.O. el 22 de diciembre de 2009.

<sup>11</sup> Arts. 37 y 40.

<sup>12</sup> Relacionando la idea de reconocimiento de los derechos de la infancia e imputabilidad, o sea, la capacidad de ser culpable, se ha concluido que “En definitiva, en un Estado social y democrático de derecho, el juicio de inimputabilidad en el caso de los jóvenes tiene que partir de este primer nivel, esto es, que son personas y que gozan del reconocimiento de la dignidad de tal y de todos los derechos que les son inherentes”, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Imputabilidad y edad penal en Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain* coordinado por ECHEBURÚA, Enrique Odriozola, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y DENDALUCE SEGUROLA, Iñaki, Ed. Instituto Vasco de Criminología, 1989.

<sup>13</sup> Esta tesitura significó la instauración desde principios del siglo XX de lo que se dio en llamar “complejo tutelar”. En muchos países se asumía que todos los jóvenes eran inimputables en forma absoluta o relativa, ya que no eran plenamente libres debido a su inmadurez y a los condicionamientos familiares y sociales. Por ende, no se justificaba la aplicación de una sanción y sólo correspondía aplicar medidas tendientes a reducir su

Partiendo de esta premisa, la primera discusión es si se debe fijar legalmente en forma general una edad mínima de responsabilidad penal juvenil o si el magistrado debe analizar el caso individual para determinar si el joven debe ser sometido a un proceso y a una sanción penal, en el caso de ser considerado responsable del hecho delictivo imputado. En este último sistema siempre se realiza una prueba de discernimiento, por la cual, se analiza si el joven tiene el grado de madurez necesario para comprender la criminalidad de su conducta y dirigir sus acciones de acuerdo a esa comprensión<sup>14</sup>.

---

peligrosidad (medidas de seguridad) o protegerlos (medidas tutelares). En la práctica, estas medidas, en muchos casos, pero no siempre, significaron la privación de la libertad en instituciones de menores, cuyas condiciones no distan demasiado de las cárceles de adultos. Describiendo esta posición, se ha considerado que “están aquellos que sustentan una visión convencional de la infancia en la que ésta aparece atravesada por carencias de capacidades atribuidas a los adultos —discernimiento pleno, autocontrol, autodeterminación— y, consiguientemente, por necesidades de protección. En tal sentido, es esperable que se requiera de instancias que la tomen a su cargo con el objetivo supremo de protección que subsume los objetivos subsidiarios de educación y eventualmente corrección. Se resigna la atribución de un juicio de culpabilidad por comisión de supuestas acciones delictivas en caso de adolescentes y jóvenes en beneficio de un juicio de inmadurez, y, por ende, de inimputabilidad penal o inimputabilidad relativa. Consiguientemente, se aplican medidas de seguridad y no penas ya que como bien señala Tamar Pitch la peligrosidad es la justificación para la medida de seguridad, en tanto la culpabilidad es la justificación para la aplicación de una pena (2003)”, GUEMUREMAN, Silvia, *¿Responsabilidad o punir? El debate legislativo en materia de niños, adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal* en “Delito y Sociedad”, Revista de Ciencias Sociales, año 12, número 18-19, Buenos Aires, 2003, ps. 160 y 161,

Para un análisis del surgimiento del complejo de menores en los Estados Unidos, puede consultarse a PLATT, Anthony M., *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, 2001, México. Respecto de la situación en Latinoamérica y la Argentina, ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004. Respecto al concepto de “complejo tutelar”, consultar la obra de DONZELOT, Jacques, *La policía de la familia*, Ed. Pre-Textos, Barcelona, 1998.

<sup>14</sup> Respecto a la prueba de madurez, se ha considerado que “En el caso de la capacidad de entender y querer de los adultos, el cuerpo de saber al que se hace referencia es exclusivamente la psiquiatría, ya que para los adultos la incapacidad está basada en una hipótesis de enfermedad mental. En el caso de los jóvenes, la capacidad de entender y querer está conectada con algo más incierto e indefinido, si fuera posible, que la enfermedad mental. ¿Qué debe ser entendido por ‘madurez’? ¿Qué cuerpos de saber están autorizados para evaluarla? Como en el caso de la incapacidad de los enfermos mentales, también en el caso de la inmadurez los desarrollos y la crisis de los saberes psicológicos y psiquiátricos han dado origen a debates en los que el *status* científico de categorías como inmadurez e incapacidad y la posibilidad de establecer relaciones lineales entre una y otra, han sido crecientemente criticados (véase Cuomo-La Greca-Viggiani, 1982)”, PITCH,

Al describir el régimen clásico, Rivera Beiras nos relata que “Dentro del movimiento propio de ‘la codificación’ que abarcará gran parte del pasado siglo, puede señalarse que las primeras iniciativas legales, consideraron siempre a los menores de siete años de edad como seres absolutamente inimputables para los fines propios del Derecho Penal (cfr. por ejemplo el primer Código Penal en España en 1822). Normalmente, salvo excepciones, se consideró que para los mayores de siete (7) años y menores de diecisiete (17), debía procederse a una investigación acerca de si el menor había obrado, o no, ‘con discernimiento’”<sup>15</sup>. Sobre este sistema, el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado críticamente sosteniendo que “La evaluación de la madurez incumbe al tribunal/magistrado, a menudo sin necesidad de recabar la opinión de un psicólogo, y en la práctica suele resultar en la aplicación de la edad mínima inferior en caso de delito grave [...] a menudo no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales al tribunal/juez, que pueden comportar prácticas discriminatorias”<sup>16</sup>. Debe advertirse que el joven que supera la edad mínima, cuando se establece legalmente, tiene que ser imputable por ende siempre queda sujeto a una evaluación sobre su capacidad de culpabilidad, que comprende una prueba de discernimiento, entre otros elementos a ser valorados.

