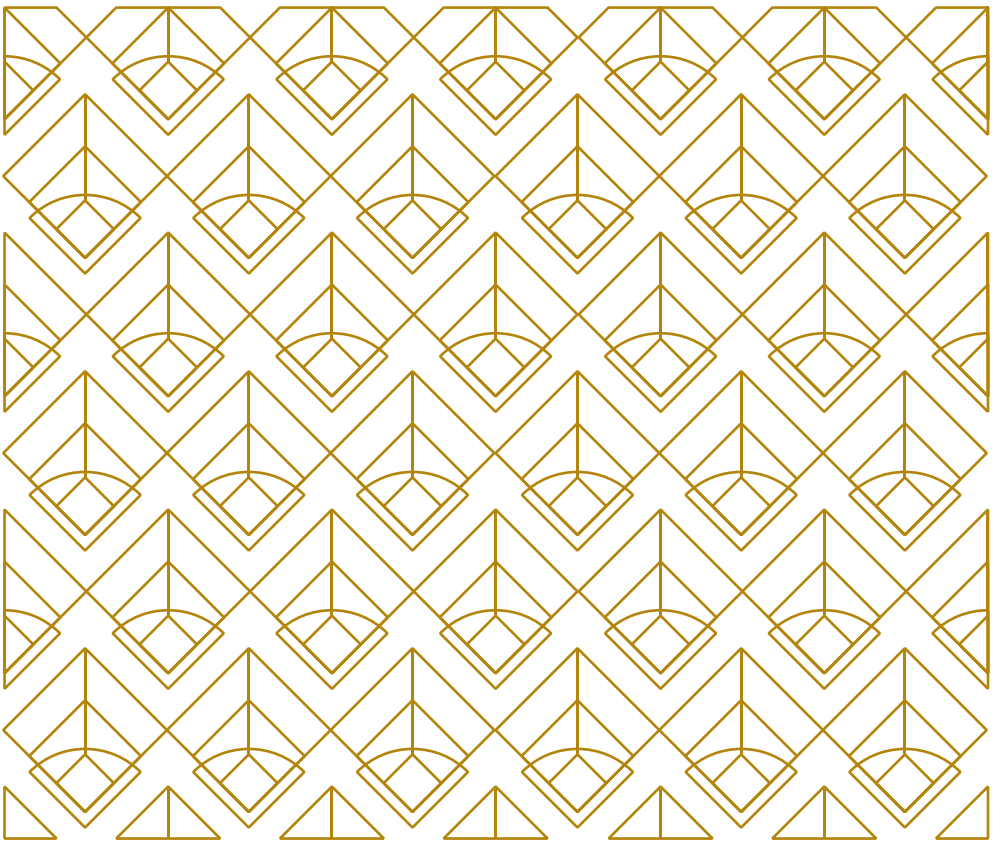
COLECCIÓN DOCTRINA

RÉGIMEN PROCESAL PENAL JUVENIL
LEY Nº 2451 COMENTADA

Coordinación: Alejandra Quinteiro



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

JUS BAI RES EDITORIAL

Régimen Procesal Penal Juvenil
Ley Nº 2451 comentada

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Régimen Procesal Penal Juvenil : Ley nº 2451 : comentada / Alejandra Quinteiro ... [et al.] ; coordinación general de Alejandra Quinteiro ; prólogo de Manuela Thourte. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2022.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-238-0

1. Derecho Penal. I. Quinteiro, Alejandra, coord. II. Thourte, Manuela, prolog.
CDD 347.04

© Editorial Jusbaires, 2022
Hecho el depósito previsto según Ley Nº 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial
Presidenta:
Ana Salvatelli

Miembros:
Alberto Maques
Francisco Quintana
Fabiana Haydeé Schafrik
Marcelo López Alfonsín
Jorge Atilio Franza
Alejandra García

Editorial Jusbaires
Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Julia Sleiman

Edición: Martha A. Barsuglia y María del Carmen Calvo
Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Mariana Palomino, Julieta Richiello y Manuel Vélez Montiel

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Maquetación: Carla Famá

Colaboración
María Jimena Lugano y Lorena Mesiano

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1º

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Alberto Biglieri

María Julia Correa

Anabella Hers Cabral

Gonzalo Rua

Ana Salvatelli

Juan Pablo Zanetta

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

ÍNDICE

Prólogo
Manuela Thourte 8

Presentación
Alejandra Quinteiro 12

Palabras preliminares
Silvia Guemureman 15

TÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULOS 1 a 7
Silvia Guemureman 21

TÍTULO II: PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

ARTÍCULOS 8 a 29
Juan Antonio Tobías 26

TÍTULO III: JURISDICCIÓN

ARTÍCULOS 30 a 33
Martiniano Terragni 134

TÍTULO IV: SUJETOS PROCESALES Y DEMÁS INTERVINIENTES

ARTÍCULOS 34 a 40
Mariano R. La Rosa 160

TÍTULO V: DE LAS PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS VÍCTIMAS O TESTIGOS DE DELITOS

ARTÍCULOS 41 a 43
Noris Guadalupe Pignata y Katia Yanina Schilman 174

TÍTULO VI: INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

ARTÍCULOS 44 a 46
Christian Brandoni Nonell 205

ARTÍCULO 47
Omar Fernando Jerez..... 212

ARTÍCULO 48
Christian Brandoni Nonell 244

TÍTULO VII: MEDIDAS CAUTELARES DURANTE EL PROCESO

ARTÍCULOS 49 a 52
Adrián Grimaldi 247

TÍTULO VIII: VÍAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

ARTÍCULO 53
Carolina Becerra 264

Capítulo I. Mediación

ARTÍCULOS 54 a 74
Gabriel Carlos Fava y Gonzalo Andrés López..... 281

Capítulo II. Remisión

ARTÍCULO 75
Alejandra Quinteiro..... 384

TÍTULO IX: SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

ARTÍCULOS 76 a 77
Omar Fernando Jerez 397

TÍTULO X: DEBATE

ARTÍCULO 78
Karina Chavez y Juan Pablo Gallego 423

TÍTULO XI: JUICIO DE CESURA

ARTÍCULO 79
Karina Chavez y Juan Pablo Gallego 433

TÍTULO XII: RECURSOS

ARTÍCULO 80
Karina Chavez y Juan Pablo Gallego 438

TÍTULO XIII: CONTROL DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

ARTÍCULOS 81 a 91
Mariano Kierszenbaum y Federico Kierszenbaum...... 444

***

PROYECTO DE LEY
¿Es la Justicia Penal Juvenil restaurativa?
Propuesta legislativa
Deborah Dobniewski..... 497

Prólogo

La presente obra analiza y comenta la Ley Nº 2451 que establece el Régimen Procesal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Este material será sin duda una herramienta de suma utilidad para los operadores y funcionarios del sistema de justicia penal juvenil. Cada capítulo está escrito por especialistas y expertos provenientes de diversas disciplinas que plasman sus experiencias teóricas y prácticas y que, seguramente, aportarán mayor claridad al alcance de la normativa.

Es relevante destacar que si bien estamos presentando una obra que comenta una normativa procesal, ni este contenido ni el trabajo en el sistema de responsabilidad penal juvenil se encuentra reservado, exclusivamente, a los profesionales del derecho. Por el contrario, realizar un trabajo especializado en este sistema requiere un enfoque interdisciplinario e integral que combine las experiencias y saberes de diversas ramas profesionales. El abordaje en esta tarea también debe tener un fuerte anclaje territorial y comunitario que atienda la complejidad de la cuestión, y particularmente las condiciones, contexto y necesidades reales de los chicos y chicas. En este sentido, es completamente necesario avanzar en el futuro sobre la accesibilidad de este código para que pueda ser entendido por los adolescentes que entran en contacto con el sistema penal. Sin un lenguaje claro y asequible para ellos, es impensable el acceso a la justicia en condiciones de una mínima comprensión del proceso y sus implicancias.

Esta publicación contiene un análisis detallado y completo de las dimensiones que tienen que ser abordadas en el proceso penal con la especificidad que requieren los y las adolescentes que entran en conflicto con la ley. Es decir, desarrolla las garantías procesales, los principios que deben tenerse en cuenta para llevar adelante un proceso, el alcance detallado de las vías alternativas de resolución de conflictos –en este caso la mediación y remisión– la estructura del proceso penal, los roles de jueces, defensores y fiscales, los plazos, el alcance y la procedencia de las medidas cautelares, hasta la obligación del control de las medidas privativas de libertad, entre otras cuestiones.

La legislación procesal penal juvenil de la CABA recepta los estándares internacionales de protección de derechos humanos en materia de niñez y adolescencia. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40 manifiesta que

> … los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes.

Este artículo también establece un catálogo de principios y garantías procesales. Por su parte, el artículo 37 prescribe que la detención o encierro de una persona menor de edad se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Es decir, la privación de la libertad es absolutamente excepcional y la regla es la aplicación de las medidas alternativas al proceso penal o sanciones no privativas de la libertad. Es importante destacar que –contrariamente a lo que comúnmente se nos quieren hacer creer– las medidas socioeducativas no privativas de la libertad y las medidas alternativas al proceso penal promueven que los adolescentes puedan responsabilizarse y trabajar en la reparación del daño cometido a las víctimas de los delitos y a la propia comunidad.

Estos conceptos fueron señalados por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 10 de 2007 sobre *Los derechos del niño en la justicia de menores*, y en los informes de análisis periódicos mediante los cuales el Comité supervisa el cumplimiento por parte de los Estados de los derechos consagrados en la Convención. En el caso de la Argentina, los informes de 2010 y de 2018 expresamente mencionan estos temas.

Por su parte, en el año 2019 el Comité expidió la Observación General N° 24 relativa a *Los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil* reemplazando la Observación General N° 10. En esta nueva Observación se profundizan y se actualizan los estándares, determinando el alcance de los derechos que tienen los y las adolescentes en conflicto con la ley penal. Se desarrollan exhaustivamente las garantías del debido proceso; aclara y determina varios conceptos delineando el alcance y la conceptualización de la terminología en la materia: qué se entien-

de por sistema de justicia juvenil; la edad mínima de responsabilidad penal; la privación de libertad; la detención preventiva; las medidas extrajudiciales y la justicia restaurativa. También aquí el Comité insta a los Estados Partes que tienen una edad mínima de responsabilidad penal más elevada, a que no la reduzcan en ninguna circunstancia.

De lo expresado por el Comité, quiero hacer un énfasis particular en que el organismo refuerza la necesidad de la prevención e intervención temprana, la protección de los niños y las niñas en todas las etapas del proceso y la importancia de la reducción del contacto con el sistema penal.

Es decir, es claro que los estándares internacionales para la justicia juvenil tienen como objetivo principal la prevención del delito y no la represión penal. El Estado debe estar presente desde el inicio del desarrollo de cada niña, niño y adolescente, brindando la cobertura de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto para ellos, ellas y también sus familias. La primera intervención del Estado no puede ni debe ser la punitiva. Las intervenciones estales deben tener un objetivo preventivo y social.

La ley procesal de la CABA es una muestra más de que las jurisdicciones locales han podido avanzar en materia de legislación sobre justicia juvenil para regular los derechos y garantías que los adolescentes en conflicto con la ley penal tienen que tener, como así también la determinación de la especialidad de los operadores y funcionarios que intervienen en el proceso. Es cierto que aún está pendiente reformar la ley de fondo, tal como establece la obligación internacional –establecida tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Comité de los Derechos del Niño– y adaptar la legislación nacional a los estándares internacionales. Sin embargo, no hay que perder de vista lo mucho que se ha avanzado en varias jurisdicciones como la nuestra.

Las normativas procesales son herramientas imprescindibles para garantizar derechos en el proceso penal en los que se ven involucrados las y los adolescentes. Se desprende del análisis de la Ley Nº 2451 que la CABA cuenta desde hace años con una ley procesal pionera y de avanzada ya que ha recogido los preceptos y principios contenidos en los estándares internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, la modificación o sanción de una ley no necesariamente tiene un correlato directo en la construcción de un sistema de justicia juvenil. La sanción y cumplimiento de una ley es condición necesaria pero no es suficiente. La CABA tiene la oportunidad de instituir ese sistema casi desde el principio, en virtud de la transferencia pendiente de las competencias de la justicia nacional a la de la Ciudad. Este proceso aún no ha sido completado y es una asignatura pendiente en la cual debe trabajarse para garantizar la igualdad de trato a adolescentes que entran en conflicto con la ley penal en la CABA.

El desafío es fundar este sistema haciendo hincapié en la prioridad de la promoción de políticas públicas que garanticen los derechos económicos sociales y culturales. Es decir, implementar políticas públicas para alcanzar un nivel de vida adecuado, garantizar el acceso a la educación y a la salud, a la seguridad social y a la recreación, entre otros. Se debe motivar y poner énfasis en la intervención temprana en clave de derechos. Es imprescindible invertir en recursos materiales y humanos para evitar que un niño o adolescente se meta en problemas.

El fortalecimiento del sistema de protección integral de derechos –expresión repetida hasta el hartazgo pero más vigente que nunca– es central y el Estado debe intervenir multidisciplinariamente en las diferentes etapas: la prevención de los hechos delictivos, el enfoque socioeducativo cuando los adolescentes entran en conflicto con la ley, la responsabilización y reparación del daño así como en un fuerte acompañamiento cuando los adolescentes egresan del sistema penal para que puedan construir un proyecto de vida alejado del delito. Como funcionarios, responsables políticos, legisladores, no podemos soslayar que el Estado llega tarde y llega mal cuando un adolescente entra en conflicto con el sistema penal.

Manuela Thourte
Legisladora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Presentación

En esta oportunidad presentamos y ponemos a disposición del lector una nueva obra de la Editorial Jusbaires. Encontrarán aquí distintos artículos elaborados por especialistas destacados y comprometidos con el principio de especialidad característico de la Justicia Juvenil, en cada uno de los títulos que integran la Ley Procesal Penal Juvenil local.

Es dable destacar que en el año 2007 la Legislatura porteña sancionó la Ley N° 2451, llamada "Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", aplicable a todas las personas que tengan entre 16 y 18 años no cumplidos al momento de ocurrir los hechos de una investigación penal. Esta ley establece los principios y garantías del proceso juvenil; además, regula el procedimiento a seguir frente a la comisión de delitos por personas menores de edad, así como también cuando son víctimas o testigos.

De esta manera, la Ciudad cuenta con una herramienta procesal de corte acusatorio especializada en justicia juvenil, que se basa en el pleno reconocimiento de los y las jóvenes como sujetos de derechos, y no solo prevé las distintas garantías constitucionales que obligatoriamente deben existir en el juzgamiento penal de toda persona imputada en la comisión de un ilícito en un Estado de Derecho, sino que también establece las que *necesariamente deben primar* en el juzgamiento de jóvenes cuando infringen la ley penal, tal como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 37 y 40.

Además, fija como criterio rector que la aplicación de la prisión preventiva será excepcional y no podrá exceder de sesenta (60) días corridos desde su imposición, y que la detención cautelar solo procederá cuando no pueda aplicarse al caso una medida menos grave y por el período mínimo necesario.

Reconoce al joven como una persona, un sujeto pleno de derecho que exige ser tratado con todas la garantías constitucionales reconocidas a los adultos, más un plus en razón de encontrarse en un proceso

de formación y evolución intelectual, emocional y moral, especialmente cuando el déficit cultural, educativo, familiar y social lo han acercado al sistema penal; circunstancia esta última que, si se interviene a tiempo, puede ser revertida.

La herramienta procesal local contempla todas las reglas internacionales y nacionales que rigen la materia y se basa en la mínima judicialización y el permanente control, por parte de los organismos específicos, de velar por los derechos de los jóvenes que ingresan al sistema penal, asegurándoles un tratamiento especial y considerándolos personas en formación que necesitan medidas de carácter socioeducativo, con el fin de fomentar el sentido de responsabilidad personal y de integración familiar y social.

Asimismo, introduce vías alternativas a la resolución de conflictos al regular la mediación penal juvenil y la remisión, formas que, en su aplicación, conllevan una intervención judicial mínima y priorizan la desjudicialización de los procesos mediante la aplicación de prácticas restaurativas.

Cada título de la ley ha sido comentado por distintos operadores del sistema juvenil, tanto del orden nacional, local como provincial, quienes acercarán al lector sus saberes y experiencias en la materia. También contempla un capítulo sobre el Proyecto Legislativo de modificación a esta misma Ley, el que procura incorporar, fortalecer y sistematizar las respuestas restaurativas al delito adolescente en el ámbito de la CABA presentados ante la Legislatura en agosto del año 2020. Quiero agradecer a los autores y las autoras que integran esta obra por el gran trabajo realizado y la dedicación puesta en evidencia hacia quien suscribe y hacia la Editorial Jusbaires.

Mi agradecimiento especial a la Dra. Manuela Thourte por haber prologado la presente obra, y a la Dra. Alejandra García su acompañamiento, por haber confiado una vez más en mi proyecto y valorar mi trabajo e iniciativas.

A la Dra. Julia Sleiman y a todo el personal de la Editorial Jusbaires que trabajó en tiempos difíciles para la concreción de este trabajo; fundamentalmente quiero destacar el trabajo y la responsabilidad con la que lleva su labor la Dra. Martha Barsuglia.

Por último, y no por ello menos importante, mi agradecimiento a la licenciada Jimena Lugano y mi querida Lorena Mesiano, quienes han colaborado para que esta obra se concrete.

Alejandra Quinteiro
Presidenta del Tribunal Oral de Menores Nº 2
Jueza de Cámara

Palabras preliminares

Silvia Guemureman*

No procedo del campo jurídico, por lo que comentar leyes no es un arte que haya cultivado. Sí en cambio me interesa conocer el proceso de gestación y creación de las normas penales, y esto porque el texto de la ley cristaliza una posición resultante de confrontación de intereses que finalmente se resuelven en un texto. A veces al proceso de tratamiento parlamentario precedió un intenso trabajo en comisiones que sopesaron diferentes propuestas, y las resolvieron en un texto único; pero otras veces, las diferencias no pudieron ser saldadas y las posiciones se aglutinaron en dictámenes: de mayoría, ídem, pero con disidencia parcial, de minoría, y así. En algunos casos, en el proceso legislativo es posible identificar "objeciones al/a los dictámenes". En otros casos, los proyectos son aprobados sin mayores contingencias, no suscitan debates en el recinto y dejan escasos rastros para una reconstrucción de posiciones y actores en puga.

El Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante RPPJ), consagrado como Ley N° 2451/2007, tuvo un rutero típico. Para su reconstrucción, me valgo de la documentación del propio sitio *web* de la Legislatura Porteña y recupero las producciones que en su momento realizamos desde el OAJ.[1] En aquel momento nos preocupaban las dificultades de esta ley, máxime teniendo en cuenta que su sanción se produjo cuando el traspaso de delitos penales de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires era muy incipiente,[2] y la Ciudad no disponía ni de un fuero penal juvenil

* Doctora en Ciencias Sociales. Investigadora del Conicet en el Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires.

1. Fridman, Denise; Graziano, Florencia; Jorolinsky, Karen, "Escenarios incongruentes de la justicia penal juvenil en la Ciudad de Buenos Aires", ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Antropología Social Fronteras de la Antropología e Informe sobre el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Informe OAJ), Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Misiones, Posadas, 2008.

2. Leyes N° 25752/03, 26357/08 y 26702/11 de Transferencia progresiva de competencias penales. Entre otras figuras: Lesiones, duelo, y abuso de armas; Violación de domicilio;

ni de jueces especializados. Los delitos que sí habían sido traspasados eran tratados por el fuero contravencional y de faltas y por jueces contravencionales. De este modo, las primeras observaciones permitieron visualizar una distancia entre la especialidad penal juvenil enunciada en la Ley y lo que efectivamente sucedía en su implementación.

Entonces, si bien este Régimen reglamentaba el procedimiento a seguir ante la comisión o presunta comisión de hechos caratulados como delitos por parte de adolescentes entre 16 y 18 años de edad, quienes continuaron teniendo la facultad para actuar en estos casos fueron los jueces del ámbito nacional para los delitos no delegados, ya que la Ciudad de Buenos Aires no posee aún justicia propia en materia penal juvenil.[3] La ley de fondo que regulaba –y aún lo hace– los destinos de los adolescentes infractores o presuntamente infractores en materia penal era la Ley Nacional N° 22278. Bajo su sombra, se han producido una gran cantidad de reconfiguraciones institucionales, readaptaciones estratégicas y cambios en las modalidades de actuación por parte de las agencias de control social y los organismos administrativos.[4] Y aunque no sea objeto del Título del RPPJ que me invitaron a

Tenencia y portación de armas de guerra; Penalización de actos discriminatorios; Delitos y contravenciones en el deporte y en espectáculos deportivos; Atentado y resistencia contra la autoridad; Usurpación de autoridad, títulos u honores; Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos; Violación de sellos y documentos; Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; Falso testimonio; Falsificación de documentos y Tenencia de estupefacientes; Lesiones en riña; Abandono de personas; Exhibiciones obscenas; Matrimonios ilegales; Amenazas; Violación de domicilio; Usurpación; Daños; Ejercicio ilegal de la medicina; Omisión de auxilio; Malos tratos contra animales y Actos discriminatorios. La tenencia y portación de armas de uso civil había sido transferido en el año 2000 mediante un convenio entre el entonces presidente De la Rúa y el jefe de Gobierno porteño Aníbal Ibarra.

3. En el informe sobre el Régimen procesal penal juvenil de la Ciudad de Buenos Aires, Jorolinsky, Graziano y Fridman, en el año 2008, entrevistaron a legisladores y funcionarios judiciales, quienes admitieron que al no estar creada la estructura judicial específica, los casos enmarcados en este régimen –de delitos que fueron traspasados– son atendidos por jueces contravencionales, es decir, actores no especializados en la temática. Para una ampliación al respecto ver: http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/2008/08/

4. El desarrollo más amplio puede consultarse en Guemureman, Silvia y Zajac, Joaquín, "Reconfiguración del gobierno de la niñez y adolescencia en riesgo en la Ciudad de Buenos Aires. Un recorrido por los cambios recientes en el funcionamiento de la cadena punitiva 2011-2019", 2020. Disponible en: https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/cuestionurbana/article/view/5918

comentar, es útil reponer el contexto en que se desenvuelve la justicia penal juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde la sanción de la Ley N° 2451/2007.

Me remonto un poco más atrás, al año 2005, en que se sancionó la Ley Nacional N° 26061 que en su artículo 70 disponía que el Gobierno Nacional acordaría con los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la transferencia de los servicios de atención directa de la infancia y la adolescencia y de los recursos necesarios a las respectivas jurisdicciones en las que estuvieran prestando servicios y ejecutándose al momento de su sanción. Pese a esta prerrogativa, la transferencia comenzó en 2007 con un Acta de traspaso[5] y recién en el año 2016, y por efecto del Decreto N° 873 del Poder Ejecutivo Nacional se dispuso la transferencia de los programas y dispositivos gubernamentales de intervención con adolescentes presuntos infractores a la ley penal desde el Estado nacional al Gobierno de la CABA. Conjuntamente se transfirió el Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia (CESyV). Del recorrido exprés realizado por los cambios político–institucionales ocurridos entre 2011 y 2019 en materia de abordaje de niñez y adolescencia en la Ciudad de Buenos Aires, pudimos constatar que durante el período se resolvió la disputa jurisdiccional en favor de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, tanto en el ámbito de políticas hacia la niñez y adolescencia como en la esfera del control del espacio público y regulación del delito. Esto implicó procesos de traspasos con mayor o menor grado de conflicto, redefinición de competencias, roles, funciones y estructuras. Si bien en el marco de esas transiciones hubo momentos de yuxtaposición y de duplicación de organismos y de funciones, una lectura integrada de todo el proceso muestra que prevalecieron focos de preocupación e interés común, a saber: a) el resguardo de garantías y derechos de niños y adolescentes en situaciones de vulneración de derechos, en dos aspectos fundamentales: a.1- restricción de discrecionalidad policial en las detenciones, traslados y alojamiento de niños, niñas y adolescentes, y a.2- auditoría de las condiciones de detención aplicando protocolos de monitoreo de violencias, torturas y malos tratos; y b) Articulación del sistema penal con

5. Resolución SENAF N° 65 del 15/02/2007, y aprobada por Ley de Aprobación del Acta Acuerdo de Transferencia de Servicio de Atención Directa entre el Ministerio de Desarrollo Social y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

el sistema de protección de derechos para abordaje de las situaciones de conflicto penal en relación a los niños y adolescentes no punibles.

Específicamente, sobre las vicisitudes de la implementación del RPPJ,[6] en 2014 reconstruimos las acciones realizadas por el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos específicos, Consejo de la Magistratura, Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público Tutelar y Defensoría General. En primer lugar y mediante el dictamen de la Dirección de Política Judicial N° 04/08, se había propuesto la adjudicación de competencias penales a magistrados de primera instancia en ejercicio en la justicia de la Ciudad. Este dictamen tuvo eco favorable en la reforma a la ley orgánica del Poder Judicial a través de la Ley N° 3318/08 que reasignó a los juzgados con competencia penal, contravencional y de faltas la atención de las causas previstas en la Ley N° 2451/07 *hasta tanto se constituya la Justicia penal juvenil*. La AGT había señalado también la deuda pendiente de la constitución de órganos de justicia con competencia especializada en materia penal juvenil en el marco de la organización de una jornada específica para debatir el tema.[7] La Fiscalía General (FG) a través de la Resolución N° 558/12 elevó a la legislatura una propuesta para que se crearan al menos dos fiscalías especializadas con competencia específica en materia penal juvenil, atendiendo a lo estipulado por el artículo 11 de la Ley N° 2451, que preveía un juez natural.[8] En idéntico sentido, se expidió el Defensor General a través de la Resolución DG Nº 37/13 quien solicitó la creación de defensorías especializadas en materia penal juvenil. En 2013, el Consejo de la Magistratura, abonando el criterio de especialidad, y recuperando todos los antecedentes concurrentes, invitó finalmente a la totalidad de los magistrados a cargo de juzgados de primera instancia a manifestar su voluntad de participar del proceso de integración de un tribunal especializado en materia penal juvenil, encargando a la

6. Guemureman, Silvia (dir.), *Políticas penales y políticas de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes, específicamente*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, cap. 1, 2015.

7. Res. AGT N° 178/11. Aprobación de la Jornada "Hacia una justicia penal especializada". También la Asesora a través de la actuación N° 15888/08 había solicitado que se arbitren las medidas necesarias para cumplir con los recaudos legales previstos por la ley procesal 2451.

8. Art. 11: "... La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los/las jueces/zas y Tribunales especializados en materia penal juvenil".

oficina de información del Departamento de gestión judicial y desarrollo de proyectos, la realización de un informe estadístico respecto al ingreso de causas de personas menores de edad imputadas durante el año 2012 a fin de tener una mayor cantidad de elementos antes de proceder a la integración definitiva del tribunal y su puesta en marcha.[9] Desde el 1º de octubre del año 2014 los juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3 y N° 11 comenzaron a ejercer competencia en materia penal juvenil, mediante la creación de una Secretaría Penal Juvenil en cada juzgado.[10] A su vez, se creó una Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil dependiente del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Por otro lado, dentro del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires existe una Oficina de Niñez y Adolescencia de la Secretaría General de Derechos Humanos.

La invitación a comentar el Título 1 de la Ley me da la ocasión de revisitar su proceso de gestación de la norma.

A partir de la consulta de los despachos de comisión y las observaciones emerge con claridad que justamente alrededor de este Título no hubo controversias, que las Disposiciones Generales, acaso por su carácter de tales, no fueron objeto de disidencias, o al menos, si las hubo, fueron de baja intensidad, y no quedaron plasmadas en ninguno de los despachos de Observaciones, que sí las hubo para otros tantos artículos.[11]

El Dictamen Único de Comisiones[12] del que resulta la sanción de la Ley N° 2451 el 3 de octubre de 2007[13] resulta de la consideración de los

9. Res. Consejo de la Magistratura Nº 109/13.

10. Según la Resolución Nº 294/CM/20: "Tres (3) de los treinta y uno (31) Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas impartirán justicia en materia penal juvenil hasta tanto se constituya la Justicia en lo Penal Juvenil".

11. Valga por caso, para el artículo 50 que refiere al instituto de la prisión preventiva, las recomendaciones fueron: definirla explícitamente, tomando la Regla 11 b de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. También se recomendó explicitar qué delitos concretos habilitarían la prisión preventiva (limitándolo solo a casos gravísimos) y exigir que además haya efectivo peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación y, por último, fijar el plazo máximo. El proyecto finalmente aprobado contiene las precisiones incorporadas.

12. Comisiones de Justicia, de Mujer, Infancia, Adolescencia y Juventud y de Asuntos Constitucionales.

13. La aprobación en general había sido el 6 de septiembre de 2007.

expedientes 936-D-2006 (proyecto de Ley de B. Baltroc, y otro sobre "Ley Procesal Penal Juvenil"); 3134-D-2006 (proyecto de Ley de D. Amoroso sobre "Modificación de la Ley 114 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad"); 807-D-2007 (proyecto de Ley de Herrera Bravo y otro sobre "Modificación del Código Procesal Penal de la Ciudad. Procesos con Niños y Adolescentes imputados y/o víctimas.") y 1053-D-2007 (proyecto de Ley de H. Rebot sobre "Régimen Contravencional Juvenil").

Los CONSIDERANDOS permiten afirmar que se ha logrado consenso en cuanto a la necesidad de legislar de acuerdo a los estándares internacionales y "continuar con el cambio de paradigma en que incursionó la Ley N° 26061 'Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes' pasando de la doctrina de la situación irregular a la de protección integral, derogando la Ley N° 10903 Patronato de Menores".[14]

El RPPJ fue aprobado con los votos del macrismo y el kirchnerismo, las dos principales fuerzas de la Legislatura.[15]

De modo que afortunadamente, siendo yo una debutante en esto de "comentar leyes", tengo un trabajo bastante sencillo.

14. Los Considerandos también refieren: "Que los niños, niñas y adolescentes cuentan con normativa a nivel nacional y local que garantizan sus derechos específicos, a modo de ejemplo podemos mencionar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de la Ley N° 114 –Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires – ha incorporado derechos y garantías relacionados con niños, niñas y adolescentes, como así también ha incorporado al texto legal las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing) Resolución Nº 40/33 de la Asamblea General", las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad Resolución Nº 45 /113 de la Asamblea General", y las "Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)" ... Que a nivel nacional a través de la Ley Nº 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y su Decreto reglamentario 415/2006 considera parte integrante de la normativa además de las reglas y directrices de las Naciones Unidas mencionadas, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

15. En una de las entrevistas realizadas en 2008, algunos legisladores caracterizaron al momento de la sanción del RPPJ como un momento estratégico. En palabras de uno de ellos: "si no salía ahí no salía más", haciendo referencia a que en las elecciones para Jefe de Gobierno de la CABA había sido electo Mauricio Macri, líder del partido político Compromiso para el Cambio – PRO (Al respecto, Jorolinky, Karen; AA. VV., *op. cit.*).

TÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Silvia Guemureman*

Artículo 1. Ámbito personal
Esta ley se aplica a todas las personas que tengan entre 16 y 18 años de edad no cumplidos al momento de cometer los hechos objeto de una investigación penal preparatoria.

La ley se acoge a la edad de punibilidad que rige en el país, de modo que tampoco la edad es un tópico que genere controversia, aun cuando el texto del RPPJ no expresa valoración alguna sobre la capacidad de discernimiento ni la capacidad de dirigir u orientar las acciones por parte de los sujetos, sino que se limita a adherir a un límite fijado por el estado.

Así, podría afirmarse que en la disputa conceptual entre "punibilidad e inimputabilidad", el RPPJ toma abierta posición por el uso del concepto de punibilidad.[1] Y esto es importante porque el empleo de tal concepto remite a una decisión de política criminal, y por ende, al Estado.

Pero, siempre hay un pero, todo esto en tanto y en cuanto esta franja de edad permanezca inalterada por una ley nacional de fondo, cual podría ser un Régimen de responsabilidad penal juvenil que derogue la Ley N°22278. De modo que el límite que fije la futura ley que se sancione en el Congreso Nacional condicionará el alcance jurisdiccional. Si el límite de edad desciende, el alcance del RPJ deberá "adecuarse" al nuevo límite propuesto.

Siendo que los legisladores están legislando –valga la redundancia– sobre una materia procesal, no se vieron conflictuados en un debate en el cual sus pares del Congreso Nacional no encontraron paz, y sigue siendo uno de los núcleos duros para alcanzar acuerdos. Tal y

* Doctora en Ciencias Sociales. Investigadora del Conicet en el Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires.

1. Por punibilidad debe entenderse como potestad o facultad del Estado de fijar la edad a partir de la cual los sujetos son pasibles de recibir sanciones en carácter de reproche a las acciones disvaliosas.

como es de público conocimiento, el Régimen penal de la minoridad no ha sido derogado pese a los múltiples intentos y embestidas. La fijación de edad de punibilidad es uno de los núcleos controvertidos.[2]

De modo que antes de pasar al siguiente artículo, vale resaltar que el texto del RPPJ en ningún momento ingresa en el controvertido terreno de la imputabilidad,[3] que hubiera ubicado la discusión en el individuo y sus características personales.

Liberados de esa tensión, y siendo que a los efectos del RPPJ, el límite de los 16 años se ha mantenido estable y fuera de discusión, los legisladores se ocupan de interpretar los márgenes de acción del RPPJ en tanto no colisionar con el CPP de la CABA ni con la Ley N° 114.

Artículo 2. Interpretación
En las causas penales seguidas contra personas que tengan entre 16 y 18 años de edad se procederá conforme las disposiciones del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto no sea modificado por lo establecido en este Régimen Procesal Penal Juvenil, y siempre que no restringa derecho alguno reconocido por la Ley de Protección Integral de Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires.

Es interesante connotar que los legisladores expliciten estos "márgenes" de acción, sobre todo en referencia a la Ley N° 114, ya que como es sabido, muchísimas causas que activan la persecución policial y la acción penal derivan de situaciones de vulneración de derechos, es más, son inescindibles. De modo que dejar sentada la previsión de respetar los derechos reconocidos por la ley de protección integral habilita la "discrecionalidad buena" (mal que le pese a reconocidos expertos

2. Cf. Guemureman, Silvia, "La derogación del Régimen penal de la minoridad. Ley 22.278: una cruzada maldita", en Quinteiro, Alejandra (coord.), *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal.* Buenos Aires, Ed. Jusbaires, 2018; Guemureman, Silvia y Bianchi, Eugenia, "Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. Un análisis de los proyectos de ley sobre responsabilidad penal juvenil en Argentina 2016-2018", en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, N° 20, 2019.

3. En alguna de estas variantes: a) susceptibilidad de reprochabilidad de un hecho delictivo a un supuesto autor; b) capacidad de discernimiento; o c) capacidad de comprensión y orientación de las acciones con arreglo a fines.

en la materia), ya que faculta a los magistrados que intervengan, según su más leal saber, a entender y hacer prevalecer a la ley de protección buscando evitar una criminalización pura y dura. No es poco teniendo en cuenta el carácter irrefutablemente social del que están dotadas muchas de las acciones disvaliosas cometidas por los adolescentes.

Más aún, teniendo en cuenta el contexto de los delitos que habían sido traspasados y configuraban la materia de atención de los jueces en CABA.

Artículo 3. Presunción
Mientras no exista una acreditación fehaciente de la edad real del niño, niña o adolescente, se presume que la persona tiene menos de dieciocho (18) años de edad y quedará sujeta a las disposiciones de esta ley.

Este artículo requiere de la respectiva aclaración en el artículo 4 (Incompetencia y remisión), ya que no es lo mismo que la persona resulte mayor de 18 años, a que sea menor de 16.

Artículo 4. Incompetencia y Remisión
Si durante el transcurso del proceso se comprueba que la persona a quien se le imputa una infracción penal era mayor de (18) años de edad al momento de la comisión del hecho, inmediatamente se declara la incompetencia del Juzgado Penal Juvenil en razón de la persona, ordenando la declinatoria del expediente y la remisión al Ministerio Público Fiscal. En caso de comprobarse que tiene una edad en la cual no es punible, el procedimiento se archiva inmediatamente notificando al/la imputado/a, a la defensa y a la fiscalía.

En caso de acreditarse la mayoría de edad de la persona imputada el Juzgado se declara incompetente, declina actuar y remite el expediente al MPF. Si por el contrario, se acreditara que la persona es

no punible,[4] procede el archivo de las actuaciones y la notificación a las partes (imputado, fiscalía, defensa).

Dicho así, pareciera estar todo claro, pero no; por eso hace falta aclarar la *Validez de las actuaciones (art. 5)* para confirmar que los casos remitidos por incompetencia irradian esa incompetencia.

> **Artículo 5. Validez de las actuaciones**
> **Las actuaciones que se remitan por causa de incompetencia son válidas tanto para la jurisdicción penal juvenil como para la ordinaria, siempre que no contravengan los fines de esta ley, la Constitución Local y Nacional, ni los derechos fundamentales de las personas menores de dieciocho (18) años de edad.**

Pero en el caso de que hubiera mayores o menores, entonces, interviene la justicia especializada.

> **Artículo 6. Participación de sujetos mayores y menores para la justicia penal.**
> **En caso de participación conjunta de personas mayores y menores de dieciocho (18) años de edad entenderán los/as Jueces/zas especializados en la materia penal juvenil.**

Siendo que la coautoría es harto frecuente, y la participación conjunta de mayores y menores más que probable, en definitiva, lo que este artículo pareciera afirmar es que el fuero especializado actúa como fuero de atracción. Aquí hay dos problemas, el primero y más evidente es que tal justicia especializada no existe, de modo que hacer del fuero especializado un fuero de atracción, es una declaración de buenas intenciones. El segundo es que deviene abstracta la previsión del artículo 4 de remitir al MPF para que resuelva.

4. El artículo 12 reafirma la PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN A NO PUNIBLES: Nadie puede ser sometido a la intervención del Ministerio Público ni a la jurisdicción de los/las jueces/juezas penales juveniles sino tiene la edad requerida por la ley penal para ser considerado punible.

Artículo 7. Competencia en razón de la persona. Aplicación al mayor de edad.
El cumplimiento de los dieciocho (18) años de edad por el/la imputado/a durante la tramitación del proceso no genera la incompetencia del Juzgado o Tribunal ya que la competencia en razón de la persona está determinada por la edad del sujeto en el momento de sucedido el hecho que se le imputa.

En síntesis, el Título I de Disposiciones Generales del RPPJ consagra estándares de derechos y garantías acordes a las Convenciones y Tratados que viene firmando el país. En los aspectos procesales, se enmarca en la Ley N° 2303 (Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y en el ámbito de su competencia se subordina a la Ley N° 22278.[5]

5. Sanción: 25/08/1980; Publicación BO Nº 24490 del 28/08/1980.

TÍTULO II:
PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Juan Antonio Tobías*

Artículo 8. Juicio previo
Nadie puede ser condenado sin que se realice un juicio previo, basado en una ley anterior al hecho que se investiga, respetando los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Humanos.
Los derechos y garantías establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) son principios que deberán observarse en la aplicación de la presente ley.

En clave con el artículo 18 de la Constitución Nacional, al cual remite además el artículo 10 de la Constitución local, si bien el título refiere a "juicio previo", lo cierto es que la norma tiene una proyección mucho mayor y una importancia fundamental, siendo el punto de inicio necesario y sistemático del catálogo de derechos y garantías previsto en esta Ley Nº2451 y al cual ella se remite de forma expresa.

Se establece, por un lado, la garantía del juicio previo en el sentido de la necesaria tramitación completa de un proceso judicial dotado de todas y cada una de las garantías generales que tienen los adultos, como así también las específicas en materia de niñez en razón del principio de especialidad, trato diferenciado y plus de derechos.

* Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires (Fuero nacional).

En ese sentido, podemos construir el concepto de "debido proceso juvenil", en el que, tal como acabamos de mencionar, deben respetarse no solo los principios generales, derechos y garantías de índole judicial, en tanto y en cuanto lógicamente no impliquen un menoscabo para la situación particular y especial de todo niño, niña o adolescente involucrado en una causa penal, sino también los que son propios, y con el sentido y alcance correspondiente, a la especialidad en materia juvenil.

Esto se construye a partir de la letra del propio artículo, más allá de la fuerza operativa propia y directa del *corpus iuris* en la materia, al referir que el complejo normativo que rige en estos casos está dado por los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Humanos.

El deber de observación que demanda el artículo con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, ciertamente se halla impuesto, en rigor, por la jerarquía constitucional de ese instrumento del Derecho Internacional (art. 75, inc. 22, CN), independiente de su expresa mención en el dispositivo que aquí comentamos.

Sí es importante la referencia al resto del catálogo de derechos conocido como Directrices o Reglas, en tanto, si bien han sido definidos como *soft law*, lo cierto es que son tenidos en cuenta por los órganos de control de aquellos instrumentos internacionales que son susceptibles de generar obligaciones por parte de los Estados, como por ejemplo sucede, en el caso de la República Argentina, con el Comité de los Derechos del Niño, creado por el artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En ese sentido, cabe hacer mención a la Observación General Nº 10, párrafo 4, del Comité de los Derechos del Niño, en la que se declama, como uno de los objetivos:

> Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad ("Reglas de La Habana") y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil ("Directrices de Riad").

Además, con relación a lo expuesto anteriormente sobre las normas calificadas como *soft law* en el sistema regional de protección de los Derechos Humanos, también estas últimas son tenidas en cuenta y utilizadas para la mejor y más amplia aplicación garantizadora de los instrumentos internacionales en la materia, como parte integrante del *corpus iuris* de los derechos de los niños en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme lo ha resuelto la Corte IDH.[1]

Asimismo, rige tanto la Ley local Nº 114, que en su artículo 12 recepta tales normas, como la Ley Nacional N° 26061, que en su artículo 2 ordena la "aplicación obligatoria" de la Convención de los Derechos del Niño en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. En ese sentido, es importante señalar que la CDN en su Preámbulo (punto noveno) recuerda el contenido de las Reglas de Beijing, y también aquí es preciso advertir que del Decreto Nº 415/2006 (BO N° 18/04/06), reglamentario de la Ley N° 26061, en su artículo 19 establece que

> La privación de libertad personal adoptada de conformidad con la legislación vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse parte integrante del artículo 19º en su aplicación, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

La consideración de esas reglas y directrices, asimismo, encuentra fundamento en que, al tiempo que son relevadas por el Comité de los Derechos del Niño, en el ámbito local la Corte Suprema de Justicia de la Nación[2] dijo que dicho Comité resulta ser el "intérprete autoriza-

1. Corte IDH, OC-17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28/08/2002, párrs. 25/26, y voto concurrente del juez Antonio Candado Trindade, párr. 37.
2. CSJN, Fallos: 336:916, consid. 5; Fallos: 331:2047, consid. 4.

do en el plano universal" de la Convención de los Derechos del Niño, motivo por el cual el máximo tribunal de la Nación tiene especialmente en cuenta la exégesis que ese órgano de control realiza.[3]

Esta breve reseña permite concluir, por tanto, en la imperativa amplitud, especificidad y operatividad plena del catálogo de principios, derechos y garantías en materia de niñez a los que se ciñe esta Ley Nº 2451 que, en su artículo 8, inaugura el título referido a tales aspectos y que hacen, tal como se indicó anteriormente, a la idea del "debido proceso en materia juvenil": En medio de lo cual, también debe considerarse de aplicación el conjunto de Directrices[4] que se han elaborado multisectorialmente y rigen en el ámbito no solo de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que también deben ser relevadas por los defensores y defensoras oficiales que actúan en el fuero nacional.[5]

Dicho lo anterior, podemos hacer algún comentario relativo a la primera parte de la norma, en cuanto dice que, "Nadie puede ser condenado sin que se realice un juicio previo, basado en una ley anterior al hecho que se investiga".

Surgen de aquí varias consideraciones especiales y de suma importancia. En principio, decir que se trata de una de las (por no decir "la") máximas fundamentales de todo sistema de garantías que se enrole en un paradigma propio del derecho penal liberal, pues de ella cabe derivar la exigencia:

i. De un "juicio", en sentido amplio, entendido como proceso judicial formalmente reglado por medio de una ley en sentido estricto y cuyos objetivos no pueden ser idénticos a los que se

3. Para un análisis más detenido de ese complejo normativo y la recepción que tiene en diferentes ámbitos ver: Tobías, Juan Antonio, "Prescripción de la acción penal. La obligatoria reducción del plazo en casos de niños y niñas imputados", en *Revista Jurídica de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, Nº 4, agosto de 2019. Disponible en: http://www.amfjn.org.ar/2019/08/05/prescripcion-de-la-accion-penal-la-obligatoria-reduccion-del-plazo-en-casos-de-ninos-y-ninas-imputados/ [fecha de consulta: 14/12/2020].

4. Suscriptas por la Defensoría del Pueblo de la Nación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Secretaría de Gestión Educativa del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas, la Asociación Pensamiento Penal, y la Defensoría General de la Nación.

