

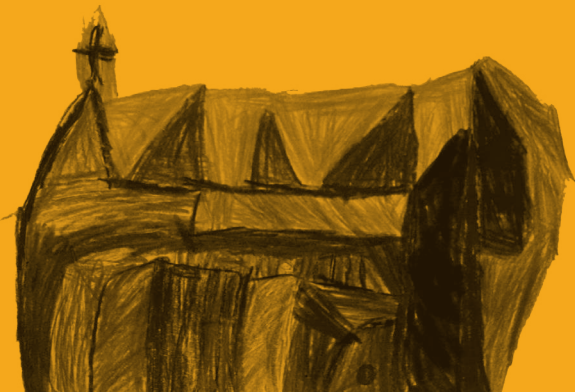


El niño y el adolescente autor de delitos

DRA. CAROLINA HERNÁNDEZ | Jueza de 1^{era} Instancia de Menores de Distrito Judicial N° 3, Rosario (SF).

myf

158





Introducción

Con el objeto de abordar el tema que nos convoca, debemos tomar como punto inicial del análisis el concepto de niño. Niño, conforme la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CIDN) es «*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*» (art. 1).

Es así que la noción convencional de niño coincide con el concepto establecido dentro de nuestro derecho interno como «menor de edad». En efecto, hasta la sanción de la Ley N° 26.579 modificatoria del art 126 del c.c., la minoría

de edad era hasta los 21 años. Con la nueva legislación, a partir del año 2009 (diciembre) se estableció que '*Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.*'

Por otro lado, en materia penal, el sistema especial aplicable a las personas menores de edad también reconoce como límite los 18 años, luego de lo cual se aplica la legislación común.

Dicho ésto, corresponde avanzar respecto de las distintas categorías que, dentro del universo de los «menores de edad» (léase menores de 18 años) establece el sistema normativo aplicable en materia penal, dado que en base a esa definición es que se producirán



las distintas consecuencias en caso de infringirse la norma.

Al margen de lo anterior debemos tener presente que, más allá de que nos encontremos en el ámbito del derecho penal y que dicho ámbito como tal implica restricciones de derechos, aquí también rige el principio general del «interés superior del niño» consagrado en la propia Convención «...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.... se atenderá el interés superior del niño» (art. 3).

Ese concepto de «interés superior del niño» parece ser tan abierto e indeterminado en su formulación que podría llevarnos a distintos resultados e incluso a resultados no deseados, conforme el criterio del operador o intérprete que toque en suerte en cada caso. Por ello las nuevas «Leyes de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes» (Ley nacional N° 26.061 –de

orden público según reza su texto– y Provincial N° 12.967) han tratado de sistematizar esa noción al establecer que «se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley» (art. 3 y 4 respectivamente).

En suma en esta área debemos conjugar las posibles restricciones de derechos propias de un sistema penal sin por ello desentendernos del interés superior del menor; tarea que de por sí no resulta sencilla realizar. Por ello es que la propia Convención plantea la idea de justicia especializada y legislación particular como pauta primordial que deben respetar los Estados signatarios de la misma, como es el caso de la Argentina, a la hora de realizar el diseño del enjuiciamiento juvenil «... 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 ha-

ber infringido esas leyes» (art. 40 ap. 3).

Régimen Penal de la Minoridad

El régimen penal de la minoridad en el Derecho Argentino se encuentra establecido en el Decreto-ley N° 22.278-reformado parcialmente por el N° 22.803- , el cual en sus artículos 1° y 2° consagra dos categorías de menores: «no punibles y punibles». Allí se define que «no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación» (art. 1); y que «es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1°» (art. 2).

A fin de facilitar el entendimiento podemos resumir a estas categorías de la siguiente manera: hasta los 16 años (es decir 15 años inclusive) se es me-

nor no punible, no importa el delito en el que esté mencionado. Luego, los menores de 16 y 17 años son punibles, excepto que se trate de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación, ya que en ese caso serán no punibles. En definitiva para determinar si un menor es punible hay que pasar por lo que solemos denominar «sistema de dos filtros», el de la edad y el del delito. De lo contrario será un caso no punible.