En relación con esta discusión, la CDN obliga a establecer en forma general una edad mínima a partir de la cual se pueden sancionar penales, sin que se admita prueba en contrario. Al respecto dispone que es un deber de los Estados Partes “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”<sup>17</sup>. En forma complementaria, en las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal<sup>18</sup> se dispone que “no se inculpará a ningún niño que no haya alcanzado la edad de responsabilidad penal”<sup>19</sup>. En consecuencia, los Estados deben

---

Tamar, *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 177.

<sup>15</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Los presupuestos ideológicos de una justicia penal de/para los jóvenes (hegemonía y anomalías de un difícil vínculo social)* en *Jovenes y adultos: el difícil vínculo social* coordinado por BERGALLI Roberto y RIVERA BEIRAS Iñaki, Ed. Anthropos, Barcelona, 2007, p. 156.

<sup>16</sup> Observación General nro. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, emitida por el Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr. 30.

<sup>17</sup> Art. 40, inc. 3.a).

<sup>18</sup> Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social del 21 de junio de 1997.

<sup>19</sup> Directriz 14, inc. c).

establecer una edad mínima en forma general. Los niños que no alcancen esta edad no pueden ser sometidos a una sanción penal<sup>20</sup>.

La edad mínima, según la recomendación formulada en la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño, no debe admitir excepciones como la gravedad del delito o la madurez del adolescente<sup>21</sup>.

Ahora, la regulación de una edad mínima provoca dos problemas. El primero es ¿Cuál es esa edad mínima y qué criterios deben adoptarse para fijarla? El segundo problema es ¿Qué intervención debe tener el Estado respecto de los niños que cometen delitos y no alcanzan la edad mínima?

Respecto a la primera cuestión, debemos remarcar que los estándares internacionales de derechos humanos no disponen una determinada edad, pero si establecen ciertos criterios. Al respecto, las Reglas de Beijing expresan que la edad mínima para definir la condición de adolescente, no debe ser demasiado baja, puesto que deben tenerse en cuenta aquellas circunstancias que afectan su madurez emocional, mental e intelectual, considerando que el discernimiento y la capacidad de comprensión de sus actos están en relación con condiciones históricas y culturales<sup>22</sup>. En virtud de ello, el Comité de Derechos del Niño ha considerado que “una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable”<sup>23</sup>. Por ello, se alienta a los Estados Partes a elevar su edad mínima a los 12 años y que sigan incrementándola. Al mismo tiempo se insta a los Estados a no reducir la edad mínima a los 12 años y se considera que cuando la

---

<sup>20</sup> Roxin ha categorizado que es un supuesto de exclusión de la responsabilidad, que no necesariamente está vinculado con la culpabilidad del joven. Al respecto, considera que “Lo correcto es estimar que se trata de una regulación de la exclusión de la responsabilidad que puede basarse bien en que el niño todavía no era normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. La experiencia de la vida enseña que los niños mayores la mayoría de las veces saben perfectamente que romper a pedradas cristales de ventana, hurtar, etc., no está permitido. A menudo los niños están también del todo en situación de poderse motivar por esas prohibiciones, de modo que la culpabilidad en sí habría de afirmarse. Pero como los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivo especialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad”, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, ps. 847 y 848.

<sup>21</sup> Párr. 34.

<sup>22</sup> Regla 4.1.

<sup>23</sup> Observación General nro. 10, Párr. 31.

edad mínima se fija entre los 14 a 16 años de edad (la que sea adecue mejor a las decisiones de cada Estado Parte) se contribuye a lograr el objetivo de adoptar medidas para tratar a los adolescentes sin recurrir a los procedimientos judiciales<sup>24</sup>. Esta reiterada recomendación de elevar la edad mínima, implícitamente desaconseja su reducción.

Ahora, esta discrecionalidad que se le otorga a los Estados para fijar una edad mínima debe suponer una robusta discusión democrática valorando diferentes aspectos, en particular, cuestiones de política criminal<sup>25</sup> y de organización judicial e institucional<sup>26</sup>.

Cabe remarcar el principio de humanidad de las penas, por el cual un castigo penal es intolerable a un joven de muy corta edad, la conveniencia de disponer recursos económicos para incrementar las políticas sociales en vez de aumentar el campo de acción del sistema penal o el principio de ultima ratio del Derecho penal, por el cual, debe evitarse y reducirse la respuesta penal frente a los conflictos sociales.

También, como lo ha señalado Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>27</sup>, entra en juego la procedibilidad, es decir, la posibilidad efectiva que el adolescente tenga la capacidad para ejercer su defensa, lo cual lo analizaremos en el siguiente punto. En un Estado de Derecho sólo podemos juzgar a alguien que pueda defenderse por sí mismo, más allá de la

---

<sup>24</sup> Observación General nro. 10, párr. 33.