5. Conforme lo dispuesto por la Defensora General de la Nación, mediante Res. DGN Nº 281/2020, 13/03/2020.

propone la administración de justicia en casos de adultos, sino los que especialmente reconocen una finalidad pensada en la persona sometida a proceso y que, tomando como guía la Convención especial, surgen de los artículos 37 y 40 de esa carta.

ii. Que sea respetuoso de las garantías genéricas y en especial las de niñez ("debido proceso en materia juvenil"),[6] atravesado por la permanente consideración del interés superior (art. 3, CDN) y el principio de especialidad, trato diferenciado y plus de derechos.

iii. Que ese proceso deba agotarse íntegramente, mediante actos válidos y con las suficientes instancias recursivas previstas en la ley, para que recién posteriormente pueda ser impuesta una consecuencia de carácter sustantivo (una pena o sanción, sea del carácter que sea), como así también que toda medida procesal sea adoptada sobre la base de una previsión legal y bajo las formas pertinentes.

iv. Que ese proceso debe tener soporte sustantivo en una ley que estipule una determinada conducta como delito penal y le asocie una consecuencia (pena), quedando absolutamente prohibida cualquier tipo de intervención estatal, como consecuencia de la administración de justicia penal, que tenga por explicación una situación de peligro o cualquier otra naturaleza que carezca de un soporte penal sustantivo con respecto a un niño, niña o adolescente.

v. Que esa ley debe ser: previa al hecho objeto del juicio, escrita, formal y estricta, o sea, debe respetarse el principio de legalidad penal y su corolario de prohibición de analogía, que en materia juvenil aparece expresamente receptado en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.2.a, como en las Directrices de Riad, directriz Nº 56 y los pronunciamientos sobre el tema de la Corte IDH.[7]

Por eso es que el artículo 8 en cuestión resulta tan importante, porque consagra la base fundamental del debido proceso, con el agregado

6. Este concepto fue acuñado en medio de una investigación sobre el tema, que excede los límites del presente, de manera que lo aquí expuesto es solo una parte de aquel trabajo de nuestra autoría.

7. O. C. N° 17/02, párrs. 108 a 111.

de las especiales previsiones en materia penal juvenil, conformado por el *corpus iuris* del Derecho Internacional, con una garantía sustancial elemental como lo es el *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Se perfecciona así un sistema de reglas en protección de los Derechos Humanos del colectivo de personas a que refiere nuestra materia.

En ese sentido, pues, abordaremos seguidamente el catálogo de derechos y garantías específicos que fluyen a partir de ese origen que, a nuestro juicio, puede ser delineado del modo en que lo hemos expuesto precedentemente.

> **Artículo 9. Garantía de discreción. Confidencialidad**
> **Las actuaciones judiciales son reservadas; no deben expedirse certificaciones, ni constancias de las diligencias practicadas en el procedimiento, salvo las solicitadas por las partes.**
> **Queda prohibido a Jueces/zas, partes, funcionarios/as, empleados/as, autoridades, peritos, auxiliares de la justicia y/o personas que intervengan en el proceso dar a publicidad el contenido de las actuaciones o diligencia del procedimiento o proporcionar datos que permitan la identificación de la identidad de la persona menor de dieciocho (18) años de edad o su familia.**
> **Como excepción el/la Juez/a competente puede, a petición de parte y mediante resolución fundada, autorizar que sea pública la imagen o la identidad de la persona menor de dieciocho (18) años de edad para facilitar su localización respetando su dignidad e intimidad, en todos aquellos casos donde se evada la justicia y exista objetivamente un grave riesgo para la seguridad de las víctimas, testigos o cualquier otra persona.**

El principio de privacidad que ampara a niños, niñas y adolescentes surge fundamentalmente del artículo 40.2.vii CDN como manifestación específica del paradigma de protección integral, en el cual las personas de 18 años son verdaderos sujetos de derecho, y no objeto de tutela, motivo por el cual, como toda persona adulta, pero con mayor razón, tienen derecho a que la existencia de una imputación de carácter penal no trascienda los límites necesarios que hacen a la estricta tramitación del proceso judicial del que se trate, salvo excepcionales

circunstancias que así lo ameriten. Sobre el carácter de estas excepciones debemos ser rigurosamente exigentes pues está en juego el derecho a la identidad, en conjunción con el derecho a la privacidad y el desarrollo de una vida privada en plenitud, lo cual merece una especial tutela en la etapa de vida por la que transitan niños, niñas y adolescentes, y de allí su variada recepción en diferentes catálogos de normas.[8]

En el orden nacional encontramos el artículo 22 de la Ley de Protección Integral Nº 26061, mientras que en la Ciudad contamos con el artículo 11 "i" y 16 de la Ley Nº 114.

Se trata de la contracara del principio de publicidad que rige plenamente en el formato de juicio oral y público, y no tanto en el resto de las etapas del proceso donde son imputadas personas adultas por oposición al carácter reservado de las audiencias en las que participan las personas menores de dieciocho años.

Al respecto, la CIDH[9] ha señalado que el artículo 8.5, CADH, tiene limitaciones especiales en la justicia penal juvenil, pues allí debe primar la confidencialidad de los expedientes penales y la prohibición de difundir cualquier información relativa a la identidad de niños, niñas o adolescentes acusados.

El Comité de los Derechos del Niño[10] ha hecho hincapié en la obligación de respeto pleno a la vida privada de niños y niñas, aplicado ampliamente a "todas las fases del procedimiento", lo cual comprende desde el primer contacto en cualquier instancia, acto o repercusión del sistema judicial hasta la adopción de una decisión definitiva o la concesión de institutos liberatorios.

Por eso debe entenderse que la posibilidad conferida, a modo de excepción, por la última parte del presente artículo, debe ser evaluada en cada caso concreto con suma cautela y responsabilidad a efectos de resolver si efectivamente se ejerce tal excepción o prima el principio de confidencialidad o reserva de datos, debiéndose conjugar detenida-

8. Se aplican también reglas 8.1 y 21.1 de las Reglas de Beijing y la regla 3.12 de las Reglas de Tokio.

9. Comisión IDH. Relatoría sobre los derechos de la niñez. Informe sobre "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas", párr. 198, 13/07/2011. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf [fecha de consulta: 14/12/2020].

10. O. G. Nº 10, párrs. 64/67.

mente los objetivos perseguidos con el ejercicio de esa excepción a la privacidad con la primacía del interés superior como eje rector y pauta principal a tener en cuenta para tomar cualquier clase de decisión que pueda tener injerencia, ya sea directa o indirectamente, en los derechos de niños, niñas y adolescentes.[11]

En ese sentido amplio debe interpretarse el artículo comentado, cuando refiere a las "actuaciones judiciales" y asignarles el carácter de "reservadas", pues, a la luz de la normativa repasada, se puede colegir no solo que la reserva debe operar ampliamente, sin condicionantes, tanto en lo que refiere a la denominación de actuaciones, tanto en lo que respecta al tiempo en que aquellas pueden mantenerse vigentes, como sucede con los registros de antecedentes, por caso, los cuales debieran eliminarse de modo automático luego de alcanzarse la mayoría de edad de la persona de que se trate.[12]

Así descripto el marco normativo tanto legal como convencional, más las normas que, como quedó dicho en el análisis del dispositivo previo, conforman el *corpus iuris* en la materia, cabe dejar sentado que la excepción al principio de privacidad, confidencialidad o reserva de datos, en tanto y en cuanto no refiera o involucre a la tarea de la administración de justicia en el mismo caso o uno conexo en el que se necesite la remisión de información por parte de un juez/a y por intermedio de las autoridades habilitadas al efecto, deberá analizarse rigurosamente y solo podrá hacerse uso de la excepción en los supuestos en que ello no sea contrario al interés superior o haya razones fehacientes y comprobadas que habiliten ese temperamento, pero siempre reduciéndose al máximo los peligros que se pretenden evitar justamente con la primacía de la confidencialidad.

En ese sentido, es sumamente elocuente un caso sucedido en Inglaterra, en el año 1993, sobre dos niños que fueron juzgados y condenados por un homicidio cometido cuando tenían diez años de edad.[13] El caso tuvo un impacto mediático muy importante, no solo por la

11. Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", párr. 211 y O. C. Nº 17/02, párr. 134.

12. Comisión IDH. Relatoría sobre los derechos de la niñez. Informe sobre "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas", *op. cit.*, Recomendaciones Nº 14.j y 20.c.

13. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Asesinato_de_James_Bulger [fecha de consulta: 14/12/2020].

edad de los presuntos culpables, sino porque la víctima era un pequeño de apenas tres años de edad. Eso dio lugar a que se publicaran todos los datos personales de los acusados, incluso sus fotografías, desde el primer momento de la investigación ante el hecho ya consumado.

El resultado, respecto del derecho a la identidad, al nombre, a la vida privada, fue que las autoridades debieron asignar una nueva identidad a los jóvenes y otorgarles un nuevo lugar de domicilio, con la consecuente vulneración de derechos de esos niños. Ese mismo suceso, proyectado a nuestra actualidad, con el desarrollo que han tenido las redes sociales y los medios tecnológicos, tendría consecuencias todavía más perniciosas. De allí, entonces, la cautela y rigurosidad con la que debe manejarse la facultad judicial conferida en el presente artículo.

Artículo 10. Principios del proceso
Durante todo el desarrollo del proceso penal juvenil deben observarse los siguientes principios:
a. Acusatorio.
b. Publicidad: Todo acto del proceso es público para las partes y sus representantes, con el límite establecido en el artículo 9, respecto de la garantía de discreción y confidencialidad.
c. Contradicción: Las personas que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad tienen el derecho de ser oídos, aportar pruebas e interrogar a los testigos y refutar argumentos. Lo anterior está garantizado por la intervención de un/a defensor/a.
d. Concentración: Se deben unificar en las audiencias la resolución de los incidentes y las peticiones de las partes.
e. Celeridad: El/la Juez/a no hará lugar a las diligencias meramente dilatorias.
f. Claridad: Todos los actos procesales deben ser expresados en un lenguaje claro y sencillo que pueda ser entendido por la persona menor de dieciocho (18) años de edad. No pueden utilizarse latinismos y debe asegurarse la comprensión adecuada, para lo cual se deben realizar las aclaraciones o explicaciones que sean necesarias. Esta obligación abarca al/la Juez/a Penal Juvenil, al/la Fiscal Penal Juvenil, a su abogado/a defensor/a, a los/as funcionarios/as del Juzgado y a los/as funcionarios/as administrativos/as. Deben informar claramente el significado, los obje-

tivos y consecuencia de cada una de las actuaciones y diligencias del proceso penal juvenil.

Los principios enumerados en la norma se aplican, tal como allí mismo se consigna contundentemente, "durante todo el desarrollo del proceso penal juvenil". Esto significa que, desde el primer acto procesal, en sentido amplio, o manifestación del sistema penal de cualquier índole, hasta el último de los eventuales que puedan recaer en la etapa de ejecución (si es que se llega a esa instancia), deben observarse los principios a que alude el presente artículo. Debemos interpretar, además, coherentemente, que tales principios rigen plenamente tanto en lo que refiere al proceso o cuestión principal o de fondo, como así también en cualquier clase de trámite que tenga relación, ya sea directa, ya sea indirecta, con el desarrollo de aquel.

En cuanto al principio acusatorio, la norma lo menciona sin agregarle ninguna clase de comentario o aclaración, tal como por el contrario sucede con el resto de los principios aludidos en los puntos b al f. Así mencionado entonces, cabe interpretar que la vigencia del principio acusatorio, con respecto al trámite del proceso penal juvenil reglamentado por la presente ley, tiene operatividad plena no solo en todas sus fases e instancias (como se indica al principio del artículo), sino también que se aplica con el sentido y alcance más amplio con el que pueda concebírselo.

En ese sentido, más que de principio acusatorio podríamos hablar de sistema o paradigma acusatorio del proceso penal, por oposición al inquisitivo, como determinante de especiales particularidades que moldean una manera, forma, visión o concepción de cómo llevar adelante el proceso penal y en medio de lo cual una de sus principales características, pero no la única, es la absoluta delimitación y separación entre las funciones jurisdiccionales respecto de las investigativas y/o de acusación.[14] Así también, podemos señalar que su reconocimiento a nivel legal responde a la manda constitucional federal y convencional en tal sentido,[15] a través también del artículo 13 de la Constitución de la

14. CSJN, Fallos: 326:1106, disidencia del juez Belluscio y Fallos: 327:5863, voto del juez Fayt.

15. CSJN, Fallos: 333:1687, voto del juez Zaffaroni.

Ciudad de Buenos Aires que también consagra la publicidad y la inmediatez, entre otras características del sistema de garantías judiciales.

Con respecto a la publicidad, como manifestación del sistema acusatorio y prevista específicamente en el artículo antes citado de la Constitución CABA, implica que todos los actos del proceso son públicos para las partes y representantes, por oposición justamente al oscurantismo y secretismo que caracteriza al paradigma inquisitivo, pero además como consecuencia lógica con el principio republicano (art. 1, CN) en el cual campea la exigencia de publicidad, y razonabilidad, de los actos de Gobierno (y las sentencias judiciales, por caso, son actos de tal naturaleza), los cuales quedarían al margen de todo control en caso de no ser conocidos por quienes tienen la potestad o están legitimados a ejercer ese control y eventual cuestionamiento.

La única limitación que prevé la norma, en clave con el interés superior y los principios, derechos y garantías específicos en materia de niñez, está dada por la disposición expresa del artículo 9, a cuyo análisis nos remitimos como complemento de la arista examinada en el presente y a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Con relación a la contradicción, vemos que el artículo se refiere a ese rasgo con un contenido específico relativo a la posibilidad de ejercer determinados derechos por parte de las personas que tienen entre dieciséis y dieciocho años de edad, como de ser oídos, aportar pruebas, interrogar a testigos y refutar argumentos, asociándole a esas acciones el soporte insoslayable de un asesor técnico como es el defensor/a.

No obstante las manifestaciones específicas que la norma asigna a la idea de contradicción, que en muchos casos coinciden como expresión del genérico derecho de defensa en juicio, entendemos que la enumeración es meramente ejemplificativa y que, en ese sentido, es importante asignar al término "contradicción" una conceptualización lo más amplia posible y referida a la posibilidad de contrarrestar legítimamente todo cuanto sea contrario a los intereses (o pueda devenir en un perjuicio) de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esa contradicción, como pauta genérica del paradigma acusatorio, luego se llevará a cabo, se implementará y se ejecutará, a través de las vías legales y medios procesales reconocidos como tales, ya sea directa, ya sea indirectamente, ya sea expresa o implícitamente como corolario justamente del sistema acusatorio y del derecho de defensa en juicio.

Los rasgos de (d) concentración (inmediatez es el vocablo usado en el texto del artículo 13 de la Constitución CABA) y de (e) celeridad deben ser abordados en conjunto porque responden al mismo ideario relativo a la pronta resolución del conflicto que subyace en todo proceso judicial y sobre todo en materia penal, imponiéndose como imperativo para el desarrollo de la actividad tanto jurisdiccional (en lo que hace a la fijación de audiencias) como de las partes intervinientes (con la facultad del órgano jurisdiccional relativa a desechar planteos dilatorios), pero siempre con el tamiz u horizonte delimitador dado por la insoslayable y constante contemplación y prevalencia del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado.

En cuanto a la exigencia de (f) claridad, no es más que una consecuencia necesaria de entender y concebir a la administración de justicia en su real dimensión, como un servicio a la comunidad, que además debe comulgar con los rasgos propios del sistema republicano, como ya quedó dicho, relativos a la publicidad y la razonabilidad de los actos. Todo se relaciona, porque tanto la claridad y la sencillez de los actos procesales que exige el presente artículo, no tendrían sentido alguno si esos actos procesales no fuesen públicos (en la medida que comentamos), y menos todavía si no se les demandase razonabilidad y fundamentación; de manera que todos esos condimentos, sumados al resto de las garantías amplias como el derecho a la defensa, con todos sus corolarios, es lo que permite que los actos puedan ser controlados por quien está legitimado a hacerlo y eventualmente a contradecirlo por las vías correspondientes.

Pero también hay que decir algo más y es que eso debiera suceder también en el sistema de adultos, como característica del sistema de justicia. En la materia penal juvenil que nos ocupa, es mucho más exigible que los operadores del sistema de justicia aborden los casos de manera sencilla en lo que refiere a la comunicación y explicación de todo lo que sea necesario en relación a las implicancias de todo acto procesal, pero con mayor rigurosidad incluso cuando de aquellos puedan derivarse efectos, sean los que fueren, sobre cualquier aspecto de la vida de una persona.

Esto marca también un rasgo del sistema en lo que refiere a su coherencia con los objetivos perseguidos por la administración de justicia penal juvenil, porque, ciertamente, si el interés primordial está puesto en la persona sometida a proceso, con especial relevancia de su interés

superior y las fundamentales indicaciones de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues no puede siquiera pensarse en una alternativa diferente a la insoslayable obligación de considerar a esa persona, en tanto sujeto de derechos (ya no más como objeto de tutela) para que pueda comprender y dimensionar cada una de las circunstancias relativas a su condición en el marco de un proceso penal.

Desde luego que esto no implica negar ni relativizar el aporte técnico que es necesario para tomar determinadas decisiones y cumplir con ciertas funciones (por ejemplo, se requiere ser abogado/a para acceder a determinados cargos públicos), sino que la presente norma debe ser interpretada como pauta general de actuación en el marco del paradigma de protección integral que rige en la materia y con los alcances mencionados en el párrafo anterior y que están dispersos en el comentario de los diferentes artículos que componen este título.

Es acertado, entonces, el impedimento expreso relativo al uso de latinismos, lo cual incluye a frases o giros lingüísticos similares, porque en definitiva las demostraciones de erudición o articulaciones complejas del lenguaje no comulgan con los fines a los que aspira el sistema de garantías en general y esta norma específica en particular. En lugar de ello, el entramado general de obligaciones propias de la función jurisdiccional, como la de todos los operadores del sistema de justicia penal juvenil, puede ser cumplido por los operadores con las competencias específicas y puesta en práctica de capacidades técnicas que se requieran, sin que ello implique el recurso a pretensiones de sapiencia o construcciones argumentativas complejas que se distancian de un formato de lenguaje argumentativo apoyado en características de sencillez y claridad.

Artículo 11. Juez natural
Nadie puede ser encausado ni juzgado por jueces o comisiones especiales. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los/as Jueces/zas y Tribunales especializados en materia Penal Juvenil.

La del juez natural constituye en nuestro país una de las garantías fundamentales reconocidas desde el texto constitucional de 1853/60, que

forma parte del multifacético e imprescindible artículo 18 de la Constitución federal, a cuyo esquema de garantías se remite la Constitución de la Ciudad en su artículo 11 y, además, prevé en su artículo 13 la presente garantía. En el contexto de instrumentos de protección de los derechos humanos, aparece claramente establecido en los artículos 8, CADH; artículo XXVI, DADDH; artículo 10, DUDH y artículo 14.1, PIDCP.

Su rol esencial en todo sistema de garantías del ciudadano frente al poder estatal, ha motivado indudablemente su incorporación en diferentes cuerpos normativos tanto reglamentarios a nivel legal de procedimientos judiciales, como en instrumentos de protección de los derechos humanos de orden general, lo cual ratifica su relevancia.

La razón de tal garantía fundamental radica en la necesidad de asegurar la intervención no solo de un juez determinado previamente por la ley (en tanto norma de alcance general emanada de las autoridades competentes para su dictado), sino que, inescindiblemente, aquel órgano jurisdiccional compute las características de independencia e imparcialidad, como corolario de aquella y definitivamente necesarias para considerar un juzgamiento que responda a la básica y elemental exigencia de debido proceso, pues así lo ha entendido incluso el Tribunal Superior de Justicia de la CABA.[16]

En ese sentido, la Corte IDH tiene dicho que el derecho a un juez natural representa un principio básico del debido proceso, que implica que toda persona tiene derecho a ser juzgada, en general, por tribunales ordinarios que hayan sido previa y legalmente establecidos a través de los procedimientos correspondientes a esos fines.[17]

La determinación previa del juez que corresponde intervenir en un caso específico, supone entonces que se trata de un valladar de orden general que asume la especificación de una competencia en particular, pues el concepto en sentido estricto de "juez natural" quedará seriamente precarizado si es que no se lo conjuga con el establecimiento de una función jurisdiccional determinada de antemano, siendo esto

16. Si bien en materia no penal, pero con la trascendencia que adquiere la garantía en protección de los derechos de los ciudadanos. Ver el voto de la jueza Ana María Conde, compartido por el juez José Osvaldo Casás, en autos "W. J. N y otro c/ GCBA s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. Nº 14042/16, sentencia del 04/10/2017.

17. Corte IDH, caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", párr. 129; caso "Usón Ramírez vs. Venezuela", párr. 109 y caso "Barreto Leiva vs. Venezuela", párr. 75.

último la otra arista concluyente del tema en punto a la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales o tribunales *ad hoc*.

En la materia específica que nos ocupa, vemos justamente, y con acierto, que la previsión legal del artículo 11 asocia expresamente la garantía en cuestión con la de una competencia especial al referirse a los tribunales especializados en materia penal juvenil.

Al respecto, Quinteiro y Romeo[18] señalan que

> El principio constitucional de la especialidad del sistema penal juvenil y su derivado, la especialización de sus operadores (arts. 5, 40.2.b.ii y iii y 40.3, CDN) deben ineludiblemente respetar todos y cada uno de los postulados del Sistema de Protección Integral de Derechos, y así ceñir su ámbito a la conformación de una justicia flexible y diversa con una especial versación en los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad en el proceso judicial en el que se investiga la presunta comisión de un hecho delictivo y su responsabilidad. Ello trae consigo que jueces, fiscales y defensores deben ser capacitados en cuestiones relativas a los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad en un proceso penal, y deben contar con la competencia específica para actuar cuando los delitos sean presuntamente cometidos por aquellas. Así entendemos que el estándar de especialización implica la existencia de órganos judiciales con una capacitación específica, ya sea que se trate de jueces, fiscales o defensores. Todas las personas que trabajen en el marco de la justicia penal juvenil deben recibir información y capacitación en materia de derechos humanos, bajo el marco de los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás normas específicas en materia de justicia penal juvenil. Este requisito de especialización también se aplica a los profesionales no jurídicos que participan en el sistema penal juvenil, respecto de los que también exige una capacitación especializada sobre los derechos, el desarrollo y la legislación juvenil –entre ellos ubicamos a la fuerza policial.

Esta particularidad, acertadamente incorporada por el legislador local en el mismo dispositivo en el que se replica a nivel legal la garantía constitucional del juez natural, lamentablemente no se verifica en todos los diagramas organizativos de las diferentes jurisdicciones que integran

18. Quinteiro Alejandra y Romeo, Paula Vanesa, "El principio de especialidad en materia penal juvenil", en Quinteiro, Alejandra, (coord.), *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016, p. 10.

nuestro federalismo; por otro lado, si bien se puede cotejar positivamente la especialidad de materia en las instancias iniciales y de decisión del litigio de todo régimen legal procesal, lo cierto es que desaparece en posteriores estadios de revisión dentro de los ordenamientos procesales, lo cual es una deuda pendiente en sentido amplio. De hecho, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha relativizado la demanda de especialidad en la materia penal juvenil, pues, contrariamente a ello, en determinados casos priorizó la intervención de jueces con una competencia material específica y de excepción, por sobre la especialidad requerida en supuestos de jóvenes en conflicto con la ley penal, como por ejemplo sucede en aquellos casos de infracciones a la Ley N° 23737.

Esa posición de la Corte Suprema[19] debiera ser revisada y modificada en la dirección que aquí se propone, dándose preeminencia en el fuero federal al principio de especialidad en materia penal juvenil en casos donde niños, niñas y adolescentes se encuentren involucrados en imputaciones referidas a la Ley N° 23737, como así también debiera suceder en cualquier clase de hipótesis de delito, pues entendemos que la respuesta estatal de la administración de justicia especializada debe operar por sobre cualquier otro argumento de organización de la burocracia jurisdiccional, habida cuenta el especial estatus jurídico de las personas involucradas y en función del paradigma de protección integral.

En definitiva, la exigencia de especialidad debiera observarse en todas las instancias judiciales y administrativas en materia penal juvenil e incluso no solo de parte del órgano jurisdiccional, sino de todos los actores estatales que puedan estar involucrados a lo largo del procedimiento, lo cual abarca desde luego al Ministerio Público Fiscal y el de la Defensa.

La Convención sobre los Derechos del Niño no contempla un dispositivo expreso que refiera directamente al concepto de "juez natural", a pesar de lo cual es posible relacionarlo, como decíamos anteriormente, con la previsión y exigencia de imparcialidad que se desprende sin rodeos de los artículos 37.d y 40.2.iii y 40.2.v.

Por su parte, la Ley nacional N° 26061 tampoco contempla una referencia expresa a la garantía del juez natural en el dispositivo que se ocupa de las garantías judiciales mínimas. Así, el artículo 27 del citado cuerpo legal, enuncia algunas cuestiones elementales acerca del

19. CSJN, Fallos: 331:2720.

procedimiento, pero no abunda en otras como la presente, a pesar de ordenar el respeto de los derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los Tratados Internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten.

En este sentido es realmente importante el aporte de la Corte IDH, por medio de su competencia consultiva, en la Opinión Consultiva Nº 17-2002, en tanto expresamente en su punto enunciativo Nº 10 manifiesta:

> Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de estos.

La incorporación del artículo 11 en la ley aquí comentada, adquiere entonces una importancia fundamental en el contexto descripto, pues recepta justamente un aspecto cardinal que hace al debido proceso y constituye uno de sus pilares. Es cierto también que, más allá de una previsión expresa o indirecta de normativa específica en materia penal juvenil, de ningún modo podría pensarse en retacear la garantía del juez natural en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes, pues, sin duda, ella forma parte del sistema de garantías general en el catálogo de las garantías judiciales propias del derecho internacional de los derechos humanos. Así, entonces, su presencia y aplicación deriva además de la primacía del principio de protección especial, trato diferenciado y plus de derechos, ya que, si está prevista para el caso de adultos, pues entonces con mayor vigor incluso debe reconocérselo en materia penal juvenil.

Y aquí cabe recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.1, establece justamente que

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente

e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Como así también que en materia penal juvenil sí está prevista la especialidad en la competencia incluso por el propio Pacto de San José de Costa Rica, tal como surge del art. 5.5.

En consonancia con ello, la Corte IDH se ha pronunciado[20] en el sentido de que a la luz de las normas internacionales aplicables, la jurisdicción especial para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley, debe caracterizarse, en general, por la posibilidad de adoptar medidas sin recurrir a procedimientos judiciales; que en el caso de que un proceso judicial sea necesario, el tribunal dispondrá de diversas medidas, como por ejemplo asesoramiento psicológico durante el procedimiento, control de la manera de tomar el testimonio y la regulación de la publicidad del proceso.

Agregó que se debería disponer dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños, como así también que quienes ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.

Artículo 12. Prohibición de persecución a no punibles
Nadie puede ser sometido a la intervención del Ministerio Público ni a la jurisdicción de los/as Jueces/zas Penales Juveniles si no tiene la edad requerida por la ley penal para ser considerado punible.

Se trata de una consecuencia directa de la determinación de una edad mínima a partir de la cual es posible que el Estado, en ejercicio del poder administrador de justicia y por medio de los órganos correspondientes, someta a una persona como acusada a un proceso judicial en materia penal.

20. Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay", párr. 211.

Sobre este aspecto debe relevarse el artículo 40.3, CDN y la Regla 4 de las Reglas de Beijing, en función de lo cual el Estado se ha obligado a establecer una edad mínima debajo de la cual se presumirá que los niños y niñas no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

En nuestro país esa edad mínima, como sabemos, está determinada a nivel nacional mediante el Decreto N° 22278, aún vigente, y su reforma por el Decreto N° 22803. Decimos decreto, porque es inexacto llamarlos ley, más allá de la autoproclamación que ellos mismos hacen en ese sentido y de que siguen el orden numérico de las leyes, en sentido estricto, que han sido dictadas en nuestro país a través de los mecanismos constitucionales previstos a esos fines.

Se trata de una serie de reglas (de nula legitimidad) por haber sido dictadas en el contexto de un Gobierno de facto que asaltó la democracia y tomó el poder de forma ilegítima y violenta; así es, entonces, que el Decreto N° 22278, tal como su texto lo indica, data del 25 de agosto de 1980 y fue publicado en el Boletín Oficial tres días después, mientras que el Decreto N° 22803 se publicó en el Boletín Oficial el 9 de mayo de 1983.

El primero de ellos establecía el límite de la punibilidad en la edad de 14 años, de modo que consideraba no punible a toda persona que no haya cumplido esa edad. En el año 1983 esa norma fue modificada por el Decreto N° 22803, que elevó la edad mínima a 16 años, que es la vigente hasta hoy en día a pesar de algunos intentos de reforma que, con mayor o menor entidad, se esbozaron casi permanentemente a partir de la recuperación de la democracia el 10 de diciembre de 1983, en el marco de proyectos de modificaciones integrales para establecer a nivel nacional un régimen penal juvenil que cristalice los estándares fijados por el *corpus iuris* internacional en la materia. No obstante, aún no se han logrado los consensos necesarios para establecer una legislación penal juvenil a nivel nacional, una ley macro, que recepte de manera íntegra los principios, derechos y garantías específicos en materia penal juvenil.

Esta deuda tiene un doble, y negativo, significado. Por un lado, la demora absolutamente injustificada en sancionar una legislación acorde a lo dicho previamente, a pesar de haber pasado más de 35 años de vida democrática; pero, además, eso tiene como resultado que siga vigente una norma ilegítima como el decreto citado y su reforma.

En esa línea de pensamiento, García Méndez, Núñez y Rodríguez, señalan que nuestro país es:

> … el único país de América Latina que no posee un sistema de responsabilidad penal juvenil tal como lo disponen explícitamente la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Nacional […] Es esto lo que explica finalmente, que la Argentina sea en materia de derechos de la infancia, la vanguardia del atraso…
>
> El régimen penal de la minoridad constituye el resabio de la última dictadura militar, que dista de ser una normativa acorde con los estándares internacionales de un sistema de responsabilidad penal juvenil. De esta manera, nuestro país tiene una deuda pendiente con los derechos humanos de la infancia e incurre en responsabilidad internacional dado que no ha dado cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos al suscribir la CDN (p. 195).[21]

Desde luego que estas apreciaciones críticas no apuntan a la edad mínima que estipula esa normativa, ya que, por ejemplo, nuestro país tiene la edad mínima que resulta más alta si la comparamos con el resto de los países de la región. Pero ese dato en particular no impide el cuestionamiento de ilegitimidad que aquí se promueve respecto del decreto aludido, pues la determinación de ese piso de punibilidad, que nos parece adecuado, no desplaza las críticas que se pueden formular al régimen citado; asimismo, si bien las compromisos internacionales asumidos por la República Argentina demandan la sanción de una nueva legislación, ello no se traduce en la disminución de la edad, sino, en todo caso, la receptación del mismo límite de punibilidad pero en el contexto de un cuerpo normativo verdaderamente respetuoso del conjunto de principios, derechos y garantías inherentes a la materia penal juvenil.

En complemento, también vale recordar que en nuestro país rige una punibilidad relativa entre los dieciséis y diecisiete años de edad, pues el régimen aludido establece en su artículo primero la no punibilidad para esa franja respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

21. García Méndez, Emilio; Núñez, Jimena y Rodríguez, Laura, *Los derechos de la infancia entre el tutelarismo y la política*. Buenos Aires, Didot, 2015, p. 41.

El artículo 12 de la Ley N° 2451, CABA, que aquí comentamos, tiene entonces una ligazón determinante con los límites de punibilidad que se desprenden del régimen nacional, pero además debe ser leído justamente en clave con lo que dispone el artículo 34 del mismo cuerpo legal del que forma parte, en tanto este último adjetiva como "imputado" a toda persona que tenga entre dieciséis y dieciocho años de edad no cumplidos, y a quien se le atribuye la comisión o participación en una acción tipificada como delito en la ley.

La consecuencia directa, y la lectura del referido artículo 12 como hermenéutica más respetuosa del catálogo de derechos y garantías inherente al estatus jurídico de niño (art. 1, CDN), consiste en reconocer lisa y llanamente la ausencia de jurisdicción por parte de los órganos del sistema de administración de justicia penal, respecto de todo niño, niña o adolescente que, por razón de su edad al momento del hecho atribuido, quede comprendido en alguna de las hipótesis de no punibilidad ya referidas anteriormente.

La conceptualización más atinada es, en tal sentido, la de falta o ausencia de jurisdicción por parte de los órganos de administración de justicia (juez/a, tribunal), lo cual se replica en la carencia de facultades funcionales respecto del Ministerio Público Fiscal, pues la norma, con acierto, involucra expresamente a esos ámbitos funcionales en la misma imposibilidad de actuar, de cualquier modo y naturaleza, respecto de las personas que, al momento del hecho, se encuentran en calidad de no punibles.

Es importante señalar también que la determinación de no punibilidad por razón de la edad es de pleno derecho, no puede estar sometida a condicionamientos de ninguna naturaleza, pues así debe ser declarado con la sola verificación de la edad establecida a esos fines. Asimismo, la confirmación de tal circunstancia tiene efectos de cosa juzgada y no puede ser retrotraída, ni superada por el mero paso del tiempo sobre la base de la adquisición de una edad que habilite la punibilidad; es decir, quien al momento del hecho contaba con quince años de edad, por ejemplo, no podrá ser posteriormente sometido a proceso penal cuando alcance los dieciséis años de edad.

Sin perjuicio de lo expuesto, es destacable que no siempre se ha concebido de esta forma la situación de las personas no punibles. Alcanza con citar, por ejemplo, en el ámbito de normativa de carácter

nacional, que la Ley N° 26061 se publicó en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005 y recién allí, con su artículo 76, se derogó la Ley N° 10903,[22] también conocida como Ley de Patronato de Menores, la cual representó, en sus casi noventa años de vigencia, la manifestación más elocuente del modelo de situación irregular en nuestro país, a partir de la doctrina de la intervención tutelarista por parte del Estado.

En el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño, al analizar el sistema juvenil argentino, expresó que

> … la ley vigente relativa al niño, a saber, la Ley N°10.903 (Ley de patronato), se remonte a 1919 y se basa en la doctrina de la "situación irregular", en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial.

En el mismo informe,[23] párrafos 40 y 62, el Comité reiteró su "profunda preocupación" no solo con aquel cuerpo normativo, sino también con el régimen penal juvenil instaurado por el Decreto N° 22278, razones por las cuales, entre otras, el órgano de control recomendó al Estado argentino la rápida instauración de los mecanismos y procedimientos que, en ese momento, estaban en discusión como parte de la reforma legislativa "… que sustituirá la Ley N°10903 y la Ley N° 22278".

Por otro lado, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado recientemente la necesidad de adecuar la legislación interna de nuestro país a los estándares internacionales en materia penal juvenil,[24] lo cierto es que se pronunció de un modo distinto cuando tuvo la oportunidad de resolver un caso[25] que llegó a esa instancia máxima y, con argumentos susceptibles de una profunda crítica, que además desentonan con el razonamiento de prioridades e importancia atribuida a los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina en

22. BO N° 7711 del 27/10/19.

23. Comité de los Derechos del Niño, 31º Período de Sesiones. Observaciones Finales: Argentina, 09/10/2020. Disponible en: https://undocs.org/es/CRC/C/15/Add.187 [fecha de consulta: 14/12/2020].

24. CSJN, 743/2014 (50-A)/CS1, "A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación", 31/10/2017, consid. 9, "… cabe requerir al Poder Legislativo que en un plazo razonable adecue, en lo pertinente, la legislación penal juvenil a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22, segundo párrafo) y a los términos ordenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso Mendoza".

25. CSJN, Fallos: 331:2691.

otras materias, dejó sin efecto la sentencia dictada por la Sala III de la, otrora, Cámara Nacional de Casación Penal, en tanto había declarado la inconstitucionalidad del artículo 1 del Decreto N° 22278.

Ese fallo de casación, dejado sin efecto por la Corte Suprema, con relación al tema que aquí se analiza, establecía que en un plazo máximo de noventa días, debía procederse con la libertad progresiva de los menores de 16 años que se encontraban "dispuestos" en los términos del Decreto N° 22278, con la implementación de los planes individuales y las medidas correspondientes (arts. 32 y ss. de la Ley N° 26061) por parte de los organismos administrativos con competencia en la materia.

La propia Corte reconoció en su fallo que las personas menores de 16 años eran privadas de su libertad bajo eufemismos tales como "disposición" o "internación", lo cual significó, en un importante número de casos, "… el encierro en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos", atribuyéndolo, entre otras razones, a la subsistencia del Decreto N° 22278, principalmente a su artículo 1, párrafos segundo, tercero y cuarto.

Pero a pesar de hacer hincapié en la fuerte tensión entre el régimen todavía vigente en nuestro país y el paradigma de la protección integral, por oposición al de la situación irregular, el Máximo Tribunal sopesó razones vinculadas a la separación y diferenciación de las competencias propias del Poder Judicial respecto de los otros departamentos estatales, sobre la base de lo cual entendió que no podía descalificar constitucionalmente un régimen como el del Decreto N° 22278, pues tal temperamento provocaría (declaración de inconstitucionalidad mediante) una suerte de vacío legal. En otras palabras, podría colegirse que primó un criterio consecuencialista por sobre una postura deontologista, si es que se advierte que la Corte prefirió continuar con un régimen que definitivamente no recepta ninguno de los estándares mínimos en la materia (sin olvidar el "detalle" de que se trata de una norma ilegítima e insanablemente nula) antes que asumir el costo institucional y enfrentarse a la consecuencia dada por la eventual inaplicabilidad del Decreto N° 22278 y la determinación de cuál sería el sistema legal aplicable a partir de allí.

En el mismo fallo, en el considerando séptimo, la propia Corte reconoce:

> Que, de todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente, cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

A pesar de que el fallo comentado es de fecha 2 de diciembre de 2008, es decir pasaron más de diez años, la recomendación, advertencia o admonición del Tribunal Supremo con respecto al Poder Legislativo, no ha surtido efecto alguno hasta el momento.

En definitiva, puede interpretarse que la Corte Suprema definió que la situación de personas menores de 16 años debe ser abordada a partir de las herramientas legales e institucionales consagradas en la Ley N° 26061, en sus artículos 32 a 41, para "… excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal", pero al mismo tiempo lo cierto es que, al dejar "constitucionalmente activo" el Decreto N° 22278, el poder otorgado al órgano jurisdiccional permanece formalmente vigente en ese sentido.

Por este motivo, entonces, entendemos que adquiere una significativa importancia el artículo 12 que aquí comentamos de la Ley N° 2451, CABA, en tanto a nivel local desapodera al órgano jurisdiccional de su "jurisdicción" en materia penal, como así también deja imposibilitado el ejercicio de las facultades propias del Ministerio Público Fiscal, para los casos de personas que al momento del hecho atribuido se encontraran en condición de no punibilidad por razón de su edad. Esto implica, lisa y llanamente, que en esos supuestos el niño, niña o adolescente no debe enfrentar consecuencia alguna con motivo de la imputación penal y en el marco de un proceso de tales características.

Eso nos lleva a la necesidad de pensar, pues, cuáles son las alternativas que sí podrían evaluarse en tales casos y a los efectos de abordar medidas tendientes a la protección integral de un niño, niña o adolescente que, con menos de 16 años de edad, pudiera encontrarse

involucrado en un hecho delictivo. En ese sentido, cabe remarcar fuertemente que ninguna consecuencia, directa o indirecta, ni medida alguna puede tomarse a partir, ni con base en una imputación de carácter penal, como corolario del artículo 12 aquí comentado.

Concordante con esto, la Comisión IDH[26] entendió que

> … si un niño o niña por debajo de la edad mínima de responsabilidad para infringir las leyes penales desarrolla una conducta prevista en la legislación penal, la respuesta a la misma […] no debiera ser punible o criminalizadora, sino que, en todo caso, su tratamiento debiera ser socioeducativo, tomando en cuenta el interés superior del niño y el *corpus iuris* en materia de derechos de los niños y atendiendo a las garantías de debido proceso.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño[27] ha reconocido que, si bien no pueden ser formalmente acusados, ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, ciertamente es necesario adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de niños, niñas y adolescentes involucrados en hechos ilícitos con anterioridad a la edad mínima de punibilidad.

En ese contexto es que debe tenerse presente no solo la Ley nacional Nº 26061, sino, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley Nº 114, en sus artículos 36 y siguientes.

A su vez, el interés superior (art. 3.1, CDN) que debe primar en todos los casos, como la excepcionalidad de medidas estatales que involucren a niños, niñas y adolescentes en lo que respecta al ejercicio efectivo de los derechos que les son inherentes en tanto tales, impone una consideración restrictiva de toda injerencia en ese campo, en clave con el reconocimiento relativo a que no en todos los casos en los que una persona menor de 16 años se halle involucrada en un hecho ilícito, implicará a su vez, directamente, que se encuentre en una situación que demande un abordaje estatal.

Al respecto puede concluirse que esa valoración debiera practicarse en cada caso en concreto y sobre la base de las particularidades especí-

26. Comisión IDH. Relatoría sobre los derechos de la niñez. Informe sobre "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas", *op. cit.*, párr. 51.

27. OG N° 10/2007, "Derechos del niño en la Justicia de menores", 25/04/2007, párr. 31. Disponible en: https://www.refworld.org.es/publisher,CRC,,,4ffd3c112,0.html [fecha de consulta: 14/12/2020].

ficas de que se traten, en lugar de asumir reglas absolutas tendientes a justificar, en todos los casos, casi de modo automático, la intervención de los órganos de protección. En ese sentido, parece acertado el criterio de Beloff,[28] en tanto propone invertir el razonamiento que muchas veces se instala y justifica la intervención estatal, pues "En lugar de funcionar con esta derivación automática, habría que verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuar la derivación".

Artículo 13. Principio de inocencia
Se presume la inocencia de toda persona sometida a proceso, quien debe ser tratada como tal en todo momento, hasta que una sentencia firme declare su responsabilidad penal.

Se trata del reconocimiento al estado jurídico de inocencia que toda persona tiene como tal, inherente a su condición de ser humano, frente a cualquier clase de imputación y hasta tanto ese específico estado jurídico no sea modificado a través de los medios y procedimientos establecidos al efecto, siendo esta la única posibilidad válida en cuya base podrá sostenerse que la persona ya no es inocente frente a esa determinada imputación.

Como acertadamente lo señala el artículo que comentamos, la única forma en que el (para nosotros) estado jurídico de inocencia puede ser modificado, es mediante una sentencia firme que declare la responsabilidad penal ante la imputación concreta que se haya formulado. Tanto aquel estado jurídico, como el tratamiento que merece toda persona que goza de él, toman cuerpo frente a una imputación concreta y su vigencia debe ser interpretada en sentido amplio, tanto en términos procedimentales como cualitativos; por eso es que la norma habla de persona "sometida a proceso", entendido este como el procedimiento dotado de todas los principios, derechos y garantías, como así también las características sustanciales de un debido proceso legal, por medio del cual se sustancia una imputación de carácter penal en contra de una persona.

28. Beloff, Mary, "Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos", en *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, UNICEF, 2001, T. 2, p. 83.

Su vigencia y operatividad dentro de ese "debido proceso", tiene efectos o consecuencias que se pueden manifestar de distintas formas en los diferentes momentos e instancias del trámite; no obstante, el estado jurídico de inocencia permanece hasta el último momento anterior a la firmeza de la sentencia judicial que declara la responsabilidad, por lo tanto es preciso dejar fuertemente asentado que la "firmeza" del pronunciamiento judicial en tal sentido, solo operará una vez agotadas todas las instancias recursivas ordinarias y extraordinarias que la parte interesada pueda ejercer a partir de las vías que la ley estipula a tales efectos.

Cafferata Nores[29] entiende que

> Este principio significa que no se podrá penar como culpable (ni mucho menos se podrá tratar como tal durante el proceso penal) a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad en una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal; que, si la acción es pública, esa prueba deben procurarla con esfuerzo y seriedad los órganos estatales encargados de la preparación, formulación y sostenimiento de la acusación [...]; que el imputado no tiene ni, por lo tanto, se le puede imponer la carga de probar su inocencia (ni de las circunstancias eximentes o atenuantes de su responsabilidad penal que pueda invocar); y que, si la acusación no se prueba fehacientemente por obra del Estado, el acusado debe ser absuelto.

En orden a la carga funcional de comprobar la culpabilidad en juicio, Carrió[30] apunta con acierto que es la parte acusadora quien debe enfrentar esa tarea, pues no es, obviamente, la persona acusada la que debe demostrar su inocencia.

Maier,[31] por su parte, dice que

> ... solo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna con-

29. Cafferata Nores, José, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, p. 71.

30. Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 5ª edición actualizada y ampliada, 2012, p. 687.

31. Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996. T. I, p. 492.

> secuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume –o debe asumir– la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.

Es posible acordar que deriva, si bien no está expresamente formulada, del artículo 18 de la Constitución Nacional y también tiene recepción en el orden local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no solo por remisión a la Constitución federal en su catálogo de garantías, sino por una expresa formulación.[32] Sin perjuicio de eso, lo cierto es que, como tal y mediante distintas formulaciones, sí está prevista en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos (art. XXVI, DADDH; art. 11.1, DUDH; art. 8.2, CADH y art. 14.2, PIDCP). Por lo tanto, a partir de la reforma de 1994, por la vía del artículo 75, inciso 22, de nuestra Carta Magna, adquirió jerarquía constitucional.

