

“¡Nene! Sentate que ahora viene el Juez a indagarte”

BREVES REFLEXIONES DEL MENOR INIMPUTABLE EN EL MARCO DE LA LEY 22.278

NECESIDADES DE CAMBIO

Silvina Vanesa Santamaría¹

Gastón Ezequiel Barreiro²

I) Introito

La experiencia cotidiana de aquellos que tenemos más de dos décadas como operadores del sistema de administración de justicia hicieron que nos llevara a replantearnos varias cuestiones sobre el funcionamiento institucional en lineamientos generales, pero en especial el abordaje del tratamiento del menor infractor a la ley penal juvenil.

Concretamente el observar en cada turno como niños y niñas menores de hasta 15 años de edad eran trasladados privados de su libertad *-es decir, esposados y acompañados por un agente del Secretaría Niños, Niñas y Adolescentes y sin chances de decidir respecto de su libertad de locomoción-* ante los estrados de los Juzgados Nacionales de Menores con la finalidad de recibirles declaración indagatoria.

Lo impactante y retrograda del sistema es ver el trato de los niños sin distinción alguna con personas mayores de edad detenidas por un eventual suceso delictivo.

Esto nos motivó hacer algunas reflexiones sobre el funcionamiento de la Justicia en lo que atañe al acto de defensa por excelencia de jóvenes, niños y niñas menores a 16 años.

II) Marco Normativo

Es así que el artículo 1º de la ley 22.278, enmarca como menor no punible al menor de 16 años y mayor de 10 años, a quien se le reprocha la presunta comisión de un hecho delictivo.

¹ Secretaria de primera instancia de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales de Menores de la Capital Federal.

² Defensor Público Oficial, titular de la Defensoría nro. 16 ante los Juzgados Nacionales en lo Criminal de Instrucción y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Ante una situación en la que un niño, comprendido dentro de esta franja etaria, contraviene la ley penal se lo somete al proceso penal común, aplicable a los adultos. Sin ninguna diferencia en el trato a su corta edad.

Ello implica la formalización del llamado a declaración indagatoria (*art. 294 CPPN*), ocasión que si bien se les hace saber los derechos que le asisten, las circunstancias de la conducta que se le reprocha y las probanzas que obran en su contra. Tanto su convocatoria, desarrollo y estructura resulta idéntica al proceso penal de los adultos, sin siquiera considerar la condición de vulnerabilidad que implica estar institucionalizado a tan temprana edad.

Detalle que merece ser resaltado, pues estamos haciendo referencia a “*niños*” -en mayoría de los casos- no solo desprovistos de las necesidades básicas diarias, muchas veces en estado de absoluto abandono, en situación de calle, no escolarizados y sin referente afectivo familiar. Indicadores que evidencian, que mal pueden comprender no solo la gravedad de la realidad que atraviesan sino también lo trascendental del acto del que son protagonistas.

En este contexto, el “*niño*” ante el órgano jurisdiccional participa de una audiencia en la que toma contacto con innumerables operadores de las agencias judiciales, como ser: -*jueces, secretarios, fiscales, auxiliares, asistentes sociales, defensores oficiales, entre otros*-, pero lo cierto es que por su inmadurez natural propia de su corta edad, le resulta imposible conocer los alcances de esa diligencia tan importante del proceso como lo es indagarlo.

En contraposición a esta metodología utilizada para los -niños en conflicto con la ley penal-, el sistema si prevé en los casos de los menores victimas y/o aun testigos de delitos que la declaración de los mismos se formalice a través de lo que se conoce como -Cámara Gesell-, llevada a cabo por psicólogos y/o psiquiatra especializados, con el objetivo real de preservar y cuidar al niño y no estigmatizarlo, etiquetarlo ni revictimizarlo.

En tal sentido el artículo 250 bis (*incorporado por Ley 25.852*) del Código Procesal Penal de la Nación, prescribe 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 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”.