<sup>25</sup> Dando énfasis a razones de política criminal, se ha afirmado que “se podrían dar argumentos de todo tipo para una u otra postura en cuanto a la edad mínima. Habría que descartar, con el objeto de no caer nuevamente en tesis peligrosistas o positivistas en general, todas aquellas argumentaciones basadas exclusivamente en planteamientos biológicos, psicológicos, psiquiátricos o sociológicos. En otras palabras, el criterio determinante ha de ser, como en el caso del límite máximo, de carácter político criminal”, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Imputabilidad...*, ob. cit.

<sup>26</sup> Admitiendo que la edad no responde a cuestiones exclusivamente naturales, se ha considerado, con cita de Cerezo Mir, que “este límite tiene carácter convencional, pues excepcionalmente, algunos menores de esa edad pueden tener la capacidad para conocer la ilicitud de su conducta y obrar conforme a esa comprensión. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, pero también de política-criminal, se constituye en elemento objetivo de la culpabilidad”. NAVARRO FRÍAS, Irene, *El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho Penal de Menores* en “Derecho penal y psicología del menor” de SOLA RECHE Esteban, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, FLORES MENDOZA, Fátima y GARCÍA MEDINA, Pablo (editores), Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 122.

<sup>27</sup> <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0355/articulo.php?art=13802&ed=0355>, 23/12/2009.

posibilidad de contar con una defensa técnica. Resulta difícil imaginar que un adolescente de corta edad tenga esta posibilidad de enfrentar su acusación y defenderse efectivamente.

Por el contrario, no creemos que la discusión sobre la fijación de la edad mínima debe quedar reducida a la imputabilidad<sup>28</sup>, o sea, a la capacidad de comprender la criminalidad de una conducta y dirigir las acciones de acuerdo a esa comprensión. Lo cual, debe analizarse en todos los casos, independientemente de la edad de la persona acusada.

También se ha señalado como factor la alarma social generada por la delincuencia juvenil<sup>29</sup>, aunque estimamos que hoy en día puede justificar una rebaja de la edad de punibilidad por la amplia repercusión mediática que tiene la delincuencia juvenil<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Desde un plano exclusivamente psicológico se considera que los adolescentes 14 a 18 años de edad son imputables: “Este ascenso de la capacidad intelectual y volitiva indica que dicho menor es cualitativamente distinto al de inferior edad. Además, permite sostener que posee la suficiente capacidad de culpabilidad, es decir, que tiene la suficiente capacidad para comenzar a responder ante la sociedad de los actos que realiza en contra de ella. Tal capacidad es defendible por las tres razones que siguen.

La primera, de carácter cualitativo, se basa en el progreso que experimenta el elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad. Al aumentar la capacidad de pensamiento formal, así como la de comprensión social y legal, también se eleva el entendimiento de la antijuridicidad de la conducta, que en este período estimamos suficiente porque el menor muestra una aceptable comprensión abstracta de la ley, así como de las funciones que éste desempeña en la organización de la convivencia social.

La segunda, también de naturaleza cualitativa, se cifra en que, a causa de la anterior evolución, sobreviene asimismo un nuevo aumento de la capacidad de autodeterminar la voluntad para obrar conforme a esa comprensión, pues ahora amplía el repertorio de causas de cumplimiento de la ley, como la conformidad social, razones de tipo racional-beneficioso-utilitario, principio, etc., lo que le permite elegir entre ellas con mayor libertad antes de decidirse a actuar. De este modo, al ser suficiente el desarrollo de la capacidad intelectual, también lo es el de la capacidad volitiva.

La tercera de índole cuantitativa, consiste en que ha desaparecido la causa que desaconsejaba no reconocer capacidad de culpabilidad por razones cuantitativas, pues a los catorce años la generalidad de los menores normales ha entrado en la fase del pensamiento formal, y disponen de capacidad suficiente para comprender la antijuridicidad de su conducta, así como para autodeterminar su voluntad conforme a ella”, MARTÍN CRUZ, Andrés en *El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 en Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* de BARREIRO, Agustín Jorge y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.) Ed. Atelier, Barcelona, 2007, nota 95, p. 155.

<sup>29</sup> En relación con la edad mínima fijada por la legislación española se consideró “ha expresado nuestro legislador la convicción de las infracciones cometidas por menores de catorce años son, por regla general, irrelevantes y que en los escasos supuestos en que puedan producir una cierta alarma social son suficientes para darle una idónea respuesta los

Con respecto a las cuestión psicológica, se considera, en general, que carecen de imputabilidad por su inmadurez antes de los 14 años de edad por la dificultad para comprender el orden legal y dominar sus emociones<sup>31</sup>. Asimismo, hay que tener en cuenta que cuanto menor es la edad de una persona mayor es la influencia de los condicionamientos y el contexto familiar y social, lo que disminuye la exigibilidad,

---

ámbitos familiar y asistencial, sin necesidad de recurrir a la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Derecho penal de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 207.