En efecto, el artículo 8.2, CADH, establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, mientras que el artículo 14.2, PIDCP, reconoce que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Por supuesto que estas previsiones convencionales son completamente aplicables a niños, niñas y adolescentes; no obstante, la trascendencia política de tal principio en el marco de un Estado democrático de derecho, amerita su recepción en instrumentos que tratan la materia específica que nos compete.

En tal sentido, los artículos 40.2.b y 40.2.i de la Convención sobre los Derechos del Niño señalan que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas

32. Ley N° 114, art. 11, en tanto reconoce que toda persona tiene derecho "a ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad".

leyes, debe garantizársele que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, de modo tal que la propia Corte IDH promueve su lectura complementaria y armónica.[33]

Por su parte, la Regla Nº 17 de las Reglas de La Habana, señala: "Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales [...] Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables"; aquí, en el tema específico que aborda esta regla, se aprecia una de las situaciones de tensión entre el principio analizado y el contra impulso propio del sistema penal, en tanto, a pesar del estado de inocencia y el tratamiento como tal, se aplican medidas procesales que cercenan derechos elementales.

A su vez, el Comité de los Derechos del Niño también se ha expresado al respecto, en el siguiente sentido:

> La presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos del niño que tenga conflictos con la justicia. Esto significa que la carga de la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación. El niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tendrá el beneficio de la duda y solo se le declarará culpable de los cargos que se le imputen si estos han quedado demostrados más allá de toda duda razonable. El niño tiene derecho a recibir un trato acorde con esta presunción, y todas las autoridades públicas o de otro tipo tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar el resultado del juicio. Los Estados Partes deben proporcionar información sobre el desarrollo del niño para garantizar que se respete en la práctica esa presunción de inocencia. Debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable.[34]

Más recientemente, a través de la Observación General Nº 24, el referido órgano de control de la convención especial, sostuvo que

> La presunción de inocencia exige que la carga de la prueba se encuentre en cabeza del acusador, más allá de la naturaleza del delito. El niño tiene el beneficio de la duda y solo resulta culpable cuando el representante

33. Corte IDH, O.C. Nº 17/2002, párr. 125.

34. OG Nº 10, párr. 42.

> del Ministerio Público Fiscal haya probado su acusación más allá de toda duda razonable. Las conductas sospechosas de los niños no deben llevar a una declaración de culpabilidad, ya que esta se puede deber a una falta de entendimiento sobre el proceso, de madurez, o relacionarse con un sentimiento de miedo u otro motivo.[35]

Si bien el funcionamiento de la garantía tiene una cristalización significativa en la instancia final del proceso, dada por la imposibilidad de declarar la responsabilidad penal de una persona en caso de no tener certeza positiva sobre la totalidad de los extremos de la imputación, lo cierto es que a lo largo de todo el proceso el principio (estado jurídico) de inocencia impone límites frente a distintas manifestaciones de la pulsión punitiva que pretende avanzar sobre los derechos individuales a pesar de no haberse llegado (por eso hablamos "durante el proceso") a la resolución definitiva que, por caso, pueda declarar la responsabilidad penal.

Desde su primer reconocimiento por parte de la Corte Suprema, por medio de una elementalísima referencia,[36] con el paso del tiempo y la sucesión de diferentes sentencias del máximo tribunal, es posible decir que la garantía adquirió una importante gama de aplicaciones prácticas y, sin duda, hoy por hoy podemos encontrar un sinnúmero de situaciones concretas, dentro de las diferentes instancias que puede tener toda regulación procesal en cuanto al avance sobre los derechos de la persona imputada, en las que opera el principio de inocencia a través de corolarios lógicos que ponen un freno, o intentan hacerlo, o matizan, aquel avance de la pulsión propia del sistema penal.

Así, por solo citar algunos ejemplos, el principio en estudio tiene consecuencias o manifestaciones prácticas tales como el *in dubio pro reo* o *favor rei; onus probandi*; las reglas de apreciación de la prueba; la protección de la dignidad y privacidad; la protección de la libertad ambulatoria durante el proceso; la duración del enjuiciamiento penal.

Desde aquella primigenia consideración de la Corte Suprema, entonces, se puede llegar hasta tiempo reciente con diferentes repercusiones de la garantía. Así, el Máximo Tribunal la aplicó, vía *in dubio pro reo*, para el análisis de requisitos típicos del supuesto de hecho de la figura

35. Comité de los Derechos del Niño, OG Nº 24, 18/09/2019.

36. CSJN, Fallos: 10:338, "Todo hombre se reputa bueno, mientras no se pruebe lo contrario".

legal en cuestión;[37] ratificó el carácter esencial y político del principio, como así también la posición del órgano jurisdiccional a partir de su operatividad,[38] como así también que el juicio por el cual se puede llegar a modificar ese estado de inocencia no es cualquier proceso.[39]

Esto sirve para demostrar no solo la importancia política, como ya dijimos, del principio en cuestión, sino también para advertir el papel esencial que ha tenido a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, y esto es fundamental para llevar la regla a su máxima expresión y obtener de ella el mayor rendimiento posible en las concretas particularidades que puedan darse dentro del proceso, pues su campo de aplicación es ciertamente dinámico.

Ese rol clave en la constelación de garantías propias de un sistema de reglas de respeto a los derechos humanos, también exhibe diferentes manifestaciones, en distintos casos, en la jurisprudencia de la Corte IDH. En ese camino, el Tribunal regional también la abordó desde diferentes ángulos y ante diversas situaciones que merecen, aunque sea rápidamente, un breve comentario.

En la materia específica que nos ocupa, uno de los puntos más críticos radica justamente en la operatividad de la regla frente a las medidas que se pretendan aplicar sobre el niño, niña o adolescente

37. CSJN, Fallos: 329:6019, "En función del principio *in dubio pro reo* cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada –tenencia de estupefacientes para uso personal– de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquel principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación)".

38. CSJN, Fallos: 342:2319, "Como corolario de la presunción de inocencia, se enmarca el principio de *in dubio pro reo*, en función del cual al valorar la prueba resulta imperativo absolver al imputado en caso de duda; pues el punto de partida es la presunción de su inocencia y no la hipótesis de la acusación [...] Resulta decisivo que el juez, aun frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta; así la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal".

39. CSJN, Fallos: 339:1493. "Cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme".

sometido a proceso judicial por la presunta comisión de un delito, fundamentalmente en lo que hace a la privación de su libertad, de modo que en estos casos propugnamos una fuerte aplicación y respeto del estado de inocencia, como límite a la imposición de medidas innecesarias o desproporcionadas, debiéndose tener en cuenta, por supuesto, que aquel límite operativo de la garantía se conjuga, en defensa de los derechos de niñez, con los principios de especialidad, trato diferenciado, plus de derechos y el interés superior que debe primar en toda decisión estatal que implique o conlleve un avance sobre los derechos individuales de la persona.

Artículo 14. Derecho a la integridad
Las acciones que ordenen los/as Jueces/zas en materia penal juvenil o el/la Fiscal Penal Juvenil, destinadas a la identificación o detención de una persona que tenga entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de la cual se presuma su participación en un hecho calificado como delito en las leyes penales, se deben realizar con las precauciones necesarias para evitar que se afecte su dignidad. Los/as funcionarios/as policiales que participen en estas diligencias deben estar capacitados de forma tal de no ofender la dignidad ni afectar la integridad de las personas que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años.

La presente disposición constituye una manifestación directa del sistema y paradigma de protección integral. Como principio general podría decirse que el deber de cuidado y respeto a la dignidad de las personas en el marco de un proceso penal, debe operar indiscriminadamente sin condicionamientos; no obstante, cuando la persona involucrada, y que eventualmente pueda ser pasible de alguna clase de medida que interfiera de cualquier modo en sus derechos individuales, sea un niño, niña o adolescente, aquel recaudo se robustece y debe ser exigido con mayor intensidad en pos de salvaguardar al máximo la dignidad e integridad de aquellos.

Lo dicho antes debe operar en sentido amplio, esto es como pauta de actuación de las autoridades estatales (cualquiera fuese su función) en clave con el principio de especialidad, trato diferenciado, plus de derechos e interés superior, pues la ley aquí se ocupa de reforzar esa

postura o compromiso institucional para situaciones específicas (sin perjuicio de la vigencia del paradigma en sentido genérico y para cualquier acto o diligencia relacionada con el proceso judicial), como es el caso de la "identificación y detención" de niños, niñas o adolescentes.

Esto obedece a un dato de la realidad, que el legislador ha tomado en cuenta, dado por el mal empleo o abuso de las facultades legales en circunstancias en que las fuerzas de seguridad deben llevar adelante alguna medida como las mencionadas. Ese es el antecedente relevado que motiva la presente disposición legal, pues no solo tales situaciones se verifican en casos de niñez en conflicto con la ley penal, sino en circunstancias en las que se produce la detención de una persona, por todo lo que ello significa para quien lo sufre. La norma entonces pretende evitar situaciones que, en el marco de una medida ordenada por un juez/a o fiscal, consistente en la identificación o detención de una persona, puedan derivar en la afectación de su dignidad o integridad a raíz del cumplimiento de esa medida por parte de los funcionarios encargados de hacerlo.

Si bien la norma exige el recaudo de protección y demanda su ponderación al juez/a o fiscal que deba tomar una decisión como esa, además de trasladar dicha exigencia al funcionario encargado de cumplir tal medida, puede afirmarse que la cautela y cuidados reclamados se proyectan no solo para jueces y fiscales, sino también para cualquier funcionario estatal de toda índole, rango y jerarquía (ya sea del sistema de administración de justicia en sentido amplio, ya sea de fuerzas de seguridad, etcétera), que deba intervenir en cualquier clase de medida que tenga injerencia en la situación de un niño, niña o adolescente, con el requerimiento de la "capacitación" a que alude el presente artículo.

Artículo 15. Derecho de no autoincriminación
Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad.
Toda admisión de los hechos o confesión debe ser libre y bajo su expreso consentimiento; para garantizar la libertad de su manifestación debe contar con la asistencia previa de la defensa pública o particular especializada en la materia.
La declaración solo puede prestarse ante el Juez Penal Juvenil, con intervención del/la Fiscal y el/la Defensor/a.

Se trata de una consecuencia directa, en tanto derecho constitucional reglamentado, del artículo 18 de la Constitución Nacional, cuando señala que ningún habitante de la Nación será obligado a declarar contra sí mismo.

La Constitución de la Ciudad, que en su artículo 10 remite genéricamente al sistema de garantías fundamental de su par federal y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, estipula preferentemente en su artículo 13[40] la prohibición de manifestaciones ante las autoridades policiales, de manera que ese límite institucional se replica en la última parte del artículo que comentamos, al caracterizar como exclusiva y excluyente a la declaración ante el/la juez/a penal juvenil y bajo determinadas circunstancias, que son las del debido proceso obviamente.

Así también, la sustancia elemental de la regla aparece expresamente formulada en el artículo 11.f de la Ley N° 114, CABA, en tanto señala el derecho de toda persona "a no ser obligado a declarar".

Si bien es cierto que puede ser leído como un derecho, vale resaltar que su caracterización más aguda viene a partir de una conceptualización adecuada de los límites político-institucionales que rigen en un Estado democrático de derecho y que se manifiestan especialmente en protección de las libertades individuales frente a la actuación del poder estatal, sobre todo en materia penal.

Por eso, coincidimos con Magariños[41] en que la prohibición de autoincriminación está dirigida como un límite al poder estatal, en tanto impide a este de realizar cualquier clase de acción destinada a obligar a un habitante de la Nación para que declare contra sí mismo. En ese sentido, agrega el autor que

> La norma contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional no consagra estrictamente un derecho a declarar o no declarar, establece un límite al Estado al fijarle qué es lo que no puede hacer para imponer una condena penal, en otras palabras, el principio determina que el Estado no está habilitado a utilizar ningún tipo de coacción para obtener de un individuo una información que pueda servir para incriminarlo.

40. "Se prohíben las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial".

41. Magariños, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto: una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 172.

Asimismo, dicho límite no resulta disponible, ni renunciable, por parte de aquel a quien pretende salvaguardar, ya que tiene el carácter de frontera político institucional que condiciona una forma de actuación estatal, más que un derecho individual que, como tal, sí podría ser renunciado.

Como tal, la prohibición de autoincriminación bajo coacción de cualquier tipo o naturaleza, comulga con el sistema de límites y garantías que rigen en general en la materia penal y que, como sucede con otros de los casos analizados, puede tener diversas aristas, manifestaciones diferentes y consecuencias múltiples si es que se la piensa en funcionamiento ante una circunstancia concreta, por eso es que, entendemos, resulta imprescindible partir de su adecuada caracterización esencial para luego estar en condiciones de aplicar la regla de la manera más amplia y protectora posible, sobre todo en la materia específica que nos ocupa.

Esto es así a la luz del *corpus iuris* en materia de niñez (tanto en sentido genérico como en conflicto con la ley penal) desde que se exige la mayor amplitud y el máximo rendimiento de todas y cada una de las reglas atinentes al debido proceso legal, como así también el sistema de garantías y límites a la actuación estatal en su faz punitiva, en tanto se refieran a una persona de cualquier modo sometida a proceso judicial sobre la base de una acusación, formal o informal, directa o indirecta, de haber participado en la comisión de un hecho ilícito en condición (estatus jurídico) de niño, niña o adolescente (art. 1, CDN).

El punto de partida esencial es justamente la prohibición de declaración contra sí mismo en forma obligada (es decir, bajo amenaza de una consecuencia o sufriendo una en forma concomitante), de modo tal que de allí se replican las diferentes consecuencias lógicas y manifestaciones conducentes de su aplicación, como bien lo señala la norma que comentamos, en tanto le niega carácter indiciario o de admisión de los hechos al silencio de quien se ampara en esta garantía. Del mismo modo, y como contrapartida, acertadamente la norma avanza en la expresa formulación de los diferentes espacios de aplicación y vigencia del valladar en cuestión, a punto que reconoce la posibilidad de autoincriminación en la modalidad de confesión, a la cual asocia, como condición de validez, unos requisitos determinados que exigen su caracterización como una manifestación de voluntad libre y consentida

(lo cual implica conocimiento de lo que se hace), que no puede ser concebida como tal si no cuenta con la asistencia técnica previa correspondiente que, además, debe ser especializada en la materia.

Vemos entonces cuáles son algunos de los corolarios de la regla básica, que se proyectan sobre la actividad de la persona acusada y también qué es lo que puede y lo que no puede hacer el Estado tanto en su faz de administración de justicia como también en su accionar policial (pues implica facultad de abstenerse de declarar, voluntariedad de la declaración y libertad de decisión), a lo cual debemos agregar el supuesto en el cual la regla no se cumpla, pues en estos casos la garantía opera conjuntamente con la regla de exclusión de evidencia obtenida ilegalmente.

En ese sentido amplio, abarcador de las diferentes manifestaciones de la regla básica que tiene recepción en el artículo 8.2.g de la CADH, y en el artículo 14.3.g, PIDCP, como el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable", solo la convención le acopla directamente la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes, como así cualquier clase de coacción, relacionada con el fin de obtener una confesión, conforme la letra del artículo 5.2 y 8.3.

De allí es que se hace importante también recordar y relacionar el instrumento específico que se ocupa de tales supuestos, que lamentablemente en la instancia prejudicial han sido, y siguen siendo, los más proclives por parte de funcionarios estatales y sobre todo en materia penal juvenil. En tal sentido, es aplicable también, conjuntamente, la previsión del artículo 15 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en tanto señala que

> … todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

En sentido similar observamos la redacción del instrumento interamericano dedicado a dicha temática, ya que el artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone:

> Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido

mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.

Sobre ese aspecto incluso las consecuencias de la regla básica se presentan sobre momentos posteriores a la ejecución del acto vulnerador, de manera que ninguna declaración posterior tendrá valor una vez verificado el contexto de ilegalidad de la primigenia exposición que fue producto de la vulneración de la garantía; así, por tanto, carecen de valor las ratificaciones judiciales posteriores a la confesión o declaración de culpabilidad bajo alguna clase de coacción o trato cruel, inhumano o degradante.

En ese sentido se ha expedido la Corte IDH,[42] con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido torturada o tratada de manera cruel e inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta a la que realizó la acción, no conlleva automáticamente que dicha confesión sea válida, ya que la confesión posterior podría ser una consecuencia de los actos que determinaron la primigenia exposición autoincriminante.

En la materia específica que nos ocupa, la Corte IDH no ha profundizado al respecto, pues apenas en el párrafo 128 de la Opinión Consultiva Nº 17/02, refirió tangencialmente a la prohibición de autoincriminación como uno de los actos que, dentro del proceso, adquiere especial trascendencia para la definición de determinadas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades de la persona inculpada, pero sí lo ha hecho en el ejercicio de su competencia contenciosa y de un modo ampliatorio del campo de acción de la garantía, extendiéndola asimismo a instancias "previas o concomitantes" a los procesos judiciales.[43]

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño se ha expedido acerca de la garantía bajo estudio, que en la convención especial aparece en el artículo 40.2.b.iv, en tanto señaló[44] que, de acuerdo con la manda del PIDCP, artículo 14.3.g, la Convención dispone que no se obligará

42. Corte IDH, caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", párrs. 173-174, con cita del TEDH, caso "Harutyunyan vs. Armenia", párr. 65.

43. Corte IDH, caso "Maritza Urrutia vs. Guatemala", párrs. 120-121.

44. OG Nº 10, párrs. 56-58.

a un niño a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable. El órgano de control agregó:

> Esto significa, en primer lugar –y desde luego– que la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño (artículo 37 a) de la Convención) y totalmente inaceptable. Ninguna admisión o confesión de ese tipo podrá ser invocada como prueba (artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

No obstante, también se ocupó de dejar en claro la invalidez de actos que, si bien no serían constitutivos de los anteriores, implican ciertamente el ejercicio de alguna clase de coacción destinada a obtener una confesión o admisión de culpabilidad en desmedro de un niño, niña o adolescente. Así, aclaró que el vocablo "obligado", debe entenderse de forma amplia, sin que su interpretación quede ligada al despliegue de fuerza física u otras vulneraciones claras de los derechos humanos.

Esta caracterización de la operatividad de la garantía tiene su fundamento, desde luego, en la especial situación de vulnerabilidad que implica por sí misma la etapa de la vida en la que transita un niño, niña o adolescente, de manera que, como veníamos diciendo anteriormente, debemos exigir una aplicación al máximo rendimiento de la garantía en cuestión (mediante la primacía del principio de especialidad, trato diferenciado, plus de derechos e interés superior).

En esa línea de pensamiento, el Comité señaló que

> La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirle a confesar lo que no es cierto. Esa actitud puede ser aún más probable si se le promete una recompensa como "podrás irte a casa en cuanto nos digas la verdad", o cuando se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad.

Así es que adquiere especial trascendencia, una vez más, el ejercicio pleno de la defensa técnica como una de las manifestaciones elocuentes del derecho de defensa en juicio, motivo por el cual el comité remarca que

> El niño sometido a interrogatorio debe tener acceso a un representante legal u otro representante apropiado y poder solicitar la presencia de sus

> padres. Deberá hacerse una investigación independiente de los métodos de interrogatorio empleados para velar por que los testimonios sean voluntarios y no resultado de la coacción, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y que sea creíble. El tribunal u otro órgano judicial, al considerar el carácter voluntario y la fiabilidad de una admisión o confesión hecha por un niño, deberá tener en cuenta la edad de este, el tiempo que ha durado la detención y el interrogatorio y la presencia de un abogado u otro asesor jurídico, los padres, o representante independiente del niño. Los policías y otros agentes encargados de la investigación deberán haber sido entrenados para no emplear técnicas y prácticas de interrogatorio de las que se deriven confesiones o testimonios poco creíbles y hechos bajo coacción.

En términos similares se pronunció recientemente dicho Comité en su Observación General Nº 24,[45] en tanto se hace hincapié en que todo niño tiene derecho a permanecer en silencio y ninguna inferencia adversa debe tener lugar si decide no declarar, como así también que

> Los Estados tienen que asegurar que los niños no sean obligados a declarar, confesar o reconocer la culpabilidad. Los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes a fin de que admitan la participación en el hecho o confiesen la culpabilidad, constituyen una grave violación de los derechos del niño (Convención de los Derechos del Niño, artículo 37 a). Cualquier confesión o reconocimiento de la culpabilidad es inadmisible como prueba (Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 15). La coacción que conlleva una confesión o auto-incriminación está prohibida. El término 'coaccionar' debe ser interpretado en término amplio y no limitarse a la fuerza física. El riesgo de confesiones falsas se incrementa según la edad de los niños, niñas y adolescentes y su desarrollo, la falta de entendimiento, el miedo o el desconocimiento de las consecuencias, incluida la posibilidad de detención inducida por algún agente interviniente, así como la duración y las circunstancias de los interrogatorios.

Por lo tanto, entendemos que la operatividad más garantizadora de la regla y a la luz de la letra del artículo que aquí comentamos, de acertado abarcamiento y amplitud,[46] implica que toda confesión

45. Párrs. 58 y 59.

46. Es importante esa particularidad, pues incluso la Corte Suprema no ha sido del todo clara y contundente al respecto, a raíz de algunas decisiones que, en nuestra opinión, no reflejan la verdadera y más adecuada aplicación de la garantía. En ese

directa o indirecta que pueda acaecer por parte de la persona imputada, en tanto rige el estatus jurídico de niñez al momento del hecho, requiere el estricto cumplimiento y observación de los requisitos de intervención de los funcionarios taxativamente mencionados y la verificación del efectivo ejercicio del derecho de defensa en su binomio material-técnica, y en las condiciones de respeto a las formas sustanciales del debido proceso legal, previo a la realización del acto confesional o de admisión de responsabilidad en forma conjunta con una detallada información acerca del acto que se realizará, de manera tal que cualquier atisbo de duda o irregularidad al respecto debería determinar la invalidez absoluta de esa manifestación autoincriminante, como así también la imposibilidad de utilizar cualquier clase de manifestación, verbal o de otra índole por parte de la persona acusada, de la cual pueda desprenderse evidencia de cargo y sin que aquella haya sido previamente informada de tal hipotético proceder y, a pesar de ello, en las condiciones requeridas por la norma, hubiera aceptado la realización del acto (por ejemplo, la utilización de firmas estampadas en actuaciones inherentes al proceso, no efectuadas bajo los recaudos de un cuerpo de escritura al que la persona imputada se haya negado practicar, para luego practicar con aquellas un peritaje caligráfico).

sentido, podemos citar lo resuelto en Fallos: 339:480, en tanto se dijo, por remisión al dictamen del procurador general, que "La cláusula constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo veda el uso de cualquier forma de coacción o artificio tendiente a obtener declaraciones acerca de los hechos que la persona no tiene el deber de exteriorizar, mas no abarca los supuestos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del garantido". Así también el criterio no tan claro o restrictivo de la Corte, se aprecia a partir del voto mayoritario recaído en Fallos 330:3801, en un caso donde no se atendió a la segunda manifestación de la persona inculpada, ya en sede judicial, sobre el haber sufrido actos para lograr su presunta declaración espontánea. Al respecto, creemos sí atinadamente, debe ponerse atención a la disidencia de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Petracchi, en tanto señalaron "Corresponde dejar sin efecto la resolución que no atendió debidamente la presunción del juez de que es posible inferir la existencia de coacción a partir de la propia situación de detención y de la no convalidación de las manifestaciones "espontáneas" en el momento en que sí puede juzgarse que el imputado declara libremente –en principio, ante el tribunal– pues constituía un argumento de peso".

Artículo 16. Derecho de defensa
Es inviolable la defensa del/la imputado/a y el ejercicio de sus derechos, desde el inicio del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia.

Dice la Constitución Nacional en su artículo 18 que "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos".

Esa frase tan simple y escueta, tiene una importancia político institucional que resulta ciertamente trascendente, tanto en lo general como en lo específico, porque si pensáramos en un sistema de garantías que no tuviese ese punto de partida, ese lugar de inicio, seguramente todo sería diferente, por lo menos desde el plano de las normas (la realidad siempre es contingente).

Entendemos al derecho de defensa en un doble sentido. Por un lado, podríamos decir genéricamente, en tanto principio político institucional, tal como adelantamos previamente; en otras palabras, como un verdadero punto de inicio, de paradigma demarcador, de "regla fundamental" dentro de la norma fundamental que es la Constitución Nacional, de carta de derechos a favor del ciudadano y, a su vez, de límite auto impuesto por el constituyente para con las autoridades constituidas y todas aquellas que, con arreglo constitucional, implementen las leyes que se dicten en consecuencia.

A su vez, desde otro punto de vista, representa un germen permanente de herramientas protectoras de los derechos de las personas frente al poder estatal, en cualquiera de sus facetas, pero sobre todo en materia penal y, todavía más, en la cuestión penal juvenil que nos ocupa.

Decimos que representa un germen permanente de manifestaciones protectoras porque, justamente, a partir del reconocimiento como garantía genérica, la defensa en juicio despliega, amerita, demanda, impone, una serie de barreras específicas al poder estatal, las cuales no existirían (o tendrían una conceptualización distinta) en caso de no provenir de aquella fuente genérica que es la "defensa en juicio".

Es el termómetro continuo y permanente con el cual se debe medir, es la lupa dinámica y atenta con la cual se debe leer toda la actividad estatal, cuando se trata del ejercicio del poder a él reconocido y, por supuesto, cuando ello implica el involucramiento de los dere-

chos individuales en el trámite de un proceso judicial. Con esa amplitud concebimos al derecho de defensa, en tanto reconocimiento a que toda persona tenga la posibilidad de ejercer todos los derechos que le son inherentes ante las autoridades estatales correspondientes y en la forma en que ese ejercicio demanda para ser entendido como una realidad y no quedar en una mera ficción.

Clariá Olmedo,[47] refiere al respecto que

> Enfáticamente, la Constitución Nacional (art. 18) declara la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. No puede ser quebrantada ni por el legislador ni por el tribunal. Aquí "juicio" equivale a todo el proceso penal desde su comienzo (C. S. J. N., L. L. 36-305), y por cierto que capta también los otros procedimientos aun no jurisdiccionales.

En el ámbito local, aparece en el artículo 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la misma presentación a modo de principio reconocido a favor de las personas, en tanto se reconoce a ellas la "inviolabilidad de la defensa en juicio". A su vez, la Ley N° 114, artículo 11, se refiere a ella como la manifestación de la actividad probatoria cuya posibilidad se reconoce a favor del niño, niña o adolescente.

En un sentido similar a este último puede interpretarse su presencia en el artículo 8.2.c, CADH, y el artículo 14.3.b, PIDCP, al referirse a la preparación de la defensa; no obstante, es importante señalar que los instrumentos internacionales consagran al derecho de defensa como un requisito del debido proceso (art. 10, DUDH; art. XXVI, DADDH; art. 14.1, PIDCP; art. 8.1, CADH), vislumbrándose su faceta político institucional a partir de la necesaria intervención y derecho a ser oído que tiene toda persona, lo cual en el orden interno también se puede apreciar, tanto en términos genéricos, como específicos, de la Ley N° 26061, artículo 27.

El material jurídico actual, conformado por el universo de normas tanto de orden local como de instrumentos de derechos humanos, recoge una evolución y desarrollo fundamentalmente jurisprudencial, pero también doctrinario, que ha venido dotando de un mínimo contenido a la garantía de la defensa en juicio. Es decir, esa carta de derechos que opera como punto inicial y posición política institucional, y

47. Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, T. 1, p. 70.

que como tal direcciona un camino a seguir, ha sido dotada de texto, de contenido, de manifestaciones concretas del paradigma delimitador a favor de las personas y límite al poder estatal.

Al respecto, tan solo por citar dos ejemplos, tanto la Corte Suprema como la Corte IDH, como intérpretes de la Constitución Nacional y de la Convención Americana respectivamente, se han pronunciado acerca de las expresiones puntuales que representan manifestaciones fieles del derecho de defensa en juicio.

Un repaso, tanto del material jurídico como de los pronunciamientos de dichos tribunales, nos habilita a esbozar algunas de esas manifestaciones, como por ejemplo: *(i)* presunción de inocencia, *(ii)* asistencia de un traductor, comunicación previa y detallada de la acusación formulada, *(iii)* derecho del inculpado a defenderse personalmente, ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, *(iv)* derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular en casos relativos a personas privadas de su libertad que no son nacionales del país que las detiene, *(v)* derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley, *(vi)* derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, *(vii)* derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, *(viii)* derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, *(ix)* derecho del inculpado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

En efecto, la Corte Suprema, por su parte, tiene ya una vasta jurisprudencia en materia penal, pero invariablemente ha relacionado, de modo inescindible, a la defensa en juicio con la efectiva asistencia letrada[48] y ha dicho, desde antiguo, que la defensa en juicio representa una de las formas sustanciales de aquel, junto a la acusación, prueba y sentencia, como manifestación del debido proceso legal.[49]

48. CSJN, Fallos: 5:459, 192:152, 237:158, 255:91, entre muchos otros.

49. CSJN, Fallos: 125:10 y 127:36, entre muchísimos ejemplos más.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado[50] desde sus comienzos que el derecho a la defensa "obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo".

Asimismo, coincidente la letra del artículo que aquí comentamos con la postura del tribunal interamericano, en cuanto a la vigencia y operatividad temporal de la defensa en juicio, la Corte IDH tiene dicho que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, lo cual incluye, desde luego, a la etapa de ejecución de la pena.[51]

En lo que concierne a la materia penal juvenil, como sucede con garantías específicas que pueden tener o no relación directa con el derecho de defensa en juicio, como así también con todo el sistema de garantías en general, una vez más, en primer lugar, tenemos que dejar definitivamente afianzada la postura relativa a que todas y cada una de las herramientas legales, principios, derechos y garantías, en el caso de niñez, y sobre todo en conflicto con la ley penal, deben ser operativas y movilizadas por la irrenunciable consideración del principio de especialidad, trato diferenciado y plus de derechos, bajo el paradigma determinante del interés superior, encontrándonos obligados (y esto abarca tanto a quienes somos defensores y defensoras en materia penal, como a todos los funcionarios y funcionarias estatales, de cualquier rango y jerarquía) a respetar y hacer respetar los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes, más allá del rol institucional y las obligaciones funcionales que cada quien pueda tener y deba observar.

Para finalizar, es importante tener en cuenta la reciente Observación General Nº 24 que ha emitido el Comité de los Derechos del Niño ya que, respecto a la defensa en juicio, ha ratificado lo siguiente,[52] como corolario de aquella:

> Los niños tienen el derecho a ser oídos de manera directa en todas las instancias del proceso y no necesariamente a través de un representante.

50. Corte IDH, caso "Barreto Leiva vs. Venezuela", párr. 29, y caso "López Mendoza vs. Venezuela", párr. 117.

51. Ídem y caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", párr. 154.

52. Comité de los Derechos del Niño, párrs. 45 y 49.

> [...] Los Estados deben asegurarse de que los niños, niñas y adolescentes cuenten con asistencia legal u otro tipo de asistencia desde el comienzo del proceso, en la preparación y la presentación de la defensa, y hasta que todas las apelaciones sean realizadas o las vías alternativas agotadas.

Resulta preciso, por último, pero no menos importante, dejar fuertemente aclarado que la defensa en juicio, bajo la concepción que guía nuestro entendimiento, tanto en su aspecto general como particular, sobre la base de determinado contenido o manifestaciones que veremos a continuación, opera solo y exclusivamente en protección de los derechos de las personas frente al accionar estatal. Por lo tanto, es improcedente la invocación de tal garantía por parte de las propias autoridades estatales, por lo menos desde el punto de vista constitucional y convencional, independientemente de la concesión que una norma de rango legal pueda estatuir en términos funcionales a un organismo público a los efectos de asegurar determinadas acciones.

Coincidimos, por tanto, con la idea relativa a que ningún órgano público del Estado puede invocar derechos que una convención internacional reconoce exclusivamente a las personas, conforme lo ha dicho la Corte Suprema[53] al señalar, sin tapujos, que "... las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes".

Artículo 17. Intérprete
El/la imputado/a menor de dieciocho (18) años de edad tiene derecho a solicitar un intérprete para que lo asista en su defensa cuando no comprenda correctamente o no pueda expresarse en el idioma oficial. Si no hace uso de este derecho, el/la Juez/a debe designarle uno de oficio, según las reglas previstas para la defensa pública.

También prevista en las Directrices de Justicia Penal Juvenil, en el numeral 19. Se trata justamente de una de las manifestaciones específicas de la garantía de la defensa en juicio, pues, de lo contrario, si aquella no la implicase o esta no derivara de la anterior, ciertamente

53. CSJN, Fallos: 320:2145.

la primera quedaría resumida a una mera ficción, con la desaparición verdadera del sistema de reglas atinentes al debido proceso.

Es un principio básico, y de toda lógica, que para poder hablar de una verdadera posibilidad de defensa es necesario comprender (lo cual implica conocer, primero, y entender, luego) no solo la imputación, sino también el significado del proceso judicial en sí mismo, en términos globales, como así, por supuesto, cada acto procesal en términos particulares.

En el caso específico de nuestra competencia, entendemos que el debido respeto de todas las garantías inherentes al estado jurídico de la niñez, debe tener presente no solo la posibilidad de hallarnos frente a una persona que hable un idioma diferente al que se utiliza en el proceso judicial (este sería el caso extremo que sirve de base a la norma comentada, por ejemplo respecto de una persona migrante en el país donde sufre la imputación de carácter penal, lo cual, por su condición, ya incluso determina una situación de reconocida vulnerabilidad),[54] sino también que lo hable parcialmente, que tenga alguna problemática que le impida darse a entender o cualquier otra circunstancia que pueda quedar al amparo de la necesaria intervención de un intérprete, sobre todo tratándose de niños, niñas o adolescentes, respecto a lo cual se ha ocupado la Corte IDH.[55]

En cuanto a la función del intérprete, entendemos que no puede quedar limitada, obviamente, a la concreción de uno o más actos

54. Corte IDH, caso "Vélez Loor vs. Panama", párr. 152, y también caso "Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana", *op. cit.*, párr. 165.

55. Corte IDH, O. C. Nº 21/14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", párr. 197. "Al respecto, tratándose de personas extranjeras, la Corte considera relevante establecer que el idioma que se utiliza debe ser uno que la persona comprenda. Del mismo modo, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad. Es necesario que la niña o el niño tenga a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer. Especialmente, debera informársele sobre su derecho a solicitar asilo; su derecho a contar con asistencia jurídica; su derecho a ser oído; su derecho de acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, su derecho a que se le designe un tutor. Aunado a ello, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sujeto a un proceso del que derive una eventual injerencia a su derecho a la libertad personal sea asistido por un traductor o intérprete, en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor".

procesales, sino, antes bien, a la permanente asistencia en idioma o para facilitar el entendimiento de la persona imputada y también para que aquella pueda concretar adecuadamente la necesaria e irrenunciable comunicación, también permanente, con la defensa técnica, además de enfrentar todas las contingencias que tengan directa o indirecta injerencia en sus derechos y con motivo del proceso que los involucra. En este sentido, es un buen ejemplo lo que dispone el numeral seis de las Reglas de La Habana,[56] en tanto establece expresamente que "Los menores que no conozcan suficientemente el idioma hablado por el personal del establecimiento de detención tendrán derecho a los servicios gratuitos de un intérprete siempre que sea necesario, en particular durante los reconocimientos médicos y las actuaciones disciplinarias".

La garantía en cuestión deriva, como ya dijimos, de la carta de derechos genérica y punto de partida político institucional que constituye la defensa en juicio; asimismo, como manifestación particular de aquella, ha sido dotada de una previsión normativa independiente en instrumentos de protección de derechos humanos, de manera tal que, por la vía del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en nuestro orden interno tiene jerarquía constitucional.

En ese sentido, vale señalar que, en general, tiene recepción tanto en la Convención Americana[57] como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[58] a partir de lo cual se ha pronunciado la Corte IDH, tanto en competencia consultiva como contenciosa, en orden al sentido y alcance genérico de la garantía en cuestión. En tal sentido, ha dicho[59] que tiende a reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia, atendiendo así al "principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación", pues, frente a condiciones de desigualdad real entre las personas, los Estados tienen la obligación de "… adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los

56. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

57. CADH, art. 8.2.a: "derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal".

58. PICDP, art. 14.f en tanto reconoce el derecho de toda persona "a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal".

59. Corte IDH. O. C. Nº 16/99, párr. 119, como así también caso "Vélez Loor vs. Panamá", párr. 152.

obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses".

Encontramos la garantía, además, y en especial para el presente análisis, en la convención específica sobre niñez, pues el artículo 40.2.b.vi de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que "… el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado".

La referencia a la "gratuidad" del servicio prestado por el intérprete es ciertamente de suma importancia, pues resultaría un contrasentido a la defensa en juicio si se sometiese o sujetase criterios económicos o se condicionare al cobro de un canon o costo a ser pagado por la propia persona que sufre el sometimiento a proceso judicial. Por eso es que, coincidentemente con ello, el artículo 17 de la ley que aquí comentamos establece en su parte final que la intervención del intérprete será ordenada por el órgano jurisdiccional "… de oficio, según las reglas previstas para la defensa pública".

El Comité de los Derechos del Niño también se ha involucrado en el tema, tanto en su Observación General Nº 10, como en la recientemente dictada, que reemplaza a la anterior, Nº 24,[60] exteriorizando así su comentario acerca de lo regulado por el artículo 40.2.b.vi de la convención especial.

En el primer documento referido, el Comité ha interpretado la regla con la amplitud que entendemos cabe asignarle, tal como dijimos anteriormente, sin que se presente limitada o sujeta al caso extremo o que a primera vista podría conjeturarse (esto es, la situación de una persona extranjera o que no habla el idioma del lugar donde se lleva a cabo el proceso), sino antes bien sobre cualquier hipótesis relativa a una problemática de conocimiento y entendimiento del idioma de que se trate.

Artículo 18. Persecución única
Nadie puede ser perseguido penalmente ni condenado más de una vez por el mismo hecho.
No se pueden reabrir los procedimientos, salvo la revisión de la sentencia en favor del condenado.

60. Comité de los Derechos del Niño. OG Nº 24, párr. 46. "Los procesos deben desarrollarse en un lenguaje que el niño comprenda en su totalidad o debe tener acceso gratuito a un intérprete".

Hablamos aquí de una garantía básica y elemental que es inherente al concepto de debido proceso en términos generales, pues, en realidad, no tiene operatividad sobre un proceso determinado (podríamos decir, dentro de su mismo devenir), sino como consecuencia necesaria, bajo determinadas circunstancias, de un proceso ya realizado y concluido, de manera tal que no pueda sucederse otro similar contra la misma persona, que verse sobre el mismo objeto y que responda a idéntica pretensión.

La definición más aguda ha sido elaborada por el profesor Julio Maier, en tanto refiere que el principio conocido como *ne bis in idem*:

> ... pretende proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe en él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida.

Si bien hay que reconocer que en la letra del artículo 18 de la Constitución Nacional, como columna vertebral del sistema de derechos y garantías en materia penal, la prohibición de persecución múltiple no aparece en forma expresa, lo cierto es que, previo a la reforma de 1994, podía derivarse, y de hecho se lo hacía, del compendio de garantías no enumeradas, con base en los artículos 28 y 31.

Hacemos referencia a la reforma constitucional de 1994 porque, justamente, a partir de ese momento, por la vía del artículo 75, inciso 22, la garantía ne bis in ídem tiene jerarquía constitucional, ya que sí aparece contemplada expresamente en la Convención Americana[61] y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos,[62] aunque con distinta redacción que ha dado lugar a opiniones diferentes acerca de su aplicación, sentido y alcance.

Para la Comisión IDH, el principio en estudio "... tiene por objeto plasmar una salvaguarda en favor de las personas absueltas en forma definitiva para que no sean sometidas a un nuevo juicio por los

61. Art. 8.4: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

62. Art. 14.7: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

mismos hechos que fueron objeto de juicio en el primer proceso",[63] pero, aunque parezca una obviedad (o incluso un sinsentido la hipótesis concreta) es preciso dejar aclarado que tampoco es posible un nuevo juzgamiento cuando el proceso previo culminó con una condena, ni siquiera, como podría ocurrir, a efectos de investigar ni juzgar una circunstancia accesoria de aquel que, al mismo tiempo, haya estado contemplada de alguna manera en ese primer procedimiento; de modo que, en otras palabras, la única revisión posible es una revisión a favor de la persona que resultó condenada.

Pero también la regla tiene operatividad no solo cuando el primer proceso fue culminado con una sentencia judicial absolutoria, sino que, además, debe regir en toda su plenitud frente a casos en que se haya logrado una solución alternativa, sin que la inexistencia de una sentencia de absolución, en sentido estricto (por ejemplo, entendida como pronunciamiento jurisdiccional acaecido luego de un juicio oral), impida su aplicación. Esto adquiere significativa importancia en la justicia penal juvenil, habida cuenta la necesaria aplicación de alternativas diferentes a la judicialización y la solución del litigio por medios anticipados y diferentes a los procedimientos ordinarios, como por ejemplo tiene previsto la propia Ley N° 2451, CABA, en su artículo 53 y siguientes.

En términos generales es preciso dejar en claro, por otro lado, que el principio tiene una relación directa con el concepto jurídico procesal de cosa juzgada material (tanto Roxin[64] como Baumann[65] refieren a ello), pues reconoce como requisito la existencia de una resolución definitiva

63. Comisión IDH. Informe N° 66/01, caso N° 11.992, "Dayra María Levoyer Jiménez", 14/06/2001, párr. 109.

64. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, p. 435, refiere: "El agotamiento de la acción penal, originado por la cosa juzgada material, repercute como un impedimento procesal amplio; un nuevo procedimiento es inadmisible, una nueva sentencia de mérito está excluida: *ne bis in ídem* (= *bis de eadem re ne sit actio*)".

65. Baumann, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 286-287: "... la firmeza material se refiere a los efectos, en cuanto al contenido, de la decisión: si se ha decidido con sentencia firme acerca del objeto del proceso, la pretensión penal está "agotada". Ya no se puede promover una nueva acción sobre el mismo objeto: *ne bis in ídem*. Una sentencia que se dictara, a pesar de ello, seria, según la opinión dominante, nula. No se puede, después de una absolución, buscar otras pruebas, nuevos testigos y peritos, nuevos objetos para el reconocimiento directo, y a continuación empezar otra vez el proceso, desde el principio, sobre el mismo "hecho".

del (que daremos aquí en llamar) "proceso previo", ya sea por medio de una sentencia jurisdiccional acaecida luego de un debate, ya sea como pronunciamiento que adopta un mecanismo de solución anticipada o cualquier otro equivalente.

No obstante que la conceptualización del principio es relativamente sencilla (nadie puede ser perseguido penalmente, y menos condenado, como bien señala el artículo que comentamos, más de una vez por el mismo hecho), es necesario, aunque sea brevemente, brindar alguna idea acerca de los requisitos que, justamente, responden, o ayudan a responder, cuándo nos encontramos ante un mismo proceso que se repite.

En este sentido, Binder,[66] tanto como la mayoría de los autores, alude a los tres requisitos de identidad: en la persona, en el hecho[67] y en el motivo de la persecución (*eadem persona, eadem res, eadem causa petendi*); pero, más allá de las diferentes opiniones al respecto, y la profundidad del análisis que pueda hacerse (y en este sentido, para un tratamiento más exhaustivo del tema, se recomienda consultar las obras citadas), entendemos por nuestra parte que, como todo derecho, principio y/o garantía de la persona frente al poder estatal, con mayor vigor en el caso de nuestra competencia específica, deben superarse los criterios restrictivos a la hora de analizar la viabilidad o no de tales herramientas de protección de la persona humana y, por tanto, aquellas deben ser interpretada y, es más, conceptualizadas en sentido amplio, como corolario de la regla *pro homine*[68] (en general) y, además, del principio de especialidad, trato diferenciado y plus de derechos que es inherente al estado jurídico de las niñez.

66. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª edición actualizada y ampliada, 1999, p. 168 y ss.

67. Respecto a la identidad en el hecho, el Tribunal Superior de Justicia, CABA, ha tenido oportunidad de pronunciarse y lo hizo en forma bastante exigente, de la siguiente manera: "Si la condena es por dos hechos distintos, o dos unidades imputativas que de acuerdo a como han sido delimitadas (lo que tiene lugar a partir de la acusación fiscal producida en cada uno de los casos), no se superponen de modo alguno, la supuesta afectación del ne bis in idem que se argumenta en el recurso de inconstitucionalidad, se exhibe desprovista de la suficiente fundamentación constitucional exigible en el juicio de admisibilidad". (Del voto del juez José Osvaldo Casás en autos "Ministerio Publico –Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4– s/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Vallejos, Patricia Teresa Itatí s/ ley N° 255 (F. Lacroze 3531)", Expte. N° 2954/04, sentencia del 24/8/2004).

68. CADH, art. 29. CSJN, Fallos: 331:858.

Es importante la aclaración, porque la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido del todo rigurosa en la aplicación de la regla en cuestión, a pesar de ser un tema ampliamente debatido y analizado, y creemos que, en busca de una explicación, puede tener que ver con la multiplicidad de aspectos con los que se relaciona, o tiene relación de causa o consecuencia, la regla en cuestión, lo cual, hay que reconocerlo, hace difícil encontrar una línea unívoca de aplicación a lo largo de toda la doctrina del máximo tribunal del país.