La normativa apunta a interrogar a menores víctimas a través de funcionarios especializados, en post de la protección del “*interés superior del niño*” y evitando su victimización institucional. Penamente justificada la norma, aparece como una correcta opción para evitar no sólo la revictimización y los temores que la situación en sí puede generar en el niño, sino también el riesgo que significa que actos como los regulados puedan quedar en manos de personas inexpertas, o que carezcan del manejo propio de la materia³.

Así el juez, queda relevado de interrogar (*art. 293*); solamente podrá hacerlo, de ser viable, a través del sistema implementado por el precepto (*inc. d*)⁴.

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal (*sancionado por Ley 27.063*) recepta en el artículo 158 la declaración de los menores de edad disponiendo que:

“Si se tratare de víctimas o testigos menores de edad que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hubiesen cumplido dieciséis (16) años,....., si la naturaleza y circunstancias del caso así lo aconsejasen se deberá adoptar el siguiente procedimiento:

a) Serán entrevistados por un psicólogo especialista de acuerdo a las condiciones de la víctima;

b) Si la víctima fuera menor de edad o ,....., el acto se llevara a cabo de acuerdo a su edad y etapa evolutiva, o adecuado a su estado de vulnerabilidad,....,

c),....,

³ Véase en ese sentido, Parames, *El interrogatorio subrogado de menores en constitucional. Prevalece el principio de no maleficencia, “Primum non nocere”*, RDP y PP, 14-1592, citado en NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Hammurabi, T. 2, ed 4ª actualizada, Buenos Aires.

⁴ NAVARRO y DARAY, op. cit., ps. 335/340.

d) *El desarrollo del acto podrá ser seguido por las partes desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente...*

Si se tratase de actos de reconocimiento de lugares o cosas, el menor de edad,..., será asistido por un profesional especialista,...

Si se tratase de víctima que a la fecha en que se requiere su comparecencia ya hubiesen cumplido dieciséis (16) años pero fuesen menores de dieciocho (18) años de edad, antes de la receptación del testimonio, se requerirá informe aun especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor de edad en el caso que compareciese ante los estrados judiciales en presencia de las partes. Esta medida debe llevarse adelante evitando la revictimización del niño, niña o adolescente”.

Paradójicamente, desde el año 1994 la Convención sobre los Derechos del Niño, forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, receptado en el artículo 75, inciso 22º, garantizando expresamente el derecho del niño de quien se alegue o acuse haber infringido leyes penales (*art. 40.1*), a ser informado de los cargos que pesan sobre él (*art. 40.2.ii*), a contar con asistencia jurídica (*art. 40.2.b.ii*), y a no ser obligado a prestar declaración o declararse culpable (*art. 40.2.b.iv*), reconociéndole así mismo en su artículo 12 el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial.

Claramente no se discute hoy, que el “niño” es un sujeto de derechos y como tal cuenta con una batería de herramientas de protección judicial que son inherentes a todo ser humano, con independencia de su edad, con un plus por su condición de personas en desarrollo.

Tal es así que las Reglas de Brasilia, en su Regla 7 establece que, cuando quien debe declarar es una persona vulnerable, en determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, a fin de evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Por su parte la Regla 78 dispone:

“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”.*

En esta línea de análisis, tampoco se pone en duda que al derecho a ser oído y el deber de ser escuchado son los medios esenciales para que el “niño” pueda

ejercer sus derechos. Pero no es menos cierto que, en estos casos referenciados y excepcionales, el llamado a declaración indagatoria propiamente dicho, también puede resultar una experiencia traumática para el “niño” y llevar adelante el acto con las formalidades que contiene hoy día, por el mero hecho de cumplir con el formalismo ritual, excede el alcance y comprensión de un “niño” de esa edad.