<sup>30</sup> En relación con el sentimiento de inseguridad y los medios de comunicación, se expresa que “No se trata sólo del lugar que las noticias policiales ocupan en los medios; en este acelerado *in crescendo* se crean además nuevas formas de representar el tema; en particular, el pasaje de ‘casos’ a un colectivo mayor, las ‘olas de violencia’, que, según Damián Fernández Pedemonte (2008), se construyen como una ampliación y distorsión de un conjunto de acontecimientos aislados. En cuanto a las figuras del temor, se difunde la idea de un delito juvenil desorganizado, producto de la degradación oscial, opuesto a las imágenes míticas de delincuentes profesionalizados, supuestamente adscriptos a códigos de respeto y de precisa dosificación de violencia [...] Por su parte, la prensa no escatima imágenes de jóvenes marciales y peligrosos. Leonor Arfuch (1997) muestra una acumulación de casos de 1995 que irradian la figura del menor —y en ciertos casos hasta del niño— homicida como problema de criminalidad central. ”, KESSLER, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2009, p. 79.

<sup>31</sup> En relación con los niños menores de 12 años, se considera que se encuentran en el nivel I o preconventional: “Éste es el nivel en el que se encuentran los niños de la escuela primaria, es decir, niños de entre cinco y once años, y se caracteriza por su orientación a la obediencia y el castigo. Su sentido de la ley y la justicia se basa en la evitación del castigo y en la deferencia incuestionada al poder, con aceptación de las normas o leyes como actos de naturaleza fija e inmutable dictados e impuestos por la autoridad para contener las malas conductas y prevenir el daño físico. En este nivel el niño ni conceptualiza un sistema legal generalizado o un orden moral subyacente, ni reconoce una diferente entre legalidad y moralidad”, MARTÍN CRUZ, Andrés en *El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 en Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* de BARREIRO, Agustín Jorge y FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.) Ed. Atelier, Barcelona, 2007, nota 95, p. 147.

A continuación, con respecto al joven de 12 a 14 años se afirma que es “cualitativamente distinto al niño. A pesar de que dispone de capacidad intelectual y volitiva, no posee, sin embargo, la suficiente capacidad de culpabilidad como para considerarlo responsable de las infracciones legales que cometa [...] Primeramente, desde el punto de vista cualitativa, el menor solamente ha comenzado a desarrollar su capacidad para comprender la sociedad y las leyes que la regulan, es decir, el carácter ilícito de su conducta. Esta nueva capacidad de comprensión no permite afirmar que comprende suficientemente tanto las distintas funciones beneficiosas y restrictivas que cumplen las leyes en la organización de la convivencia social, como el verdadero alcance de sus acciones, pues simplemente ha hecho acto de presencia”.

entendida como la posibilidad de realizar otra conducta por el escaso espacio de autodeterminación<sup>32</sup>.

La segunda pregunta que nos hicimos fue ¿Qué intervención debe tener el Estado respecto de los niños que cometen delitos y no alcanzan la edad mínima? La cual es respondida en forma clara por la Observación General N° 10 cuando expresa que “Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP [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 en el interés superior de esos niños”<sup>33</sup>. Esto jóvenes deben recibir un “trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal” respetándose “sus derechos humanos y garantías legales”<sup>34</sup>.

Ahora si bien la Observación General N° 10 hace referencia que no deben aplicarse procedimientos judiciales, entendemos que se restringe a las sanciones penales, debiendo gozar estos jóvenes de las garantías del debido proceso judicial o administrativo destinado a aplicar medidas especiales de protección. En particular se hace referencia a la remisión a los servicios sociales<sup>35</sup> basados en la comunidad como “el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia reformativa, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas”<sup>36</sup>.

Finalmente, otra cuestión a debatir es si puede fijarse la aplicación del sistema penal juvenil a jóvenes que cometen delitos después de los 18 años de edad, teniendo en cuenta la menor culpabilidad por la inmadurez de estos sujetos<sup>37</sup>. Al respecto, el Comité de Derechos

---

<sup>32</sup> Hay que tener en cuenta que no siempre la edad se correlaciona con la evolución en el sistema educativo, ya que gran parte de los jóvenes permanecen marginados de las escuelas o repiten, lo cual, se vincula estrechamente con la situación de pobreza o indigencia que los afecta.

<sup>33</sup> Observación General nro. 10, párr. 31.

<sup>34</sup> Observación General nro. 10, párr. 33.

<sup>35</sup> Observación General nro. 10, párr. 24.

<sup>36</sup> Observación General nro. 10, párr. 27.

<sup>37</sup> Al respecto se ha dicho que “sostenemos la capacidad de culpabilidad disminuida del mayor de dieciocho y menos de veinte años [...] los sujetos que hayan experimentado menos incitación e información que otros de su misma edad presentarán un retraso

del Niño observó con beneplácito que se amplió el sistema especializado hasta los 21 años de edad “como norma general o como excepción”<sup>38</sup>.

En la Argentina, la ley 22.278 fija cómo edad mínima de responsabilidad penal juvenil los 16 años<sup>39</sup>. A partir de esta edad se aplica un procedimiento especial, que fue regulado en las normativas procesales aplicables en cada jurisdicción, se establece la imposibilidad de sanción frente a ciertos delitos<sup>40</sup> y rigen penas privativas de la libertad que pueden ser atenuadas en la escala de la tentativa o no aplicadas según la evaluación que hace el magistrado. Precisamente, el art. 4 dispone que “si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º”.