No obstante, la Corte se ha encargado, ya sea por mayorías, por votos concurrentes, o por votos en disidencias (independientemente de las críticas que cabe formular a sus pronunciamientos en los casos en los que no se ha sopesado debidamente el sentido y alcance de la garantía), de remarcar algunas cuestiones básicas que, ciertamente, ya no pueden ser discutidas y tienen el alcance necesario para enfrentar, exitosamente, cualquier atisbo de relativización, en desmedro de la persona sometida a proceso, respecto de la garantía en cuestión.

En ese sentido, cabe reiterar que, a pesar de no encontrarse expresamente mencionada en el texto constitucional, la Corte Suprema tiene dicho, desde hace tiempo, que la prohibición de la doble persecución penal tiene rango constitucional,[69] como así también que

> El fundamento de la regla *non bis in ídem* es que no se le debe permitir al Estado, con todos sus recursos y poder, llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable.[70]

En cuanto a su objeto, campo de operatividad, efectos o consecuencias garantizadoras, la Corte expresó que

> La prohibición de la doble persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quién ya lo ha sufrido por el mismo hecho.[71]

69. CSJN, Fallos: 311:1451, 316:687.

70. CSJN, Fallos: 310:2845. Disidencia de los jueces Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué. También en Fallos: 321:2826.

71. CSJN, Fallos: 314:377, 328:374, 330:4928.

Así también, sostuvo que uno de los aspectos dirimentes a tener en cuenta reside en la identidad del hecho, sin importar los distintos significados jurídicos (tipicidades) que se puedan efectuar respecto de él,[72] lo cual tiene incidencia al ingreso en cuestiones propias del derecho penal material y procesal,[73] en las que la regla bajo estudio repercute, si es que se la aplica como corresponde, en protección de la persona imputada. Asimismo, también vale apuntar que la regla impide, tal como lo ha reconocido el Tribunal Superior de Justicia, CABA, cualquier clase de efecto como consecuencia de la imputación o sometimiento a proceso en infracción a su campo de protección, y no solo la sentencia de condena, motivo por el cual la demanda de salvaguarda, y el reconocimiento jurisdiccional consecuente, debe suceder de inmediato.[74]

En casos extremos, incluso, la Corte Suprema ha sido contundente a tal punto de desconocer la jurisdicción de un tribunal que condenó a una persona en franca violación a la regla *ne bis in idem*.[75] No obstante,

72. CSJN, Fallos: 319:43.

73. CSJN, Fallos: 332:1457. "Si los imputados fueron encontrados en poder de automóvil robado en el que transportaban las sustancias estupefacientes y las armas de fuego, se trata de la pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común y que conforman una única conducta –en los términos del art. 54 del Código Penal– insusceptible de ser escindida, en la que el presunto delito de transporte de estupefacientes concurriría idealmente con el de encubrimiento y la tenencia de armas de uso civil, debiendo tales conductas ser investigadas por la justicia de excepción habida cuenta del carácter federal del delito mencionado en primer término, de lo contrario, el juzgamiento por separado de un único hecho –en razón de distintas tipicidades– importaría violar la prohibición de la doble persecución penal". También, la disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, en Fallos: 331:1332.

74. "Conforme al texto de la garantía del *ne bis in idem*, esperar a la sentencia definitiva del caso para intervenir allí, resulta ilusorio porque ya se ha operado su lesión hace tiempo. Con mayor razón, la nueva molestia se produce con referencia a una medida cautelar dictada en un nuevo proceso, una nueva persecución, sobre los mismos hechos ya juzgados. Esta es la razón –la violación actual de la garantía– por la cual la cuestión tiene carácter de definitiva" (Del voto del juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la jueza Alicia E. C. Ruiz en autos "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en Clínica Fleming s/ art. 72 CC –incidente clausura– apelación", Expte. N° 1215/01, sentencia del 19/12/2001).

75. CSJN, Fallos: 342:1501. "La sentencia que condenó al recurrente desconociendo la firmeza de la anterior sentencia absolutoria dictada por el mismo hecho, que no había sido impugnada por nadie, fue dictada sin jurisdicción, con evidente afectación de la garantía que ampara la cosa juzgada y privando de toda efectividad a la prohibición de la doble persecución penal, de reconocido rango constitucional, sin que lo resuelto en relación con los coimputados pudiera tener algún efecto a su respecto".

tal como mencionamos, la posición de la Corte a lo largo del tiempo no ha sido del todo unívoca o lineal, particularmente en casos en los que se discutía la operatividad de la regla frente a instancias recursivas de parte acusadora y que tenían como antecedente una resolución absolutoria recaída como corolario de un proceso que, en algún u otro sentido, no había sido regular, por lo cual, según el ordenamiento procesal de que se trate, ingresa en el tablero de valoraciones el concepto de juicio de reenvío,[76] mientras que en otros casos se sumó la

76. Por ejemplo, en Fallos: 321:1173, entendemos que la regla *ne bis in ídem* no fue aplicada de acuerdo a su recto sentido y alcance, lo cual dio lugar a un pronunciamiento adverso para la persona imputada. A pesar de ello, la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, a nuestro entender, se ocupó de plasmar la solución más ajustada a derecho, en estos términos: "Una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria [...] El juicio de reenvío para el imputado absuelto constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo. Ello es suficiente, pues, para que la garantía del *non bis in idem* impida al Estado provocarlo". Más adelante en el tiempo la Corte emitió algunos pronunciamientos superadores en su analítica y conceptualización de la garantía, a punto tal de reconocerle operatividad incluso en casos en que el fallo absolutorio previo había obedecido a irregularidades: "Si la anulación del fallo absolutorio a raíz del recurso de casación de la querella obedeció fundamentalmente a una actividad jurisdiccional que, distanciándose de los postulados propios de un modelo acusatorio como el regido por la Constitución Nacional obligó a un tribunal a disponer prueba de oficio que asumió una tendencia incriminante –al punto que modificó sustancialmente el resultado del proceso, trocando absolución por condena–, con la necesaria confusión de roles entre acusador y juez, ello afectó la garantía de defensa en juicio del imputado al someterlo a un segundo riesgo de condena por los mismos hechos, en la medida en que el nuevo proceso resultó de la vulneración de los principios de igualdad y de división de los poderes que caracterizan a la etapa acusatoria del sistema mixto de enjuiciamiento criminal adoptado por la legislación provincial, con mengua del estado de inocencia" (voto del juez Zaffaroni, en Fallos: 333:1687). Y con mayor énfasis incluso en Fallos: 334:1882, donde estaba en juego la vigencia de otra garantía fundamental, como la del plazo razonable del proceso: "Cabe desestimar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar al agravio relativo al *non bis in idem* oportunamente introducido por la defensa, por falta de fundamentación suficiente, pues el Ministerio Público se ha limitado a expresar su discrepancia con la interpretación de la garantía del *non bis idem* postulada por el *a quo*, extendiéndose en consideraciones relativas a las facultades y función de los recursos interpuestos por el fiscal, pero sin refutar el argumento central del fallo, referido a la inadmisibilidad de que los errores procesales producidos en el caso recaigan sobre el imputado que no los produjo, como tampoco nada dijo en cuanto a cómo sería posible compatibilizar la solución del reenvío reclamada con el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable, aspecto de particular significación, en tanto

determinación de un plazo razonable de juzgamiento como elemento necesario a ser analizado juntamente con la regla que prohíbe el doble juzgamiento.

Una problemática particular presentan aquellos casos en los que la eventualidad de doble juzgamiento se pretende a raíz de un recurso de la defensa a partir de una sentencia de condena dictada como consecuencia de un juicio adjetivado como irregular. En este último supuesto, adherimos a la posición de Pastor,[77] en tanto señala que

> … si al momento de la sentencia se debe absolver cuando se verifica un vicio cuya corrección depende de la repetición del acto, porque "se ha llegado a un estadio procesal en el que el imputado tiene derecho a obtener un pronunciamiento definitivo", entonces si la irregularidad del proceso se comprueba por medio de un recurso del imputado contra la condenación, lo que corresponde no es eliminar la sentencia, hacer un nuevo juicio y dormir tranquilos pues así lo quiso el acusado, lo que corresponde, si es verdad que no se pueden repetir los actos hechos inválidamente en la etapa anterior, es anular y absolver en todos los casos […] Se trata de que el imputado no tenga que soportar ni un paso más del proceso, con sentencia o sin ella, con debate o antes de este.

Así como es relevante la doctrina elaborada en la jurisprudencia de la Corte Suprema, también lo es, obviamente, la opinión de la Corte IDH, debido al expreso reconocimiento que tiene la regla en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El tribunal interamericano tiene dicho que la situación regulada por el artículo 8.4, CADH, reposa en la necesidad de proteger a las personas frente al uso indiscriminado del poder punitivo del Estado[78] y supone dos momentos: uno es la reali-

---

el recurrente pretende que se lleve a cabo un nuevo juicio por hechos de contrabando que datan de 1995 y 1996, por los que el imputado se encuentra procesado desde el 17 de marzo de 1998 y respecto de los cuales ya en el juicio anterior la fiscalía había considerado necesaria la realización de una instrucción suplementaria".

77. Pastor, Daniel, "¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in ídem*?", en Anitúa, Gabriel y Tedesco, Ignacio (comps.), *La Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 512.

78. Con el mismo razonamiento, como valladar frente a situaciones injustas promovidas por el propio Estado, no en desmedro sino en beneficio ilegítimo a una persona sometida a proceso y, además, sobre todo cuando se trata de determinados crímenes, la Corte IDH también reconoce que la regla no tiene una aplicación absoluta, ya que es posible hacer excepción a ella. Ver en ese sentido: Corte IDH, caso "Cantoral Benavides vs. Perú", párrs. 137/139; caso "Nadege Dorzema y otros vs. República Domini-

zación de un primer juicio que se pronuncia sobre el fondo del asunto, mientras que el segundo radica en su culminación mediante una sentencia firme de carácter absolutorio;[79] sobre ese aspecto, ya hemos dado nuestra opinión más arriba, en cuanto a que la vigencia de la regla debe tener el sentido y alcance más amplio posible, de manera que no coincidimos con una conceptualización tan estricta como la plasmada por la Corte IDH en el caso citado.

Sí, por el contrario, compartimos la amplitud que la Corte IDH reconoce a la regla, a partir del texto de la Convención Americana, por contraste con la enunciación del artículo 14.7 del Pacto, respecto a la garantía de no ser juzgado más de una vez por el mismo "hecho" (entendido como conducta atribuida en un proceso penal) y no por un mismo "delito", lo cual puede generar distorsiones limitativas en desmedro de la persona sometida a proceso.[80]

En definitiva, cabe suscribir la interpretación amplia acerca de la procedencia y efectos, sentido y alcance, de la regla en cuestión, en tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo reconoció en distintos pronunciamientos,[81] aludiendo justamente a que

> Una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no solo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo[82] delito,[83] sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado.

Cabe agregar, habida cuenta nuestra materia y competencia específica en derecho penal juvenil, que tal principio rige plenamente incluso en casos en los que la imputación involucre una multiplicidad de

cana", párr. 195; caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", párr. 154; caso "Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala", párr. 131.

79. Corte IDH, caso "Cantoral Benavides vs. Perú", párr. 137, y caso "Mohamed vs. Argentina", párr. 121.

80. Corte IDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú", párr. 66, y caso "Mohamed vs. Argentina", párr. 121.

81. CSJN, Fallos: 321:2826; 326:2805 y 330:3248.

82. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos refiere a hechos "idénticos o sustancialmente análogos" (TEDH, Asadbeyli y otros vs. Azerbaiyán, sentencia del 11 de diciembre de 2012).

83. Con la aclaración, como lo hicimos, que debe entenderse como "hecho" y no como "delito".

hechos, con unidad jurídica, que atraviesen el límite de la mayoría de edad, de manera tal de neutralizar cualquier intento de perseguir penalmente, de modo múltiple, ya sea simultánea o separadamente, por las acciones cometidas posteriormente al estado jurídico de niñez. Por lo tanto, la regla operará sin tapujos, ni cortapisas, en toda esa dimensión del hecho imputado, a pesar que haya iniciado antes de la mayoría de edad de que se trate y continuase con posterioridad.

> **Artículo 19. Protección de la intimidad y privacidad**
> **En los procedimientos se respeta el derecho a la intimidad y a la privacidad del/la imputado/a y de cualquier otra persona; en especial la libertad de conciencia, el domicilio, la correspondencia, los papeles privados y las comunicaciones de toda índole.**
> **Solo con autorización del/la Juez/a competente y bajo las reglas establecidas en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede afectarse este derecho.**

La correcta interpretación de la norma demanda una amplitud máxima, como sucede con todos los derechos y garantías propios de un sistema procesal que comulgue con un programa general de derecho penal liberal y con mayor razón todavía cuando la materia sobre la cual versa es justamente la de justicia penal juvenil. En este caso, además, estamos hablando de un límite muy delicado (el ámbito de privacidad de la vida de una persona), de modo que debe tener una garantía de protección fuertemente diseñada.

Por eso, creemos que la norma tiene que ser interpretada en tanto punto de inicio en sus vocablos intimidad y privacidad, y de allí cabe una exponenciación al máximo rendimiento, en medio de la cual, desde ya, el resto de las menciones que figuran en el artículo son meramente ejemplificativas, de manera que en el dispositivo legal en cuestión pueden ingresar otras manifestaciones específicas de la intimidad y privacidad, según el caso particular de que se trate, las cuales se mantendrán al cobijo de la holgura con la cual deben ser entendidos aquellos conceptos.

El texto legal consagra, como corresponde, un requisito funcional ineludible para poder avanzar legítimamente, en el marco de un proceso

judicial, sobre los ámbitos protegidos, pues se trata de una facultad propia del órgano jurisdiccional. A su vez, el artículo nos remite a las formas y procedimientos del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, coincidentemente con lo reglado por el artículo 2,[84] de manera que será necesario observar los requisitos allí estipulados[85] para disponer el avance sobre esos campos de protección.

84. Ley N° 2451, art. 2: "En las causas penales seguidas contra personas que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad se procederá conforme las disposiciones del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto no sea modificado por lo establecido en este Régimen Procesal Penal Juvenil, y siempre que no restrinja derecho alguno reconocido por la Ley de Protección Integral de Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires".

85. CPP CABA, Ley Nº 2303, art. 90: "Los integrantes de la policía y otras fuerzas de seguridad no podrán abrir la correspondencia que secuestren, ni inspeccionar datos privados contenidos en soporte informático, sino que la remitirán a la autoridad judicial o del Ministerio Público Fiscal competente; sin embargo, en los casos urgentes, podrán ocurrir al juez competente más cercano, el que le autorizará la apertura de considerarlo oportuno. Una vez conocido el contenido, el/la Juez/a podrá autorizar a los integrantes de fuerzas de seguridad la inspección de correspondencia y datos privados contenidos en soporte informático legalmente incautados, a los fines periciales". Art. 93: "A fin de desarrollar la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá citar a testigos, requerir los informes y peritajes que estime pertinentes y útiles, practicar las inspecciones de lugares y cosas, disponer o requerir secuestro de elementos y todas las medidas que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones. Deberá solicitar orden judicial para practicar allanamientos, requisas o interceptaciones de comunicaciones o correspondencia". Art. 108: "Si hubiera motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al hecho o que allí puede efectuarse la aprehensión del/la imputado/a o de alguna persona requerida o fuere necesario el ingreso para la aplicación de alguna medida precautoria, ante el pedido fundamentado del/la Fiscal, el Tribunal podrá ordenar, por auto, el ingreso y/o el registro de ese lugar. En casos graves y/o urgentes el auto se podrá adelantar por cualquier medio a los autorizados para el registro, con constancia del Secretario/a del Juzgado sobre el modo de comunicación usado y quien fue el receptor. A tales efectos, el/la Fiscal autorizado por el/la Juez/a podrá disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o encomendar la diligencia en el funcionario debidamente individualizado del Ministerio Público Fiscal o de las fuerzas de seguridad que estime pertinente. En este caso la orden deberá realizarse por escrito y contener el lugar, día y hora en que la medida debe efectuarse y el nombre del comisionado. El funcionario actuante labrará un acta conforme lo normado por los arts. 50 y 51 de este Código". Art. 115: "Siempre que lo considere útil para la comprobación del hecho, ante el pedido fundamentado del/la Fiscal, el/la Juez/a ordenará, mediante auto, la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido por el/la imputado/a o destinado a este/a en cualquier soporte, aun cuando sea bajo nombre supuesto. Los integrantes de la policía y fuerzas de seguridad deberán remitir intacta la correspondencia secuestrada a la autoridad judicial o del Ministerio Público Fiscal competente.

Dada su importancia en el marco de un Estado democrático de derecho, es muy vasto el material jurídico con el cual ha quedado construido el dique de contención, en algunos supuestos más amplio que en otros, de aquellos conceptos ya referidos, que han de ser concebidos como verdaderos valores jurídicos esenciales e inherentes a toda persona.

En tal sentido, pero también por la ligazón que presentan todas las manifestaciones específicas mencionadas en la norma, respondiendo al origen común de la privacidad e intimidad de la persona, trataremos en conjunto a todas ellas a través de un repaso de las previsiones normativas que consagran esta tan valiosa protección frente al poder estatal en su faz eminentemente investigativa o de recolección de evidencia o de medidas tendientes a lograrlas (a diferencia de lo que sucede con las previsiones específicas relativas a los derechos y garantías frente a la privación de la libertad, las que serán analizadas en los artículos correspondientes), no sin mencionar, como ya lo hicimos en otros casos anteriores, que tales espacios de protección deben fortalecerse incluso más cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, si bien por la etapa de la vida en la que transitan, pero además por los efectos a futuro que eventuales transgresiones a esos derechos pueden acarrear.

Desde luego que, como un buen principio, porque además están presentes desde el texto de 1853, cabe hacer mención a los espacios elementales y esenciales de protección que consagra nuestra Consti-

En los casos urgentes, podrán ocurrir a la más inmediata, la que autorizará la apertura si lo creyere oportuno". Art. 117: "Ante pedido fundamentado del/la Fiscal, el/la Juez/a podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones del/la imputado/a por cualquier medio, para impedirlas o conocerlas. La intervención de comunicaciones tendrá carácter excepcional y podrá efectuarse por un plazo hasta cuarenta y cinco (45) días, pudiendo ser renovada por única vez y por idéntico término, expresando por auto, bajo pena de nulidad, los motivos que justifican la extensión del plazo. Rige para los funcionarios encargados de efectuar la intervención el deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por estos medios, excepto respecto de la autoridad que la haya requerido. Quienes incumplan este deber incurrirán en responsabilidad personal. En ningún caso podrá usarse este medio de investigación para eludir el derecho del/la imputado/a de negarse a declarar sin que ello importe presunción en su contra o suplir las declaraciones testimoniales prohibidas por vínculo de parentesco o secreto profesional" (Conf. art. 29 de la Ley N° 6020, BOCBA N° 5490 del 01/11/2018). Art. 118: "No podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a defensores/as para el desempeño de su cargo, ni interceptarse comunicaciones por cualquier medio entre el/la imputado/a y su defensor/a".

tución Nacional y que pueden extraerse, directa o indirectamente, del artículo 18,[86] no obstante las previsiones de diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la CADH,[87] PIDCP,[88] DADDHH,[89] DUDH,[90] que rigen indudablemente en esta temática y que, de una u otra manera, le brindan una regulación concreta como garantía de la persona y frente al poder estatal.

Al respecto, la Corte IDH tiene dicho que "el derecho a la vida privada se encuentra íntimamente ligado al lugar donde se asienta el domicilio familiar",[91] de modo tal que su despojo, ya sea temporal o permanente, no solo viola el derecho al uso y disfrute de los bienes que se encuentran en el lugar, sino que además configura la pérdida de una de las condiciones básicas para la existencia de los seres humanos: su intimidad, pues para el tribunal interamericano el domicilio es el espacio natural donde la vida privada e intimidad se desarrolla libremente y, por tanto, merece una especial protección.

Sobre el concepto de ámbitos de intimidad, recomendamos fuertemente la lectura del voto de la juez Argibay en el caso de Fallos 333:405,

86. CN, art. 18: "… El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

87. Art. 11: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Art. 12: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión….".

88. Art. 17: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Art. 18.1: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión…".

89. Art. V: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar". Art. X: "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia". Art. IX: "Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio".

90. Art. 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Art. 18: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia".

91. Corte IDH, caso "Masacres de Ituango vs. Colombia", párr. 194; caso "Escué Zapata vs. Colombia", párr. 95; caso "Fernández Ortega y otros vs. México", párr. 157.

pues allí se efectúan consideraciones importantes acerca de la amplitud de la privacidad e intimidad hacia escenarios constituidos por la relación médico paciente, como así también la relación que cada quien tiene con su propio cuerpo, al cual la jueza cataloga como el ámbito más privado que existe.[92]

Asimismo, en la Opinión Consultiva Nº 17/02,[93] la Corte IDH también vinculó los ámbitos de privacidad e intimidad de niños, niñas y adolescentes, además de la protección necesaria en el desarrollo del proceso penal y como límite a las medidas tendientes a la obtención de evidencia, a los casos de protección de tan importantes aspectos de la vida de una persona ante la posible difusión de sus datos personales con motivo de encontrarse acusada en un proceso penal:

> Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos pro-

92. Allí, la jueza Argibay analiza el caso a la luz del derecho a la "vida privada" y la intimidad y distingue ámbitos de protección de la vida privada en función del art. 19 CN, que establece un valladar absoluto contra toda injerencia a ese ámbito y porque no hay trascendencia alguna a terceros, frente al ámbito de protección propio del art. 18 CN en relación al domicilio, papeles privados y correspondencia epistolar, cuyo límite no es absoluto, sino que admite excepciones. Por lo tanto, la jueza separa del ámbito de protección de la vida privada del art. 19 CN a la conducta del tráfico de estupefacientes, porque ella sí tiene aptitud para perjudicar a terceros por el peligro que para la salud pública conlleva la distribución de la sustancia ilegal (en el caso, por conductas tipificadas en la Ley N° 23737), de modo que, concluye, el art. 19 CN no confiere inmunidad contra la interferencia estatal respecto de acciones delictivas, aun cuando incluya en su desarrollo la consulta a un médico (esto contradice lo que dice el voto mayoritario, en tanto expresa que la consulta a un médico es una acción privada incluso para el que está realizando una conducta delictiva). A su vez, entiende al domicilio, correspondencia epistolar y papeles privados como específicamente protegidos por el art. 18 CN contra invasiones arbitrarias, especialmente la de agentes estatales, en tanto se trata del ámbito donde transcurre la vida privada de las personas y refiere que los pactos internacionales confieren similar protección a lo que, de manera genérica, se denomina como "vida privada", pero agrega que es difícil concebir un ámbito más privado que el propio cuerpo, porque si hay motivos para proteger, contra injerencias arbitrarias, a la intimidad que está resguardada en un sobre, entonces más fundamento hay para entender que esa protección alcanza el cuerpo de la persona y el derecho de excluir interferencia o invasiones de terceros en su propio cuerpo, lo cual es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía de la voluntad.

93. Párr. 134.

> cesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura.

En el caso particular de nuestra competencia, hay que mencionar que la Ley Nacional Nº 26061 consagra la protección a la vida privada e intrafamiliar,[94] indicando que no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias, como también el derecho a la dignidad en un sentido amplio[95] y en términos genéricos, los cuales, sin duda, se aplican para los casos de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

En el ámbito local, la Constitución de la Ciudad establece en su artículo 12:

> El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana. El principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia. A nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia.

Mientras que en el artículo 13 declama:

> El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, solo pueden ser ordenados por el juez competente.

Y en el artículo 39 aparece la referencia específica a los derechos de la niñez:

> La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad.

94. Ley Nº 26061, art. 10: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales".

95. Ibídem, art. 22: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar".

Por su parte, la Ley N° 114 CABA también estipula un derecho a la integridad y el de reserva de identidad, que tiene que ver justamente con la intimidad en sentido amplio, según nuestra visión. Así, el artículo 15 establece que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad biopsicosocial, a la intimidad, a la privacidad, a la autonomía de valores, ideas o creencias y a sus espacios y objetos personales", mientras que el artículo 16 refiere que "Ningún medio de comunicación social, público o privado, podrá difundir información que identifique o pueda dar lugar a la identificación de niñas, niños y adolescentes a quienes se les atribuya o fueran víctimas de la comisión de un delito".

La Convención sobre los Derechos del Niño también incluye una regulación específica al respecto en su artículo 14 donde señala la obligación de los Estados de respetar "... el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"; mientras que el numeral 16 expresa que

> 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
>
> 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

A su vez, del artículo 40.2.b.vii, es posible extraer la protección a la vida privada en relación a las fases del procedimiento.

El ámbito de protección en materia de niñez se compone, además, con las específicas regulaciones contenidas en las Reglas de Beijing, que en su numeral 8 menciona:

> 1. Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.
>
> 2. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.

Con base en toda la regulación normativa que se ocupa de los temas en cuestión, la Comisión IDH ha recomendado,[96] entre otras cosas, la necesidad de "Promulgar normas que establezcan el obliga-

96. Comisión IDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, 13/07/2011, punto N° 14, letra "j". Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf [fecha de consulta: 14/12/2020].

torio respeto de la intimidad y la confidencialidad de los casos de menores de edad, prohibiendo la difusión de información que permita identificar a niños que hayan sido acusados de infringir leyes penales".

Ahora bien, en cuanto a la protección de las comunicaciones, la Corte Suprema ha variado, y mejorado, su posición al respecto en el conocido caso "Quaranta",[97] llegando a vincular justamente la inviolabilidad del domicilio con el resguardo de las comunicaciones, correspondencia y papeles privados, al decir que

> … esta Corte, al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra "el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante correlativo al principio general del art. 19 en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público" (ver "Fiorentino", Fallos: 306:1752). Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente.

Si hablamos del domicilio en particular, como un ámbito de privacidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema es muy amplia y, a la vez, zigzagueante en algunas cuestiones, como por ejemplo el valor que debe adjudicarse a la conformidad de quien sufre el allanamiento de su morada por parte de autoridades estatales en casos en los que se carece de orden de la autoridad competente,[98] como también cuál es el

97. CSJN, Fallos: 333:1674. El "holding" de Quaranta puede verse replicado en "Flores Castillo, Fernando s/ causa Nº 6658" (F. 172. XLIII, sent. 7/12/ 2010), y también en "Dodero", D. 429. XLVI., 27/11/12 (sin publicación en tomo de fallos).

98. En este sentido, podemos destacar favorablemente casos como los de Fallos: 306:1752, en tanto se dijo que "… el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante correlativo al principio general del art. 19 en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público. Si bien la cláusula constitucional previó la reglamentación del tema por vía de una ley, son diversas las leyes especiales que contienen disposiciones sobre el modo en que puede efectuarse el allanamiento en determinadas materias, y en particular es en algunas constituciones y en los códigos de procedimientos locales

alcance de la medida en cuanto a la búsqueda de evidencia que le sirve de base o incluso al deber de fundamentación que debe exteriorizar la autoridad facultada para disponerlo (órgano jurisdiccional). En tal sentido, los objetivos y límites analíticos de este comentario son ampliamente superados por parte de la cuantiosa casuística que puede encontrarse no solo en el caso de la Corte Suprema, sino en el de todos los tribunales del país, debido a que cada legislación procesal debe adecuar la regla constitucional del artículo 18, a su ordenamiento legal propio.

No obstante, nos parece importante mencionar que la Corte Suprema ha tratado casos de orden judicial de registro domiciliario que debe ser interpretado en el sentido que habilita únicamente un solo ingreso al ámbito de privacidad, de modo tal que ya no es posible repetir la incursión posteriormente a ello, pues resurge la protección

donde se regulan las excepciones a la inmunidad del domicilio". Fallos: 307:440, donde se consideró que "Si la pesquisa domiciliaria se llevó a cabo a las 23 horas, sin la correspondiente orden de allanamiento, y mediante una comisión policial que podría haber estado integrada hasta por cinco miembros, casi todos vestidos de civil, además del desconocimiento que ello importa de las reglas establecidas [...] no es razonable equiparar –sin apoyo en razón alguna– la mera ausencia de reparos a una autorización válida pues, en las particulares circunstancias señaladas, esperar una actitud de resistencia importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas". Fallos: 308:2447 en el que se expresó que "... un allanamiento llevado a cabo sin la pertinente orden judicial y sin que mediara autorización válida que permitiera prescindir de dicho recaudo; no suple la falta de orden judicial la invocada autorización de la madre, toda vez que a esta solo se le interiorizó de los motivos de la visita policial, sin que se recabara su permiso para el ingreso al domicilio". En Fallos: 316:2464 se observó que "La ausencia de objeciones por parte del interesado respecto de la inspección domiciliara que pretendió llevar a cabo el personal provincial, no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquél en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización", mientras que en Fallos: 328:149 se aclaró que "Que las consideraciones en mayoría de la sentencia del *a quo* que tienden a justificar la ausencia del auto prescripto por la ley y el consentimiento dado para la inspección domiciliaria, resultan insuficientes para otorgar legitimidad al allanamiento, puesto que era preciso que se practicara un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto. En este sentido, aparecen razonables para no atribuirle el carácter de lícita a la referida requisa las consideraciones expuestas en el voto en minoría al sostener que "... el acta confeccionada por los funcionarios que efectuaron el registro, concebida con la habitual terminología que suele emplearse en esos casos, consigna que la persona que atendió a los inspectores, enterada del motivo de la presencia de estos últimos manifiesta no tener impedimento en acceder el acceso al lugar. Nada dice el acta de cuáles fueran esos motivos ni de cómo le habrían sido explicados al circunstancial morador".

constitucional.[99] Se ha ocupado la Corte, además, de casos en los que estaba en discusión, como dijimos, el deber de fundamentación de la orden que dispone la vulneración del ámbito de privacidad dado por el domicilio particular, aspecto sobre el cual no ha sido del todo acertado desde nuestro punto de vista (entendiendo a la garantía en su máxima expresión y conectando, por cierto, a su operatividad no solo con la verificación de los requisitos de cada ordenamiento procesal, sino, además, con la obligación de exponer las razones que motivan la decisión judicial de avanzar sobre ese espacio, independientemente que tales elementos se desprendan de la lectura que pueda hacer un observador distinto a aquel), motivo por el cual recomendamos sí la lectura de los votos en disidencia que acaecieron en cada caso.[100]

Artículo 20. Igualdad de trato
Los/las Jueces/zas Penales Juveniles no pueden mantener ninguna clase de comunicación con las partes, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, sin dar previo aviso a todas ellas.

Estamos aquí frente a una regla práctica que condiciona de alguna manera la actuación del órgano jurisdiccional en cuanto a la posibilidad de mantener comunicaciones con alguna de las partes, sin que las restantes tengan la posibilidad de participar. La redacción de la norma no deja lugar a duda alguna en cuanto a la amplitud con la que debe aplicarse, puesto que alude expresamente a "ninguna clase de comunicación", de manera tal que debemos interpretar el texto de manera lisa y llana, entendiendo que las "comunicaciones" que el juez o jueza no pueden llevar adelante con alguna parte, sin dar previo aviso a las otras, son todas las que puedan implementarse hoy en día (o en el futuro) ya sea en forma presencial, ya sea por cualquier clase de soporte físico, ya sea por medios tecnológicos y/o informáticos, ya sea de manera directa o indirecta.

Si bien se trata de un condicionamiento al espacio de actuación del órgano jurisdiccional, también hay que decir que, en rigor, la norma no

99. CSJN, Fallos: 310:85.

100. CSJN, Fallos: 315:1043 y 321:510 (en ambos casos la disidencia del juez Petracchi), como también Fallos: 330:3801 (disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

veda la posibilidad de comunicación entre aquel y alguna o algunas de las partes, sino que, básicamente, introduce una condición para que ello pueda llevarse a cabo. Esa condición está dada por el previo aviso al resto de las partes, con lo cual se pretende asegurar el conocimiento de aquellas para que, lógicamente, si lo desean puedan participar de esa comunicación. Si bien la norma no lo expresa directamente, entendemos que se trata de la consecuencia más lógica y que aporta razón de sentido al aviso previo a la comunicación con una de las partes, que debe cumplir el juez o jueza penal juvenil.

De este modo, se trata de asegurar que todas las partes involucradas en un proceso judicial tengan la posibilidad de participar de la referida comunicación del órgano jurisdiccional con alguna o algunas de aquellas. Eso no significa que, cumplido el aviso previo, fehacientemente acreditado a través de las diligencias correspondientes, el juez o jueza no pueda llevar adelante esa comunicación si de ella no participan efectivamente todas las partes, pues como ya señalamos, la norma solo aspira a garantizar la posibilidad de participación pero no la participación misma, tal decisión quedará al amparo de cada una de las partes anoticiadas previamente y, de tal modo, carecerá de efectos impeditivos la no intervención de alguna de ellas.

Si pensamos en el supuesto contrario, advertiremos que el texto legal tampoco nos dice cuál es la consecuencia, de manera que nos obliga a razonar al respecto y elaborar alguna respuesta posible. ¿Qué pasaría entonces si el órgano jurisdiccional se comunica con alguna de las partes sin cumplir con el previo aviso al resto, privándoselas consecuentemente de la posibilidad de participar de esa comunicación? Dado por cierto ese caso, si bien la norma no estipula ninguna clase de consecuencia, entendemos que eso no es obstáculo para que la parte interesada pueda reclamar tener acceso al contenido de esa comunicación, sino también la invalidez de todo aquello que se haya realizado en el marco y/o como consecuencia de aquella irregular situación. Asimismo, en tales supuestos, creemos que estaría habilitada la posibilidad de recusar al juez/a que haya actuado de tal modo, pues quedaría resquebrajada la garantía de imparcialidad.

Entendemos que esta es la interpretación consecuente con el sistema de derechos y garantías, en tanto la norma en cuestión debe ser asumida como corolario del principio de igualdad ante la ley, como así

también del sistema acusatorio como paradigma procesal y de la garantía de imparcialidad del juzgador, tratándose en definitiva de una regla práctica, como ya dijimos, que saludablemente impide, o por lo menos está pensada para eso, una costumbre bastante arraigada en ciertos ámbitos y foros del sistema judicial y que consistía básicamente, a modo de ejemplo, en la celebración de reuniones informales entre el órgano jurisdiccional y alguna de las partes intervinientes en el proceso, sin que el resto se enterase siquiera de eso o lo hiciese simplemente por medio de una constancia que se agregaba al expediente y en la cual nada se consignaba sobre el motivo, ni el contenido, ni los alcances de esa reunión.

La norma en cuestión tiene correlato sistémico con el artículo 10 de la presente ley, en tanto aquel ordena la observancia de los principios acusatorios, de publicidad y contradicción, entre otros. A su vez, esto debe conjugarse concordantemente con lo dispuesto en el artículo 2 bis de la Ley N° 2303,[101] CABA, que resulta aplicable complementariamente,[102] en cuanto dispone que "En el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes buena fe, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización".

En el ámbito local de aplicación del régimen procesal aquí estudiado, nos encontramos con que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza en su artículo 13 justamente los principios básicos del sistema acusatorio, como también, entre otros, la imparcialidad, mientras que, complementariamente, dispone en su dispositivo Nº 119 que los jueces y funcionarios judiciales no pueden "… ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad de sus decisiones".

Acerca de la imparcialidad, como nota distintiva de la garantía del juez natural, ya nos hemos referido al comentar el artículo 11 de la presente ley, de manera que allí nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias. Solo hemos de agregar aquí que la Corte IDH avizora

101. Conf. art. 1 de la Ley N° 6020, BOCBA N° 5490 del 01/11/2018.

102. Ley N° 2451, art. 2: "En las causas penales seguidas contra personas que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad se procederá conforme las disposiciones del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto no sea modificado por lo establecido en este Régimen Procesal Penal Juvenil, y siempre que no restrinja derecho alguno reconocido por la Ley de Protección Integral de Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires".

a la imparcialidad del juzgador como una de las características intrínsecas del debido proceso, lo cual supone que el órgano jurisdiccional se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial[103] y que actúe con la mayor objetividad posible.[104]

Por ende, en este apartado nos referiremos al otro aspecto que tiene mucho que ver con el artículo en cuestión, y que está dado con el aseguramiento de la igualdad en la relación procesal, que está previsto expresamente en la Ley N° 114, CABA, en su artículo 11.c.

Asimismo, esto es consecuencia directa del principio genérico de igualdad ante la ley,[105] tratándose el presente de un corolario específico de este último y que, como tal, tiene recepción en diferentes cuerpos normativos, ya sea de manera autónoma, ya sea asociado al ejercicio de otros derechos o con la vigencia de otras garantías,[106] las que deben ser aseguradas justamente en condiciones de plena igualdad.[107]

Con respecto al principio de igualdad procesal o trato igualitario ante los tribunales, la Corte IDH ha entendido que se trata de una condición esencial para posibilitar que toda persona pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables,[108] lo cual asimismo ha sido ratificado con mayor razón todavía para el caso de niños, niñas y adolescentes.[109]

Por nuestra parte, creemos que una de las aristas que permanecen al amparo de la norma aquí comentada, se trata justamente, y entre otras, como vimos, de la necesaria igualdad en la relación procesal, siendo un punto fuerte de ello la equidistancia que debe ser asegurada entre cada uno de los actores del proceso (partes en sentido estricto) y el órgano jurisdiccional, pero con mayor vigor en salvaguarda de los

103. Corte IDH, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", párr. 171, y caso "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia", párr. 177.

104. Corte IDH, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", párr. 171, y caso "Usón Ramírez vs. Venezuela", párr. 117.

105. Art. 16, CN; art. 24, CADH.

106. CDN, art. 40.2.b.iv; PIDCP, art. 14.3 y CADH, art. 8.2.

107. Así lo ha entendido la Corte IDH en su O.C. Nº 11/90, párr. 24, y en el caso "Dacosta Cadogan vs. Barbados", párr. 84.

108. Corte IDH, caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago", párr. 146.

109. Corte IDH, O.C. Nº 17-02, párr. 100.

derechos de la persona acusada de haber infringido la ley penal. De allí entonces la limitación o condicionamiento impuesto en la hipótesis de plantearse cualquier clase o naturaleza de comunicación entre el juez o jueza y alguna de los intervinientes, puesto que si ello quedara al margen de una regulación normativa y fuese un ámbito de libre actuación del órgano jurisdiccional (o con un control meramente formal, sin reales posibilidades de intervención por parte de aquel interesado), habría lugar a un punto seriamente débil de desequilibrio procesal entre las partes, que podría tener consecuencias graves para el caso de haberse ejecutado en perjuicio de un niño, niña o adolescente en carácter de acusado en el proceso judicial.

Desde luego que ese desequilibrio puede manifestarse en otros temas, desde un lugar o de otro, como así también que la norma en cuestión no eliminará, por sí misma, ciertas costumbres arraigadas que resquebrajan esa equidistancia, pero eso no le quita mérito al texto legal en cuestión, más allá de la omisión del legislador en cuanto a la determinación de consecuencias procesales para el caso de incumplimiento por parte del juez o jueza respecto de la exigencia de procedimiento previo a la comunicación de que se trate.

Artículo 21. Razonabilidad temporal del proceso
Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme los plazos establecidos en esta ley.

En términos genéricos podemos decir que se trata de una garantía que, desde la reforma de 1994, como ya sabemos, tiene jerarquía constitucional por la vía del artículo 75, inciso 22, al encontrarse prevista expresamente tanto en el Pacto de San José de Costa Rica,[110] como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[111] mientras que en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[112] aparece asociada a la condición de detención y a favor de quien la sufre.

110. CADH, art. 8.1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable".

111. PIDCP, art. 14.3.c, en tanto alude al derecho "A ser juzgado sin dilaciones indebidas".

112. DADDH, art. XXV: "Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad".

En nuestro país la garantía en cuestión fue abordada por la Corte Suprema, podría decirse que por primera vez en el conocido precedente "Mattei",[113] con estrecha vinculación a los principios de preclusión y progresividad, pero tiempo después en "Mozzatti"[114] se la relacionó con la defensa en juicio y el debido proceso, en tanto aquellos "... se integran por una rápida y eficaz decisión judicial [...]".

A partir de allí se han sucedido muchos fallos de la Corte, en los cuales se fue delineando primero el concepto que elaboraba el propio tribunal y luego ya con la incorporación de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así es que justamente la Corte dijo en su momento que la duración razonable de un proceso dependería, en buena parte, de diversas circunstancias propias de cada caso, de modo que no es factible traducir la garantía de ser juzgado en un plazo razonable en un número de días, meses o años.[115] De esa manera, pues, el máximo tribunal del país ha consolidado internamente la doctrina que al respecto estableció la Corte IDH, en tanto señaló que, en razón de la indeterminación inherente a la garantía:

> ... el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el artículo 8°, inc. 1°, de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad de la causa, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso.[116]

En lo que respecta a nuestra materia específica de justicia penal juvenil, podemos resaltar que ya la Convención sobre los Derechos del Niño introdujo una pauta de condicionamiento temporal hacia las autoridades encargadas de llevar adelante un proceso judicial en el que se hallen acusados niños, niñas o adolescentes, en tanto el artículo 40.2.b.iii establece que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, a lo cual debemos asociar la Regla Nº 20.1 de las Reglas de Beijing, en tanto indica que "Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias".

113. CSJN, Fallos: 272:188.

114. CSJN, Fallos: 300:1102.

115. CSJN, Fallos: 322:360 y 327:327, entre muchos otros.

116. Corte IDH, caso "López Álvarez vs. Honduras", párr. 132.

Sobre la vigencia de la garantía en el caso de niños, niñas y adolescentes, entendemos, junto con Plotno[117] obviamente que no solo es plenamente aplicable a esos supuestos, de lo cual no hay duda alguna, sino también que debe ser adecuada operativamente a los principios, derechos y garantías del corpus jurídico en la materia, de modo tal que debe adquirir un rendimiento mayor, como señalamos en otros casos ya analizados. En consecuencia, habida cuenta que la doctrina jurisprudencial señala que es imposible construir un baremo genérico de años, meses y días a los efectos de analizar la razonabilidad de un proceso, sino que eso debe ser instrumentado en cada caso, creemos que por lo menos deben instaurarse límites máximos de duración de un proceso penal en contra de niños, niñas o adolescentes y que, además, esa frontera máxima debe ser obligatoriamente inferior al límite de razonabilidad máximo fijado para un proceso de la justicia de adultos.

Asimismo, más allá de la necesaria determinación de un límite máximo, entendemos también que en la casuística puntual que nos toque analizar, a efectos de establecer si nos encontramos ante la vulneración del plazo razonable, los casos de niñez en conflicto con la ley penal deben ser analizados con mayor rigurosidad al momento de evaluar las pautas fijadas por la doctrina jurisprudencial antes citada, de modo que también en esa tabulación se pueda manifestar concretamente la vigencia del principio de especialidad, trato diferenciado y plus de derechos que es inherente al estado jurídico de la niñez.

Con relación a lo expuesto, y acerca de los motivos que llevan a un análisis diferente para casos de niñez en conflicto con la ley penal, como así también a la necesaria determinación de un tope máximo de duración del proceso, que en esos casos debe ser inferior, podemos citar al Comité de los Derechos del Niño[118] en tanto ha señalado que

> Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los

117. Plotno, Maia, "La vigencia del principio de especialidad en el derecho penal de los niños, niñas y adolescentes criminalizados. Implicancias en la garantía a ser juzgado en un plazo razonable y en el régimen de la prescripción de la acción penal". Disponible en: http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=8811&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=15/11/2016&camara=Comentarios1921 [fecha de consulta: 14/12/2020].

118. OG Nº 14, párr. 93.

> niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión.

La Comisión IDH también se ha manifestado sobre dicho aspecto en particular, al reconocer que

> La especialidad del sistema de justicia juvenil tiene consecuencias también en la duración de los procesos. En razón de la edad de los niños sometidos a esta justicia especializada, las decisiones deben ser tomadas en forma rápida, sin que ello implique negar alguna de las garantías del debido proceso. La importancia de la razonabilidad del plazo de los procesos ante el sistema de justicia juvenil no se limita únicamente a los casos en que se haya privado de libertad al niño acusado, puesto que, independientemente de las medidas de prisión preventiva, la duración del proceso afecta los derechos de los niños.

En ese sentido, la Comisión IDH no solo aboga por la determinación de plazos breves y razonables de los procesos de justicia juvenil, sino además por la fijación de tiempos máximos para la emisión de la sentencia de primera instancia y plazos especiales para la tramitación de recursos e incidentes de impugnación.[119]

Cabe citar también lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño, en cuanto a que el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva que se le brinde a un niño, niña o adolescente acusado, debe ser lo más breve posible; ello así, pues cuanto más tiempo pase, será más probable que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado.[120]

Asimismo, dicho órgano de control de la convención específica, señaló y recomendó la fijación y el respeto de los plazos de duración de un proceso, advirtiendo que

119. Comisión IDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, *op. cit.*, párrs. 204 y 207, como así en el punto 14.h de las recomendaciones específicas.