Como anticipáramos en la introducción es de vital importancia la clara determinación de estas dos categorías, ya que de las mismas derivan distintas consecuencias jurídicas, tal como veremos a continuación.

Menores Punibles

Por razones metodológicas procederemos a analizar primero este grupo de menores, dado que si comprendemos esta categoría, luego nos será más sencillo comprender la otra.

Siguiendo con el análisis normativo aplicable a los menores en condición de punibles tenemos que en el art. 2 del decreto-ley se establece que a los menores punibles se los someterá al respectivo proceso: «la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso». Cabe mencionar, aunque no es materia de este trabajo, que durante el trámite de ese proceso gobiernan las mismas garantías que tiene todo imputado por su condición de tal, extremo que no admite discusión alguna; y a su vez, rigen lo que podríamos denominar un «plus» de garantías con las que cuentan los jóvenes en virtud de su minoridad, lo cual podría decirse, en los términos de la CSJN: «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» (Fallo Maldonado Considerando 32); «...Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo ju-

rídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD) (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004) (Considerando 33).

Sentado lo precedente, y en referencia a la «autoría de los menores» título que inspira estas notas, puede ocu-

rrir que luego de tramitada la causa, como en cualquier proceso penal, al momento de dictarse la sentencia sobre el fondo se emita una resolución desincriminante, es decir, absolutoria, lo que implica el cierre de las actuaciones. En eso no difiere en nada de la situación de un mayor de edad.

Asimismo puede darse que se encuentre al menor de edad responsable del hecho incriminado.

En esta segunda hipótesis radica sustancialmente la diferencia en cuanto al régimen aplicable, ya que el sistema plantea una suerte de «juicio de cesura» entre la responsabilidad, por un lado; y la aplicación o no de pena, por el otro.

Advertirá el lector, y más adelante ahondaremos en ello, que existe además la posibilidad de la «no aplicación de pena» pese a haber sido hallado responsable, siendo éste otro extremo en el cual radica la diferencia con el sistema de mayores de edad.

Cabe resaltar además que entre una y

otra sentencia se abre un período de observación en el que se aplica lo que se denomina «medida tutelar» o «medida socioeducativa», la cual es una suerte de régimen de pautas a cumplir por el declarado autor a las que se le adiciona un seguimiento especializado del joven en el cual puede darse participación a otros actores institucionales distintos de los formales del proceso, como ser los provenientes de la interdisciplina.

Resultan de especial gravitación este tipo de medidas y su cumplimiento ya que el resultado de las mismas será evaluado luego, entre otros parámetros, a la hora de la definición final de la causa en cuanto a la aplicación o no de pena, tal como se refirió al inicio.

En resumidas cuentas lo detallado en los párrafos anteriores tiene su razón de ser en el art. 4º del decreto-ley cuando establece que «la imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º- Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondie-

re, conforme a las normas procesales; 2º- Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.; 3º- Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo...»

Como se verá el sistema plantea diferencias medulares con el de adultos a la hora de resolver un conflicto penal, ya que en caso de ser hallado responsable el mayor el juez directamente pasa a analizar cuál es la sanción que debe aplicar. Por el contrario, en el caso de menores, en primer término no podrá aplicarse ningún tipo de sanción hasta que ese joven cumpla los 18 años de edad, y en tanto se

abre una suerte de compás de espera en donde el juez debe someter al menor a un período de observación que, como mínimo, debe ser de un año en el que se le deben brindar posibilidades de inserción.

A modo de ejemplo la CIDN prevé en su art. 40 apartado 4 que «se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones...». La definición de la medida dependerá de cada caso en particular debiendo ser diseñada desde el paradigma de la protección integral (Ley Nacional 26061 - derogatoria del viejo sistema del «patronato estatal» y/o leyes provinciales de similar contenido).