Es menester aclarar que sólo puede aplicarse una sanción cuando el joven ha sido declarado penalmente responsable en un juicio, haya cumplido los 18 años de edad (lo cual impide que se sancione penalmente a un niño) y haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad, hoy en día fijada en los 18 años de edad. Es posible que no se llegue a cumplir el plazo de tratamiento antes de que el joven alcance la mayoría de edad debido a que si el joven comete un hecho delictivo a los 17 años y seis meses de edad y se inicia

---

cognitivo que se traduce en un retraso de la capacidad de comprensión social y legal, y, por ende, de la de comprender la ilicitud de una conducta así como de la de dirigir su voluntad conforme a tal comprensión. Todo lo anteriormente expuesto patentiza que desde los dieciocho hasta los veinte años el semiadulto es cualitativamente distinto al adolescente de inferior edad y al adulto. Pero también revela que son razones cualitativa y cuantitativas las que conducen a defender su capacidad de culpabilidad disminuida. Además, se evitaría la situación injusta resultante de atribuir capacidad de culpabilidad plena a quién no la tiene, MARTÍN CRUZ, Andrés en *El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 en Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinaria ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* de BARREIRO, Agustín Jorge y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.) Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 156.

Esta solución es la vigente en Alemania y la que originariamente se había previsto en España.

<sup>38</sup> Observación General nro. 10, párr. 38. Así lo preveía la originaria ley española tomado de la ley alemana.

<sup>39</sup> Art. 1.

<sup>40</sup> Los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

inmediatamente la causa judicial, sólo podrá extenderse seis meses como máximo el tramamiento tutelar. En estos casos, resulta aplicable el art. 8 de la ley 22.278 siendo necesario efectuar un informe amplio sobre la conducta del joven.

Debe remarcarse que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha considerado que el joven merece un menor reproche de culpabilidad, por ende, es imperativo aplicar una escala penal atenuada<sup>41</sup>. A la vez, consideró que la aplicación de una sanción penal procede

---

<sup>41</sup> “40) 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”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Maldonado”, 7 de diciembre de 2005, Fallos 328:4343.

Compartiendo esta tesitura se ha considerado que “Debe recordarse que la razón de ser de que la pena aplicable a menores de edad admita reducción, se basa en el principio generalmente aceptado en materia de delincuencia juvenil de que los autores de hechos típicos y antijurídicos, por su edad se encuentran en un período de la vida en el que aún no han concluido el proceso biológico de formación psicofísica, careciendo del estado de madurez que se requiere para advertir las consecuencias de su obrar delictivo [...] La escala menor de pena aplicable a un joven, a diferencia de la que le correspondería a un adulto, tiene razón de ser en el hecho de que por su corta edad, su culpabilidad en el suceso delictivo se considera disminuida, y consecuentemente el Estado, mediante la respuesta jurídica, debe hacerse cargo de ello. Esa disminución tiene fundamento en que por su experiencia de vida no ha podido introyectar maduramente las normas de respeto a las leyes, que le permitan prever las consecuencias de sus actos, y por lo tanto, vivir dentro de la sociedad sin involucrarse en conflictos jurídico-penales”, FELLINI, Zulita, *Reflexiones sobre la cuestión penal juvenil*.

Por su parte, Bustos Ramírez considera que esta menor culpabilidad se justifica en la falta de participación política en la elaboración de las leyes: “la fundamentación de la intervención del Estado en materia penal criminal es la protección de bienes jurídicos y ello supone la participación efectiva y plena de todos los sujetos en su establecimiento como tales. Ese no es el caso cuando se trata de los menores de 18, pues ellos no están en capacidad jurídica de discutir y participar efectivamente en la configuración de las leyes. Respecto de ellos el principio de legalidad de los delitos y las penas tiene, por tanto, una debilidad de origen. La conciencia de la norma y del injusto están en el grupo de los mayores, en ellos está en formación o en reformulación”, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Imputabilidad...*, ob. cit.

cuando es conveniente para la integración social del adolescente y no por su peligrosidad o por la gravedad del hecho delictivo que ha cometido<sup>42</sup>.

En relación con los jóvenes menores de 16 años de edad que son imputados de cometer hechos delictivos, la ley 22.278 establece que la autoridad judicial debe realizar “la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre”<sup>43</sup>. A la vez, está facultada para disponer del niño o niña, lo cual significa que “a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere”<sup>44</sup>. No se establece un plazo máximo para esta disposición, pero cesa de pleno derecho cuando el niño o niña alcanza la mayoría de edad<sup>45</sup>, hoy en día fijado en los 18 años de edad.

Como se advierte la ley 22.278 otorga gran discrecionalidad a la autoridad judicial respecto de las medidas y el procedimiento contra los jóvenes no punibles, sin embargo, tanto la legislación provincial como las recientes prácticas jurisprudenciales limitaron esta situación.

En la provincia de Buenos Aires, Neuquén y Chubut los menores de 16 años imputados de cometer delitos son sometidos a un proceso donde expresamente en la

---

<sup>42</sup> “22) Que la ‘necesidad de la pena’ a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 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. 1º)”, Fallos 328:4343.

<sup>43</sup> Art. 1.

<sup>44</sup> Art. 3.

<sup>45</sup> Art. 3.

normativa se reconocen los derechos de ser oído, de participación de los padres y de asistencia técnica de un abogado.