120. OG Nº 10, párr. 51.

> … dichos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos. Pero al mismo tiempo, las decisiones que se adoptan sin demora deben ser el resultado de un proceso en el que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las garantías legales.[121]

En relación al artículo 21 que estamos analizando, tenemos que señalar en primer lugar que remite a los plazos establecidos en esta Ley Nº 2451, de modo que eso nos obliga a mencionar que el artículo 47 dispone que la investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de noventa días a partir de la intimación del hecho, como así también que se podrá prorrogar por sesenta días, mientras que en casos de flagrancia el plazo de la investigación preparatoria queda limitado a quince días, con una posibilidad de prórroga por igual tiempo.

Ahora bien, esta norma tiene que ser contrastada con la regulación general del Código Procesal Penal de la Ciudad, Ley N° 2303, pues en aquel cuerpo el artículo 104 dispone lo siguiente, en lo que aquí nos interesa:

> La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de tres (3) meses a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal deberá solicitar prórroga a el/la Fiscal de Cámara, quien podrá acordarla hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, el/la Fiscal podrá solicitar que la prórroga otorgada exceda excepcionalmente dicho plazo, debiendo fijar el Tribunal el término perentorio de finalización de la investigación preparatoria que, no podrá exceder de un (1) año a partir de la intimación de los hechos.

Advertimos entonces que hay una diferencia para casos de niños, niñas y adolescentes con respecto a que no está regulada esa segunda prórroga que, por el contrario, en el caso de adultos imputados puede llevar el trámite de la investigación preliminar hasta el máximo de un año. Entendemos, por tanto, que en casos de justicia penal juvenil no se puede, bajo ningún argumento, disponer esa segunda prórroga que aparece legislada en el régimen procesal general.

No obstante, también advertimos que, más allá de esa diferencia, lo cierto es que el plazo general de duración de la investigación

121. Ibídem, párr. 52.

preliminar (tres meses) como el de la primera prórroga para casos de adultos (dos meses), coinciden con el plazo general y el de la única prórroga permitida en el artículo 47 de la Ley N° 2451, al cual nos remite sistémicamente el artículo 21 que aquí comentamos.

Esa idéntica regulación de plazos (para adultos y para casos de justicia penal juvenil), con la salvedad apuntada en el anterior párrafo, no representa una cabal aplicación tanto de las opiniones de órganos de protección como del principio de trato diferenciado y plus de derechos que fluye del corpus iuris específico, en cuya base debiera contemplarse un plazo diferente, y por supuesto siempre menor, en todos los tramos del proceso penal juvenil con relación al de la justicia de adultos.

En ese sentido, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado un tope máximo de seis meses[122] para que el juez, jueza o tribunal adopte una resolución definitiva, lo cual deja al margen, peligrosamente a nuestro juicio, el tiempo que puede insumir el eventual trámite recursivo que, como sabemos, en nuestro país, ante la inexistencia de plazos procesales para que se expida el máximo tribunal, podría provocar un terreno de incertidumbre y verdadera vulneración de la garantía en cuestión.

Artículo 22. Motivación de las resoluciones
Las decisiones judiciales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen.
La fundamentación no se puede reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, expresiones rituales o apelaciones morales.
Cuando se trate de sentencias dictadas por tribunales colegiados, si los hubiera, cada uno de sus miembros funda individualmente su voto, salvo que adhiera a los motivos expuestos por otro miembro. La adhesión a los fundamentos de otro/a Juez/a no permite omitir la deliberación.

122. Ibídem, párr. 83: "... teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los Estado Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación".

Se trata de una exigencia, y a la vez característica, básica y elemental del sistema republicano instaurado por los constituyentes nacionales (arts. 1 y 28, CN), en cuyo marco, como sabemos, las decisiones del poder judicial, tanto local como federal, son definitivamente actos de gobierno y por tanto deben cumplir, como tales, con la demanda de razonabilidad en sentido amplio.

Esa exigencia de razonabilidad implica, sin dudas, que el acto estatal (en el caso presente, la "decisión judicial") tiene que ser adoptado con base en fundamentos tanto de hecho como de derecho, lo cual es necesario, pero no suficiente, ya que, además, el acto como tal debe objetivar aquel proceso intelectual a través del cual se ha llegado a una determinada conclusión (por oposición al antiguo sistema, en algún tiempo vigente, de las íntimas convicciones, por ejemplo).

En este sentido la norma en cuestión recurre a la idea de "fundamentación", tanto de hecho como de derecho, dejándose de lado (a nuestro juicio acertadamente) el apelativo a meros tecnicismos o diferenciaciones en contraste al significado y aplicación del término "motivación", pues ello en definitiva queda reducido a una discusión absolutamente intrascendente en la práctica, si es que, efectivamente se anota e interpreta, como corresponde, que la "fundamentación" en general implica la exposición de los motivos o razones, relacionados lógicamente, tanto en lo que refiere a los hechos como a la aplicación normativa que a ellos corresponde asignar.

Se trata de simplificar entonces el uso del lenguaje y, en ese camino, constituir esencialmente aquello que se conoce como la expresión de los argumentos que han llevado al órgano jurisdiccional a tomar una determinada decisión, en referencia tanto al análisis de circunstancias de hecho como al derecho, o si se quiere, también, al examen lógico racional de todos los aspectos no jurídicos que hacen a la toma de la decisión, con el complemento y nexo de la evaluación y aplicación normativa que resulta pertinente.

A partir de esa idea y manera de interpretar el sentido del dispositivo legal en cuestión, entendemos que la exigencia de fundamentación aparece ligada, con merecida manifestación de acierto, a las "decisiones" judiciales en sentido genérico. Esto permite brindarle un significado garantizador en el desarrollo del proceso judicial, pues el texto legal no replica, por ejemplo, aquella distinción que al respecto

sí plasma el artículo 42[123] del Código Procesal Penal de la Ciudad, en tanto clasifica tres modalidades de expresión judicial diferentes e instaura la exigencia de fundamentación solo para dos de ellas.

Es que, independientemente de la categorización teórica que corresponde a cada una de aquellas expresiones, tal vez por su entidad o magnitud en cuanto al momento procesal o cuestiones que se deciden a través de cada una, lo cierto es que, en nuestra opinión, la exigencia de fundamentación debe primar en toda decisión judicial, este es el principio general al que adscribimos. Pero, además, y más allá del *nomen iuris* que le quepa a cada clasificación atinente a la forma y características de la exteriorización de la decisión, entendemos que la demanda republicana de explicar los fundamentos, tanto de hecho como jurídico normativos, es todavía mucho mayor en tanto aquella decisión tenga efectos, ya sea directos, ya indirectos, sobre los derechos, garantías o intereses de las partes.

Esa conceptualización de la exigencia de fundamentación permite asignarle su verdadero sentido y homologarla en su rol institucional de pilar del sistema republicano, habilitándose una barrera más contra la arbitrariedad, ya que, en definitiva, se trata de dos aspectos que se debaten sobre el mismo eje dialéctico, siendo la fundamentación la contracara de la arbitrariedad.

No por casualidad la previsión de eventuales arbitrariedades, y la consecuente provisión de acciones para contrarrestarlas, aparece dispersa como hipótesis posible en diferentes cuerpos normativos (códigos,[124] leyes especiales, instrumentos internacionales sobre derechos humanos,[125]

123. Ley N° 2303, art. 42: "Las decisiones de los/las Jueces/zas se expresarán mediante: 1) Sentencia, para poner término al proceso, después de su integral tramitación. 2) Auto, para resolver un incidente o artículo del proceso, para disponer alguna medida que limite o restrinja garantías constitucionales. 3) Decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita".

124. CPP CABA, Ley N° 2303, art. 288; CPPN, Ley N° 23984, arts. 123 y 404, inc. 2.

125. Por ejemplo, en nuestra materia específica, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 37.b, entre otras cuestiones, que: "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda"

directrices o reglas,[126] etc.) y sobre variables alternativas en las que pudieran sucederse. Incluso, como ya es ampliamente conocido a esta altura, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace más de cien años,[127] viene elaborando, sin solución de continuidad, su doctrina sobre la arbitrariedad de sentencias, siendo este otro ejemplo que demuestra la mirada importante que debe darse al binomio fundamentación-arbitrariedad como contracaras.

Pero la cuestión no queda agotada en esos contornos, ni con ese contenido, pues a lo dicho tenemos que agregar que la fundamentación implica también una evaluación multifacética, ya que, como tal, debe responder a un proceso argumentativo que (i) respete las reglas de la lógica, (ii) superar un test de razonabilidad, constitucionalidad y convencionalidad, (iii) nutrirse de evidencia objetiva legalmente incorporada al proceso;[128] (iv) versar sobre el caso concreto y tener conexión con sus circunstancias específicas.[129]

Por eso, es tan importante el tema relativo a la fundamentación de las decisiones judiciales y no solo de las sentencias o autos procesales importantes, a pesar que la práctica desarrolle su mayor análisis sobre aquellos y a pesar que algunos códigos resten dicha exigencia para

126. Las Directrices para la Justicia Penal Juvenil, por ejemplo, en su numeral 16 veda indirectamente la posibilidad de arbitrariedad (más allá de su inviabilidad general por imperio del sistema de reglas republicano y su específica en función de la prohibición de arbitrariedad de la convención especial en los artículos citados), en tanto reclama que se descarte "fundadamente" la improcedencia de alternativas más leves a efectos de proceder a la privación de libertad.

127. Laplacette, Carlos José, *Recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 58, en donde el autor dice que nació la doctrina en el *obiter dicta* de Fallos: 112:384.

128. El art. 23 de esta propia ley así lo exige.

129. La norma que comentamos lo demanda, al señalar que a fundamentación no se puede reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, expresiones rituales o apelaciones morales. Además, el tema es conocido como fundamentación aparente y ha sido ampliamente analizado en la doctrina de la Corte Suprema sobre arbitrariedad de sentencias, como por ejemplo en Fallos: 300:539, relativo a sentencias que solo se sustentan en afirmaciones dogmáticas y exhiben por lo tanto un fundamento solo aparente que les resta toda fuerza de convicción y, por otro lado, aquellos que carecen también de esa fuerza porque se apoyan en conceptos imprecisos o excesivamente latos, genéricos o conjeturales que, por ello, impiden verificar de qué manera se llega a la solución del litigio. Así también Fallos: 308:1343, relacionado con sentencias que se sustentan en argumentos solo aparentes con menoscabo de las garantías constitucionales.

"decretos o providencias simples", pues lo relevante no es la categoría ni el contenido de esos actos de gobierno, sino, antes bien, más allá de las clasificaciones doctrinarias y teóricas, lo relevante (a nuestro modo de ver) es la injerencia o afectación de derechos que puede generarse por medio de aquellos, pues este efecto desde luego que puede existir, e incluso ser legítimo y acorde al ordenamiento jurídico. Para poder afirmar esto último es preciso acceder a las razones que guían esa decisión, esto es la fundamentación como tal y con los alcances y requisitos ya señalados en general.

Esto toca también de lleno el tema sumamente importante de la defensa en juicio y el debido proceso (ya que, francamente, no se puede discutir lo que no se conoce o ni tampoco lo que se conoce a medias o es imposible de comprender, a pesar de conocerlo) pero además su relevancia llega al punto de atravesar la esencia misma del acto jurisdiccional, por ejemplo, en casos de sentencias. En ese sentido, Carrió nos dice que

> Para que algo sea de verdad una sentencia judicial, la adecuada culminación de un juicio, tiene que reunir ciertos requisitos mínimos. La Constitución Nacional no tolera que se prive a alguien de su libertad o de su propiedad sin sentencia judicial. Un pronunciamiento de un juez, aunque venga rotulado de esa manera, no es la sentencia que quiere la Constitución si tal pronunciamiento es arbitrario o insostenible.[130]

La Corte, a su vez, tiene una vasta doctrina, que excede por lejos el límite y extensión del presente comentario (hay obras jurídicas que se dedican exclusivamente al examen de esa tan interesante elaboración pretoriana), de la cual alcanza con evocar que la exigencia de fundamentación de las sentencias judiciales tiene raíz constitucional.

En efecto, justamente relacionando los conceptos antes enumerados, como debido proceso, defensa en juicio y la esencia misma de un acto (de gobierno) jurisdiccional, ha dicho el máximo tribunal que

> … para resguardar las garantías de la defensa en juicio y debido proceso es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas tanto fáctica como jurídicamente y de tal modo constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de

130. Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edición, 1995, T. 1, p. 33.

> la causa, sin que basten a tal fin las meras apreciaciones subjetivas del juzgador ni los argumentos carentes de contenido (conf. Fallos: 250:152; 314:649 y sus citas).[131]

Y si bien la Corte concede cierto (amplio a nuestro juicio) margen de licencia a los jueces a los efectos de abordar la resolución de un litigio, no es menos cierto que exige el tratamiento de los puntos conducentes para la resolución de un caso, al señalar que

> … si bien los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones, lo están indudablemente a pronunciarse sobre los puntos propuestos por ellas que sean conducentes para la solución del juicio. La omisión de tales cuestiones, expresa y oportunamente planteadas, afecta la garantía de la defensa en juicio.[132]

Por lo demás, en el caso de nuestra competencia específica en materia penal juvenil, estamos convencidos que la "fundamentación" debe atender, por lo menos, a los siguientes requisitos: (a) conformar una explicación sencilla, abordable, en lenguaje claro y conciso, que no recurra a extravagancias o pretensiones de erudición innecesarias, ya que el objetivo central no solo es constituir una verdadera decisión jurisdiccional, sino también que las partes, y en especial el niño, niña o adolescente involucrado, pueda comprender el sentido y alcance de la decisión; (b) contemplar el cuerpo jurídico inherente a niños, niñas y adolescentes, teniendo como guía y principio rector el interés superior y todos los principios, derechos y garantías implicados.

En relación a esto último, debemos recordar normas que juegan un papel importante de coordinación de sentido a la luz de la exigencia que tratamos aquí, a partir de las cuales se puede, y debe, entrelazar la exigencia de fundamentación con los objetivos propios de la administración de justicia penal juvenil, que son, como sabemos, diferentes a los de la administración de justicia en casos de adultos infractores a la ley penal.

Suscribimos entonces la exigencia de fundamentación amplia de "cualquier actuación" en casos de justicia penal juvenil (dentro de lo cual ingresa el concepto de decisión judicial, desde luego), en tanto se pueda afectar de alguna manera posible la situación de niños, niñas o

131. CSJN, Fallos: 327:5456.

132. Ibídem, Fallos: 209:28.

adolescentes, habida cuenta lo señalado en carácter de principio general tanto por la Comisión IDH[133] como por la Corte IDH,[134] respecto a que

> Cualquier actuación que les afecte debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser objetiva y razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su necesidad, proporcionalidad, idoneidad y legitimidad.

A su vez, puede suceder también en la hipótesis que el involucrado sea un niño, niña o adolescente que tenga el estatus jurídico de migrante, como principio especial también la Corte IDH[135] tiene dicho que

> … resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas, es decir, posean la exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a una conclusión. El deber de motivación es una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso. La Corte recuerda que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.

Por último, resta decir que la previsión de la norma que aquí comentamos constituye el soporte necesario para, verificada la falta de fundamentación de una decisión determinada, y dándose los requisitos necesarios, quien se considere afectado pueda interponer y deducir los planteos que el régimen procesal acuerda, no solo en forma expresa, sino también en forma implícita y por medio del genérico y abarcador ámbito de la posibilidad de la defensa en juicio y del debido proceso, y esto independientemente que la norma no lo prevea como una posibilidad consecuente, y está muy bien que no lo prevea porque, de lo contrario, debería recurrirse a una casuística engorrosa cuando,

133. Comisión IDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, *op. cit.*, párr. 74.

134. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. O.C. N° 17/02, 28/08/2002, Serie A Nº 17, párr. 113.

135. Ibídem, O.C. Nº 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Res. de 19/08/2014, párr. 137.

como acabamos de señalar, la cuestión se resuelve por medio de los principios generales ya delineados.

Así también, para despejar toda duda que pudiese surgir, sobre todo en casos de tribunales colegiados, la misma exigencia de fundamentación se aplica a esa clase de órganos jurisdiccionales, resultando posible, por la autorización expresamente conferida por la norma, la remisión al voto de un miembro preopinante, pero, acertadamente, sin que ello implique la posibilidad de eludir la insoslayable deliberación que debe llevarse a cabo entre quienes lo integran.

Artículo 23. Legalidad de la prueba
Los elementos de prueba solo tienen valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza la ley.
No tiene valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, engaño o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito, sin importar que haya sido obtenida por particulares o por funcionarios públicos.

Estamos frente a una regla de juego elemental, un principio político y ético, y apelamos a esa frase porque, justamente, viene muy bien la metáfora que recurre al concepto deportivo de *fair play* o "juego limpio" para nuestro idioma. Aplicado al mundo jurídico, y específicamente al de las garantías de la persona frente al poder estatal, pero también ampliándolo a la actuación de las contrapartes en el proceso judicial, se trata sencillamente de invalidar cualquier clase de evidencia obtenida sobre la base actos o medios que hayan vulnerado derechos de manera ilegal o arbitraria.

Es importante la aclaración, pues es ciertamente posible, y de hecho está regulado en la ley, que el Estado ejerza acciones que vulneran derechos, como por ejemplo un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones que hayan sido ordenadas de acuerdo a los requisitos legalmente establecidos, como también que en ese curso de acción se obtengan evidencias de cargo para la persona acusada. El punto dirimente, entonces, no es la vulneración de derechos dada, como dimos el ejemplo, por el avance en un ámbito de intimidad

protegido constitucionalmente, sino que tal accionar cumpla con los requisitos diseñados en el régimen legal correspondiente para ser considerado un medio legal o lícito, consecuencia de un juego limpio y no producto de un juego sucio.

Cuando ese requisito no se cumpla, pues allí entonces opera la regla que excluye la prueba (evidencia, para ser más específicos) ilegal y consecuentemente impide que pueda ser tomada en cuenta, y no solo para la resolución de la materia central del litigio, sino de cualquier decisión que deba ser tomada a lo largo del proceso (por ejemplo, no podría decidirse la detención cautelar de una persona sobre la base de un riesgo procesal que se dice comprobado a través de medios que fueron obtenidos ilícitamente).

Por eso es que el dispositivo legal en cuestión enuncia (ejemplificativamente, a nuestro juicio) una serie de medios, que se consideran ilícitos, a partir de los cuales pudiese obtenerse elementos o evidencia incriminante. El denominador común, más allá de la ejemplificación del texto legal (que está muy bien, por cierto), viene dado, según entendemos, por la vulneración ilegítima, cualquiera sea su grado o magnitud, directa o indirecta, de derechos o garantías inherentes a la persona, ya sea que la actividad o el acto en cuestión haya sido desplegado, como acertadamente indica la norma, por particulares o funcionarios públicos.

Desde luego que el artículo que comentamos debe ser leído en clave con el artículo 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el cual se halla expresamente establecido que son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de aquellos; por lo tanto, aquí se observa, una vez más, el carácter de reglamentación constitucional que se adjudica a un régimen procesal penal como el que analizamos.

Como tal, además, debe ser complementado con el artículo 107 del Código Procesal Penal de la Ciudad, en tanto este último dispone que los elementos de prueba solo serán admisibles cuando sean obtenidos por medios lícitos y sean incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del código, debiendo aclarar que el espacio de protección no queda limitado, ni mucho menos, por el principio de amplitud probatoria consagrado en el artículo 106 del referido cuerpo legal, pues ese mismo dispositivo recuerda que los medios de prueba a los que se recurra deberán respetar los principios contemplados en ese código.

Es cierto también que la vigencia de una regla así, aunque no estuviese escrita, se desprende necesariamente del sistema general de garantías y del derecho de defensa en juicio y debido proceso legal; no obstante, su específica previsión legal no hace más que reforzar la idea o paradigma del "juego limpio", sobre todo en casos en que el sentido y alcance de la regla debe ser interpretado y puesto en práctica en salvaguarda de derechos de niñas, niños y adolescentes.

En definitiva, se trata ni más ni menos más que de la conocida teoría de la regla de exclusión y del fruto del árbol venenoso, sobre la cual no creemos necesario extendernos a los fines de aportar una mirada particular sobre el texto legal que comentamos aquí, pues, también hay que decirlo, su aplicación práctica exhibe una casuística voluminosa que, sin duda, demandaría la realización de una obra analítica especial, pues se conecta como herramienta neutralizadora de toda evidencia que haya sido obtenida en violación de garantías y, como tal, debe estar necesariamente conectada a un estudio o evaluación previa de la vulneración de aquella.

Sin perjuicio de eso, creemos que seguramente alcanzará con aludir a la importancia de la regla en cuestión dentro de un verdadero sistema de garantías, lo cual queda reflejado no solo en el temprano reconocimiento que le han dispensado tanto nuestra Corte Suprema como su par de los Estados Unidos, sino también en la evolución y ampliación que ha tenido a lo largo de su tratamiento jurisprudencial por parte de esos tribunales.

En tal sentido, debemos reconocer que el Máximo Tribunal argentino ha sido pionero en ese campo, si es que lo comparamos con la Corte Suprema de los Estados Unidos,[136] pues en nuestro medio se

136. Allí la regla de exclusión tiene origen en los tribunales federales desde 1914 (Weeks v. U.S.), mientras que, en los estatales, como imperativo constitucional, desde 1961 (Mapp v. Ohio). En cuanto a la conceptualización del tema, es interesante lo dicho en "United States v. Leon" –468 U.S. 897 (1984)–, parágrafo Nº 931 y 941 del voto del juez Brennan: "la pérdida de la prueba es el precio que paga nuestra sociedad por gozar la libertad y la privacidad salvaguardadas por la cuarta enmienda" y que de ese modo "algunos criminales quedarán libres no [...] porque el policía cometió un desatino, sino porque la actuación oficial ajustada a las exigencias de la cuarta enmienda hace mucho más difícil atrapar a los criminales. Entendida de este modo, la enmienda prevé directamente que cierta prueba confiable e incriminatoria estará perdida para el Gobierno; por lo tanto, no es la regla de la exclusión, sino la enmienda misma, la que ha impuesto este costo". La idea del fruto del árbol venenoso es más añeja, pues surge en

aplicó por vez primera, más allá de las catalogaciones o definiciones teóricas, en el conocido y célebre caso "Charles Hnos.",[137] que data del 4 de agosto de 1891. Lo irónico del tema es que, consagrada como pionera a raíz de aquel fallo, la Corte prácticamente no volvió a tocar el asunto hasta el fallo "Montenegro",[138] del 10 de diciembre de 1981. La verdad es que resulta difícil pensar que no hubo casos similares llevados a la Corte y con posibilidad de ser resueltos del mismo modo en el lapso de 90 años transcurridos entre uno y otro fallo.

A partir del primer fallo, llegando hasta la actualidad, y casi completamente luego del segundo, podríamos referenciar varios pronunciamientos de la Corte, como así también agudizar la mirada, ponernos estrictos y encontrar algunos vaivenes en todo ese camino, ya que también hay que decir que en ciertas ocasiones el Tribunal Supremo aplicó (o no aplicó) la regla de un modo algo particular y tal postura significó un retroceso,[139] que luego, por suerte, fue superado.[140]

En ese contexto nos parece interesante sintetizar algunos argumentos, ya que siguen siendo la razón de ser de la regla en cuestión. En primer lugar, no queda duda que desde su origen el tema fue abordado desde una perspectiva ética con una fuerte postura deontologista, por oposición al consecuencialismo ético, pues en el citado caso "Charles Hnos.", en el que estaba en tela de juicio el valor que podía otorgarse a evidencia documental obtenida por medio de un allanamiento ilegal, la Corte señaló que

> Auténticos o falsos dichos documentos, no pueden servir de base al procedimiento ni al juicio: si lo primero, porque siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley,

1926 con el conocido caso "Silverthorne Lumber & Co. vs. U.S.", en el que básicamente se entendió que el Estado no puede intimar a una persona a que entregue documentación cuya existencia ha sido descubierta por un allanamiento ilegal. Pero su enunciación como "fruit of the posonous tree" aparece por primera vez en 1939, en el caso "Nardone v. U.S.", donde se argumentó que debían excluirse no solo las grabaciones ilegales de conversaciones, sino toda la evidencia conseguida como consecuencia de esas grabaciones, pues el procedimiento ilegal se proyecta a todos los actos que son su consecuencia y que se ven alcanzados por la misma ilegalidad, por ser su "fruto".

137. CSJN, Fallos: 46:36.

138. Ibídem, Fallos: 303:1938.

139. Ibídem, Fallos: 313:1305, "Fiscal c/Fernández".

140. Ibídem, Fallos: 317:2006, "Daray".

> aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles; si lo segundo, porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno.

De allí se abre paso a la consecuencia lógica inmediata de la regla, si es que verdaderamente se le quiere dar entidad, por medio de la cual también carece de validez toda evidencia que tenga relación directa con el acto ilícito, tal la doctrina del fruto del árbol envenenado, como sucedió en "Fiorentino",[141] en donde se resaltó que

> Establecida la invalidez del registro domiciliario, igual suerte debe correr el secuestro de marihuana practicado en esas circunstancias. Ello así, pues la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.

La regla, asimismo, debe complementarse con la proyección del espacio de protección en casos de vulneraciones ilegítimas sufridas por terceros, en cuya base se pretendiese sustentar la imputación contra una persona que no fue objeto, ni sufrió directamente el acto lesivo. Este complemento clave de la regla, que sigue vigente en la doctrina del Máximo Tribunal,[142] fue abordado en el precedente "Rayford",[143] el cual tiene una relevancia especial en la materia específica que nos ocupa aquí al comentar esta ley penal juvenil, pues los agravios no fueron planteados por quien sufrió directamente el acto estatal legítimo (el allanamiento ilegal se produjo en el domicilio de Rayford), sino por otras personas que fueron acusadas en el trámite de la causa y como

141. Ibídem, Fallos: 306:1752.

142. Se aplicó con especial vigor en el caso "Paulino" (no publicado en tomo de "Fallos" (su cita es "Paulino, Oscar Ceferino s/recurso extraordinario federal", expediente P. 528. XLVI. REX, resuelto el 17/09/2013), en medio de una grave imputación, en el cual la Corte Suprema resolvió remitiéndose a los fundamentos del procurador general.

143. CSJN, Fallos: 308:733, 13/05/1986.

consecuencia de aquella medida, quienes eran menores de edad al momento de los hechos.

Como contracara de todo esto, una mirada detenida del tema tiene que poner el foco sobre la llamada teoría de la fuente independiente, destinada a mantener la vigencia de un caso en el que se hayan verificado circunstancias que hacen operativa la regla de exclusión y el fruto del árbol envenenado, argumentándose la posibilidad (la certeza, tal como puede interpretarse en "Daray"[144]) de llegar al mismo resultado a través de otra vía "limpia" (apelando a la dialéctica deportiva utilizada al principio del presente comentario).

Artículo 24. Duda
En caso de duda, los/as Jueces/zas deciden siempre lo que sea más favorable para el/la imputado/a, en cualquier instancia del proceso.

La sencillez de la redacción en este artículo permite dotar a la regla de una amplitud suficientemente garantizadora. Notemos que el dispositivo no utiliza tecnicismo, ni frases en latín, que obligatoriamente nos remiten, cuando eso sucede, a un condicionamiento conceptual que tiene que comulgar con otros conocimientos o interpretaciones y eso da lugar a que, en ciertas oportunidades, la dimensión de la regla jurídica quede sujeta a condicionantes. Acá el artículo es simple y directo, porque utiliza las palabras "duda", "deciden", "favorable" y finaliza con el segmento "en cualquier instancia del proceso".

Está claro que la regla es corolario del principio de inocencia,[145] cuyo análisis ya efectuamos al comentar el artículo 13 de esta ley (pasaje al cual nos remitimos), como así también que se presenta como la contracara del principio que deposita en el acusador la carga de comprobar los extremos de la acusación, y no al revés con respecto a quien

144. Allí se dijo: "No es suficiente que a través de un juicio meramente hipotético se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio, es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado".

145. CSJN, Fallos: 213:269; 287:212; 329:5628 y 6019; 339:1493, entre otros.

soporta la imputación en referencia a su inocencia, pues de ella se parte como principio político.[146]

El diccionario de la Real Academia Española[147] define la palabra "duda" como: "Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de una noticia". En efecto, se trata de un estado del ánimo en relación a un determinado objeto de estudio o conocimiento, como lo son, también, la probabilidad o la certeza. En el ámbito jurídico procesal se lo vincula casi con exclusividad en relación al objeto de juzgamiento como hipótesis acusatoria, de manera que respecto de ella es que, con los elementos que puedan obtenerse en el proceso judicial, es que podrán conformarse aquellos estados del ánimo, y por eso es que la aplicación estricta de la regla, para algunos, tiene operatividad exclusiva en el momento final: la sentencia. De modo que una posible definición, entre tantas y conocidas, sería que solo frente a un estado del ánimo que permita afirmar todos los extremos de la imputación (certeza positiva), excluyendo toda posibilidad de una duda razonable, habilitará a dictar una sentencia de condena y, como contrapartida, en cualquier otro caso, deberá absolverse.

Pero, como dijimos antes, la letra del dispositivo legal que comentamos es gratamente más amplia, pues refiera a la "decisión" del órgano jurisdiccional y no a la "sentencia" u otra categoría más estricta de decisión judicial, de modo que la primacía de aquello que resulte más favorable (en nuestro caso, al niño, niña o adolescente imputado/a) opera respecto de cualquier clase de decisión y esto debe ser entendido en sentido amplio, más aún en la temática específica penal juvenil. Asimismo, la funcionalidad de la regla impera en "cualquier instancia del proceso", lo cual permite, complementariamente con lo dicho antes, dejar de lado las disquisiciones relativas al momento procesal en el que la duda, como estado del conocimiento, inclina la balanza en un sentido.

Esto es sumamente importante, porque la letra del presente artículo sintetiza un espacio de reglamentación y garantía más amplio a favor de la persona imputada si es que lo comparamos con otros dispositivos, como por ejemplo su espejo, más limitado, por cierto, del artículo 2 del Código Procesal Penal de la Ciudad, Ley Nº 2303, en tanto dispone en la

146. Ibídem, Fallos: 324:4039.

147. Disponible en: https://dle.rae.es/duda [fecha de consulta: 14/12/2020].

parte pertinente que: "En caso de duda sobre cómo ocurrieron los hechos investigados deberá estarse a lo que sea más favorable al/la imputado/a".

Ahora, más allá del momento de operatividad plena de la regla (y las discusiones doctrinarias a que ello puede dar lugar), es importante remarcar que la duda, así como la definimos, en el desarrollo de un proceso penal puede adquirir relevancia para el análisis de diversos aspectos, tanto en la temática de fondo como en cuestiones precautorias, de manera que la casuística, como sucede con otros institutos, llega a ser muy variada y repercute en la evaluación, por caso, de los extremos relativos a la determinación de la participación en el hecho de una persona, en la existencia misma de la conducta atribuida, en el aspecto subjetivo de la imputación, en circunstancias agravantes de la figura penal básica, requisitos subjetivos del tipo diferentes al dolo, como así también como límite interpretativo de una norma penal.[148]

Incluso puede interpretársela como una exigencia práctica aplicada a la posición del órgano jurisdiccional frente a la valoración de la teoría del caso sobre la que se apoya la defensa material, en tanto el Máximo Tribunal ha señalado que

> … resulta decisivo que el juez, aun frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal.[149]

148. Como puede leerse a partir de lo dicho por la Corte Suprema en el caso "Antiñir", Fallos 329:2367, en cuyo voto mayoritario (cuya conclusión sobre el tema de fondo no compartimos, pero su cita es importante en lo que respecta a la operatividad de la duda como corolario del principio de inocencia y el abordaje interpretativo de una norma penal), se sostuvo: "9) Que el *in dubio pro reo* prohíbe toda interpretación de una norma a partir de la cual se derive la existencia de una presunción directa o indirecta de culpabilidad (conf. Salas Holgado, Ángela, "El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 40, p. 665 y ss., esp. p. 686). En consecuencia, la distinción entre cuestiones de derecho material y de derecho procesal, además de no ser siempre sencilla, tampoco resulta necesariamente fructífera. Así, en el caso de la presunción constitucional de inocencia, se prohíbe la inversión de la carga de la prueba en forma general, sea que ella se concrete por la vía del derecho procesal o del derecho de fondo".

149. CSJN, Fallos: 342:2319.

En cuanto a la incidencia de la duda, por ejemplo en cuestiones relativas a la determinación de los requerimientos subjetivos de una figura penal, puede verse en el reconocimiento que así le ha asignado la Corte Suprema en el conocido caso "Vega Giménez",[150] relativo a la Ley N° 23737, en tanto señaló:

> Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado. De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, *favor rei*, impide el juicio condenatorio que solo admite la certeza.

En el tema especial de nuestra competencia en materia penal juvenil, hay que dimensionar la cita hecha por el Comité de los Derechos del Niño, tanto en su Observación General Nº 10, párrafo N° 42, con referencia al artículo 40 de la Convención especial, al decir que tendrá el beneficio de la duda el niño/a del que se alegue o acuse que ha infringido las leyes penales, y que solo podrá declarársele culpable en caso de haberse demostrado tal circunstancia "más allá de toda duda razonable", como también en la Observación General Nº 24, recientemente dictada, que suplanta a la anterior, en tanto refiere en su párrafo Nº 43 que

> La presunción de inocencia exige que la carga de la prueba se encuentre en cabeza del acusador, más allá de la naturaleza del delito. El niño tiene el beneficio de la duda y solo resulta culpable cuando el representante del Ministerio Público Fiscal haya probado su acusación más allá de toda duda razonable. Las conductas sospechosas de los niños no deben llevar a una declaración de culpabilidad, ya que esta se puede deber a una falta de entendimiento sobre el proceso, de madurez, o relacionarse con un sentimiento de miedo u otro motivo.

Un aspecto fundamental y muy necesario para dejar aclarado, que tiene trascendencia en la situación de toda persona imputada a los efectos del análisis de aristas que pueden llegar a neutralizar, por distintos motivos, la sujeción al proceso y disponer una decisión liberatoria

150. Ibídem, Fallos: 329:6019.

(entendida en sentido amplio), refiere a cómo juega la regla en esos casos y respecto a la comprobación de las circunstancias, fácticas o jurídicas, que pueden llevar a confirmar esa decisión. Eso es así, porque, como vimos, la regla de decisión a favor de la persona imputada, opera en forma negativa, por ejemplo, en su dimensión más conocida, en tanto impedimento de la posibilidad de afirmar procesalmente la existencia del hecho atribuido, de la participación en aquel, del dolo requerido, de los especiales requerimientos subjetivos distintos del dolo, etcétera.

Por el contrario, la regla se manifiesta por la positiva en casos donde la duda se impone al momento de analizar la existencia de circunstancias que neutralizan la imputación (dicho esto en sentido amplio), como puede suceder con las causas de justificación o de inculpabilidad.

Así lo ha resuelto la Corte Suprema[151] al señalar, con cita de Núñez, que

> … la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, e inculpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación". ("*In dubio pro reo*, duda sobre la ilicitud del hecho", La Ley, 48-1 y ss.).

Maier[152] coincide y sostiene que la regla actúa en casos de falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de inculpabilidad, aplicándose de modo inverso al de otros supuestos (como por ejemplo lo relativo a la imputación); por ello, ante la duda sobre la existencia de una causa de inculpabilidad, la regla impone que deba considerársela como existente.

En el mismo sentido, Navarro y Daray[153] al analizar la regla del artículo 3 de la Ley N° 23984, otorgándole justamente la significación constitucional derivada del artículo 18 ya citado anteriormente, puntualmente con cita de Cafferata Nores.

Tal vez una de las reflexiones más agudas al respecto, en cuanto a la generalidad de la regla y el sentido, si se quiere, teleológico del asun-

151. CSJN, Fallos: 324:4039, remitiéndose al dictamen del procurador fiscal.

152. Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª edición, 2ª reimpresión, 1996, p. 500 y ss.

153. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 5ª ed. actualizada y ampliada, 2014, T. 1, pp. 75 a 77.

to, y como tal a modo de conclusión y cierre del presente comentario, sea la de Ferrajoli,[154] en tanto nos dice que

> La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente resulte castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune [...] La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado, viene garantizada por el principio in dubio pro reo.

Artículo 25. Solución del conflicto
La imposición de la pena a la persona menor de dieciocho (18) años de edad se impone como último recurso. Los/as Jueces/zas Penales Juveniles procuran la resolución del conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en esta ley.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 37.b, complementariamente con el numeral 19 de las Reglas de Beijing y el Nº 2 de las Reglas de La Habana, establece una de las pautas más trascendentales del sistema de garantías en materia juvenil y esto repercute como canon limitador de la acción estatal tanto en su faz sustancial como procesal al establecer: "... La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". Así, permite colegir que el principio de excepcionalidad y limitación temporal se aplica tanto a una consecuencia penal, como la sanción privativa de la libertad, y a toda medida de encierro que pretenda responder a otros fines mientras dura la tramitación de un proceso judicial determinado.

El principio de excepcionalidad de la pena, a su vez, va de la mano, y de allí que se lo mencione en el mismo dispositivo, con la necesaria e insoslayable posición institucional expresada justamente aquí, en punto a la búsqueda de la mejor solución del conflicto, en lugar de la rígida e inflexible persecución de objetivos propios de "otros mundos",

154. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, España, Editorial Trotta, 1998, p. 105.

como por ejemplo la "búsqueda de la verdad real", en cuya indagación se han cometido graves violaciones a los derechos individuales a través de la utilización (legalizada y reglamentada) de la autoproclamada reina de las pruebas (confesión bajo tortura) para descubrir "la verdad".[155]

En la materia específica que tratamos rige el paradigma de una administración de justicia que busca objetivos específicos (distintos y antagónicos al mero punitivismo enmarcado en la represión y el castigo de conductas constitutivas de delito) que están enfocados especialmente en la persona, en tanto sujeto de derechos, como también, coherentemente con eso, la resolución del litigio mediante métodos alternativos al derrotero que en definitiva culmina con una sentencia, en tanto y en cuanto aquello no signifique relegar ni desvirtuar el esquema de garantías y derechos de la persona imputada.[156]

En ese marco tiene sentido que en el mismo artículo el legislador haya expresado, por un lado, el apego al principio de excepcionalidad de la pena, como también, por otro, teleológicamente ligado, la búsqueda de la solución del conflicto. En nuestra opinión, podríamos decir que, si la pena resolviese el conflicto, así como así, sin más ni más (una entelequia, por cierto),[157] entonces esta disposición legal no tendría sentido; como eso no sucede, por motivos cuya explicación excede el marco de análisis del presente comentario, la postura institucional es diferente y queda plasmada en este artículo.

Digamos entonces que el artículo en análisis remite a los principios contenidos en la propia ley de la cual forma parte, de modo que

155. Es interesante la plegaria que el inquisidor Pablo García, secretario de la Suprema de Madrid, recomendaba expresar a los inquisidores antes de comenzar con los tormentos: "Consideradas la evidencia y las características de este caso, tenemos razones para sospechar del prisionero, y concluimos que debemos condenarlo a ser interrogado por medio de la tortura, la cual ordenamos que dure el tiempo necesario para obtener la verdad acerca de las acusaciones hechas en su contra. Además, declaramos que si el prisionero muere o queda herido o se desangra o pierde alguna extremidad durante la tortura, él será el culpable y único responsable, y no nosotros, porque él se habrá negado a decir la verdad" (Green, Toby, *La Inquisición. El reino del miedo*, Barcelona, Ediciones B, 2008, p. 93).

156. Comité de los Derechos del Niño, OG Nº 10, párr. 69.

157. Al respecto, nos remitimos a un análisis más extenso que tuvimos oportunidad de publicar hace ya algún tiempo, en *Compendio Jurídico de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, N° 39, Editorial Errepar, abril de 2010, pp. 251-283, bajo el título: "La resocialización como objetivo de la pena privativa de la libertad. Visión crítica y reconocimiento de la necesidad de un cambio".

obliga al intérprete a, por lo menos, tener presente no solo los dispositivos que regulan los métodos alternativos de resolución legislados entre los artículos 53 a 77, sino también, por sistematicidad orgánica y apego a constitucional y convencional, la normativa que fluye del cuerpo jurídico internacional específico en la materia.

En ese sentido, del material jurídico aplicable surge claramente el principio de des-judicialización y resolución anticipada y/o por mecanismos diferentes al estandarizado trámite judicial del conflicto, y esto es aplicable, en principio, a cualquier figura penal, sea que se la considere leve, moderada o grave, pues ni siquiera esta última circunstancia (la "gravedad" del hecho) habilita, por sí misma, la necesidad de aplicación de pena, tal como se desprende del precedente "Marteau"[158] de la Corte Suprema con cita de "Maldonado", sobre lo cual debe tenerse especialmente en cuenta la doctrina del caso "Mendoza vs. Argentina".

Al respecto, por solo citar algunos ejemplos, podemos traer a colación lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño,[159] en cuanto a que la mayoría de los casos de niñez en conflicto con la ley penal son leves, por lo cual los Estados deben tener a su alcance toda una serie de medidas, a la luz del artículo 40.1, CDN, que supongan la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores, evitándose la estigmatización que ello genera, y prefiriéndose la reorientación hacia servicios sustitutorios como, por caso, la remisión. En la misma línea argumentativa razonó la Comisión IDH,[160] al recomendar a los Estados que respeten el principio de excepcionalidad, limitando la intervención del sistema de justicia juvenil y la aplicación de sanciones a casos verdaderamente excepcionales, luego de haber considerado otras alternativas disponibles.

La Corte IDH[161] también ha tenido oportunidad de emitir su opinión en tanto resaltó que

> Las normas internacionales (Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 de Beijing y 57 de las Directrices de Riad) procuran excluir o reducir la "judicialización" de los problemas sociales que

158. CSJN, Fallos: 332:512, consids. 6 y 7.

159. OG Nº 10, párrs. 24 a 27.

160. Comisión IDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, *op. cit.*, en la recomendación del punto 13.d.

161. O.C. Nº 17/2002, párr. 135.

> afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad.

Esas mismas razones demandan idéntica consideración de los postulados jurídicos que demarcan la conceptualización de una sanción privativa de la libertad, tanto en lo que refiere a sus condicionamientos para ser impuesta, su contenido, duración, objetivos, etcétera, pero en especial con el paradigma de excepcionalidad que fluye del artículo 37.b de la Convención, las normas complementarias que mencionamos al inicio del presente comentario y, claro está, también la consideración de normativa local, como por ejemplo la previsión del tema en las Directrices para la Justicia Penal Juvenil, en tanto sus numerales 15 y 16 establecen la prioridad de medidas alternativas a los procedimientos judiciales y a la privación y/o restricción de la libertad ambulatoria, como la catalogación de la privación de libertad como medida de último recurso, con la demanda de fundamentación inversa (en el sentido de sustentar tanto la necesidad de la detención, ya como pena, ya como medida durante el proceso, pero también la explicación de los motivos por los cuales no procede en el caso una alternativa distinta y menos rigurosa).

Este paradigma general responde justamente al efectivo reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como verdaderos "sujetos de derechos", y no como "objeto de tutela", que por razón de su edad transitan una especial etapa de la vida en la que se dan determinadas particularidades y son imprescindibles ciertas atenciones, tanto institucionales como subjetivas de cada quien, además de la nocividad manifiesta de todo proceso de encierro y sobre todo en casos de niñez.

El sistema de principios, derechos y garantías reconoce, por tanto, una menor culpabilidad de ese colectivo de personas, dada su edad

y consiguiente estado de vulnerabilidad,[162] como el encontrarse en un estadio de desarrollo de la personalidad, emocional e intelectual,[163] en medio de lo cual la pena privativa de la libertad no puede sino quedar limitada a una consecuencia estrictamente de riguroso último recurso.

En ese sentido, la Comisión IDH[164] se ha pronunciado de la siguiente forma:

> … el Estado debe limitar la intervención penal al mínimo, […] ya que los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad. No debe emplearse, por tanto, el *ius puniendi* estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor.

Así también, ha señalado[165] que

> … en aquellos casos en los que se establezca la responsabilidad penal de adolescentes por delitos graves a los que correspondan penas privativas de libertad, el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado debe regirse por el principio del interés superior del niño. Tal es el sentido del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño citado en la sección anterior. Una política criminal que en lo relativo al tratamiento de niños, niñas y adolescentes infractores esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil.

De manera que

> … en el caso de los niños, niñas y adolescentes, el ejercicio del poder punitivo de los Estados no solo debe observar de manera estricta las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino además tomar en especial consideración la situación distinta en la que aquellos se encuentran y las necesidades especiales de protección. Esto aplica tanto para la determinación de la responsabilidad penal como para la aplicación de las consecuencias de dicha responsabilidad.

162. Regla Nº 5 de las Reglas de Brasilia.

163. Comité de los Derechos del Niño, OG Nº 10, párr. 10.

164. Informe 41/99, párr. 116.

165. Informe 172/10, párrs. 146 y 149.

Este complejo entramado normativo permite considerar, entonces, que la cuestión queda atravesada, con acierto, por la primacía del interés superior (art. 3.1, CDN) que junto a la operatividad del sistema de reglas lleva a consagrar una síntesis del siguiente tenor:

i. consideración especial del interés superior del niño como criterio general y efectivo cumplimiento de los derechos y garantías,[166] teniéndose presente el plus de derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes respecto de adultos, habida cuenta su condición especial.[167]

ii. que la privación de la libertad lo sea como último recurso, solo para los casos más graves y durante el período más breve posible, sometida a revisión periódica y eventual sustitución por una medida menos gravosa y con atención a que el encarcelamiento en sí mismo tiene efectos nocivos.[168]

iii. privación de la libertad con finalidades consecuentes con el estándar de derechos y garantías del corpus iuris internacional y desprovista de fines meramente punitivos, pues deberá ser apropiada para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social, en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad de la persona y propenda con su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca su respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros, para que asuma una función constructiva en la sociedad.[169]

Artículo 26. Interpretación restrictiva y analogía
Todas las normas que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de los derechos de las partes o establezcan sanciones procesales se interpretan restrictivamente.