Entendemos entonces, en consonancia con lo que pregonan la Convención sobre los Derechos del Niño, que es necesario impulsar un cambio profundo en lo referente al régimen sobre responsabilidad penal de los menores no punibles, a través de políticas proactivas, teniendo como norte el real “*interés superior del niño*” y su “*protección integral*”, orientadas a establecer un ámbito acorde a sus necesidades respetando no sólo su edad cronológica sino atendiendo la problemática social en la que se desarrolló. Contexto que no debe ser minimizado, ya que el interés punitivo del Estado en el afán de cumplir con el procedimiento a raja tabla no puede estar por encima del principio fundamental que es el interés superior del niño.

Pues, hay que analizar cada caso en particular y, no siempre coincidimos en que el derecho a ser oído sea el único medio idóneo para que el niño en el marco de un proceso penal ejerza eficazmente su defensa.

Toda vez que, el mero acto formal -*declaración indagatoria*- en la mayoría de los casos supera la verdadera comprensión que posee el niño en el conflicto que atraviesa; máxime que tenemos un final anticipado, un desenlace previsible desde la formalización del proceso con su judicialización que es la desvinculación total y definitiva por ser un “*menor no punible*”, ya que así lo establece la ley de rito (art. 336, inc. 5).

Sería conveniente bregar por crear alternativas, diferenciadas, con reglas específicas para estos “niños”, cuando en todos los supuestos, el proceso que se instaura en su contra culminará con la desafectación procesal del mismo en razón de su inimputabilidad.

III) Derecho Comparado

1) *La Responsabilidad Penal Adolescente en Chile*⁵.—

⁵ AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite, LAGO CARRASTO, Gladys, VARGAS PINTO, Tatiana, *Responsabilidad penal juvenil. Hacia una justicia individualizada*, Revista de Derecho (Valdivia). Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y BERRIOS DÍAZ, Gonzalo, *La Ley de Responsabilidad*

Se vincula a los delitos cometidos por personas mayores de 14 años y menores de 18 años.

Este sistema está determinado por la ley 20.048 (*LRPA*) vigente en LA República de Chile desde el 8 de junio de 2007, es parte especial de un derecho penal juvenil o adolescente.

Reconoce a los adolescentes infractores la calidad de sujetos de derechos, por lo cual teniendo en cuenta su edad y las particularidades propias de su grado de desarrollo, se les puede exigir responsabilidad, por los delitos cometidos, reconociéndose para ello las garantías de un debido proceso penal.

En su artículo 20, pretende cambiar la aserción de la responsabilidad con la idea de educar y reinserir socialmente al niño adolescente. Este régimen especial de responsabilidad que sólo comprende a adolescentes entre 14 y 18 años, precisa que la responsabilidad del joven ha de enfocarse hacia su resocialización (*arts. 1 y 3*). De este modo, dispone un amplio listado de sanciones (*art. 6*) y se limita la privación de la libertad como respuesta (*arts. 26 y 47*).

El régimen de responsabilidad penal para adolescentes infractores, acoge en general la doctrina de la protección integral del niño, niña o adolescente y tiene como base el interés superior del niño.

Uno de los principios fundamentales del Derecho Penal Juvenil, propio de la doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente es aquel que da prioridad a la prevención antes que a la sanción. Se parte del axioma de que la delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social más que por una adecuada política penal.

2) Estatuto del Niño y Adolescente en Brasil⁶.—

En la República Federativa de Brasil, según el artículo 104 de la ley 8.069 (*sancionada el 13 de julio de 1990*), son penalmente inimputables los menores de 18 años de edad.

Se excluye de toda responsabilidad a los niños menores de 12 años (*art. 2*). A quienes únicamente se aplicaran medidas de protección (*art. 101*).

penal del adolescente como sistema de justicia: Análisis y propuestas. Política Criminal. V. 6, n° 11 (junio 2011), art. 6, ps. 163/191.

⁶GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Los sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en Americana Latina*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/ Depalma, Buenos Aires, 1998.