En la provincia de Buenos Aires, cuando se comprueba la existencia de un hecho calificado como delito y se presume la participación del niño, el Agente Fiscal debe solicitar su sobreseimiento al Juez de Garantías.

Por su parte, en Neuquén se regula un procedimiento en el cual cuando se comprueba la existencia de un hecho calificado como delito y cuando se presume la intervención de un niño no punible o inimputable, el Fiscal determinará su grado de participación y coleccionará la prueba que considere pertinente y los informes de evaluación del equipo técnico interdisciplinario en un plazo que no exceda el mes y lo elevará al magistrado. De modo que hasta se prevé la duración razonable del proceso. Recibidas las actuaciones, el Juez ordenará la notificación de lo actuado al niño o a la niña y a su defensor y luego concluirá la causa penal. Similar procedimiento es previsto en la provincia de Chubut con la notificación al equipo técnico, que se expedirá sobre la adopción de medidas de protección.

Asimismo, hay precedentes en el ámbito de la Justicia Nacional de Menores, en la Ciudad de Buenos Aires, en donde los magistrados investigan el hecho, para verificar la participación del joven y, luego, dictan el sobreseimiento verificando antes la existencia y autoría del hecho<sup>46</sup>.

En las normativas provinciales, se admite la adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad o la derivación al servicio de protección de derechos para la aplicación de medidas de protección (provincia de Buenos Aires y Mendoza). Estas medidas pueden ser impuestas en forma aislada o conjunta y ser sustituidas en cualquier momento. En la provincia de Neuquén sólo pueden disponerse medidas de protección a pedido del defensor. En cambio, en Chubut, el Fiscal se pronuncia sobre la procedencia de medidas de protección y se admite el recurso de la decisión judicial ante la Cámara de Apelaciones.

En la provincia de Buenos Aires se faculta al Juez de Garantías a dictar medidas restrictivas de la libertad, a pedido del Fiscal, en casos de extrema gravedad por el hecho

---

<sup>46</sup> Causa nro. 1275, Juzgado Nacional de Menores nro. 1, 7 de diciembre de 2009.

imputado<sup>47</sup>. Por su parte, en Mendoza se admite la internación como medida de protección. La ejecución de estas medidas puede ser delegada a organismos especializados o ser ejecutada por la Dirección Provincial de Niñez y Adolescencia.

En relación con el trato a los jóvenes no punibles, la Corte Suprema ha precisado que los magistrados deben aplicar medidas de protección (y no sanciones) evitando en forma prioritaria la internación. De este modo, se procura evitar la estigmatización y el efecto criminógeno que genera la institucionalización<sup>48</sup>.

## **2. Ejercicio de garantías procesales por parte de los adolescentes**

### **Defensa material**

Según la normativa internacional de derechos humanos, los jóvenes no punibles y punibles tienen derecho a ser oído en los procesos penales, esto significa que tienen la posibilidad de declarar y dar su versión de los hechos, ofrecer medidas de pruebas, participar en las pruebas solicitadas por la parte acusadora u ordenadas por el magistrado y alegar<sup>49</sup>. Debe remarcarse que al igual que los adultos, los jóvenes no pueden ser obligados a declarar.

En primer lugar para garantizar la participación en el proceso penal, el adolescente debe ser informado en forma inmediata de la acusación que se formula contra él, de su derecho a la defensa<sup>50</sup>, de las características del proceso penal juvenil y las medidas que pueden adoptarse<sup>51</sup>. Es importante que la información que reciba debe ser comprensible<sup>52</sup> evitándose el uso de latinazgos y de tecnicismos. El deber de informar al adolescente no

---

<sup>47</sup> Se advierte la vaguedad de esta regulación que no precisa los hechos en los cuales procede esta medida, tampoco impone un límite en cuanto a la edad del adolescente (sólo debe ser menor de 16 años de edad), ni respecto a su duración. Entendemos que no debería superar el plazo máximo fijado para la prisión preventiva en los jóvenes punibles, pero no ha sido previsto en la legislación procesal.

<sup>48</sup> CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 7.537”, 2 de diciembre de 2008, Fallos 331:2691.

<sup>49</sup> CDN, art. 12 y art. 40.2.b.iv y Reglas 7 y 14.2 de las Reglas de Beijing.

<sup>50</sup> CDN, art. 40.2.b.ii y Reglas de Beijing, Regla 7.

<sup>51</sup> Observación General nro. 10, párr. 44.

<sup>52</sup> Reglas de Beijing, Regla 14.2 y Observación General nro. 10, párr. 46.

recae sólo en su abogado defensor, sino en el resto de las autoridades intervinientes (fiscales, jueces y demás operadores)<sup>53</sup>.

En el ámbito nacional, el art. 27 de la ley 26.061 reconoce expresamente el derecho del adolescente a ser oído (inc. a) y a participar activamente en todo el procedimiento (inc. d). Estas garantías rigen para todos los niños imputados en una causa, aunque no sean punibles, ya que no se establecen distinciones.