166. CDN, art. 3.1; RB art. 17.4 y Ley N° 26061, arts. 3 y 29; Comisión IDH, Informe 172/10, parágrafo 146; TEDH "Blokhin vs. Rusia", del 23/03/2016.

167. Corte IDH, O.C. 17-2002, párr. 54 y CSJN, Fallos: 328:4343, consid. 32 del voto mayoritario.

168. CDN, art. 20, 37.b; RB, art. 17.1 y 19.1; DR, art. 46; RH, art. 1 y 2; Reglas de Tokio, art. 11.2; Ley N° 26061, art. 19 "derecho a la libertad", en sintonía con art. 36; CSJN, Fallos: 328:4343, consid. 23° y Comisión IDH, Informe 41/99, parágrafo 116.

169. Ibídem, arts. 37 a 40; RB, art. 5.1 y 26; RH, art. 12; Corte IDH, caso "Villagrán Morales y otros –Niños de la calle"–, 19/11/1999, párr. 185 y CSJN, Fallos: 328:4343, consid. 22.

La analogía solo está permitida en cuanto favorezca la libertad de la persona menor de dieciocho (18) años de edad o el ejercicio de sus derechos y facultades.

El texto del presente artículo reconoce similares redacciones tanto anteriores como posteriores ordenamientos procesales, que pueden encontrarse, por ejemplo, en el código procesal de la Ciudad, Ley N° 2303, artículo 1,[170] como también en el Código nacional, Ley N° 23984, artículo 2,[171] y en el más reciente Código Procesal Penal Federal, Ley N° 27482, artículo 14.[172]

Se trata de una pauta hermenéutica que viene fijada por el legislador y está dirigida principalmente al órgano jurisdiccional en su rol decisorio, pero también aplica para el Ministerio Público Fiscal en tanto deba realizar peticiones o formular solicitudes, por intermedio del funcionario/a público/a que representa a ese organismo, que puedan tener injerencia en los diferentes aspectos a que alude la norma.

Nos parece importante distinguir justamente esos diferentes aspectos mencionados y respecto de los cuales viene fijada por ley la pauta hermenéutica restrictiva, ya que no en todos los casos implica lo mismo desde el punto de vista de las partes y, principalmente, de la persona sometida a proceso judicial.

En relación a las normas que coarten la libertad personal, surge claramente que se refiere y ampara a la persona imputada, pues es ella exclusivamente quien puede llegar a sufrir algún menoscabo a su libertad personal con motivo de la tramitación del proceso judicial, como también a raíz de una medida de carácter sustantivo como es la imposición de una pena privativa de la libertad. En estos aspectos la norma debe leerse rigurosamente en conjunto con la letra, sentido y alcance tanto del artículo

170. "Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente".

171. "Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía".

172. "Las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten un derecho deberán interpretarse restrictivamente. Se prohíbe la interpretación extensiva y la analogía de dichas normas".

anterior como del siguiente, además de todo el material que conforma el *corpus iuris* internacional en la materia penal juvenil. Esta es la forma más aguda de abordar el texto legal en lo que refiere a este primer aspecto, pues, en definitiva, similares redacciones las encontramos en ordenamientos procesales aplicables a las personas adultas, de modo que es necesario, plus de derechos mediante en casos de niñez, asociarle a ese texto similar alguna pauta de reforzamiento que lo distinga, y robustezca la protección legal, para los casos de niños, niñas y adolescentes.

La segunda temática, sobre la cual se aplica la interpretación restrictiva fijada *ministerio legis*, es la del ejercicio de los "derechos de las partes". Acá se recurre a una mención expresa que abarca genéricamente a "las partes" que actúan en el proceso, lo cual, en nuestra opinión, no resulta acertado porque extiende, injustificadamente, el concepto de ejercicio de derechos a partes que no son personas humanas y, por tanto, además del rol que ejercen, no pueden ser consideradas titulares de derechos.

En efecto, la generalidad del texto legal podría dar lugar a que se interprete que también ampara al Ministerio Público Fiscal, cuando el artículo demanda al intérprete de la ley para que despliegue una tarea hermenéutica restrictiva de las disposiciones que coarten el ejercicio de un derecho de las partes. Frente a eso, debemos mencionar que, en rigor jurídico, ese Ministerio no es sujeto de derechos, ni garantías judiciales, de manera que no puede invocar (a través de quien lo represente en un trámite judicial) derechos que son inherentes a la persona humana y tienen reconocimiento convencional, sino que, en todo caso, en su carácter de organismo público, más que derechos tiene deberes y obligaciones legales que responden a funciones constitucionalmente consagradas.[173]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación[174] ha sido contundente en este sentido, al decir que "... las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes".

173. En el ámbito de la CABA, según los arts. 124 a 126 de la Constitución.
174. CSJN, Fallos: 320:2145.

Esa parte de la norma, entonces, tiene que ser entendida en clave con el compendio de derechos y garantías judiciales que el código reconoce a las personas, en clave con la interpretación amplia o extensiva de derechos que emana, por ejemplo, del artículo 29, CADH, también receptada por el Máximo Tribunal del país en Fallos: 331:858.

Con respecto a las sanciones procesales entendemos que la norma debe ser leída, por un lado, con respecto a los dispositivos legales de los cuales pueden surgir menoscabo de los derechos de individuales o garantías judiciales, de modo que, en tales casos, procede la interpretación restrictiva de aquellas, tal como demanda el artículo, para limitar al máximo su declaración por parte del órgano jurisdiccional.

Por el contrario, creemos que la norma también se refiere a sanción procesal en referencia a la posible declaración de invalidez de un acto dentro del trámite judicial de que se trate, lo cual puede ser vinculado, a primera vista, con el sistema de nulidades. En estos casos podemos decir, en sentido genérico (nulidad, invalidez, etc.) que la interpretación restrictiva que demanda el texto legal (y que daría como resultado justamente mantener la validez de un acto, por ejemplo, atacado de nulidad) debe ser entendida como suma cautela en casos en que el cuestionamiento del acto (y la consecuente sanción perseguida por parte de quien se considera agraviado) responde a la vulneración de un derecho individual o una garantía judicial.

Tenemos presente, por caso, el criterio consagrado por la Corte Suprema, en cuanto a que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, como también que no se admite la nulidad por la nulidad misma, sino solo cuando efectivamente se lesiona el interés de las partes,[175] pero eso no es óbice para promover una interpretación de la presente norma que comentamos en un sentido garanti35zador de los derechos individuales, por oposición a la que postula la permanencia de actos que no cumplan con las disposiciones legales que, para esos efectos, fueron previstas y que, por tanto, demandan su cumplimiento por parte de los funcionarios públicos a quienes se dirige el deber legal.

En relación a la prohibición de analogía, está claro que el texto legal se refiere a la analogía en perjuicio (*in malam partem*) para la persona imputada y que, además, rige tanto en materia penal de fondo

175. Ibídem, Fallos: 321:929.

(no obstante los límites e institutos propios que rigen en campos de la ciencia penal como por ejemplo la dogmática), como también en lo que refiere a normas procesales, con la salvedad, acertada por cierto, en cuanto a su aplicación a favor y siempre y cuando favorezca la libertad de la persona menor de dieciocho (18) años de edad o el ejercicio de sus derechos y facultades, entendida esta última parte en sentido complementario con todo el sistema de derechos y garantías inherentes al estatus jurídico de niñez, de modo que se trata de un dispositivo que deberá ser "completado" en el caso concreto, mediando la evaluación del tema de que se trate a la luz del favorecimiento de los derechos de la persona imputada y eso sí, por lo tanto, debe ser llevado a cabo en sentido amplio, con la guía del principio de protección especial, trato diferenciado, plus de derechos e interés superior.

Artículo 27. Restricción a la libertad
Las medidas restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional, como último recurso y por el menor tiempo posible.

El presente debe ser leído en clave complementaria con los artículos 25 y 26, como también con los artículos 50 a 52; con el primero, pues surge como consecuencia del mismo paradigma de protección integral, más allá de señalar que aquel se refiere a la imposición de una consecuencia de carácter sustantivo (la pena) y el presente hace alusión a "medidas" restrictivas, apuntando más a una idea de restricciones durante el proceso (medidas cautelares o preventivas) que a una sanción sustantiva como lo es la pena y que ya tiene tratamiento legal en los artículos mencionados.

Con respecto al artículo 26, como quedó expuesto en el análisis anterior, el presente dispositivo se complementa justamente con la hermenéutica restrictiva de normas que coarten la libertad personal o restrinjan el ejercicio de un derecho, tal como en la especie podemos referir a la libertad ambulatoria constitucionalmente garantizada cuando es cercenada por la "prisión preventiva", por esas razones es que también caben aquí, y por eso se dan por reproducidas a efectos de no incurrir en reiteraciones innecesarias, gran parte de las consideraciones generales vertidas en el comentario de los artículos 26 y 27.

Al respecto, si bien la presente ley especial se refiere a la privación de la libertad durante el proceso como prisión preventiva al regular dicho instituto en el artículo 50 y siguientes, vale señalar que en otros ámbitos de regulación procesal se sigue recurriendo a giros lingüísticos que no solo han sido desautorizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino que, además, y de allí la descalificación del Máximo Tribunal, tales conceptualizaciones de una situación real de privación de libertad, relativizándola o asignándole otro estatus jurídico, ha sido, y sigue siéndolo, el punto de inicio de temperamentos arbitrarios que comulgan con el paradigma de la situación irregular y la necesidad consecuente de una "tutela" judicial en modalidad semejante a la de la ya derogada Ley N° 10903.

En tal sentido, merece reproducirse aquí lo dicho por la Corte Suprema[176] en orden a las llamadas "internaciones", cuando en realidad son verdaderas privaciones de la libertad de personas menores de dieciocho años de edad. Tal eufemismo, que no representa otra cosa más que un "embuste de etiquetas", ha sido, con total justicia, acertadamente desmantelado justamente por el Máximo Tribunal nacional en oportunidad de precisar que toda medida restrictiva de la libertad, llámese internación o disposición tutelar, representa lisa y llanamente una "detención":

> Que en lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el «embuste de las etiquetas.

Entonces, atendiendo al verdadero significado de los conceptos,[177] en la presente ley se aborda la prisión preventiva en casos de niños, niñas y adolescentes, con las limitaciones del ya mencionado artículo 50 y

176. Ibídem, Fallos: 330:5245 y 5294, ambos del 18/12/2007.

177. Regla Nº 11.b de las Reglas de La Habana: "Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".

siguientes, lo cual construye una sistemática que justamente restringe su imposición exclusivamente a los casos en los que justificadamente esa medida sea la única posible en el contexto particular del caso de que se trate, con una necesaria fundamentación también del porqué la inviabilidad de otra medida menos lesiva.

De modo que esta medida cautelar de prisión preventiva, como cualquier otra que tuviese injerencia negativa en la libertad de niños, niñas y adolescentes, quedará condicionada por las fronteras normativas estrechas que le impone la sistemática legal aquí comentada, concluyéndose que solo se podrán imponer aquellas, de un modo válido y legítimo, en casos verdaderamente graves y excepcionales (regla Nº 17.1.b de las Reglas de Beijing y Reglas Nº 1 y 2, Reglas de La Habana), mediando justificación relativa a su carácter de último recurso como consecuencia de no ser viable otras medidas menos lesivas (Comité de los Derechos del Niño, OG Nº 24, párr. 19 y Regla Nº 17 de las Reglas de la Habana, como también los puntos 15 y 16 de las Directrices sobre Justicia Juvenil y la recomendación Nº 7 del informe de la Comisión IDH anteriormente citado), con una limitación temporal que debe observar la mínima expresión posible en lo que hace a su vigencia, pero también entendiendo que en modo alguno tales medidas pueden considerarse como restitutivas de derechos (art. 19, 36 y 41, inc. "e", Ley N° 26061), además de la revisión periódica correspondiente.

Artículo 28. Condiciones de la privación de libertad
La privación de libertad solo puede cumplirse en establecimientos especialmente destinados a esos efectos.

En cuanto a la totalidad de los aspectos relativos a las condiciones en las que se ejecuta la privación de la libertad, ya sea con motivo del trámite de un proceso judicial (medida de coerción), ya sea como medida de carácter sustantivo (sanción penal propiamente dicha), podríamos decir que rigen los derechos y garantías que tienen los adultos[178]

178. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución del 17 de diciembre de 2015, como también los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión IDH.

en todo cuanto sea compatible con la situación específica inherente a niños, niñas y adolescentes, de modo que tales condiciones no puede constituir un menoscabo para este último grupo de personas, sino, antes bien, un piso mínimo garantías.

No obstante, como corolario del principio de especialidad, trato diferenciado y plus de derechos, en materia juvenil deben aplicarse indefectiblemente, por parte de todas las personas que de una u otra forma intervienen en el proceso judicial y más específicamente también en la materialización de la privación de libertad, el conjunto de normas que forman parte del *corpus iuris* del derecho internacional, como por ejemplo las Reglas de La Habana para la protección de los menores privados de libertad, como también las secciones pertinentes de las Reglas de Beijing.

El núcleo central de la cuestión podríamos acercarlo al numeral 12 de las Reglas de La Habana, en tanto declama que la privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de las personas, como también el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar la dignidad y un sano desarrollo, promover el sentido de responsabilidad e infundir actitudes y conocimientos que ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.

De todos modos, yendo a lo más específico, el artículo 28 que aquí comentamos refiere exclusivamente que la privación de libertad solo puede cumplirse en establecimientos especialmente destinados a esos efectos, de modo que la primera conclusión que surge es que la ley veda, de modo absoluto, cualquier clase de permanencia, por más mínima que sea, en un lugar que no haya sido concebido, ni se encuentre legalmente habilitado, para alojar personas privadas de la libertad.

Pero a eso que reclama la norma (el cumplimiento de la detención solamente puede llevarse adelante en establecimientos destinados específicamente a recibir personas privadas de la libertad) debemos agregar como exigencia, habida cuenta el grupo de personas del que hablamos y las condiciones y necesidades propias de la etapa de la vida en la que transitan, que dicho "lugar de alojamiento" reúna condiciones específicas para recibir niños, niñas y adolescentes privados de su libertad, ya sea como ámbito de admisión e inmediata derivación, ya sea como destino con cierto carácter de estabilidad, resultando absolutamente

improcedente, entonces, el ingreso a cualquier otro ámbito y, por supuesto, menos incluso a una dependencia policial de cualquier índole o denominación de que se trate (comisaría, alcaidía, brigada, etc.).

En el ámbito local, además, sobre tales lugares se aplican complementariamente las exigencias de las Directrices sobre Justicia Juvenil, en especial a partir del punto Nº 53, en tanto se resalta que el único derecho restringido en esos casos será la libertad ambulatoria, garantizándose la satisfacción de todos los restantes y con la intervención desde un abordaje integral de equipos técnicos interdisciplinarios especializados.

Se reclama, asimismo, la disposición de condiciones edilicias, de medio ambiente y seguridad que sean adecuadas y respetuosas de la dignidad humana, la condición de sujetos en desarrollo y las necesidades particulares de cada niño, niña y adolescente.

Artículo 29. Respeto a la diversidad cultural
Cuando se trate de hechos cometidos por miembros de un pueblo originario, se aplica en forma directa lo establecido en la Ley Nacional Nº 24071.

Si bien surge claramente la voluntad del legislador local en cuanto al respeto a la diversidad cultural, incluso en el ámbito penal juvenil, lo cual está muy bien, cierto es que la redacción de la norma podría haber sido otra, más amplia tal vez o por caso recurriendo a la ley nacional que expresamente dispone como aplicable, específicamente en lo que refiere, a eso apuntamos, cuando habla de "pueblo originario" del cual pueda resultar imputado uno de sus miembros.

Decimos esto porque la redacción de la Ley N° 24071 es más amplia y, por lo tanto, pareciera que el artículo 29 de la ley que comentamos incurriese en una disección del ámbito personal de aplicación más abarcador que establece la ley nacional. No obstante, atendiendo a los fines de la norma en cuanto a la protección de la diversidad cultural, esa observación técnica queda superada justamente por el paradigma propio del respeto a (todo) lo diverso.

Vale la aclaración porque, como adelantamos, la Ley N° 24071 es una norma a través de la cual se aprueba el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en

países independientes, adoptado en Ginebra, Suiza, en la 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, cuya copia autenticada forma parte de la ley.

El artículo 1 de ese convenio regula su ámbito personal de aplicación, lo cual se traslada al régimen penal juvenil que analizamos, vía su artículo 29, en tanto dice que se aplicará:

> a. a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
>
> b. a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todos sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En ese sentido es importante tener presente el criterio amplio asumido por la Corte IDH,[179] en tanto concluyó que su jurisprudencia sobre "pueblos indígenas" resulta también aplicable plenamente a "pueblos tribales", dado que comparten "… características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural", de manera que la perspectiva de respeto a la diversidad, fijada en el artículo 29 que comentamos, cuando se trata de niños, niñas o adolescentes imputados en un proceso judicial de carácter penal, es aplicable tanto a personas que integran uno u otro de esos grupos.

Debemos resaltar también que el convenio ante aludido, agrega que

> La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
>
> La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

179. Corte IDH, caso "Pueblo Saramaka vs. Surinam", párrs. 84-86.

En lo que respecta a la materia penal en general, el artículo 8 del Convenio citado dispone que

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Mientras que el artículo 9 expresa que

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Así, ante la eventualidad de la imposición de sanciones de carácter penal a personas que formen parte de los grupos amparados por el Convenio, vemos que su artículo 10 declama que: "1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la Legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento".

En definitiva, se trata de la consideración y atención a las particularidades propias histórico culturales del niño, niña o adolescente, cuyo origen provenga de uno de los grupos señalados (sin que sea necesario que al momento del hecho se encuentre efectivamente desa-

rrollando su vida dentro de ese grupo), a los efectos de robustecer los principios, derechos y garantías que le son inherentes y la respuesta estatal que debe brindársele frente a la imputación de que se trate.

Esto surge como corolario necesario del paradigma de respeto a la diversidad cultural sobre el cual la propia Corte IDH[180] se ha expedido específicamente en el caso de niños y niñas, en tanto se remarcó que el artículo 30, CDN, dispone una obligación adicional y complementaria que brinda contenido al artículo 19, ya que consagra la obligación de promover y proteger el derecho de los niños y niñas indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma.

De tal forma, se concluyó que, en la obligación general de los Estados, relativa a la promoción y protección de la diversidad cultural, también está incluida "… la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de aquellos". En ese sentido, debe entenderse que las garantías judiciales (es decir, el compendio y sistema de derechos y garantías relevado en el presente título, desde los arts. 8 al presente) operan en estos casos con mayor especificidad, atendiendo a las limitaciones del idioma, por ejemplo, como así también adecuándose a las necesidades propias del niño, niña o adolescente, las cuales deben ser superadas a su favor y a instancias de las propias autoridades estatales correspondientes, como parte integrante del "debido proceso en materia juvenil" al que aludimos desde el inicio de este análisis, al comentar el artículo 8 de la presente.

180. Corte IDH, caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", párr. 246.

TÍTULO III: JURISDICCIÓN

Martiniano Terragni*

Artículo 30. Juez penal juvenil. Competencia
El/la Juez/a Penal Juvenil conoce durante la etapa de investigación de todas las infracciones tipificadas como delitos por la legislación penal atribuidas a la persona que tenga entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad no cumplidos; y en su juzgamiento...

La Ciudad Autónoma comenzó a organizar su sistema judicial a través de la Ley N° 7.[1] Esta norma creó los tribunales de la Ciudad con una competencia plena,[2] pero dada la vigencia de la Ley N° 24588, la jurisdicción tenía vedada el ejercicio jurisdiccional en materia penal ordinaria, incluyendo el fuero de menores de la Justicia Nacional con sede en la Capital Federal. Por ello, solo se crearon dos fueros: el Contencioso, Administrativo y Tributario y el Contravencional y de Faltas.[3] Ese primer paso se completó a través de la sanción de la Ley orgánica

* Abogado. Especialista y magíster en Derecho Penal (UBA). Profesor Adjunto Regular del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado y de posgrado en las Universidades Nacionales de Buenos Aires, del Centro, de Córdoba, de San Martín y de Palermo.

1. Sancionada el 05/03/98, promulgada el 12/03/98 y publicada en el BOCBA N° 405 del 15/03/98.

2. Ley N° 7, Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, art. 7: "El Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires es ejercido por: 1- El Tribunal Superior de Justicia; 2- El Consejo de la Magistratura; 3- El Ministerio Público y 4- La Cámara de Casación en lo Penal, las cámaras de apelaciones en lo civil, en lo comercial, del trabajo, en lo criminal y correccional; los tribunales orales en lo criminal y de menores; las cámaras contencioso administrativo y tributario y en lo contravencional y de faltas; y los juzgados de primera instancia en lo civil, en lo comercial, en lo criminal y correccional, del trabajo, de menores, en lo contravencional y de faltas, de ejecución y seguimiento de sentencia, en lo contencioso administrativo, los tribunales de vecindad y el tribunal electoral" (redacción original).

3. La Ley N° 7 suspendió la implementación de una parte de la normativa a la espera de la celebración de convenios de transferencia con el Estado nacional en la cláusula transitoria primera: "Los artículos 29, 30, 31, 32, 36, 37, 38, 39 y 40 quedan suspendidos en su vigencia. El funcionamiento de estos tribunales queda sujeto al acuerdo que el Gobierno de la Ciudad celebre con el Gobierno Federal con el objeto de transferir los juzgados nacionales

del Ministerio Público que estableció un Ministerio Público Fiscal, un Ministerio Público de la Defensa y un Ministerio Público Tutelar.[4]

El cuadro legislativo local se completó inicialmente con la sanción de un Código Contravencional,[5] derogado por otro cuerpo normativo años después.[6] El procedimiento aplicable en ambos casos está regulado por la Ley N° 12.[7]

A posteriori, y de manera progresiva, se produjo una transferencia de las competencias penales acordados por las autoridades nacionales y locales, que se instrumentó mediante convenios aprobados por el Congreso Nacional y la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[8] Posteriormente, esta competencia penal fue ejercida a nivel local por el denominado fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

---

de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias, en los términos de la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires…"

4. La primera norma fue la Ley N° 21, sancionada el 16/04/98, promulgada el 08/05/98 y publicada en el BOCBA N° 450 del 20/05/98. Esta normativa es reemplazada por la Ley N° 1903, sancionada el 06/12/05, promulgada de hecho el 11/01/06 y publicada en el BOCBA N° 2366 del 25/01/06.

5. Ley N° 10, sancionada el 09/03/98, promulgada el 12/03/98 y publicada en el BOCBA N° 405 del 15/03/98.

6. Ley N° 1472, sancionada el 23/09/04, promulgada de hecho el 25/10/04 y publicada en el BOCBA N° 1472 del 28/10/04.

7. Sancionada el 12/03/98, promulgada el 13/03/98 y publicada en el BOCBA N° 405 del 15/03/98.

8. El primer convenio fue firmado por el Estado nacional y la Ciudad Autónoma en el año 2000 y fue aprobado por la Ley N° 597 de la Legislatura local y por la Ley N° 25752 del Congreso Nacional. Este convenio transfirió la competencia a la jurisdicción local respecto de los delitos de tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario (sancionados en el art. 42 bis de la Ley N° 20429 y en los arts. 189 bis, 3er. párrafo y 189 ter del Código Penal, todos según la Ley N° 25086, y en los arts. 3, 4 y 38 de la Ley N° 24192).
El segundo convenio fue firmado entre el Estado federal y la Ciudad Autónoma en el año 2004 y fue aprobado por la Ley N° 2257 de la Legislatura local y la Ley N° 26357 del Congreso Nacional. Este convenio transfirió la competencia respecto de los delitos de: las lesiones en riña (arts. 95 y 96 del Código Penal), el abandono de personas (arts. 106 y 107 del Código Penal), la omisión de auxilio (artículo 108 del Código Penal), las exhibiciones obscenas (arts. 128 y 129 del Código Penal), los matrimonios ilegales (arts. 134 a 137 del Código Penal), las amenazas (art. 149 bis primer párrafo del Código Penal), la violación de domicilio (art. 150 del Código Penal), la usurpación (art. 181 del Código Penal), los daños (arts. 183 y 184 del Código Penal), el ejercicio ilegal de la medicina (art. 208 del Código Penal) y los tipificados en las Leyes N° 13944, 14346 y en el art. 3 de la Ley N° 23592. El tercer convenio entre las mismas partes fue aprobado en el año 2017 mediante la Ley N° 5935 de la Legislatura de la Ciudad y por la Ley N° 26702 del Congreso Nacional.

Los delitos transferidos en este tercer convenio fueron los siguientes: las lesiones (arts. 89 al 94 del Código Penal); el duelo (arts. 97 al 103 del Código Penal); el abuso de armas (arts. 104 y 105 del Código Penal); la violación de domicilio (Título V, Capítulo II, arts. 150 al 152 del Código Penal); el incendio y otros estragos (arts. 186 al 189 del Código Penal); la tenencia, portación y provisión de armas de guerra de uso civil condicional, previstos en el art. 189 bis, acápites 2 y 4 del Código Penal, con excepción de los casos en que el delito aparezca cometido por un funcionario público federal o sea conexo con un delito federal; el impedimento u obstrucción de contacto (Ley N° 24270); la comisión de actos discriminatorios (Ley N° 2392); los delitos y contravenciones en el deporte y en espectáculos deportivos (Leyes N° 20655 y 23184 en los aspectos que resulten aplicables a la jurisdicción local); los delitos de los funcionarios públicos contra la libertad individual (arts. 143 al 144 quinto del Código Penal), siempre que fueran cometidos por un miembro de los poderes públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; los delitos contra la libertad de trabajo y de asociación (arts. 158 y 159 del Código Penal); la estafa procesal acaecida en procesos judiciales tramitados ante los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 172 del Código Penal); la defraudación (art. 174 inc. 5 del Código Penal), siempre que el hecho se cometiere contra la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; el delito contra la seguridad del tránsito (art. 193 bis del Código Penal); el desarmado de autos sin autorización (art. 13 de la Ley N° 25761); el delito de profilaxis (Ley N° 12331); y ciertas conductas previstas en la Ley N° 23737, con ajuste a lo previsto en su art. 34, conforme la redacción de la Ley N° 26052 (art. 5 incs. c), e) y párrafos penúltimo y último, 14 y 29); y el suministro infiel e irregular de medicamentos (arts. 204 a 204 del Código Penal).

También se transfirieron por este convenio los delitos contra la administración pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cometidos por o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales: a) el atentado y la resistencia contra la autoridad (arts. 237 a 243 del Código Penal); la falsa denuncia de delitos cuya competencia se encuentre transferida a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 245 del Código Penal); la usurpación de autoridad, títulos u honores (arts. 246 incs. 1, 2 y 3 y 247 del Código Penal); el abuso de autoridad y la violación de los deberes de los funcionarios públicos (arts. 248, 248 bis, 249, 250, 251, 252 1er. párrafo y 253 del Código Penal); la violación de sellos y documentos (arts. 254 y 255 del Código Penal); el cohecho y el tráfico de influencias (arts. 256 al 259 del Código Penal); la malversación de caudales públicos (arts. 260 al 264 del Código Penal); las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del Código Penal); las exacciones ilegales (arts. 266 al 268 del Código Penal); el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268 del Código Penal); el prevaricato (arts. 269 al 272 del Código Penal); la denegación y retardo de justicia (arts. 273 y 274 del Código Penal); el falso testimonio (arts. 275 y 276 del Código Penal); y la evasión y quebrantamiento de pena (arts. 280 al 281 bis del Código Penal); los delitos contra la fe pública cuando se trate de instrumentos emitido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: la falsificación de sellos, timbres y marcas (arts. 288, 289 inc. 1, 290 y 291 del Código Penal); y la falsificación de documentos (arts. 292 al 298 del Código Penal).

De manera adicional, la Ley N° 26702 estableció expresamente la competencia de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de los delitos ordinarios que se establecieran en lo sucesivo. Por ello se ha reconocido la competencia local para

Respecto de los convenios de transferencia de competencias penales entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Corte Suprema de Justicia de la Nación formuló múltiples exhortaciones a fin de que se completara el proceso de transferencia de las competencias penales,[9] lo que implicará que la justicia local intervenga en todas las causas judiciales por delitos comunes en las cuales los niños, niñas o adolescentes se encuentren acusados de la comisión de un delito. De momento, la justicia de la Ciudad solo somete a proceso penal a las y los adolescentes que incurren en los delitos especialmente transferidos por los convenios interjurisdiccionales formalizados.

El desarrollo de la justicia juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha integrado, en gran parte, al marco normativo internacional previsto para la cuestión.

El "principio de especialidad" se manifiesta: a) en la aplicación de normas diferentes; y b) por órganos judiciales específicos.[10]

Las normas internacionales de protección de derechos del niño propusieron concretamente a partir de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (en adelante, Reglas de Beijing)[11] un sistema judicial específico para los niños en conflicto

entender respecto de los delitos de *grooming* (art. 131 del Código Penal), la tenencia de imágenes sexuales de niños y de niñas (art. 128 del Código Penal), la explotación de trabajo infantil (art. 148 bis del Código Penal), la conducción peligrosa (art. 193 bis del Código Penal) y el juego ilegal (art. 301 bis del Código Penal).

9. CSJN, Competencia CCC 76l4/20l5/CNC1-Cal, "Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus", 09/12/15, de los considerandos 8, 9 y 10 del voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Maqueda; "Nisman", CCC 3559/20l5/l6/5/l/RH8, "N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros", rta. el 20/9/16, considerando 5 del voto de los jueces Lorenzetti, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz y "José Mármol" CFP 009688/2015/1/CS001, 12/6/18, considerando 4 del voto de los jueces Rosatti, Lorenzetti y Maqueda; Competencia CSJ 4652/2015/CS1, "Bazán, Fernando s/ amenazas", 04/04/2019, del voto conjunto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti. En sentido similar, y al reconocer la plenitud de las facultades jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Tribunal Superior de Justicia, "GCBA c/ Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego e Islas del Atl. s/ ej. fisc. - otros s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 11.162/14, 19/08/16, voto del juez Lozano.

10. Ver entre muchos otros Fallos: 331:2720, y Fallos: 332:1457, de los considerandos 5, 6 y 7 del voto de jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay.

11. Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 40/33; con fecha de adopción el 29/11/85.

con la ley penal.[12] Estas Reglas recomendaron la organización de una justicia especializada y flexible para juzgar a las personas menores de dieciocho años con fundamento en el reconocimiento de la infancia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual y emocional, al no haber concluido su proceso de formación para la vida adulta.

Posteriormente, otro instrumento del derecho internacional no convencional reguló medidas específicas para prevenir la delincuencia juvenil (las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, en adelante Directrices de Riad).[13] En lo concerniente al principio de especialidad, este instrumento recomendó a los Estados Parte a "[p]romulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes…".[14]

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño,[15] instrumento internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional

12. "Los Estados Miembro aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos: a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto…", Reglas de Beijing, Regla 2.2. En especial, "En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto: a) Responder las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) Satisfacer las necesidades de la sociedad…", Reglas de Beijing, Regla 2.3.

13. Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/112; con fecha de adopción el 14/12/90.

14. Directrices de Riad, directriz 52.

15. "[La Convención sobre Derechos del Niño] pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños. Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, 'proporcionar al niño una protección especial', con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo. Por ello, a los fines del sub lite, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la 'protección especial' en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar 'efectividad', adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de

en nuestro país conforme lo establece el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,[16] recoge también el llamado principio de especialidad de la justicia penal juvenil al disponer que

> Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes.[17]

Por otro lado, la Corte IDH[18] y el Comité de Derechos del Niño[19] han justificado el trato diferenciado a los niños y niñas en un proceso penal sobre la base de la singular condición fenomenológica de la infancia.[20]

---

otra índole, requeridas a tal fin…", Fallos 331:2691, del considerando 3 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

16. Resalta en este punto el análisis de Beloff para quien "[c]ontrariamente a la interpretación ampliamente instalada en el último cuarto de siglo en América Latina conforme la cual la Convención sobre los Derechos del Niño expresa una ruptura, es posible afirmar que ella refleja la continuidad característica del Derecho internacional de los derechos humanos y constituye, hasta la fecha (incluidos sus tres Protocolos adicionales), la expresión más acabada y más completa, del derecho a la protección especial. La Convención sobre los Derechos del Niño es un hito en un largo proceso jurídico-cultural, expresión de un *continuum* en la historia de la protección jurídica de la infancia, no de un quiebre…", Beloff, Mary, *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2da edición, 2019, p. 41.

17. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.3.

18. "… Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto […]. Es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento…", Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", del 28 de agosto de 2002, párr. 96. Por esta razón los Estados deben adoptar a su respecto medidas específicas: "… Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores, la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías…", Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, *op cit.*, párr. 97.

19. Reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención…", Fallos 331:2047, del considerando 4 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

20. "… Los niños *se* diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables…", Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, párr. 2.

La reseña normativa y jurisprudencial enunciada da cuenta de la inexorabilidad de que exista, tal como se prevé en la Ciudad de Buenos Aires, una respuesta estatal diferenciada (en lo material, en lo procesal y en lo organizacional) para el delito atribuido a las y los adolescentes penalmente responsables.

En el sistema regional de derechos humanos, la Corte IDH había formulado y sostenido esta interpretación del conjunto de estas normas de un modo más contundente, al sostener que

> … los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad…[21]

Para agregar el Tribunal regional que "[la justicia penal juvenil debe cumplir] con el objetivo de articular una 'justicia separada' para adolescentes, que sea claramente diferenciada del sistema de justicia penal de los adultos, tanto a nivel normativo como institucional".[22]

En definitiva:

> … De acuerdo a las pautas que surgen de dicha Convención [sobre los Derechos del Niño], en particular de sus artículos 37 y 40, el abordaje de las conductas ilícitas atribuidas a niñas o niños debe efectuarse, como ha indicado la Corte, en forma "diferenciada y específica".[23]

En el ámbito geográfico de la CABA, el modelo de organización de la justicia penal juvenil de la Ciudad de Buenos Aires (jueces penales ordinarios con competencia para la aplicación de un régimen especial), reconoce un centenario antecedente[24] hasta la creación con la reforma procesal de 1992 de Juzgados Nacionales de Menores.

21. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, *op. cit.*, párr. 109.

22. Corte IDH, "Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela", sentencia del 27/08/2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C N° 281, del párr. 163.

23. Corte IDH, "Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas", sentencia del 18/11/2020, Fondo, Reparaciones y Costas.

24. A poco de sancionarse la Ley N° 10903 la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (la Ley N° 1144 había creado la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Comercial y Correccional de la Capital Federal, ver Coll, Jorge, *Tribunales de la Nación: Su composición sucesiva desde el 18 de octubre de 1862 hasta el 18 de octubre de 1937*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, 1938, p. 191). la reglamentó

En el Derecho Público Comparado provincial pueden relevarse diferentes formas de organización y competencia de la justicia adolescente: (a) la justicia juvenil solo se encarga de investigar y juzgar los delitos cometidos por personas menores de edad; (b) la justicia especializada además de (a) interviene respecto de los imputados adultos en los supuestos de participación conjunta; (c) la justicia penal de adultos se encarga de la investigación y el juzgamiento de las personas menores de edad, pero al solo efecto de su declaración de responsabilidad penal, reservándose la justicia juvenil la decisión acerca de la necesidad y monto de una pena; y (d) la justicia penal investiga y juzga por igual los delitos cometidos por personas mayores y menores de edad, con la salvedad que en este último caso la normativa que se aplica procesal y de fondo, es especializada.

Por ello, la organización de la justicia de la Ciudad de Buenos Aires representa de momento un modelo organizacional *sui generis*, en donde la especialidad se da a partir del acoplamiento de una estructura orgánica (secretaría especializada) a un juzgado penal.

La especialidad de los órganos del fuero penal juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está prevista en el Régimen Procesal Penal Juvenil, dispone la especialización de los jueces y las partes intervinientes. La Ley N° 2451 asocia el principio de especialidad a la garantía del juez natural.[25]

En relación con el desarrollo del principio de especialidad en la organización judicial, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad

y asignó su competencia a diferentes jueces penales de adultos: "[E]n Buenos Aires, a los 28 días del mes de octubre de 1919, reunidos los Sres. Vocales de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en acuerdo extraordinario, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 de la Ley N° 10903 acordaron: Designar al Señor Juez Correccional Dr. Francisco I. Oribe para que entienda exclusivamente en los procesos de menores de 18 años, debiendo actuar como agente fiscal el Dr. Jorge E. Coll. Designar a los Sres. Jueces de Instrucción y del Crimen, Dres. Irigoyen y Martínez, respectivamente, sin perjuicio del turno que les corresponda, para que entiendan en los mismos procesos dentro de sus jurisdicciones, en todos ellos actúa como fiscal el Sr. Agente Fiscal Dr. Coll. Firmantes jueces Newton, Frías, Seeber, González Roura, Vásquez y Romero", Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, *Los Tribunales de Menores en la República Argentina. Su organización en la Capital Federal por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de acuerdo con la ley 10903 de Patronato de Menores*, Buenos Aires, Publicación Oficial, L. J. Rosso & Cía, Impresores, 1922, pp. 27-28.

25. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 11: "Nadie puede ser encausado ni juzgado por jueces o comisiones especiales. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los/as Jueces/zas y Tribunales especializados en materia Penal Juvenil".

de Buenos Aires establece una justicia especializada al prever la actuación de Juzgados de Primera Instancia Penal Juvenil[26] y Tribunales de Menores.[27] Si bien el legislador local previó la especialización en el ámbito de la Cámara de Apelaciones con competencia penal,[28] esto fue modificado.[29] Por hallarse en un momento de transición, relacionada con lo señalado precedentemente acerca de la transferencia de las competencias penales, en los apartados siguientes solo se hará referencia a los órganos judiciales ya constituidos.

En materia procesal, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó en el año 2007 el Código Procesal Penal,[30] el que no dispuso ninguna regulación específica respecto de los niños, niñas y adolescentes imputados de delitos. Solo prevé la comunicación al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y al Ministerio Público Tutelar cuando la persona imputada es menor de edad.[31]

26. Ley N° 7, Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, arts. 7, inc. 5 punto f) y 45. Este último señala que: "La justicia de menores está integrada por siete (7) juzgados que entienden: 1. En la investigación de los delitos de acción pública cometidos por personas menores de edad que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho; 2. En el juzgamiento en única instancia en los delitos cometidos por personas menores de edad que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho y que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o pena privativa de la libertad que no exceda de tres (3) años".

27. Ibídem, arts. 7, inc. 6 punto c y 35. Este último artículo regula que: "Los Tribunales Orales de Menores están integrados por nueve (9) jueces y juezas y funcionan divididos en tres (3) tribunales de tres (3) jueces y juezas cada uno. Conocen en única instancia de los delitos cometidos por personas menores de edad que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho, aunque hubiere excedido dicha edad al tiempo del juzgamiento y que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años".

28. Ibídem, art. 7, inc. 4, punto d (redacción original).

29. Ley N° 6286, art. 2: "Modifícase el artículo 34 del Título Segundo de la Ley N° 7, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (TC Ley N°6017) que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 34. Composición y competencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas. "La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas está integrada por doce (12) jueces y juezas, y funciona dividida en cuatro (4) salas de tres (3) jueces y juezas cada una, no pudiendo ser todos del mismo sexo. Es tribunal de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los jueces y juezas en lo penal, en lo penal juvenil, contravencional y de faltas".

30. Ley N° 2303, sancionada el 29/03/07, promulgada el 30/04/07 y publicada en el BOCBA N° 2679 del 08/05/07.

31. Ley N° 2303, Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 155: "Cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como delito sea

Con posterioridad, la Ciudad Autónoma sancionó la Ley N° 251, Régimen Procesal Penal Juvenil,[32] que prevé una regulación del proceso penal respecto de las y los adolescentes imputados de cometer delitos transferidos a la jurisdicción local cometidos en el ámbito territorial correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires.

Vale recordar que en 1998 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires había aprobado la Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.[33] Esta normativa, dirigida a desarrollar la institucionalidad necesaria para las políticas de protección de la infancia, ya había previsto garantías propias de la justicia juvenil en el artículo 11,[34] e incorporó un grupo de reglas del *soft law*.[35]

---

menor de dieciocho (18) años, el/la Fiscal o la autoridad de prevención dispondrá inmediatamente la intervención pertinente del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Ministerio Público Tutelar, sin perjuicio de la tramitación del proceso y las medidas cautelares que correspondan".

32. Sancionada el 03/10/07, promulgada de hecho el 08/11/07 y publicada en el BOCBA N° 2809 del 13/11/07.

33. Sancionada el 03/12/98, promulgada de hecho el 04/01/99 y publicada en el BOCBA N° 624 del 03/02/99.

34. Ley N° 114, Protección Integral de los Derechos Niñas, Niños y Adolescentes, art. 11: "Garantías procesales. La Ciudad garantiza a niños, niñas y adolescentes a quienes se atribuya una conducta ilícita, los siguientes derechos: a) a ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad; b) al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta. Todo ello debe ser explicado en forma suficiente, oportuna, y adecuada al nivel cultural de la niña, niño o adolescente; c) la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto puede producir todas las pruebas que estime conveniente para su defensa; d) a la asistencia de un abogado/a especializado/a en niñez y adolescencia de su libre elección o proporcionado/a gratuitamente por el Gobierno de la Ciudad; e) a ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como judicial; f) a no ser obligado a declarar; g) a solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento; h) a que sus padres, responsables, o persona a la que la niña, niño o adolescente adhiera afectivamente, sean informados de inmediato en caso de aprehensión, del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, tribunal y organismo de prevención intervinientes; i) a que toda actuación referida a la aprehensión de niños, niñas y adolescentes, así como los hechos que se le imputen sean estrictamente confidenciales; j) a comunicarse en caso de privación de libertad, en un plazo no mayor de una hora, por vía telefónica o a través de cualquier otro medio, con su grupo familiar responsable, o persona a la que adhiera afectivamente".

35. Ibídem, art. 12: "Incorporación de Reglas de Naciones Unidas. Se consideran parte integrante de la presente ley, en lo pertinente, las 'Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing) Resolución Nº 40/33 de la Asamblea General', las 'Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad Resolución Nº 45/113 de la Asamblea

Más allá de las previsiones legislativas que fueran mencionadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y hasta tanto sean creados los juzgados con competencia específica en materia penal juvenil, resultan competentes los actuales integrantes del Poder Judicial.

Por esta razón, en 2014 el Consejo de la Magistratura de la Ciudad estableció que los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3 y 11 ejercieran la competencia en materia penal juvenil, en los términos del artículo 42 de la Ley N° 7.[36] Posteriormente se agregó a los juzgados indicados el juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 7.[37]

La Ley N° 2451 establece la competencia de los actuales jueces penales, contravencionales y de faltas con competencia para la aplicación del régimen procesal penal juvenil:

> El juez penal juvenil posee competencia durante la etapa de investigación, el juicio oral y el control de las sanciones privativas de la libertad. La normativa de la Ciudad de Buenos Aires dispone que el juez que interviene en la etapa de investigación no puede ser el que lleve adelante la audiencia de juicio[38], a fin de preservar la garantía de imparcialidad judicial.[39]

El artículo 30 de la Ley N° 2451 es un notable ejemplo en el derecho público provincial acerca de la no intervención judicial de la jurisdicción penal de los niños, niñas y adolescentes por la presunta comisión de contravenciones, debido a un contexto histórico singular.[40]

El juez con la competencia penal juvenil actúa tanto como un juez de control en un sistema acusatorio y como juez de juicio. Así que se

---

General', y las 'Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)' que se nominan ANEXOS I, II y III respectivamente".

36. Resolución CM N° 93/2014 adoptada por el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires el 17/07/14.

37. Resolución CM N° 746/2019, del 27/08/19.

38. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 32: "Prohibición. El/la Juez/a Penal Juvenil que intervino en la etapa de investigación preparatoria no puede intervenir en la audiencia de juicio".

39. La Corte IDH ha entendido que "... La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia", Corte IDH, "Palamara Iribarne vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22/11/2005, serie C N° 135, párr. 146, entre muchos otros.

40. Ver en extenso Beloff, Mary, *op. cit.*, pp. 138-144.

dividirán ambos roles, para poder desarrollar de mejor manera las múltiples competencias de este órgano jurisdiccional.