El sistema de responsabilidad penal juvenil que se inaugura con el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, establece:

1) *que comprende exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito o una contravención;*

2) *que es un sistema que coloca a estas personas fuera del sistema de justicia penal de adultos y en este sentido exclusivamente de habla de inimputabilidad;*

3) *que la atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto en desarrollo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en este caso medidas socio-educativas;*

4) *que esta atribución de responsabilidad también se expresa en la exclusión de este sistema de los niños;*

5) *que los jóvenes en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado, más derechos particulares, que se expresan en este Sistema;*

6) *que la privación de la libertad es excepcional, alternativa, limitada en el tiempo y breve; y,*

7) *que se prevén soluciones alternativas la reacción estatal frente al conflicto jurídico-penal.*

3) La responsabilidad penal juvenil en España⁷.—

La Ley Orgánica 5/2000 (que entrara en vigor el 13 de enero de 2001), regula la Responsabilidad Penal de los Menores de Edad. Esta norma ha supuesto la consolidación del reconocimiento del menor de edad como sujeto de derechos en el proceso penal y en ella se ha cuidado de forma especial el aspecto de las garantías, cuya protección última corre a cargo del Juez, aunque también se confiere esta función al Ministerio Fiscal en su condición de defensor de la legalidad y de los derechos de los menores de edad.

La responsabilidad penal de menores se exige a las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

Los contenidos esenciales de la ley consisten en:

a) *incorporación de todas las garantías derivadas del ordenamiento constitucional;*

b) *establecimiento de un proceso y medidas de naturaleza sancionadora y educativa, entre las que se incluyen, la amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana, libertad vigilada, acogimiento por otra persona o núcleo familiar, privación del derecho a*

⁷ CONDE, María Jesús (Asesora Regional de Derechos del Niño, Oficina Regional de Unicef para América Latina y Caribe), *El nuevo sistema de la justicia penal juvenil en España*.

conducir ciclomotores o vehículos de motor, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico, ingreso en un centro en régimen cerrado, semiabierto o abierto. La medida de internamiento no podrá exceder de dos años;

c) creación de un marco flexible para que los jueces de menores puedan determinar las medidas aplicables a los infractores de normas penales, así como la suspensión de su cumplimiento, entre la franja de edad de 12 y 16 años, atendiendo en todo momento al interés superior del niño;

d) atribución al Ministerio Fiscal del impulso de la investigación y de la iniciativa procesal con amplias facultades para acordar la finalización del proceso cuando considere que su continuación puede producir efectos aflictivos al menor de edad;

e) creación de equipos técnicos interdisciplinares, dependientes funcionalmente del Ministerio Fiscal y encargados de emitir informes sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor con el fin de alcanzar el objetivo sancionador educativo perseguido.

El artículo 1º, contiene una declaración general en la que establece su ámbito subjetivo de aplicación al señalar en el punto primero que se aplicará a las personas mayores de 14 años y menores de 18 que hubieran cometido hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

Asimismo considera que los actos cometidos por los menores de 14 años son por lo general irrelevantes, por lo que bien pueden encontrar la debida respuesta educativa en el seno de la familia o, en su caso, en la entidad pública de protección de menores con arreglo a lo dispuesto en el Cód. Civil.

Con carácter excepcional la Ley extiende su cobertura a los jóvenes mayores de 18 años y menores de 21, cuando el juez de instrucción lo declare mediante auto, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico, atendiendo a sus circunstancias personales y grado de madurez, a la naturaleza y gravedad de los hechos y a que no hubiera sido condenado en virtud de Sentencia firme después de cumplidos los 18 años (*art. 4º*).

Derecho a que prevalezca el interés superior del niño bajo este principio trascendental actúa la nueva jurisdicción orientando cualquier intervención pública relacionada con la infancia y la adolescencia, ya que la atención de las necesidades de los menores de edad es precisamente el eje de sus derechos y de su protección.

La importancia que la *LRPM* otorga a este principio queda perfectamente reflejada en el art. 7.3, a cuyo tenor:

“Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor en sus postulaciones como el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos sino especialmente a la edad, las circunstancias personales y sociales, la personalidad y el interés del menor”.