Las provincias reconocen expresamente el derecho del joven a ser oído en su normativa procesal. Pero, la provincia de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Neuquén y Río Negro han establecido prohibiciones respecto a la posibilidad de declarar ante las autoridades policiales, militares o administrativas a fin de prevenir abusos de las fuerzas de seguridad. Por ello, la declaración sólo debe ser realizada ante el Juez o el Fiscal especializado. En Neuquén y Río Negro se prevé la posibilidad de que declare por escrito, lo cual hace posible que el joven redacte su declaración junto a su abogado y sus padres evitando la intimidación que siente al declarar ante las autoridades judiciales en el ámbito tribunalicio.

En relación con el deber de informar al adolescente, se dispuso en la normativa provincial que recae sobre las autoridades del fuero penal juvenil (por ejemplo: provincia de Buenos Aires<sup>54</sup>, Ciudad de Buenos Aires<sup>55</sup> y Río Negro<sup>56</sup>) y se prohíbe el uso de latinismos para facilitar la comprensión de las resoluciones (Ciudad de Buenos Aires).

De modo que se reconoce en forma amplia y con ciertas protecciones la capacidad del niño de participar directamente en el proceso penal juvenil.

### **Defensa técnica**

---

<sup>53</sup> Observación General nro. 10, párr. 48.

<sup>54</sup> El joven debe ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable, del derecho a no declarar contra sí mismo y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, tutores o responsables y su defensor técnico.

<sup>55</sup> El joven debe conocer el acto infractor atribuido y las garantías procesales con que cuenta. Se debe informar claramente el significado, los objetivos y consecuencia de cada una de las actuaciones y diligencias del proceso penal juvenil.

<sup>56</sup> El joven debe ser informado por la autoridad judicial de los hechos que se le atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra así como de las garantías procesales con que cuenta.

A fin de garantizar la participación efectiva, se le reconoce al niño imputado en un proceso penal, la asistencia de un letrado. Al respecto, se dispone en la normativa internacional de derechos humanos que el adolescente debe acceder desde el inicio del proceso y en forma permanente a la asistencia de un defensor especializado, provisto en forma gratuita por el Estado<sup>57</sup>, al igual que un adulto, cuando no se produzca la designación de un abogado particular.

La característica particular que lo diferencia del régimen de adultos es que las normas internacionales exigen que sea especializado<sup>58</sup>. Al respecto, queda precisar si por especializado vamos a entender el conocimiento de las normas internacionales y nacionales específicas o se va a exigir una formación interdisciplinaria, experiencia de trabajo con niños o ciertas características específicas (edad, habilidades de comunicación o el manejo herramientas pedagógicas). También faltan desarrollar desde el ámbito profesional protocolos de trabajos específicos para atender y representar a jóvenes.

En forma concordante con las normas internacionales, la ley 26.061 dispone en su art. 27 que el joven debe 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”. Es menester señalar que no se distingue en el joven punible y no punible, por lo cual, ambos deben contar con la posibilidad de contar con la asistencia de un abogado defensor.

Debemos remarcar que en diferentes provincias de nuestro país se prevé la figura del abogado defensor especializado que debe ser provisto por el Estado en forma gratuita (como por ejemplo, Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires).

El abogado defensor debe estar presente en todas las declaraciones del joven<sup>59</sup>, lo que disminuye el riesgo de coacciones o engaños al momento de declarar brindándole una

---

<sup>57</sup> CDN, art. 40, b.II y III; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directriz 16 y Reglas de Beijing, Reglas 7 y 15.1. Estas Reglas establecen que cuando en el país se reconoce el derecho a solicitar la asistencia jurídica gratuita debe ser provista al adolescente. Por su parte, la Observación General nro. 10 establece en forma general la gratuidad, párr. 49.

<sup>58</sup> Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directriz 24 y el párr. 49 de la Observación General nro. 10.

<sup>59</sup> Observación General nro. 10, párr. 52.

mayor protección. De modo que no basta que se haya entrevistado previamente con el joven, al momento de prestar declaración ante las autoridades judiciales, sino que debe presenciar e intervenir en el acto si resulta necesario. En este sentido, en Chaco se dispone expresamente que el defensor debe intervenir desde el inicio de la investigación policial hasta el cumplimiento de la sanción.

Una cuestión a analizar es si el asesor de menores debe intervenir en el proceso penal y en el caso que no lo haga, ¿Quién va a encargarse de la protección del adolescente? En diversas jurisdicciones como en la provincia de Buenos Aires no interviene el asesor de menores. Entonces, la cuestión problemática es si el abogado defensor debe desempeñar ese rol y, en forma conjunta con la defensa penal, debe encargarse de su inserción social y el acceso a sus derechos<sup>60</sup>.

Otro dilema que no ha sido regulado expresamente es hasta que punto el abogado defensor en el ámbito penal debe respetar la opinión del niño al ejercer su tarea. ¿Puede el defensor penal, en aras de un paternalismo justificado, hacer planteos que mejoren la situación procesal del adolescente en contra de su voluntad? Tengamos en cuenta que en la mayoría de los casos los defensores de los adolescentes van a ser provistos por el Estado<sup>61</sup>, ya que carecen de recursos económicos, por lo tanto, el joven no va a poder contratar a otro abogado si no está de acuerdo con su trabajo. Entonces, la pregunta versa sobre ¿Qué grado de discrecionalidad le reconocemos al funcionario que se desempeña como abogado defensor del niño? ¿Admitimos que el adolescente ejerza en forma plena su autonomía, incluso cuando esto signifique el sufrimiento de una sanción penal o preferimos un paternalismo justificado para limitar la aplicación del sistema penal juvenil?