Artículo 31. Funciones
El/la Juez/a Penal Juvenil debe:

1. **Conocer en todas las acciones penales iniciadas, en la cual se impute a personas que tengan menos de dieciocho (18) años de edad, la comisión o participación en un hecho tipificado como delito en la ley penal.**
2. **Decir sobre cualquier medida que restrinja un derecho fundamental de la persona que tenga menos de dieciocho (18) años de edad a quien se le atribuye la comisión o participación en un delito.**
3. **Dictar, revocar o modificar las medidas cautelares.**
4. **Conocer en los incidentes iniciados por la Defensa, el/la Asesor/a Tutelar y la Querella, en relación con los actos de investigación llevados a cabo por el/la Fiscal Penal Juvenil.**
5. **Controlar el cumplimiento de las garantías previstas en esta ley por el Ministerio Público Fiscal durante la etapa de investigación.**
6. **Resolver los pedidos de nulidad, impugnaciones y cualquier otro cuestionamiento, realizado por la Defensa, el/la Asesor/a Tutelar y la Querella, relacionados con las acciones que lleve a cabo el/la Fiscal Penal Juvenil durante la investigación.**
7. **Decretar la suspensión del proceso a prueba, en los supuestos previstos en la legislación vigente.**
8. **Escuchar a la persona que tenga entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad no cumplidos o a su familia toda vez que le sea solicitado.**
9. **Conducir las audiencias de juicio sobre la determinación de la responsabilidad penal y de la pena.**
10. **Dictar sentencia motivada aplicando los criterios de responsabilidad, proporcionalidad y racionalidad en caso de aplicar sanción a la persona declarada penalmente responsable.**
11. **Enviar al organismo correspondiente las estadísticas mensuales.**
12. **Realizar las funciones que esta y otras leyes le asignen.**

Como se adelantara al comentar el artículo 30 de la Ley N° 2451, en la Ciudad de Buenos Aires la competencia del juez competente en la temática penal juvenil se extiende a todos los supuestos de infracción a la ley penal atribuidos a una persona menor de 18 años de edad.

Dentro de sus atribuciones en el proceso penal, reguladas en el artículo 31 de la Ley N° 2451, aparece clara su inserción como juez de garantías en un proceso en el cual la investigación se halla en cabeza del fiscal.

Por ello, "decidir sobre cualquier medida que restrinja un derecho fundamental" del imputado; "dictar, revocar o modificar las medidas cautelares" que sólo él puede dictar y "conocer en los incidentes iniciados por la Defensa, el/la Asesor/a Tutelar y la Querella, en relación con los actos de investigación", son claras funciones ordenatorias del proceso penal juvenil.[41]

Lo mismo puede sostenerse respecto del "cumplimiento de las garantías" durante la etapa de investigación; y de "resolver los pedidos de nulidad, impugnaciones y cualquier otro cuestionamiento".

La facultad del juez con competencia en la aplicación del régimen previsto en la Ley N° 2451 también se extiende a la posibilidad de resolver acerca de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Sobre la cuestión, la Corte Suprema reconoció que el principio de especialidad, por el cual las y los adolescentes imputados deben estar sometidos a procesos penales y a un sistema judicial y penitenciario específicos, implica un mayor uso de medidas alternativas a la judicialización. A ello se suma el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, que debe coadyuvar a la aplicación de otros tipos de medidas sin recurrir a un proceso y a una sanción penal (por ejemplo, mediante el

41. Respecto de la participación de la querella o particular damnificado en el proceso penal juvenil varias han sido las posturas legislativas y jurisprudenciales al respecto, que van desde la restricción absoluta a su participación procesal hasta su actividad en el momento de la resolución del proceso judicial en los términos del art. 4 de la Ley N° 22278. Al respecto, la Corte Suprema, en el caso "Recurso de hecho deducido por la defensa de A. A. M. en la causa M., A. A. s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas", Causa N° 2570C (Fallos 332: 512) si bien consideró que era innecesaria la pena dispuesta, no cuestionó en ningún momento que haya sido la parte querellante la que promoviera la aplicación de la sanción, reconociéndole similares facultades a un querellante en un proceso penal cuyos imputados fueran personas adultas.

principio de oportunidad procesal, la mediación entre la víctima y el adolescente imputado o la suspensión de juicio a prueba, entre otras).[42]

Es importante señalar que se han ampliado aún más los casos en que el instituto de la suspensión del juicio a prueba puede proceder en cuanto a la calificación provisoria de los hechos, mediante la aplicación del artículo 4 de la Ley N° 22278 –esto es, la reducción de la pena en la forma prevista para la escala de la tentativa del delito– al momento de examinar necesidad y el monto de la pena aplicable en abstracto.

El plazo de prueba de acuerdo al Código Penal no podría, en principio, ser menor a un año ni mayor de tres, y debe ser proporcional a la gravedad del hecho imputado. Pero en atención al *corpus juris* que regula la situación jurídica de niñas, niños y adolescentes se dictaron sentencias que prevén un plazo de las pautas de conducta inferior al año.[43]

42. CSJN, "Recurso de hecho deducido por José Luis Rojas Machado en la causa Rojas Machado, José Luis s/ causa N° 3202". Fallos 331:2691, del considerando 4 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Para sostener esta tesitura se hizo aplicación de lo resuelto por la CIDH, "Instituto de Reeducación del Menor Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", serie C N° 112, sentencia del 02/09/2004: "La jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales", del párr. 211.

43. "Que en cuanto al plazo, accedería a la pretensión de las partes. Que el término de seis meses propuesto por la Defensa y aceptado por las otras partes, resultaba acorde a una interpretación constitucionalizada del art. 76 ter, primer párrafo, del CP, en relación a imputados menores de 18 años de edad. Que estimaba que el plazo de duración de la suspensión del proceso a prueba, previsto en el Código Penal para los adultos, debía ser reducido para los adolescentes, del modo establecido en el art. 44 del Código Penal, es decir, que su mínimo debía ser reducido en la mitad. Que en definitiva, era posible que una *probation* concedida a un adolescente, pudiera extenderse únicamente por el término de seis meses. Que ese término respetaba el plus de derechos de las personas menores de edad ya que permitía dar una respuesta diferenciada respecto de la prevista para los adultos. Que la extensión del plazo de duración de la suspensión del proceso propuesto resultaba respetuosa de esos estándares. Que el término de seis meses era suficiente para intentar lograr, que el imputado, mediante el cumplimiento de las reglas que se fijarían, internalizara los derechos de terceros, que con el accionar que se le endilgaba (sin perjuicio del estado de inocencia que lo amparaba), habría afectado. Que era adecuado para posibilitar la reinserción social del imputado y que pudiera adoptar conductas ajustadas a derecho, es decir, ejercer su libertad respetando la de terceros, especialmente la de las personas menores de edad. Que por ello suspendería el proceso a prueba por el término de seis meses conforme lo solicitado…", Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, causa N° 4767/16, "NN s/ infracción art. 128, párr. 1, delitos atinentes a la pornografía", del 22/02/17, entre otras.

En esta etapa de la investigación preliminar, pero también en parte al momento del juicio, el juez penal competente para la aplicación del régimen penal juvenil debe "escuchar a la persona que tenga entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad no cumplidos o a su familia toda vez que le sea solicitado".[44]

Sin bien una lectura aislada y no sistémica podría asimilar esta declaración a la del imputado en cualquier causa penal conforme a los códigos de forma, este instrumento es uno de los elementos que permiten diferenciar con claridad la función de juez penal a la del juez penal adolescente.[45]

El artículo 31 de la Ley N° 2451 también dispone que los jueces penales con competencia penal juvenil deberán "conducir las audiencias de juicio sobre la determinación de la responsabilidad penal y de la pena" y "dictar sentencia motivada aplicando los criterios de responsabilidad, proporcionalidad y racionalidad en caso de aplicar sanción a la persona declarada penalmente responsable."

Como puede apreciarse aquí, la figura de juez de garantías pasa a ser de juez unipersonal de juicio.

Sin perjuicio de las normas procesales específicas, el régimen de fondo es el nacional (Ley N° 22278). Como resguardo a la garantía de imparcialidad del o la adolescente, el juez que intervino en la etapa de investigación preparatoria no puede intervenir en la audiencia de juicio.[46]

La competencia de la justicia juvenil se mantiene aun en los casos en que la o el adolescente adquiera la mayoría de edad (dieciocho años) durante la tramitación del proceso, ya que está determinada por la edad del sujeto imputado al momento del hecho.[47]

Respecto de aquellos casos en que en el hecho exista participación conjunta de personas mayores y menores de dieciocho años de edad, la

44. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 31, inc. 8.

45. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12 "El derecho del niño a ser escuchado", 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

46. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 32.

47. Ibídem, art. 7.

legislación local dispone que intervienen los jueces especializados en la materia penal juvenil.[48]

La jurisprudencia del fuero ha tenido diversas posturas respecto de si corresponde que continúe interviniendo el juzgado especializado cuando los adolescentes han quedado desvinculados de la causa y los únicos imputados son las personas adultas.[49]

También se ha aclarado que las reglas del régimen penal juvenil que establecen derechos y garantías más intensas no se aplican a las

48. Ibídem, art. 6: "Participación de sujetos mayores y menores para la justicia penal. En caso de participación conjunta de personas mayores y menores de dieciocho (18) años de edad entenderán los/as Jueces/zas especializados en la materia penal juvenil".

49. Al considerarse que debía continuar con su intervención la justicia especializada se sostuvo que: "Aun cuando hayan cesado los motivos que habilitaron la competencia especial asignada al Juzgado N° 11, y siendo que los juzgados en materia juvenil no solo cuentan con una Secretaría más que los restantes sino que al menos por el momento las causas ingresadas en esa materia no resultan demasiadas, corresponde que continúen con el trámite de las causas aun cuando haya concluido el motivo que generó su intervención originaria. Por tal motivo, el solo hecho de que se haya declarado inimputable a A. G. C. respecto de los hechos presuntamente ocurridos cuando era menor de edad, no incide en forma alguna la competencia ya asignada, por lo que el trámite de la presente debe continuar ante el Juzgado PCyF N° 11", Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, "G., C. A. A.", Expte. Nº 13584-2017-0, 14/09/18, voto del juez Franza, con adhesión y argumentos propios del juez Vázquez, entre muchos otros. En sentido contrario, en una causa que había sido originariamente radicada en un Juzgado no especializado se expresó que: "Es dable destacar que el Consejo de la Magistratura local –mediante la Resolución Plenaria N° 93/2014–, resolvió asignar competencia especial en materia de menores a los Juzgados en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3 y 11, otorgándoles una Secretaría con personal especializado en el tema –aunque con planta reducida–, a efectos de cumplir la normativa constitucional en la materia. Dichas dependencias, únicamente poseen competencia en esa materia específica, mientras que la Secretaría ordinaria de esos Juzgados mantiene la competencia originaria del fuero. Se trata de una excepción al principio del Juez Natural, basada en el principio de especialidad y con el objeto de resguardar claramente los derechos de los Niños, Niñas y Jóvenes, motivo este por el cual el personal y los funcionarios que se desempeñan en las Secretarías especiales, han sido capacitados al efecto y aplican a las investigaciones bajo su órbita la Ley N°2451, es decir, el Régimen Penal Juvenil. Finalizada la intervención del menor con el sobreseimiento dispuesto [...] cesa la excepción al principio del Juez Natural, debiendo ser devueltas las actuaciones al Juzgado de este fuero que intervino en primer lugar por encontrarse de turno", Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, "R., B. D.", Expte. Nº 0013916-00-00-14, 20/3/15, voto del juez Franza con adhesión de la jueza Manes.

personas adultas imputadas –por ejemplo, en relación con la duración razonable del proceso penal–.[50]

Como se adelantara, a partir de una modificación a la Ley Orgánica del Poder Judicial,[51] se ha modificado la competencia de los juzgados[52] y creado Tribunales Orales de Menores.[53] Pero el funcionamiento de estos tribunales queda sujeto al acuerdo que el Gobierno de la Ciudad celebre con el Gobierno federal con el objeto de transferir los juzgados nacionales de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias, en los términos de la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.[54]

50. Se consideró que "... la circunstancia de que el presente caso transite ante un determinado magistrado, conforme lo estipula el art. 6 de la Ley N°2451 en razón de que en la comisión del suceso habrían participado conjuntamente personas mayores y menores de edad, ello no implica que las prerrogativas allí fijadas resulten extensivas, en el curso del proceso, a J. P. P. y J. M. B. B. En atención al ámbito personal de aplicación de dicha ley especial, que comprende a los individuos cuya franja etaria va de los 16 a 18 años de edad –art. 1–, y conforme una exégesis integral de los arts. 6 y 7 del Régimen Procesal Penal Juvenil, no puede sino concluirse que tales reglas determinan la competencia del juez que habrá de intervenir en el asunto más ello no implica otorgarle el alcance que pregonan los Sres. Defensores, el cual no se compadece con lo allí prescripto. De este modo, deben analizarse los planteos incoados a la luz de lo normado por el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires", Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, "P., J. M.", Expte. N° 14879-00-CC/2010, 20/3/12, voto del juez Bosch al cual adhieren en este punto los jueces Delgado y Franza, entre los primeros en este sentido.

51. Sancionada el 05/03/98 y publicada en el BO N° 405 del 15/03/98.

52. Ley N° 7, Orgánica del Poder Judicial, art. 40: "Composición y competencia de los Juzgados de Menores. La justicia de menores está integrada por siete (7) juzgados que entienden: 1. En la investigación de los delitos de acción pública cometidos por personas menores de edad que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho; 2. En el juzgamiento en única instancia en los delitos cometidos por personas menores de edad que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho y que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o pena privativa de la libertad que no exceda de tres (3) años".

53. Ibídem, art. 33: "Composición y competencia de los tribunales orales de menores. Los Tribunales Orales de Menores están integrados por nueve (9) jueces y juezas y funcionan divididos en tres (3) tribunales de tres (3) jueces y juezas cada uno.

Conocen en única instancia de los delitos cometidos por personas menores de edad que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho, aunque hubiere excedido dicha edad al tiempo del juzgamiento y que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años".

54. Ibídem, cláusula transitoria primera: "Vigencia de normas. Los artículos 30, 31, 32, 33, 37, 38, 39, 40 y 41 quedan suspendidos en su vigencia. El funcionamiento de estos

En definitiva, coexisten en el diseño legislativo dos esquemas en transición: de un juzgado penal al cual se le asigna la competencia penal juvenil, hasta la consolidación de una justicia juvenil específica y exclusiva.

El Régimen Procesal Penal Juvenil prevé la especialidad de los defensores[55] y los fiscales,[56] con el mismo modelo que el previsto para los jueces penales con competencia en la aplicación del régimen procesal penal juvenil.

En el camino hacia la aplicación del principio de especialidad entendido como de intervención única en los procesos penales con niñas y niños imputados, la Fiscalía General y la Defensoría General asignaron

tribunales queda sujeto al acuerdo que el Gobierno de la Ciudad celebre con el Gobierno Federal con el objeto de transferir los juzgados nacionales de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias, en los términos de la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, se debe prever la transferencia proporcional de las partidas presupuestarias pertinentes para atender las causas, que en trámite ante el Poder Judicial de la Nación, se remitan al fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Hasta que estén transferidos la totalidad de los fueros mencionados en el artículo 39, la integración de las Cámaras de Apelaciones en lo Penal, en lo Contravencional y de Faltas y en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en caso de ser necesaria la sustitución de alguno de sus integrantes se realizará entre las mismas".

55. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 37: "Defensores. Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, la persona menor de dieciocho (18) años de edad debe ser asistida por un/a defensor/a técnico. La persona menor de dieciocho (18) años, o cualquiera de sus padres, tutores o responsables, siempre que no existieren intereses contrapuestos o aquellos resultaren acusados por el delito cometido contra el menor, pueden nombrar defensor/a particular. Si existieren intereses contrapuestos, o acusación por el delito, el/la Asesor/a Tutelar velará por el ejercicio de la garantía prevista en este artículo. Hasta tanto se designe defensor/a particular, se dará intervención al/la defensor/a oficial juvenil en turno quien deberá entrevistarse inmediatamente con la persona menor de dieciocho (18) años de edad, se encontrare o no detenido, y participará en todos los actos procesales. El/la defensor/a oficial juvenil, cesará en sus funciones al producirse la aceptación del cargo por parte del/la defensor/a particular que se hubiere designado".

56. Ibídem, art. 38: "Fiscal Penal Juvenil. Tiene las siguientes atribuciones: a) Procurar la Mediación. b) Proceder al archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención, cuando la naturaleza del hecho no justifique la persecución, o cuando considere que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del/la imputado/a. c) Realizar las funciones que esta y otras leyes le asignen al Ministerio Público Fiscal".

magistrados de ambas instituciones para que intervengan de manera no exclusiva en esos casos.[57]

También la Ley N° 2451 dispone el deber de intervención de la Asesoría General Tutelar, proceso penal con el objeto de preservar los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.[58] La intervención del asesor tutelar ha sido considerada accesoria –procede cuando la persona imputada carece de abogado defensor o frente a su inacción–,[59]

57. Mediante la Resolución N° 129/FG/20 del 20/12/20 se asignó a una Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas "la competencia especial en todo el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires para intervenir en casos en los que resulten imputados niños, niñas y adolescentes que no hayan alcanzado los 18 años de edad al momento del hecho, a partir del 01 de marzo de 2021", y "exceptuar de la competencia material asignada en el artículo 1 de la presente resolución la gestión inicial de la flagrancia, que continuará a cargo de las fiscalías de primera instancia en lo penal, contravencional y de faltas en turno", además de indicar que esta Fiscalía "mantendrá bajo su órbita la competencia general ejercida hasta el momento, su participación dentro del sistema de turnos y la intervención en los casos que le resulten asignados conforme a las reglas generales de atribución".

En el caso de la Defensoría General, por la resolución DG N° 532/14 se designaron para que asumieran la competencia especial no exclusiva en materia Penal Juvenil a cinco Defensorías de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

58. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 40: "Asesor Tutelar. Deberá intervenir en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años de edad. Este debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que asisten a la persona menor de dieciocho (18) años".

De manera genérica la Ley N° 1903, Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone en su art. 53 que: "Funciones: corresponde a los Asesores o Asesoras Tutelares en las instancias y fueros en que actúen: 1. Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen…".

59. "El planteo de recusación formulado por el ministerio tutelar es ajeno al ámbito de los derechos especialmente reconocidos a las personas menores de edad en conflicto con la ley penal, todo vez que su defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores que las personas sometidas a proceso designan (arts. 29, CPP, 37 y 40 RPPJ y 49 de la ley 1903; cf. TSJ en 'Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "N.N. (Yerbal 2635) s/ inf. Art. 181, inc. 3, CP –inconstitucionalidad–", expte. Nº 6895/09, sentencia del 12/7/2010 y 'Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Romano, José Luis s/ inf. Art. 189 bis CP", expte. Nº 7287/10 resolución dictada en el día de hoy), Tribunal Superior de Justicia, Expte. N° 7221/10, 'Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad' denegado

o se la declaró abstracta cuando intervino en el mismo sentido el defensor oficial.[60]

Al asesor tutelar se le otorgan facultades para formular oposiciones durante el debate[61] y a expedirse sobre la necesidad y el monto de la sanción penal.[62]

---

en: 'F. Z., T. R. s/ infr. art. 183 CP art. 2 y 3 Ley 23592", 27/4/11, del voto del juez Lozano. En el mismo precedente se sostuvo que: "La queja no puede prosperar porque la titular del Ministerio Público Tutelar no puede intervenir en este proceso con el alcance pretendido. En efecto, como lo señalé en mi voto en la causa 'N.N. (Yerbal 2635)' (Expte. Nº 6895/09, decisión del 12/07/10): 'en la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –aun en el supuesto de que los menores de edad resulten imputados por el delito que se investiga– la defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores de confianza que las personas sometidas a proceso designan'. En este sentido, comparto lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, Luis Cevasco, en cuanto afirma que 'la intervención de la Asesoría Tutelar en este proceso penal está contemplada para cuando esté involucrada una persona menor de dieciocho años de edad como imputada, víctima o testigo, pero su actuación no puede superponerse con la de la defensa técnica del imputado. En el caso […] el motivo de la intervención que nos ocupa […] es meramente dogmático y no [está debidamente] conectado con una situación concreta de parcialidad; por ello, no puede aceptarse que su representante –cuya actuación está dirigida a proteger otros intereses del menor– tenga el mismo rol que el defensor técnico […], especialmente cuando el derecho de defensa [de esa persona] se encuentra garantizado. La intervención prevista en el art. 40 de la Ley Penal Juvenil no puede confundirse con la defensa técnica'", del voto de la jueza Conde.

60. "En cuanto al cuestionamiento respecto a que el asesor tutelar tenga facultades para plantear excepciones —en tanto se inmiscuiría en funciones propias de la defensa (cf., al respecto, TSJ fallo 'Fierro Zanardi', N° 7221/10, rta. el 27/07/2011), lo cierto es que en autos la excepción de falta de acción también fue suscripta por el propio defensor oficial. Por lo tanto, deviene abstracto discutir acerca de si el asesor tutelar carece de tales facultades, pues, en definitiva, el escrito fue presentado por quien indiscutidamente estaba habilitado para hacerlo (la defensa)", Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, Expte. Nº 5968-2017-0, "G., X. C.", 13-11-2017, del voto de la jueza Paz y argumentos en el mismo sentido de los jueces Delgado y Franza.

61. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 78, inc. c): "… Será parte legítima para manifestar oposiciones la Defensa y la Asesoría Tutelar…".

62. Ibídem, art. 79: "Cumplidos los requisitos establecidos por la legislación vigente, el/la Juez/a o Tribunal Juvenil, señalará audiencia con intervención del/la Fiscal Penal Juvenil, el/la Defensor/a, la persona declarada penalmente responsable, sus padres, tutores o responsables, y el/la representante de la Asesoría Tutelar, quienes tras la lectura de los informes producidos, se expedirán separadamente en ese orden. Concluidas las intervenciones, el Tribunal o Juez/a Penal Juvenil, en su caso resolverá si corresponde condenar, absolver o aplicar pena reduciéndola en la forma prevista para la tentativa".

Artículo 32. Prohibición
El/la Juez/a Penal Juvenil que intervino en la etapa de investigación preparatoria no puede intervenir en la audiencia de juicio.

El delito atribuido a un niño, niña o adolescente debe ser investigado y juzgado por un órgano judicial con una competencia: específica;[63] independiente; e imparcial.[64]

Sobre la base de gran parte de las consideraciones conceptuales anteriores el Comité de Derechos del Niño ha proyectado un notable avance acerca del alcance de la organización y la competencia de la justicia juvenil, que puede generar un interesante debate acerca del artículo 31 de la Ley N° 2451.

El citado Comité con base en el desarrollo de las neurociencias, sugirió una posible ampliación de la competencia judicial especializada hasta los 20 años de edad:

> El Comité encomia a los Estados partes que permiten la aplicación del sistema de justicia juvenil a las personas de 18 años o más, ya sea como norma general o a título excepcional. Este enfoque está en consonancia con las pruebas obtenidas en los ámbitos del desarrollo y la neurocien-

63. "[U]na consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad…", Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17/2002, párr. 109. Además, "[E]ste Tribunal ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el "establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes…", (Corte IDH, "Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay", caso "Panchito López", sentencia del 02/09/2004, serie C N° 112, párr. 210).

64. CDN, art. 40.2.b.iii.

> cia, que demuestran que el desarrollo cerebral continúa en los primeros años tras cumplir los 20.[65]

Esto no debe ser confundido con la aplicación de las normas sustantivas y procesales a las y los adolescentes que adquieren la mayoría de edad durante el proceso penal seguido en su contra, puesto que se trata de un supuesto diferente y en el cual debe mantenerse la garantía de imparcialidad del juzgador.

El Comité de Derechos del Niño señaló un estándar más elevado, que implica ampliar la competencia etaria "primaria" del fuero juvenil de los actuales 18 años hasta los 20 años de edad del infractor, manteniendo los alcances ultractivos del trato diferenciado más allá de esta última edad (como sucede actualmente en Argentina).

Respecto del límite etario que justifica en caso de niños infractores de la ley penal la intervención de la justicia de menores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó en el fallo "Ruiz"[66] que un niño puede transformarse en un adulto durante el desarrollo del proceso penal,[67] sin que ello implique un menoscabo a su derecho a la protección especial. En igual sentido se expidió posteriormente, para una mayor claridad sobre el punto, el Comité de Derechos del Niño.[68]

Además, el Comité avanzó con otro presupuesto de relevamiento diario en la práctica de los operadores de la justicia juvenil, como es la reiterancia:

> En los casos en que un joven comete varios delitos, algunos antes y otros después de los 18 años, los Estados partes deberían considerar la posibilidad de establecer normas procesales que permitan aplicar el sistema

65. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, párr. 32.

66. CSJN, Fallos 339: 1208, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

67. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes había resuelto "[c]on base en los principios constitucionales de identidad del juzgador y de celeridad procesal, conforme con lo cual, aunque el hecho fuere cometido por un menor que no cuente con dieciocho años, el tribunal de mayores deberá imponer la pena que considerase pertinente –teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 4 de ley 22278, y en los artículos 40 y 41 del Código Penal– si al momento de dictar la sentencia declarativa de responsabilidad aquel ya hubiese cumplido esa edad".

68. "Los sistemas de justicia juvenil también deben ampliar la protección a los niños que eran menores de 18 años en el momento de la comisión del delito pero que alcanzan esa edad durante el juicio o el proceso de imposición de la pena", Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, párr. 31.

> de justicia infantil a todos los delitos cuando existan motivos razonables para hacerlo.[69]

Si bien aquí la mención a "motivos razonables" surge como un elemento a considerar por el órgano judicial, no parecen *a priori* ser muchas las razones que puedan apartar al adolescente-joven adulto de esta recomendación.

Esta sugerencia del Comité de Derechos del Niño afianza la expansión del sistema de justicia juvenil por encima de su actual techo (los 18 años de edad de la persona acusada) y, quizás, expandirlo no ya a los 20 años de edad del presunto infractor, como se señala párrafos arriba, sino hasta los 24 años de edad.

Esta interpretación sería posible a partir de la definición de "joven" adoptada por la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (aún no ratificada por Argentina):

> La presente Convención considera bajo las expresiones "joven", "jóvenes" y "juventud" a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad. Esa población es sujeto y titular de los derechos que esta Convención reconoce, sin perjuicio de los que igualmente les beneficie a los menores de edad por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.[70]

Respecto de este último supuesto, que consiste en una práctica extendida en todo el país de transferir a las y los adolescentes privados de su libertad al cumplir la mayoría de edad a los servicios penitenciarios de adultos,[71] el Comité de Derechos del Niño ha recomendado:

69. Ibídem, párr. 36.

70. Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, art. 1.

71. Las consecuencias de la disminución de la edad en la cual se alcanza la mayoría de edad, si bien advertidas en forma temprana (ver Beloff, Mary; Freedman, Diego; Terragni, Martiniano, "La reforma de la mayoría de edad a los 18 años y su relación con la ley 22.278: apuntes para un balance", en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 59-81), comienzan a impactar en las características del proceso penal juvenil. La transferencia de adolescentes con restricción de la libertad ambulatoria a unidades penitenciarias, el apartamiento de la intervención del Asesor de Menores, la conversión de medidas cautelares con matices de ajuste propios del sujeto al cual se les aplica en autos de prisión preventiva, la pretensa intervención del juzgamiento con jurados populares en varias provincias y la utilización masiva del "juicio abreviado", entre otras circunstancias, deben ser leídas en su contexto para comprender la significación del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

> … que los niños que cumplan 18 años antes de completar un programa de medidas extrajudiciales o bien una medida no privativa de la libertad o privativa de la libertad puedan finalizar el programa, la medida o la sentencia, y no sean enviados a centros para adultos.[72]

Además de la complejidad anterior, el artículo 32 de la Ley N° 2451 presenta otro supuesto que ya ha sido resuelto en la jurisprudencia de la justicia nacional de menores con sede en la Capital Federal, tratándose el juicio de menores contemplado en la Ley N° 22278 como un juicio de cesura (un primer momento de debate acerca de la culpabilidad penal del o la adolescente, y un segundo momento acerca de la decisión e imponer una pena y su monto), como puede articularse la garantía con la intervención de las y los magistrados especializados.

Respecto de la imparcialidad del juez de menores, se sostuvo de larga data que

> Si bien el precedente "Llerena" se refiere a la doble actuación del juez correccional, este criterio resulta aplicable también a los magistrados de los tribunales que hayan intervenido, de cualquier modo, con anterioridad en la misma causa, en aras de asegurar el derecho de todo imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial. En este entendimiento, no asiste razón al tribunal a quo cuando afirma en el pronunciamiento puesto en crisis que "en el particular caso de los Jueces de los Tribunales Orales de Menores la situación tratada por la Suprema Corte no resulta aplicable" desde que la aludida estrechez en el vínculo ocasionada por el tratamiento tutelar compromete –aún más– la garantía de imparcialidad.[73]

72. Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, párr. 35.

73. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa N° 6.366, "A., A. A. s/recurso de casación", del 02/06/06. En el mismo sentido, se resolvió que: "Si bien la sentencia impugnada por la cual se rechaza la recusación de un juez de Tribunal Oral de Menores no es definitiva –puesto que no pone fin al trámite de las actuaciones–, resulta equiparable a tal carácter en tanto que cuestionada la imparcialidad de uno de los miembros del tribunal oral que debe entender en este momento determinado del proceso, la omisión de tratamiento podría provocar un perjuicio de tardía e insuficiente reparación ulterior, lo que exige una consideración inmediata del planteo puesto que esta instancia constituye la única oportunidad para la adecuada tutela de la garantía del juez imparcial garantizada por el art. 18 de la CN y por los tratados internacionales de igual jerarquía", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa N° 5.834, "Q., R. L. s/recurso de casación", del 24/02/06.

Artículo 33. Colaboración y auxilio
Para cumplir con los fines de la presente ley, toda autoridad o funcionario, está obligado a prestar colaboración y auxilio a los/as Jueces/zas Penales Juveniles cuando estos se lo requieran.

Uno de los puntos centrales que pretende señalarse es que la justicia juvenil debe ser organizada de una forma diferente a cualquier otro fuero penal.

El artículo 33 de la Ley N° 2451 es un ejemplo de la articulación institucional que caracteriza a la justicia penal adolescente.

Así, la prevalencia de los derechos de prestación hacia los y las adolescentes por sobre sus derechos de libertad no cesa aun frente a imputaciones penales, respecto de las cuales también se activan las garantías que limitan la intervención del Estado sobre las personas. Es decir que, durante el proceso penal juvenil, coexisten las garantías penales clásicas con los deberes de prestación estatal, y para las cuales los jueces con competencia para la aplicación de la Ley N° 2451 pueden solicitar la colaboración de otros efectores públicos (salud, educación, vivienda, etc.).

De ahí que la aparente ventaja que el acercamiento del proceso penal juvenil al proceso penal de adultos implicaría, en términos de una aplicación más amplia de las reglas de garantía frente a la actividad clásica de los Tribunales de Menores, se desdibuja; puesto que ya sea que se la evalúe desde el punto de vista conceptual o desde la perspectiva empírica, el resultado de tal situación ha consolidado en otras jurisdicciones una merma o directamente la pérdida de una respuesta penal diferenciada para las personas menores de edad.

Una visión del principio de especialidad que tome en serio su contenido debe tener muy en cuenta cuál es el sentido de esa especialidad con relación a las finalidades de la administración de justicia juvenil. Por ello, la especialidad no es un compartimiento estanco dentro del entramado del sistema penal juvenil, sino, antes bien, es un principio que condiciona, pero que a la vez se ve condicionado por el resto de los principios.

La posible transferencia de toda la competencia nacional en materia penal a la justicia de la Ciudad de Buenos Aires aparece como un adecuado hito histórico para finalizar el modelo de organización de la justicia juvenil, orientada a la satisfacción del principio de especia-

lidad en sentido amplio (especificidad e interdisciplinariedad). Este rediseño también debería tener su correlato en los Ministerios Públicos, para su intervención específica y exclusiva, en el juzgamiento de personas menores de edad.

TÍTULO IV: SUJETOS PROCESALES Y DEMÁS INTERVINIENTES

Mariano R. La Rosa*

Artículo 34. Imputado
Es toda persona que tenga entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad no cumplidos a quien se le atribuye la comisión o participación en una acción tipificada como delito en la ley.

Este artículo se refiere al principal actor del proceso –ya que su sustancia se encuentra caucionada–; es decir, el imputado que, para este caso, comprende a toda persona entre dieciséis y dieciocho años de edad a la cual se le atribuya la autoría o participación en un hecho considerado ilícito.

Así, y teniendo en cuenta su personalidad, se lo debe considerar y tratar en una posición que debe centrarse en el respeto a sus derechos individuales y por encima de las necesidades de tramitación de la causa. De tal modo, surge la obligación del poder público de no disponer arbitrariamente de los derechos individuales al valerse de su posición supraordinaria. Con ello el acusado ha dejado de ser meramente el medio para la obtención de la verdad dentro del antiguo proceso de la inquisición para convertirse, mediante la humanización del proceso penal, en el sujeto del procedimiento.[1]

Por lo tanto, en ningún caso y bajo ninguna justificación, el individuo puede ser considerado un medio para lograr fines dentro del proceso, sino que reviste la calidad de sujeto y sus derechos son operativos; por lo tanto, la capacidad de que su postura pueda ser hecha valer y que influya en la decisión final del proceso responde al respeto de su propia

* Defensor Público Oficial. Abogado (UBA). Magíster en Derecho Penal (UB) y doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP).

1. Gössel, Karl Heinz, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 27.

personalidad y se condice con la paz jurídica a la que tiende este instrumento formal que se materializa en el proceso, ya que debemos entender principalmente que "la meta del procedimiento penal no consiste en alcanzar la sentencia correspondiente a la situación jurídica material a cualquier precio".[2]

Diversas garantías específicas están consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 40.3 promueve el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños respecto de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, por lo que debe el Estado formalizar, por un lado, un proceso penal juvenil con instituciones judiciales especiales que atiendan a los menores en conflicto con la ley penal y, por el otro, un conjunto de normas sustantivas para el sometimiento a proceso y la eventual sanción de los menores de dieciocho (18) años de edad.[3]

En la misma dirección no podemos dejar de destacar a la Ley Nº 114 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual responde a un modelo integral de protección de derechos del niño:

a) Reconoce las garantías procesales para los niños, niñas y adolescentes a quienes se les atribuye una conducta ilícita. Además de reconocer a las garantías específicas por su especial condición de personas que están creciendo, por ejemplo, la inviolabilidad de la defensa en juicio a través de la asistencia técnica gratuita de un/a abogado/a especializado/a en niñez o adolescencia de su libre elección, el derecho a la información inmediata en caso de aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento de los padres responsables o cualquier otra persona a la que el niño, niña o adolescente adhiera afectivamente.
b) Incorpora como parte integrante de la ley a las Reglas de Beijing, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Riad.
c) Destaca el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en cualquier ámbito cuando se encuentren afectados sus intere-

2. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, p. 3.
3. La Rosa, Mariano R. y Romero Villanueva, Horacio, *Código Procesal Penal de la Nación, Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Errejus, T. II, 2019, p. 1066.

ses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos –el derecho a la preservación del grupo familiar–, en cuanto establece que la carencia o insuficiencia de recursos materiales del padre, madre o responsable no constituye causa para la separación del niño, niña o adolescente de su grupo familiar, y que la convivencia dentro de otros grupos familiares constituye una situación excepcional.

d) Desjudicialización de la pobreza: cuando la amenaza o violación de derechos es consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas que deben brindar orientación, ayuda y apoyo incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, la intervención judicial es solo subsidiaria y a pedido del propio niño, niña o adolescente, o por quien tenga un interés legítimo como representante legal o miembro de su medio familiar o comunitario, o por los integrantes de los equipos técnicos creados por la ley.
e) Excepcionalidad, subsidiariedad y máxima brevedad de la privación de la libertad.
f) Derogación expresa de las normas del modelo de la "situación irregular".

Artículo 35. Padres, tutores o responsables
Los padres, tutores o responsables de la persona menor de dieciocho (18) años de edad tienen acceso a la causa, sin que por esto sea considerado parte; salvo solicitud en contrario del/la imputado/a. Se entiende para los efectos de esta ley, que son responsables de la persona menor de dieciocho (18) años de edad las personas que aún sin ser sus representantes legales, lo tengan bajo su cuidado en forma temporal o permanente, debiendo acreditar tal circunstancia.

Según el destacado derecho a la preservación del grupo familiar, los progenitores o las personas responsables del menor deben conocer con detalle la situación que se investiga en sede judicial, debiéndose garantizar por lo tanto su acceso a la causa; estar informados, aunque no son parte en el proceso.

Por lo tanto, se extiende ese poder a toda persona que acredite tener bajo su cuidado, en forma temporal o permanente, al menor de edad.

> Podemos también advertir que, en el caso de los padres, el conocimiento de toda actuación iniciada contra sus hijos es parte de su responsabilidad parental, entendida como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".[4]

A tal efecto, los niños estarán bajo la autoridad y cuidado de sus padres, quienes tendrán la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos, conforme a su condición y fortuna, no solo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios; razón por la cual es importante en dicha labor de cuidado conocer los pormenores de las actuaciones que se le prosiguen.

Ello configura una excepción al principio que rige en todo el proceso de contar con una publicidad restringida, por hallarse precisamente comprometidos allí también otros principios (propios de supuestos que involucran a menores de edad como acusados); con razón se ha dicho que se busca así, como fundamento final, resguardarlos de la denominada "pena del banquillo", que implica su exposición en una audiencia de juicio.[5]

Artículo 36. Víctima y ofendido
La persona directamente ofendida tiene los siguientes derechos:
a. A que no se revele su identidad, ni la de sus familiares, cuando esta implique un peligro evidente para la misma y cuando la víctima así lo solicite.
b. A recibir asistencia médica, psicológica, o de otra índole cuando la necesite.

4. Código Civil y Comercial de la Nación, art. 639.
5. Ibídem, p. 1068.

En ningún caso podrá requerir la revisión del archivo dispuesto por el/la Fiscal Penal Juvenil.

Esta norma tiende a la íntegra protección de las personas convocadas al proceso que han sido víctimas del suceso objeto de la investigación, estableciendo un conjunto de derechos tendientes al respeto y protección de sus personas, de sus familiares y de su patrimonio.[6] Con lo cual se admite que no solo el imputado es sujeto de derechos dentro del procedimiento penal, ya que también debe serle reconocido a toda persona que colabore o tome parte en este, dado que no pierde su calidad de tal por servir a la función estatal de justicia.

Así es que, en primer término, se exige un trato respetuoso de toda persona que acuda a la sede jurisdiccional a colaborar con la sustanciación de una causa en su calidad de testigo o de víctima, de acuerdo con el debido respeto a su dignidad personal y la necesidad de preservar su personalidad, respetando la reserva de su identidad así como a recibir asistencia profesional cuando lo necesite.

En dicho sentido, hay que destacar que la CADH establece en términos generales el derecho a la "tutela judicial efectiva" (arts. 1.1, 8.1 y 25), que comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre dicha cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, o el derecho a que la sentencia se ejecute. De donde se advierte que la tutela judicial efectiva también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito, es decir, a la víctima.[7]

Artículo 37. Defensores
Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, la persona menor de dieciocho (18) años de edad debe ser asistida por un/a defensor/a técnico. La persona menor de dieciocho (18) años, o cualquiera de sus padres, tutores o responsables, siempre

6. Navarro, Guillermo R. y Daray, Roberto R., *Código Procesal Penal*, Buenos Aires, Pensamiento Jurídico Editora 1996, T. I, p. 174.

7. Cafferata Nores, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores Del Puerto 2000, p. 46.

que no existieren intereses contrapuestos o aquellos resultaren acusados por el delito cometido contra el menor, pueden nombrar defensor/a particular. Si existieren intereses contrapuestos, o acusación por el delito, el/la Asesor/a Tutelar velará por el ejercicio de la garantía prevista en este artículo.
Hasta tanto se designe defensor/a particular, se dará intervención al/la defensor/a Oficial Juvenil en turno quien deberá entrevistarse inmediatamente con la persona menor de dieciocho (18) años de edad, se encontrare o no detenido, y participará en todos los actos procesales
El/la defensor/a oficial juvenil, cesará en sus funciones al producirse la aceptación del cargo por parte del/la defensor/a particular que se hubiere designado.

Debemos recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en forma expresa una serie de garantías procesales, también previstas en las normas constitucionales, que implican adaptar las normas instrumentales a sus directrices, y estas son: a) presunción de inocencia; b) asistencia de un abogado defensor y de sus familiares o representante legal; c) derecho a la intimidad; d) sobre la duración del proceso penal; y e) derecho al recurso y prohibición de la persecución penal múltiple.

Por su parte, la Ley Nº 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes contiene, en su artículo 27, un conjunto de ciertas garantías mínimas en todo procedimiento administrativo y judicial que involucre a un niño y/o adolescente. Así, le reconoce en forma expresa al joven procesado el derecho a ser oído por la autoridad competente, a ser asistido por un abogado defensor especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento, el cual será provisto en forma gratuita cuando el adolescente carezca de recursos económicos, además del derecho a recurrir ante una autoridad superior toda decisión que lo afecte.[8]

Nuestra Constitución Nacional es categórica al establecer en el artículo 18 que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos". De esta forma los poderes del Estado deben por mandato

8. La Rosa, Mariano R. y Romero Villanueva, Horacio, *op. cit.*, p. 1066.

constitucional respetar el derecho de defensa, lo que significa no solo su reconocimiento y la facultad de ejercerlo, sino que, más aún, implica la imposibilidad de obviarlo, ya que su observancia es obligatoria en todas las instancias y en todos los procesos.

Tan importante es la cuestión referida, que nuestra Corte Suprema tiene dicho:

> Que este Tribunal tiene dicho que, en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502).[9]

Entonces, quien resulta perseguido en el proceso penal como consecuencia del ejercicio de la acción, y aún de los actos que preparan su promoción, está munido del poder de plantear pretensiones con fundamento opuesto o diverso al de la imputación, postulando su desvinculación en el proceso o que se dé una declaración de menor responsabilidad. También es hábil para pretender la eliminación, la paralización o el cierre del juicio.

La presente norma hace referencia al deber de informarle al menor de los derechos que hacen a la defensa en juicio del encausado desde el mismo comienzo de la investigación; lo cual no hace más que reglamentar el derecho de: "Toda persona deberá ser informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella".[10] Al mismo tiempo se hace realidad la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues al momento de producirse la restricción de la libertad, debe dar razones de la misma –aunque sea someramente–, justificándola con la exposición de las circunstancias de hecho que se le atribuyen a una persona y el delito que *prima facie* se le enrostra, con el objeto de que no tenga incertidumbre sobre los motivos de la medida.

9. CSJN, Fallos 327:5095.

10. PIDCP, art. 9.2; CADH, art. 7.4

Pero esta información no consiste solamente en hacer conocer al encausado la imputación o contenido de la acusación, sino que se le debe informar concretamente los hechos por sobre la que recae, así como se lo debe anoticiar de los derechos que le asisten y que pueda hacer valer en juicio,[11] ya que nadie se puede defender eficientemente de lo que no conoce.

Artículo 38. Fiscal penal juvenil
Tienen las siguientes atribuciones:

a. Procurar la mediación.

b. Proceder al archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención, cuando la naturaleza del hecho no justifique la persecución, o cuando considere que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del/la imputado/a.

c. Realizar las funciones que esta y otras leyes le asignen al Ministerio Público Fiscal.

Al analizar puntualmente al Ministerio Público Fiscal cabe expresar que el artículo 125 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires le otorga como facultades la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (ap. 1). Debe además velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social (ap. 2), amén de dirigir a la policía judicial (ap. 3). Del mismo modo surge del artículo 120 de la CN, al asignarle fundamentalmente la función de *promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.*

En suma, este sujeto procesal puede definirse como el órgano natural del Estado cuya misión es bregar por la defensa del orden público,

11. Conocer los derechos que le asisten al prevenido, equivale a brindarle la oportunidad de ejercerlos: "Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por violación de normas específicas de procedimiento, arts. 166 y 167, inc. 3, C.P.P., cuando al detenerse a los imputados no se les leyeron sus derechos y garantías ni se cumplió con la exigencia establecida en el art. 184, inc. 9, párr. 2°, CPP" (CN Crim. Sala IV, c. 8.800, "C., H. N. y otro", sentencia del 18/05/1998).

la recta administración de justicia y ser quien ejerce la acción penal en representación de la sociedad y solo en aquellos casos en que corresponda, persiguiendo con ello, como única finalidad, la de procurar el interés social,[12] respetando y haciendo respetar el esquema de derechos y garantías reconocidos en los textos constitucionales nacional y local, como así también de los que surjan de los tratados internacionales incorporados con rango constitucional a nuestro derecho interno.[13] De aquí que la legislación lo reconoce como único y natural representante del Estado para promover el ejercicio de la acción penal pública, reservando a los jueces la facultad de conocerlo y decidirlo, extremo este que llevó a afirmar que los aforismos *ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sin actore* posee jerarquía constitucional a nivel nacional.[14]

Entonces, la función del Ministerio Público Fiscal es representar al único titular de la acción penal pública –el Estado–, debiendo su actuación hallarse encaminada a procurar la satisfacción de un interés social al vislumbrarse la existencia de un conflicto que requiera ser ventilado ante los tribunales. Sin embargo, ello no implica que en todos los casos que se le presenten deba "acusar ni obtener el máximo posible de condenas, sino obtener sentencias justas, defender la legalidad constitucional y corregir los vicios en el servicio de justicia. Sustancialmente, son representantes de la sociedad o del pueblo";[15] de ahí que su actuación debe perseguir la necesidad de resolver eficazmente el conflicto, pudiendo instar a la mediación o proceder al archivo cuando la naturaleza del hecho no justifique la persecución o cuando considere que resulta conveniente para la mejor solución del conflicto o para el futuro del/la imputado/a.