Por ello, en todos los casos de menores punibles hallados responsables de ilícitos penales la procedencia de la sanción está «supeditada» a ciertos requisitos o pasos previos que deben

cumplimentarse y son los presupuestos enunciados en los incs. 1, 2, y 3 del art. 4º ya aludidos. Superadas esas condiciones se debe realizar luego lo que se denomina el «juicio sobre la necesidad de pena», encontrándose reguladas en la normativa las pautas valorativas que integran ese «juicio», las que son, a saber: la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa del juez. Conforme la formulación legal todos los parámetros convergen entre sí para determinar o discernir la respuesta –sancionatoria o no– en cada caso en concreto.

Anteriormente dijimos que el menor tiene las garantías de todo imputado, a más las que le caben por su condición de niño y/o adolescente al ser un sujeto en formación, en pleno desarrollo evolutivo. Que al decir del Máximo Tribunal del país «partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente

a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos (Maldonado Considerando 32).

Justamente el distinto abordaje del conflicto penal desde la óptica «del autor» y las consecuencias que de ello deriva, integra ese plus de garantías al que hacíamos referencia, de manera tal que no resulta procedente una condena si no ha cumplido los 18 años o no ha sido sometido al tratamiento tutelar de un año, al menos desde el modelo actualmente en vigencia, todo lo cual integra el concepto de plus de garantía que podríamos llamar «especializada».

Ahora bien, en caso de arribarse a la conclusión sancionatoria entran en juego asimismo otros resguardos que debemos tener en cuenta.

En efecto, el sistema establece que los jueces de menores estamos facultados a reducir el reproche punitivo al grado de la tentativa, es decir, se contempla una potestad de reducción genérica, sin distinción de delitos y aun cuando el ilícito esté consumado.

Por otro lado a la hora de abordar la posible sanción y/o monto de la pena a imponer corresponde traer nuevamente a colación la CIDN ya que en su texto contempla la necesaria proporcionalidad de la respuesta en relación a la infracción cometida, sin desentenderse de las circunstancias (personales/socofamiliares, etc) de ese menor «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» (art. 40 in fine). A su vez se regula que «los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad» (art. 40 1).

En materia de privación de la libertad se prevé que debe ser de última ratio y por el menor tiempo que proceda; «...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 período más breve que proceda...» (art. 37 b) y «no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad...» (art. 37 a). En relación a la prisión perpetua resulta pertinente citar el caso Mendoza y otros Vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –año 2013– en el cual se estableció que el Estado Argentino deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a los encausados ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad y de igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándar

dares expuestos en esa Sentencia. En el ámbito de nuestra provincia es ineludible mencionar, por la trascendencia e importancia de su consulta, el fallo «Cabrerá» –año 2012– de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

En cuanto al tratamiento del menor privado de la libertad se establece que «todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales...» (art 37 c); «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 de-

cisión sobre dicha acción...» (art. 37 d).

Resulta oportuno también citar las Reglas de Tokio «Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad» cuyos objetivos consisten en promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, las que merecen ser consultadas.

Hasta aquí hemos realizado una reseña en relación al menor punible, respecto del cual procede la sanción, siempre que se cumplan determinadas condiciones, pudiendo ocurrir incluso que no se le aplique pena por las razones ya explicitadas.

Menores no punibles

Evidentemente que el título que motiva este trabajo al distinguir niños y adolescentes autores de delitos está aludiendo en el primer caso –niños– a esta categoría y el en segundo –adolescentes– a la ya referida.

En relación a este universo de meno-

res declarados no punibles en el texto del ordenamiento, al contrario de lo que ocurre en los supuestos anteriores, nunca procederá sanción de ningún tipo, especie ni naturaleza. Esta previsión legal tiene su génesis en la propia CIDN en la que se contempla que los Estados partes se comprometen al «establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales...» (art. 40 inc. 3 a). A su vez las Reglas de Beijing –nombradas en el preámbulo de la Convención– contemplan que «en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual» (Regla 4.1).

Se evidencia entonces que la categoría de menor no punible, como menor exento de todo tipo de sanción, no resulta una noción caprichosa o antojadiza del legislador sino que tiene su razón de ser en el mandato convencional precitado

del cual el Estado argentino no puede desentenderse por haberlo suscripto.

Ahora bien, sí queda en la órbita del derecho interno de cada país la fijación de la edad por debajo de la cual se es menor no punible, la que no debiera ser muy temprana, tal como se sugiere en las Reglas ya citadas.