La Ley no dice que sea intrascendente la gravedad del hecho cometido por el menor; pero sí que ese hecho ha de valorarse en relación a un conjunto de factores psicológicos, familiares y sociales en base a los cuales se determinarán las medidas que mejor incidan en su educación y normalización por encima de otros intereses en juego, como los derivados de la necesidad de defensa social, y siempre procurando causarle la menor aflicción. De ahí el importante papel que juega el equipo técnico como asesor del juez en ciencias educativas y del comportamiento (*art. 27*) y la prohibición de la acción popular y de la acusación particular en este procedimiento (*art. 25*), permitiéndose únicamente al perjudicado mostrarse parte en la causa a los únicos efectos de obtener la indemnización que pudiera corresponderle (*art. 61.1*).

La decisión de la Ley de salvaguardar el interés superior del niño permite que, a diferencia del derecho penal de adultos, los principios de mínima intervención y de oportunidad cobren plena vigencia en este procedimiento. Según este principio, el Ministerio Público puede abstenerse de acusar, atendiendo a las circunstancias del menor de edad y al hecho (*art. 18*) o desistir de la continuación del expediente, si se ha producido la conciliación con la víctima o el compromiso de reparar el daño causado o de realizar una actividad educativa (*art. 19.1*) al considerar que en determinados supuestos la desjudicialización de los conflictos facilita la búsqueda de soluciones educativas y formativas para estas personas que se encuentran en pleno desarrollo.

Reflejos de esta forma de evitar el proceso, como un derecho más de los menores de edad para evitar mayores males, son también: las facultades del equipo técnico para proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en determinados supuestos (*art. 27. 4*); la conformidad del menor de edad y su letrado como forma de evitar la celebración de la audiencia (*arts. 32 y 36*); las facultades del juez para acordar la suspensión del fallo con determinadas condiciones (*art. 40*).

IV) Corolario

Pasado por varios aspectos que van desde la práctica procesal cotidiana hasta el estudio del tratamiento del menor en otras naciones, humildemente advertidos que no es desde el ámbito de la justicia penal ni el intervencionismo punitivo Estatal la respuesta efectiva para mermar el flagelo creciente de los niños en conflicto con la ley. Es menester promover desde los organismos de protección de la infancia, proyectos, medidas positivas tendientes a fomentar la inclusión social, educación y el desarrollo humano.

La salida a la conflictiva no está en la estigmatización que provoca ser parte del proceso penal en sí mismo, sino buscar soluciones alternativas enfocadas a la socioeducación y protección del niño.

Pero si la respuesta del Estado es seguir con el *intervencionismo* y una postura *paternalista*, a otra reflexión más nos acarrea que el acto en el que se pone en conocimiento el hecho, las pruebas y los derechos que le asisten al menor ante una eventual conducta delictiva no puede seguir sosteniéndose frente a las operadores del sistema sin preparación, siendo aconsejable llevarse a cabo de un modo similar a las audiencias en Cámara Gesell en presencia de una especialista en psicología infantil para evitar el trauma que conlleva la judicialización del conflicto y una mejor comprensión de los que acontece por parte del niño.

Bibliografía

- ✓ AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite, LAGO CARRASTO, Gladys, VARGAS PINTO, Tatiana, *Responsabilidad penal juvenil. Hacia una justicia individualizada*, Revista de Derecho (Valdivia). Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- ✓ BERRIOS DÍAZ, Gonzalo, *La Ley de Responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: Análisis y propuestas*. Política Criminal. V. 6, nº 11 (junio 2011), art. 6, ps. 163/191.
- ✓ CONDE, María Jesús (Asesora Regional de Derechos del Niño, Oficina Regional de Unicef para América Latina y Caribe), *El nuevo sistema de la justicia penal juvenil en España*.
- ✓ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Los sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, publicado en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/ Depalma, Buenos Aires, 1998.
- ✓ NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Hammurabi, T. 2, ed 4ª actualizada, Buenos Aires.