---

<sup>60</sup> La reciente jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires le asigna al defensor del joven ciertas funciones vinculadas con su protección, sin limitarse a la defensa penal: “ambos menores son adictos a los estupefacientes, principalmente P. quien también consume bebidas alcohólicas. A pesar de ello, la defensa nada ha esgrimido ni presentado respecto de la situación de riesgo en que podrían estar los menores, parte que no solo debe velar por la defensa penal de aquellos sino que también por su situación personal”, Cámara de Apelaciones y Garantía de La Matanza, Pcia. de Buenos Aires, “V., O. A. y otro”, 7 de junio de 2007.

<sup>61</sup> En un estudio de campo realizado en el 2007, se comprobó que sólo 9% de los niños institucionalizados tenían defensor particular. *Adolescentes en el sistema penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación*, SENNAF, Universidad de Tres de Febrero, UNICEF, Buenos Aires, 2008, p. 51.

### **3. La incidencia de la autonomía en el acceso a las salidas alternativas al proceso penal**

El sistema de Justicia Penal para adolescentes debe contemplar un gran abanico de opciones que posibiliten una salida diferente del proceso penal o su suspensión una vez iniciado, asumiendo el efecto estigmatizante y las restricciones que produce<sup>62</sup>. Por ello, se recurre a la suspensión del proceso a prueba y a la mediación penal. La probation o la suspensión del juicio a prueba consiste en la extinción de la acción penal si el adolescente cumple determinadas reglas de conducta (actividades educativas o laborales, prohibición de concurrir a ciertos lugares), ofrece reparar el daño causado a la víctima y realiza una prestación a la comunidad. En cambio, la mediación procura que el acuerdo entre la víctima y el adolescente extinga la acción penal. En este acuerdo, el adolescente debe comprometerse a reparar los daños ocasionados a la víctima.

Es importante asegurarnos que el adolescente sean informado<sup>63</sup> de estas salidas alternativas y consienta su uso sin ningún tipo de presiones<sup>64</sup> por escrito<sup>65</sup>. Lo que implica darle la oportunidad de tener un juicio penal, si quiere demostrar su inocencia y evitar cualquier tipo de consecuencia jurídica.

La normativa internacional admite que el consentimiento lo puedan otorgar también los padres o los tutores<sup>66</sup>. Esto lleva a preguntarnos si pueden ejercer, dentro del marco de facultades que concede la patria potestad, la aplicación de una salida alternativa a su hijo aún en contra de su voluntad.

---

<sup>62</sup> CDN, art. 40.3 inc. b. Reglas de Tokio, Reglas 2.3 y 2.5 y Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directriz 15.

<sup>63</sup> La Observación General nro. 10 precisa que la información debe ser adecuada y específica y comprende naturaleza, el contenido y la duración de la medida.

<sup>64</sup> Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia reformativa en materia penal, Principio 7 (Consejo Económico y Social, 2002) y Reglas de Tokio (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990), Regla 3.4 y Reglas de Beijing, Regla 17.4.

<sup>65</sup> Observación General nro. 10, párr. 27.

<sup>66</sup> Reglas de Beijing, Regla 11.3 y su comentario.

A fin de asegurarnos que el adolescente entienda el significado de estas salidas alternativas e impedir cualquier tipo de presión es relevante que cuenta en forma permanente con la asistencia de su abogado defensor<sup>67</sup>.

En los regímenes provinciales se regula la suspensión del proceso a prueba al adolescente y se concede en una audiencia donde se constata su consentimiento y la asistencia letrada. Por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires se dispone que para analizar su procedencia, el Tribunal convoca a una audiencia oral con citación al joven, al Fiscal Penal Juvenil, al Asesor Tutelar, a la víctima y al querellante si lo hubiere.

En la provincia de Mendoza, se destaca como buena práctica normativa, el deber impuesto al magistrado de informarle al joven y a su representante la posibilidad de recurrir a la suspensión del proceso a prueba.

De modo que se ha reconocido, desde el plano de la normativa local, la capacidad de los adolescentes de aceptar esta vía. Asimismo, existen prácticas jurisprudenciales, que aún sin regulación específica, reconocen que los adolescentes pueden, en ejercicio de su autonomía personal, solicitar la aplicación de la suspensión del proceso a prueba. Al respecto, se consideró que “Poseen capacidad suficiente para decidir en cuanto a lo que considere[n] más conveniente a sus intereses, dando así por terminado el estado de incertidumbre que pase sobre [ellos]”<sup>68</sup>.

La mediación penal también ha sido aplicada respecto a los adolescentes, reconociéndoles el derecho a contar con la asistencia letrada (provincia de Buenos Aires), pero en la Ciudad de Buenos Aires se exige expresamente la presencia del abogado defensor durante la mediación. Lo cual evita que se produzca un abuso por parte de la víctima. Debe destacarse que en la Ciudad de Buenos Aires se dispone que las reuniones de mediación son informales y rige el principio de la oralidad, lo que facilita la comprensión y la participación del adolescente.

---

<sup>67</sup> Observación General nro. 10, párr. 27.

<sup>68</sup> Causa Nro. 4931/2007, Tribunal Oral de Menores nro. 2, 2008.