A lo largo del tiempo se buscaron distintos fundamentos para explicar las razones de la «no sanción», *verbigracia*: inmadurez emocional y/o falta de capacidad de comprensión, etc. Sin embargo, y más allá de todas las posiciones que encomiablemente se fueron ensayando a lo largo del tiempo, aquello no es más que una decisión de política criminal del Estado argentino: «La no punibilidad se fundamenta en una causa personal de exclusión de pena por razones político-criminales». Erbetta Daniel: «La capacidad y responsabilidad penal de los menores» Zeus 90; D 57/58.

Entonces, retomando el sistema trazado en el decreto-ley, la situación jurídi-

ca y el tratamiento normativo de esta categoría de menores es muy distinta a la anterior, ya que de verse eventualmente involucrado en un ilícito penal sólo podrán aplicarse, en su caso, medidas de tipo tutelares o socioeducativas, pero nunca una condena penal y/o medidas de contenido sancionatorio o punitivas.

Toma importancia en este supuesto en estudio la previsión de la CIDN cuando regula lo que suele denominarse «casos de remisión», es decir la desjudicialización de causas y su derivación a otro tipo de procedimientos: «*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*». (art 40 inc 3 b)

Para finalizar, no podemos dejar de mencionar que a la hora de hablar de «*autoría penal*» en esta categoría de menores debemos ser muy cuidadosos dado que a veces suele incurrirse en un facilismo inaceptable que tiende

a adjudicar responsabilidades a este tipo de menores en condición de no punibles cuando esa atribución, en muchos casos, no guarda un correlato con el debido proceso legal. En efecto, en algunas provincias, Santa Fe sería un caso, pero no es el único, en supuestos de menores No Punibles no tiene intervención el Ministerio Público Fiscal, razón por la cual nunca habrá acusación formal ni autoridad requirente. Es por ello que entra en crisis, desde la óptica constitucional la noción de autoría penal por parte de un menor no punible. Esto no significa que no tenga que investigarse el hecho denunciado, pero sí debo advertir que: «*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*» Pacto de San José de Costa Rica (art 8) y que para que ello ocurra debe, entre las garantías mínimas que allí se establecen, garantizarse al «*inculpado*» el derecho de «*comunicación previa y detallada de la acusación formulada*».

Por ende si no hay acusación no habrá juicio previo ni sentencia alguna que le-

galmente atribuya responsabilidad penal que es el tema que nos ocupa.

Conclusión

Existen dos categorías de menores a la hora de abordar el conflicto penal juvenil: no punibles y punibles.

En la primera de ellas no procede sanción de ninguna especie ni naturaleza. En la segunda procede la sanción sólo en caso de cumplirse determinados requisitos y presupuestos. Puede también ocurrir que no se aplique pena, pese a haber sido hallado responsable del ilícito.

La determinación de la edad por debajo de la cual no corresponderá sanción obedece en sí misma a una decisión de política criminal privativa de cada Estado.

El abordaje del conflicto penal, tanto en uno como en otro caso, no puede desentenderse del principio rector «*interés superior del niño*» el cual rige en

todas las instancias y etapas del procedimiento. Tal «interés superior» se encuentra definido en las leyes de protección integral derogatorias del antiguo modelo del patronato del Estado.

El régimen juvenil tiende a la reintegración del menor infractor, tiene su basamento en los mandatos convencionales y los tratados que rigen la materia suscriptos por la Argentina, en especial, la CIDN.

Todo lo antedicho, en última instancia, pretende hacer hincapié en el carácter esencialmente específico y singular de la justicia de menores, la que debe leerse e interpretarse en el marco de los lineamientos convencionales vinculantes que comprende Nuestra Constitución.

En definitiva, hace a la comprensión del escenario en el que la autoría, en los casos de menores, es un eslabón más, ineludible pero no excluyente, en el abordaje de los objetivos que el proceso penal minoril persigue, objetivos que por sí mismo ameritan y justifican

la imperiosa necesidad de contar con una justicia que haga de la especificidad de su labor su herramienta cotidiana. ■