En definitiva, el representante del Ministerio Público Fiscal, como garante de un proceso penal de corte liberal como el nuestro, no está obligado a acusar en todos los casos que se le presente, sino ante la

12. La satisfacción del interés social está ligado a la búsqueda de un grado razonable de eficacia en la resolución de los conflictos que le son sometidos.

13. CN, art. 75, inc. 22.

14. Gil Lavedra, Ricardo R., "Legalidad vs. Acusatorio (una falsa controversia)", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 7, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 834. Esa circunstancia surge con total nitidez en nuestra Constitución local donde expresamente se lo reconoce, art. 13.3.

15. Sagués, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, T. 1, p. 668.

concreta necesidad de que el conflicto no pude resolverse por una vía más eficiente y beneficiosa para las partes.

Artículo 39. Querella
El ofendido o víctima de un delito tiene derecho a ser representado por un abogado/a, conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por definición, el querellante es aquel particular que, considerándose afectado por la comisión de un actuar antijurídico, provoca con su pretensión el inicio del proceso o se introduce en él como acusador privado estando legalmente legitimado para concretarlo.

Quien querella siempre es un acusador privado, aun si fuese un organismo público quien insta la acción con su pretensión y su actuación es facultativa (art. 71 CP); empero, lo que lo diferencia del mero "instante", es que este último no reúne la calidad de parte en el proceso, sino que únicamente remueve un obstáculo que permite el ejercicio público de la acción por parte de los órganos públicos predispuestos (art. 72 CP).

Sus facultades en el proceso son amplias, pues la ley penal como excepción le confiere el *ius persecuendi*. De ello se infiere que es un sujeto procesal esencial, quien tiene a su cargo no solo la promoción de la acción sino también la de instarla hasta su finalización, pudiendo su omisión ocasionarle sanciones de naturaleza procesal –*v. gr.* desistimiento tácito y, consecuentemente, su condena en costas–.

Su calidad de sujeto esencial le otorga facultades recursivas amplias, y solo bajo determinada circunstancia –muerte del ofendido–, puede ejercerla su cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes, pero con la salvedad de que sólo es respecto de los delitos de calumnias e injurias (art. 75 CP), o su guardador o representante legal en los delitos de violación de secretos y concurrencia desleal e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuese el cónyuge (art. 76 CP).

Al ser el único titular de la pretensión, tanto la ley penal como la procesal lo facultan para que, unilateralmente, pueda poner fin a la tramitación del proceso. La primera lo hace a través de la renuncia (arts. 59, inc. 4 y 60 CP) y la segunda mediante el abandono de la acción (art. 14),

desistimiento expreso o tácito e, incluso, extinguir la pena firme ya impuesta (art. 69 CP), único acto que eventualmente puede efectuar el querellante y que tiene incidencia durante la etapa de ejecución.

Para concluir respecto a esta cuestión, parece esclarecedor el pensamiento de Albin Eser, quien concluye que se "dedica (a la víctima con) toda justicia, mayor atención, puesto que la paz jurídica perturbada por el delito solo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no solo al autor, sino también a la víctima";[16] agregando Cafferata Nores que, facilitando su intervención en el proceso, se "ha vigorizado la posición de la víctima del delito al expresar que proteger los intereses generales de la sociedad no es monopolio del Ministerio Público cuando el interés particular del damnificado se canaliza mediante la querella".[17]

Artículo 40. Asesor tutelar
Deberá intervenir en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años de edad. Este debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que asisten a la persona menor de dieciocho (18) años.

El presente artículo se halla en armonía con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley Nº 26061) y con la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que, en los casos de los menores en conflicto con la ley penal, el cambio consiste en abandonar viejas prácticas que convertían la condición de menor de edad en un pretexto para legitimar arbitrarias intromisiones sobre sus derechos, en desmedro de los principios rectores de todo proceso penal en un Estado de derecho; además, deben reconocérseles derechos adicionales y un cuidado especial.

El principio que debe prevalecer sobre el niño debe estar basado en su dignidad como ser humano, tomando en cuenta sus propias

16. Eser, Albin, *De los delitos y las víctimas,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 30, citado por Navarro, Guillermo y Daray, Roberto, *op. cit.*, p. 255.

17. Cafferata Nores, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto 1997, p. 66.

características, su menor madurez, su mayor vulnerabilidad y la valoración de sus potencialidades; así, la Convención acogió, por tanto, la doctrina de la protección integral que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho.

Al respecto debemos invocar a la Ley Nº 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que en su artículo 11 recepta específicas garantías procesales que incumben a los menores de edad, de las cuales podemos destacar en el punto "b" las concernientes "al pleno y formal conocimiento del acto infractor que se le atribuye y de las garantías procesales con que cuenta. Todo ello debe ser explicado en forma suficiente, oportuna, y adecuada al nivel cultural de la niña, niño o adolescente". Del mismo modo se establece la "asistencia de un abogado/a especializado/a en niñez y adolescencia de su libre elección o proporcionado/a gratuitamente por el Gobierno de la Ciudad" (punto "d").

También la referida norma dispone en el artículo 11:

> G: solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento; H: a que sus padres, responsables, o persona a la que la niña, niño o adolescente adhiera afectivamente, sean informados de inmediato en caso de aprehensión, del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, tribunal y organismo de prevención intervinientes; I. a que toda actuación referida a la aprehensión de niños, niñas y adolescentes, así como los hechos que se le imputen sean estrictamente confidenciales; J: a comunicarse en caso de privación de libertad, en un plazo no mayor de una hora, por vía telefónica o a través de cualquier otro medio, con su grupo familiar responsable, o persona a la que adhiera afectivamente.

Por lo tanto, esta norma expresamente dispone la intervención del Asesor Tutelar en los casos donde resulta imputado, víctima o testigo una persona menor de dieciocho años de edad, el cual tiene por misión velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que le asisten.

Incluso debe destacarse que, conforme lo establece nuestro ordenamiento legal y lo ha resuelto la CSJN en reiterados fallos, el defensor de menores es parte esencial y legítima en todo asunto en el que intervenga un menor de edad, debiendo incluso participar en forma promiscua con el fin de asistirlo y articular todos los medios que provean a su mejor defensa en juicio bajo pena de nulidad de todo acto llevado

a cabo sin su participación. La omisión, como paso previo de correrle vista al asesor de menores, impide tutelar los intereses de su representado desde el mismo inicio de la causa; lo cual implica asegurar, en todas las instancias y en todos los procesos con menores incapaces, la separación de funciones correspondientes a la defensa promiscua o conjunta del *defensor de menores e incapaces y la defensa técnica que, en su caso,* pueda corresponder al defensor oficial.[18]

También, con la incorporación de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores este espectro de garantías se amplía en procura del respeto del interés superior del niño, especialmente en cuanto: "El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos" (art. 5.1) y en tanto dispone en el artículo 10 que

> 1. Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible. 2. El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor. 3. Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño.

Todo ello debe ser entendido en el marco de la Convención de los Derechos del Niño que impone la obligación de los Estados de respetar los derechos propios de estos sujetos de derecho, así como la de tomar "todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición" (art. 2.2). Es así que específicamente el artículo 37 dispone que

> Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y 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.

Se advierte claramente la necesidad de distinguir el trato y consideración de los menores con respecto a los mayores, razón por la cual

18. La Rosa, Mariano R.; Romero Villanueva, Horacio, *op. cit.*, T. II, p. 1077.

se presupone y destaca que el procedimiento en ambos casos no puede ser el mismo. Asimismo el inciso d) establece que

> Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Con lo cual se denota que debe contarse con el inmediato conocimiento del órgano jurisdiccional y con un trato jurídico específico que no tiene el procedimiento penal ordinario.

En esta dirección cabe considerar que se ha decidido que

> … en relación a la legitimación del Asesor Tutelar cabe expresar que, en el caso, y en virtud de lo dispuesto en el art. 155 CPP CABA, se le otorga el deber de intervención cuando un menor de 18 años se encuentre imputado, víctima o testigo en una causa penal, en consonancia con lo dispuesto por el art. 40 de la ley 2451. En el presente caso, luego de efectuada la rueda de reconocimiento, y ni bien se modificó en la causa la situación procesal de…, antes de tomar la audiencia a tenor de lo dispuesto por el art. 161 del CPP CABA, se le dio intervención al Asesor Tutelar, ello teniendo en cuenta que al momento del hecho el encartado tenía 17 años. En cuanto a sus facultades, tal como lo reconoce el propio Fiscal, su función es tutelar los derechos y garantías de los menores en el proceso, fue así como en el caso y, advirtiendo que a su juicio había ciertas irregularidades procesales, planteo la nulidad de la rueda de reconocimiento. En base a lo expuesto, cabe concluir que el Asesor Tutelar tiene legitimación para introducir el planteo que diera origen a la presente incidencia, no obstante… se encuentre asistido por su letrado defensor, pues la ley obliga al Asesor Tutelar a intervenir aún cundo haya designado letrado de su confianza.[19]

19. CPCF, Sala I, autos "Incidente de nulidad en autos O.J.P. s/ Inf. Art. 95 CP", sentencia del 23/09/2009.

TÍTULO V: DE LAS PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS VÍCTIMAS O TESTIGOS DE DELITOS

Noris Guadalupe Pignata* y Katia Yanina Schilman**

Artículo 41. Derechos
En los procesos donde las personas menores de dieciocho (18) años de edad sean víctimas o testigos, los/as funcionarios/as judiciales y administrativos/as que intervengan deben tener en cuenta los principios del interés superior del niño/a, todos los derechos consagrados en la presente ley y en las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los niños1 Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (E/2005/20).

Este capítulo es el único dentro de todo este Régimen Procesal Penal Juvenil (RPPJ) dedicado a las personas menores de edad que tengan la calidad de víctimas o testigos de delitos en el proceso judicial. Es muy importante porque regula sus derechos ante la investigación de un delito transferido a la competencia de la justicia penal, contravencional y de faltas de la CABA.

* Abogada (UBA). Mediadora. Diplomada Superior en Ciencias Sociales con mención en Género y Justicia. Asesora Tutelar de la Cámara de apelaciones penal, penal juvenil, contravencional y de faltas. Asesora técnica de programas en organismos públicos y privados. Activista de Derechos Humanos. Docente del Instituto Superior de Seguridad Pública. Miembro de AMJA, Colegio de Magistrados, MAFUCABA, ALAMFPYONAF y AIMJF. Email: npignata@mptutelar.gob.ar

** Abogada (UBA). Asesoría Tutelar ante la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Diplomado de posgrado Iberoamericano en Cibercrimen e innovación digital. Reconstrucción Forense Especializada y Universidad Hartmann. Diploma Superior en Ciencias Sociales con mención en Género y Justicia.

1. Si bien en el presente comentario se va a utilizar el término "niño, niña y/o adolescentes" (o "NNyA") según lo dispone el art. 26 del CCyCN, el punto de partida de las autoras es desde una perspectiva respetuosa de la diversidad, el género y de todas las infancias.

Se podría cuestionar su inmersión dentro de un régimen penal juvenil –que dispone específicamente las garantías y derechos de las personas menores de edad consideradas infractores–, ya que víctimas/testigos menores de edad puede haber tanto en un proceso seguido contra imputados menores de edad como contra adultos. Algunos podrían sostener que hubiese sido mejor que estos derechos estén regulados en el Código Procesal Penal de la CABA (Ley N° 2303) específicamente en el artículo 37[2] y siguientes, del Título IV del Libro I, que regula los derechos de las víctimas y testigos.

Pero lo cierto es que esta es la norma específica y especializada. En la práctica, para las demás cuestiones no reguladas, se aplica en forma supletoria (art. 2 RPPJ, *a contrario sensu*) la parte pertinente del CPP que regula el régimen procesal penal de adultos (p. ej.: lo referido a la facultad de abstención prevista en el artículo 122 del CPP a la que luego haremos mención, o los derechos de las víctimas de delitos previstos en los arts. 37 y ss. del CPP).[3]

Por su parte, con relación a las contravenciones, también resultan aplicables –en virtud del artículo 6 de la Ley de Procedimiento Contravencional, Ley N° 12 de la CABA–[4] las disposiciones establecidas en el Título V del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad (Ley Nº 2451).

Marco normativo aplicable a las personas menores de edad víctimas y testigos de delitos

Históricamente, las víctimas de delitos fueron concebidas como mero objeto de prueba dentro de un proceso penal; un medio probatorio más para obtener información que permitiese avanzar con la investigación penal.

Se soslayaba completamente su posición subjetiva. Al sistema de justicia no le interesaban los intereses, deseos, inquietudes ni pretensiones

2. Modificado por la Ley Nº 6020, art. 11, sanción: 04/10/2018, promulgación: Decreto N° 350, 30/10/2018, publicación: BOCBA N° 5490 del 01/11/2018.

3. CPPCABA, Ley N° 2303, arts. 37, 38 bis, ter, quater, modificados por Ley N° 6115/2019.

4. Ley N° 12, sanción: 12/03/1998, promulgación: Decreto N° 267, 13/03/1998, publicación: BOCBA N° 405 del 15/03/1998.

de la víctima, ya que su participación era solo a los fines probatorios, con el objeto de garantizar la continuidad de la investigación penal. El acceso a la justicia de las víctimas de delitos en ese entonces no era tenido en cuenta.

Esta perspectiva, violatoria del acceso a la justicia y así de sus derechos humanos fundamentales, se veía magnificada cuando además formaban parte de colectivos vulnerables –mujeres, menores de edad, migrantes, pobres, discapacitados, indígenas, adultos mayores, minorías culturales o religiosas, diversidad sexual– históricamente olvidados por el sistema de justicia.

Afortunadamente en las últimas décadas, tras una evolución de las luchas por el respeto de sus derechos, grupos organizados construyeron un discurso extendido; en principio en los sistemas universales y regionales[5] de derechos humanos –y su incorporación a nivel nacional y local–, visibilizando a las víctimas en un proceso penal y sobre la necesidad de incorporar una perspectiva que incluya el respeto a su dignidad, integridad, intimidad, y que permita garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos dentro del proceso judicial (*v. gr.* el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, etc.).[6]

Lo primero que aquí se debe destacar es que no existe un carácter único de víctima: la víctima prototípica. Las víctimas son seres humanos y, como tales, pueden revestir múltiples vulnerabilidades que pueden interrelacionarse entre sí, como por ejemplo la edad, género, discapacidad, migración, pobreza, la pertenencia a comunidades indígenas, a creencias o culturas minoritarias, diversidades sexuales, ser parte de minorías perseguidas o desplazadas o por circunstancias sociales, económicas, culturales y/o ambientales, entre otras, que

5. La Corte IDH tiene una larga tradición de reparación integral de las víctimas o familiares de víctimas que trasciende la reparación meramente económica de los daños causados por los Estados.

6. Ver las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, dictadas del 4 al 6 de marzo de 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia, adheridas por la CSJN a través de la Ac. N° 5/2009.

dificulten el acceso y ejercicio ante el sistema de justicia de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.[7]

Así, por su edad, el colectivo conformado por las personas menores de 18 años posee los mismos derechos que corresponden a todos los seres humanos –niñas, niños, adolescentes (en adelante NNyA) y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición.[8]

Ello bajo el reconocimiento de que NNyA –víctimas y testigos– de delitos son especialmente vulnerables, requiriendo protección especial reforzada, con asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades especiales a fin de evitar, por ejemplo, que su participación en el proceso de justicia penal les cause perjuicios y traumas adicionales a los generados por los hechos en los cuales fueron voluntaria o involuntariamente involucrados.

Es decir, son sujetos activos de derechos que además cuentan con un plus de protección –un plus de derechos específicos–, en virtud de sus necesidades particulares, por tratarse de personas que se encuentran en pleno crecimiento y desarrollo (art. 19, CADH; Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN); OC 17/02 Corte IDH; art 39, 124 y 125 CCABA, CCyC, art. 26; Ley Nacional N° 26061, Leyes locales N° 114, 1903, 2451.)

La normativa vigente de jerarquía constitucional ha generado el paradigma de la protección integral[9] como defensa de derechos de las personas menores de edad que debe ser considerado como una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares de protección de los derechos humanos de NNyA en cada caso específico, atendiendo a las múltiples vulnerabilidades que NNyA pueden tener.[10]

7. Reglas de Brasilia, Regla 3. También ver el art. art. 6 inc. a) de la Ley N° 27372, Ley Nacional de Derechos y Garantías de las personas víctimas de delitos, publicada en el Boletín Oficial N° 33665 del 13/07/2017 y art. 3.b. de la Ley N° 6115, Ley de personas víctimas o testigos de delitos, CABA, publicada en el BOCBA N° 5539 del 17/01/2019; art. 29, Ley N° 2451; art. 38 bis Ley N° 203.

8. Corte IDH, OC 17/2002, punto 54.

9. El sistema o doctrina de la protección integral de derechos hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. García Méndez, Emilio, *Infancia: de los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1998, p. 14.

10. Ver 1.E.75/76 Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1).

Así, la CDN –como instrumento internacional específico en materia de infancia con jerarquía constitucional–, debe ser leído juntamente con otros instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"), la *CEDAW*, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad,[11] con jerarquía constitucional (en virtud de la Ley N° 27044, del 2014), el Convenio de Budapest, entre otros, en virtud de las múltiples vulneraciones que atraviesan las personas menores de edad víctimas o testigos de delitos.

Complementariamente, este *corpus juris* también está integrado –a los fines de la interpretación– por las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato específico[12] –Observación General Nº 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado; Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia; y Observación General N° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, entre muchas otras–.

En el caso específico de la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 41 de la Ley N° 2451 arriba citado incorpora, como parte integrante del Régimen

11. Por su parte, el art. 7 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, regula específicamente que las niñas, niños y adolescentes con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niñas, niños y adolescentes, (art. 1 y ss; de la OG N° 3 del 2016, "Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad", del Comité sobre de los Derechos de las Personas con Discapacidad). Por otra parte, ver OG N° 12, párr. 21 cuando dispone que: "los Estados parte también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niñas, niños y adolescentes que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, las niñas, niños y adolescentes con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones".

12. El Comité de los Derechos del Niño de la ONU es el órgano de Control y de Interpretación de la CDN. Por un lado, supervisa la forma en la que los Estados parte cumplen sus obligaciones derivadas de la Convención a través de las Observaciones Finales que realiza a cada país. Por el otro lado, a través de sus Observaciones Generales, interpreta el contenido de las disposiciones de los derechos recogidos por la CDN; Beloff, Mary, "Artículo 19" y "Derechos del niño", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Comentario)*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung - Eudeba, 2014, p. 450.

Penal Juvenil, a las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a las niñas, niños y/o adolescentes Víctimas y Testigos de Delitos, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (E/2005/20).

Estas Directrices indican el mínimo de protección a brindar por el Estado. Al tratarse de un instrumento internacional de derechos humanos para NNyA que establece prácticas adecuadas para su abordaje cuando son víctimas o testigos de delitos en un procedimiento penal, estas deben respetarse y garantizarse, promoviendo la puesta en práctica de una justicia adaptada a NNyA, haciendo especial hincapié en un lenguaje claro, adaptando las circunstancias del proceso al entendimiento de NNyA, según su edad y grado de madurez, a los efectos de permitir un real acceso al sistema judicial.

Y, en este sentido, el principio rector de todos los derechos que deben garantizarse dentro del proceso judicial a NNyA intervinientes en un proceso penal –sean en calidad de víctimas o testigos– es el derecho a que se tenga en cuenta de manera primordial su interés superior, por un lado, en tanto sujeto al/del proceso; pero también, en tanto derecho sustantivo, él tiene derecho a que se le garantice la prioridad de sus derechos en el marco del proceso –p. ej.: el efectivo ejercicio a ser escuchado, a ser parte, a contar con asistencia letrada–, y a interpretar las normas a aplicar en la forma que garantice más y mejor los derechos de los cuales es titular NNyA en el marco del proceso penal al cual es convocado y del que es titular respecto de esa decisión que los afecta.[13]

El concepto de interés superior de NNyA es complejo, dinámico, flexible y adaptable por la particular esencia de su titular, al ser considerado un sujeto en desarrollo. Su contenido debe determinarse y ajustarse de forma individual, atendiendo a la situación concreta de NNyA afectados en cada caso específico, debiendo para ello evaluarse el contexto, la situación y las necesidades personales de cada NNyA en particular, según su aptitud, edad, madurez intelectual y evolución de su capacidad.[14]

Ello con el objetivo de garantizar que ejerzan plena y efectivamente todos los restantes derechos de los que son titulares, ya que en

13. CDN, art. 3, p. 1; OG 14/2013, § 16.b; Directrices, III.8.c; Ley N° 26061, art 3; art. 2,114; art. 41, 2451

14. OG N° 14/2013, § I.A.1; Directrices, III.8.d.

la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del NNyA" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa de este interés.[15] Una interpretación restrictiva de los derechos, un sistema de garantías que no permita efectivizar los derechos de los cuales son titulares, o un procedimiento que coarte alguno de sus derechos, vulneraría normas constitucionales y convencionales.

La relevancia del Instituto Superior del Niño (en adelante ISN), tanto en su contenido como en su efectividad, es de una magnitud tal que obviarla o no darle importancia en los casos concretos puede generar responsabilidad ante la comunidad internacional.

Definición de víctima y testigo

Las Directrices disponen expresamente que

> … por "niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos" se entenderán las niñas, niños y adolescentes menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delitos, independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes (§9.a).

La víctima es la persona ofendida directamente por el delito,[16] es decir, la que sufre un daño como consecuencia de la acción/omisión realizada en su contra que configura un delito. La víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva del derecho que ha sido lesionado por el hecho criminal. Esta tutela judicial se integra con el derecho a participar en el proceso, a que se establezcan medidas de protección de resultar necesarias, a recibir una reparación por los actos que la tuvieron por víctima y a recibir la asistencia que corresponda.[17]

15. Ibídem, § I.A.5.

16. Ley N° 27372, Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, art. 2, a); Ley N° 2451, art. 36.

17. Directrices, II.7.f); arts. 1.1; 8.1; 25 y 63 CADH; CDN, *CEDAW*, CDPD, Belém do Pará, Ley Nacional N° 27372, Ley de Derechos y Garantías de las personas Víctimas de Delitos; Ley Nacional N° 26.485; Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes (N° 26061), ley local N° 6115, arts. 37 y ss. y Ley local N° 2303. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Editorial Ediar, T. II, 2006, p. 145.

El/la testigo es un tercero que relata el conocimiento personal que tiene acerca de hechos que han realizado otras personas y que él/ella ha percibido por medio de alguno de sus sentidos.

Un aspecto innovador y central que traen las Directrices al sistema de justicia tradicional está referido a la posición/calidad de víctima/testigo que adquieren NNyA, *independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento* del presunto delincuente o grupo de delincuentes.

Es decir que esta calidad de víctima/testigo se adquiere sin perjuicio de que la/el titular de la acción penal (Ministerio Público Fiscal, en adelante MPF) haya otorgado ese carácter a NNyA, cuando efectuó la selección de la lista de posibles hechos contravencionales/penales relevantes para investigar respecto de los hechos que fueron puestos en su conocimiento al momento de la denuncia o del inicio de las actuaciones judiciales.[18]

Resulta fundamental este estatus jurídico que deviene de la tutela reforzada, para exigir a todas/os las/los operadores judiciales un trato respetuoso, digno y con perspectiva de derechos hacia aquellas NNyA que transiten por un proceso penal independientemente del rol que les haya sido externamente asignado por la Fiscalía y de su posible participación en la entrevista prevista en el artículo 43 del RPPJ.

En función de ello, es útil recurrir a las Directrices y garantizar los derechos que les asisten a NNyA víctimas en un proceso penal, independientemente del rol/calidad que les atribuyó el MPF.

Las Directrices específicamente abordan el derecho a un trato digno y comprensivo; a la protección contra la discriminación; a ser informado; a ser oído y a expresar sus opiniones y preocupaciones; a una asistencia eficaz, a la intimidad, a ser protegidos de sufrimientos durante el proceso de justicia, a la seguridad, a la reparación; a medidas preventivas especiales; entre otras (capítulo V y cctes. de las Directrices).

18. En muchas ocasiones sucede que el Ministerio Público Fiscal selecciona de una larga lista de hechos o situaciones aquellas que considera que son más relevante para el sistema penal, o más fáciles de investigar, o que cuenta con prueba para que la investigación continúe, entre otras razones; mas no siempre ello va de la mano con los intereses/vivencias/experiencias de NNyA. En algunos casos de violencia familiar en los que solamente se suele investigar los hechos que involucran a la mujer madre, desde el Ministerio Público Tutelar (en adelante, MPT), se plantea que también se deben contemplar las experiencias de NNyA y, si de ellas se desprende la existencia de hechos que podrían configurar delitos o contravenciones, se solicita al MPF que amplíe el objeto de la investigación e incluya estas conductas.

No son meras declamaciones de derechos; estas tienen contenidos concretos y reales en los conflictos que se litigan en el fuero penal: todos los operadores del sistema judicial deben informar en un lenguaje claro y accesible, tanto al NNyA como al adulto de referencia del mismo, quiénes son los que intervienen, qué rol tienen, cuáles son las posibles acciones que cada uno de ellos puede llevar a cabo, todas y cada una de las situaciones que se produzcan; contestar todas sus preguntas y dudas, escuchar adecuadamente sus opiniones, miedos, recelos y proponer acciones concretas que le permitan a NNyA abordarlos y sortearlos. Las vicisitudes de un proceso penal son inabordables para los ciudadanos adultos que no tienen contacto con esta realidad; con más razón para quienes todavía no cuentan con las mínimas herramientas subjetivas para poder transitar en escenarios que le son absolutamente ajenos.

Además, es importante poder comprender y garantizar que NNyA puedan trabajar con las consecuencias de los actos lesivos que se vieron obligados a padecer. Ya sea como víctima o como mero espectador, en ninguno de los dos supuestos el NNyA voluntariamente participa en los hechos; estos le son impuestos a la fuerza, en contra de su voluntad y sin pedir permiso. Esto implica una realidad que comparten con el resto del universo de víctimas y testigos, pero que, nuevamente por su edad y su grado de madurez, el impacto subjetivo adquiere connotaciones de mayor relevancia.

Estos derechos deben ser leídos de forma conjunta con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como indicamos anteriormente, como asimismo con su reglamentación nacional: Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley N° 26485),[19] Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26061), Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley N° 27372) –y local– Capitulo único "Derechos de la Víctima y Testigos" del CPPCABA (Ley N° 6115/2019 modifica la Ley N° 2303, arts. 37 y ss.), Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 114); Ley de Personas víctimas o testigos de

19. La Ley N° 26485 dispone en su art. 3 al enumerar los derechos que dicho instrumento protege, entre otros, el derecho a una vida sin violencia (inc. a), a la integridad física, psicológica, sexual, entre otras (inc. c); y a que se respete su dignidad (inc. d).

delitos (Ley N° 6115) y Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las Mujeres (Ley N° 4203).

Artículo 42. Criterios específicos
Con el fin de efectivizar los derechos de las personas menores de dieciocho (18) años de edad víctimas y testigos de delitos en el desarrollo del proceso, la autoridad judicial debe tener en cuenta los siguientes criterios:
a. A fin de determinar el interés de la persona menor de dieciocho (18) años de edad damnificado se escuchará en audiencia a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, garantizándole el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten. Se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y su madurez.
b. Informar y orientar a las personas menores de dieciocho (18) años, a sus padres, tutores o responsables, sobre la finalidad de las diligencias procesales, el resultado de las investigaciones, los derechos que les asisten, así como la forma en la cual pueden ejercerlos y a ser acompañados por persona de su confianza.
c. Cuando proceda, se deben tomar medidas para excluir al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta su testimonio.
d. Que no se revele su identidad ni la de sus familiares cuando implique un peligro evidente o cuando así lo solicite.

a) Conveniencia o no de la declaración de una persona menor de edad en un proceso penal

Las/os operadores judiciales deben ponderar de forma interrelacionada en cada situación concreta tres variables esenciales a la hora de evaluar el interés superior de NNyA. Ellas son: la edad, grado de madurez suficiente y la posibilidad de formarse un juicio propio. La evaluación de dicho interés debe abarcar el respeto del derecho de NNyA a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan.[20]

20. CDN, art. 12; Observación General N° 12, párrs. 70 a 74; OG 14; arts. 24 y 27 de la Ley N° 26061, y art. 17 de la Ley N° 114, Título V Ley N° 2451.

El primer elemento que surge a la hora de considerar la pertinencia de la declaración es la edad de NNyA. ¿Tiene edad suficiente para poder comprender y participar en actos del proceso judicial?

Aquí es de suma importancia recordar el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

> 1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño…

Se desprende del artículo citado que la CDN *no impone ninguna edad mínima para ejercer* el derecho de NNyA a expresar su opinión,[21] como así tampoco lo prevé nuestro ordenamiento interno en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26), en la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de NNyA (arts. 24 y 27, Ley N° 26061), ni en la Ley local de Protección de Derecho de NNyA N° 114 (art. 17).

Existen estudios[22] que demuestran que NNyA es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura, mediante las cuales las niñas, niños y adolescentes muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.[23]

En función de ello, queda descartado de esta forma que la edad por sí misma configure un obstáculo para que NNyA ejerza su derecho a participar plenamente y ser oído en todo proceso judicial.

Lo que debe tener en cuenta el operador judicial es qué escucha y qué comprende de lo que escucha, teniendo en cuenta que este adulto procesa esta información desde el punto de vista del discurso jurídico penal. Esto implica un recorte de la realidad del cual debe ser consciente; tanto como que, la imposibilidad de un niño de comunicar es una forma de comunicar. Por ello es necesario que esa escucha sea contex-

21. El art. 21 de las Directrices tampoco establece un límite etario.

22. Klein, Melanie, "La técnica psicoanalítica del juego: su historia y significado", 1955. Disponible en: http://revistainterrogant.org/la-tecnica-psicoanalitica-del-juego-su-historia-y-significado-1955/ [fecha de consulta: 30/08/20].

23. Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño, párr. 21.

tualizada, que el operador del sistema tenga una sólida formación que le permita comprender que el lenguaje (verbal, no verbal, digital, analógico) es personal y está teñido por la subjetividad de quien escucha, por lo tanto, este debe ser consciente de su subjetividad.[24]

Otro de los aspectos a considerar es el nivel de madurez que poseen. La norma hace referencia al concepto empírico-jurídico de madurez suficiente para el acto concreto de que se trate.[25]

Se regula el sistema de capacidad jurídica a la luz del principio constitucional de autonomía progresiva (cfme. art. 5, CDN y OC 17/2002 Corte IDH). Ello significa que cuando estén en juego el interés superior de NNyA, y su derecho a ser escuchada, debe tenerse en cuenta la evolución de sus facultades.

Es decir que, a medida que NNyA madura, sus opiniones deben ser escuchadas en forma directa. Esto implica previamente informarles adecuadamente el contexto del proceso y no admitir mediadores en la evaluación de su interés superior. Así, en el caso de bebés o NNyA muy pequeños que no puedan o no quieran expresar su opinión, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados para tener en cuenta su interés superior, incluida la representación, cuando corresponda.[26]

La autonomía progresiva implica que NNyA es titular de todos los derechos desde su nacimiento; lo que va evolucionando es su capacidad de obrar o ejercicio efectivo de esos derechos con relevancia jurídica en el mundo real. Tiene capacidad jurídica por ser titular de derechos; pero, por la autonomía progresiva, depende de la combinación de edad y grado de madurez que tenga capacidad de obrar plena, necesite ser acompañada por un adulto o sustituida porque no puede manifestarla.[27]

El último aspecto a considerar aquí es el derecho a ser escuchado de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Estos términos deben verse como una obligación para los Estados parte

24. Duran de Kaplan, Valeria, "Los peligros del lenguaje y el derecho de los niños, niñas y adolescentes: una mirada desde la psicología", en *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I, 2017, p. 32.

25. Fernández, Silvia, "El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en Lorenzetti, Ricardo (dir.), *Suplemento Especial, Código Civil y Comercial de la Nacional,* Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 26.

26. CDN, art. 12 inc. 2; Observación General N° 14, párr. 44.

27. Legislado en el CCyC, arts. 22 y ss.

de evaluar la capacidad de NNyA de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Es decir, todo NNyA debe ser tratado como *testigo capaz*, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad solo debido a su edad; siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia.[28]

Mas ello no implica que NNyA deba tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que la afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.[29] Asimismo, tampoco implica que NNyA deban prestar juramento de decir verdad como los adultos, sino que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a expresarse libremente.[30]

Así lo entendieron los jueces de la Sala III en el caso 13584-2017-0 cuando sostuvieron que

> En el caso, corresponde confirmar la resolución del Juez de grado, en cuanto no hizo lugar al planteo de la Defensa, de nulidad de la audiencia de Cámara Gesell. La Defensa se agravió y sostuvo que la menor –presunta víctima– declaró bajo la modalidad de Cámara Gesell, sin prestar juramento de decir verdad, por lo que el procedimiento llevado a cabo resultó ajeno a las previsiones del Código Procesal Penal de la Ciudad y violatorio de garantías constitucionales, en cuanto se afectó el derecho de defensa del imputado [...] sin embargo [...] restringir su declaración al juramento de decir verdad implicaría limitar el pleno ejercicio de sus derechos, en forma contraria a la letra de la ley, pues del inciso "a" del art. 42 se desprende que se le debe garantizar el derecho a expresarse libremente.[31]

28. Punto 18 de las Directrices citadas.

29. Observación General N° 12, párr. 21.

30. Punto 21.b de las Directrices.

31. "Ello así, en la presente se cumplió con el procedimiento establecido por la ley y la Defensa pudo controlar la prueba. En este sentido, presenció la audiencia, designó a una profesional de parte y se le brindó la posibilidad de sugerir preguntas que la profesional a cargo le efectuaría a la menor y la de presentar posteriormente un informe (conforme lo dispuesto en el artículo 43 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad). Asimismo, y a los mismos fines, en atención al carácter de acto definitivo e irreproducible, se efectuó la videograbación de la audiencia en cuestión, evitando así su reiteración. En consecuencia, siendo que se han tomado los recaudos necesarios para resguardar el derecho de defensa del imputado, no es posible sostener que hubo

b) Deber de información

Desde el primer contacto de NNyA víctimas y testigos de delitos con el sistema de justicia, y a lo largo de todo ese proceso, tanto NNyA como sus progenitores, referentes afectivos o responsables, deben ser informados debidamente sobre los objetivos generales de una investigación penal, el papel que pueden desempeñar NNyA víctimas y testigos de delitos, el momento y la manera de efectivizar su participación durante la investigación y/o el juicio[32] y los posibles resultados del proceso.

Para ello es indispensable que las/os operadoras/es judiciales que acompañan a NNyA víctima/testigo en el proceso penal trabajen de forma articulada y coordinada con los actores institucionales o comunitarios que forman parte de la vida de NNyA, a fin de promover en forma conjunta un abordaje y acompañamiento integral general a la situación de vulneración de derechos que atraviesa NNyA víctima o testigo y, particularmente, en lo atinente al proceso penal.

En este sentido, se debe trabajar de forma coordinada con el órgano local de protección de derechos de NNyA (Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la CABA),33 la escuela, el hospital y demás instituciones que sean de referencia en la vida de NNyA. En particular, el MPT cuenta con un Equipo Común de Intervención Extrajudicial conformado por profesionales de distintas disciplinas (cfme. Res. AGT Nº 178/18) que asisten a los Asesores Tutelares del fuero penal, a su requerimiento, en cuestiones específicas del proceso, construyen un puente entre el órgano especializado previsto en la Ley N° 1903, NNyA y quienes integran su contexto familiar o afectivo de referencia, promoviendo un trabajo en red con las demás instituciones intervinientes.

Ahora bien, ese trabajo mancomunado permite que los actores de relevancia para NNyA puedan brindar información de calidad res-

una afectación al mismo". Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Causa N° 13584-2017-0, Autos: "G. C., A. A2", Sala III, del voto de los Dres. José Sáez Capel y Marcelo P. Vázquez, del 13/12/2018.

32. Punto 19 Directrices; Ley N° 2303, arts. 37, 38 y 39.

33. Organismo de protección de derechos de NNyA, creado por Ley N° 114 de la CABA (y cfme. Ley Nacional N° 26061), que interviene a través de sus órganos descentralizados, es decir, las defensorías zonales ubicadas en cada comuna de nuestra ciudad.

pecto de la forma en la cual pueden ejercer NNyA sus derechos en el proceso penal.

En particular, vinculado a su participación en la entrevista, se les debe brindar una descripción de las características del lugar en el que se va a desarrollar, información respecto de la posible presencia de otras personas en la sala de observación que van a estar siguiendo el desarrollo la entrevista y la existencia de equipos de videograbación que servirán para dejar registro del intercambio que será utilizada como evidencia en el proceso.

Al respecto, se ha dicho que

> Debemos tener presente que no resulta ser un acto natural o cotidiano el hecho de que una NNyA deba presentarse en un ambiente judicial y relatar a una persona que desconoce hechos o aspectos que se vinculan con un momento generalmente traumático de su existencia. Y más allá de la experiencia, empatía y transferencia que pueda tener el profesional a cargo de entrevistarlo, se encuentra en un ambiente extraño, con actores que no son de su confianza y frente a un acto procesal que sin dudas tendrá consecuencias, no sólo para él\ella, sino para el imputado, quien en la mayoría de los casos resulta ser un familiar, persona conviviente o hasta incluso alguno de sus progenitores.[34]

La *Guía de Buenas Prácticas para el abordaje judicial de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos*, de UNICEF y otros (en adelante la *Guía o Guía de Buenas Prácticas*), nos ilustra respecto de las características del acto procesal cuando explicita que

> El objetivo específico de la entrevista de declaración testimonial es obtener información precisa, confiable y completa de lo que habría ocurrido a través del relato de la NNyA, por lo que no constituye un examen pericial ni una sesión terapéutica…[35]

34. Serjai, Carolina, "Los derechos humanos para la niñez y la adolescencia", ponencia presentada en el I Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 18 y 19 de mayo de 2020.

35. UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*, Buenos Aires, 2013, p. 37. Disponible en:https://www.unicef.org/argentina/informes/buenas-pr%C3%A1cticas-para-ni%C3%B1os v%C3%ADctimas [fecha de consulta: 30/08/2020].

Se trata de obtener una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y la identificación del agresor/a. Claro que este objetivo debe ser perseguido teniendo en cuenta constantemente el interés superior de NNyA y la necesidad de minimizar al máximo el estrés que esta situación les genera.

En virtud de la finalidad investigativa de la entrevista testimonial –independientemente de que también pueda o no tener un fin terapéutico, *v. gr*. coadyuvando a la internalización/superación de lo sucedido–, es primordial tener en cuenta que NNyA deben ser correctamente informados de todas las características y posibles consecuencias de su participación en el proceso para poder tomar una decisión *libre y voluntaria.*

Para NNyA expresar sus opiniones en un proceso judicial es una opción, mas nunca una obligación; es su decisión ejercer el derecho a ser escuchado, del cual es titular. Tienen el derecho a declarar o a no hacerlo y, en el caso de que así lo deseen, se les debe informar que pueden cesar su participación en cualquier momento.[36]

El artículo 122 del Código Procesal Penal de la CABA es claro en cuanto a la facultad de abstención:

> Podrán abstenerse de testificar o dar información en contra del/la imputado/a: a) su cónyuge; b) la persona con la cual se encuentra unido/a civilmente; c) sus ascendientes, descendientes o hermanos/as, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; d) sus tutores/as, curadores/as y pupilos/as. Se deberá advertir a dichas personas sobre esa facultad, de lo que se dejará constancia.

Por ello, en el caso de NNyA que no quieren declarar, desde el MPT se promueve la incorporación al proceso penal de otros elementos probatorios que releven a NNyA de participar en el proceso penal. Por ejemplo, los informes interdisciplinarios elaborados por el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la CABA se pueden incorporar al proceso y ser ponderados como prueba preconstituida,[37] sin necesidad de exponer nuevamente a NNyA.[38]

36. Comité de los Derechos del Nino, OG N° 12, párr. 16, 134 B.

37. Ley N° 114 CABA, art. 67.

38. Juzgado PCYF Nº 17 Sec. Nº 33, "I.C.Y.P. Art. 149 bis del código penal", Expte. IPP 52853/2019-0, 18/07/2020. Ante el pedido de la Fiscalía de la declaración testimonial de un niño de 9 años, la AT se opone fundando esta postura en lo informado por la DZ del CDNNYA quien manifiesta la postura negativa porque "… lo revictimizaría, más aún

También se deberían incorporar y evaluar los informes de profesionales tratantes, informes provenientes de los establecimientos educativos, registros de denuncias previas, entre otros, siempre que no sea en desmedro del interés superior de NNyA y que se los haya relevado del resguardo del secreto profesional.

c) Cuando proceda, se deben tomar medidas para excluir al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta su testimonio

Resguardar la intimidad de NNyA víctimas y testigos de delitos es un asunto de suma importancia. Toda información relativa a la participación de NNyA dentro del proceso debe ser protegida, asegurándose la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación o utilización para fines inapropiados (conf. CCABA, arts. 12.3, 39; Ley N° 26061, art. 10, Derecho a la vida privada e intimidad familiar y art. 22 Derecho a la dignidad; Ley N° 114, art. 15 y Directrices, arts. 26, 27).

En la práctica cotidiana en el ámbito de la CABA, el público y los medios de comunicación no participan en la sala de audiencia mientras un/una NNyA presta testimonio.[39]

Por otra parte, si bien las entrevistas de NNyA víctimas o testigos son videograbadas, la reproducción de esa videograbación debe ser accesible solo para las partes habilitadas en el proceso y se deben evitar posibles filtraciones a los medios de comunicación.

Tampoco se pueden difundir datos que permitan identificarlos; por lo tanto, tampoco se habilita el acceso del público y/o los medios de comunicación cuando se exhiben fotos, videos donde aparecen imágenes de NNyA y toda referencia que se realice de ellos durante la audiencia, en la publicación de fallos, en la información documental o

cuando todavía no ha podido ser incluido en un espacio terapéutico y por el momento le resulta dificultoso expresarse. Agregó que resulta importante correr al niño del conflicto entre los adultos (en este caso la mamá y la abuela) pues dejarlo en ese lugar sería vulneratorio de sus derechos", el tribunal entiende que "… a la luz de los informes de equipo interviniente de la Defensoría Zonal 8… Resuelve: I.- NO HACER LUGAR –por el momento– a la DECLARACION TESTIMONIAL POR CÁMARA GESELL solicitada nuevamente por el Sr. Fiscal en la presente causa…".

39. Directrices, punto 28.

en las presentaciones escritas que conformen el expediente digital. A los efectos de preservar su intimidad, se lo identifica con iniciales o se le asigna un nombre de fantasía.[40]

d) Que no se revele su identidad ni la de sus familiares cuando implique un peligro evidente o cuando así lo solicite

La regla en relación con NNyA que participan en cualquier tipo de proceso, pero en especial en un proceso penal, es preservar su intimidad y la de su medio familiar. El objetivo es lograr una protección efectiva para evitar la revictimización a largo plazo; porque hoy la difusión de noticias en la red virtual implica la posibilidad de mantener en el tiempo esa noticia en circulación y que por lo tanto pueda reeditarse cada vez que se busque información sobre el tema. Otro objetivo de esta protección es garantizar que NNyA puedan desarrollar su vida superando el hecho traumático al que se los sometió.

En primer lugar, cabe destacar que una buena práctica a utilizar en el sistema judicial para evitar la identificación, exposición y vulneración de múltiples derechos de NNyA que transitan por un proceso penal es el uso de seudónimos o la utilización de las iniciales, así como de toda información que pudiera dar lugar a que se lo pueda identificar. Esto incluye datos sobre amigos, instituciones con las cuales se relaciona (escuela, hospital), barrio donde vive, y cualquier dato de los hechos que se investigan que permitan identificar a NNyA o su entorno familiar, social y comunitario. Así, en el criterio general dispuesto por la Res. AGT N° 141/2020, se promueve que el nombre de NNyA

40. Res. AGT N° 141/2020, "Art. 1. Establecer como criterio general de actuación para los integrantes de este Ministerio Público Tutelar la sustitución del nombre de las niñas, niños y adolescentes, en toda documentación que los vincule a expedientes judiciales, por sus iniciales. Sin perjuicio de aquellos supuestos excepcionales en los que fundadamente se considere indispensable, a los fines del proceso en cuestión, dar a conocer su identidad, para lo cual se deberá proceder al resguardo de los datos a través de un sobre cerrado y/o otra metodología que permita su protección teniendo en cuenta la digitalización del expediente. Art. 2. Invitar al Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y a los señores/as magistrados/as de ambos fueros del Poder Judicial de la Ciudad a que tengan a bien arbitrar medidas similares a la aquí propiciada a fin de resguardar el derecho a la intimidad, vida privada e identidad de niñas, niños y adolescentes".

involucrados en procesos penales se sustituyan por sus iniciales, a fin de resguardar su derecho a la intimidad, vida privada e identidad.

Otra buena práctica constituye la pixelación/difuminación del rostro de la persona menor de edad que aparece en fotografías o en capturas de pantalla impresas en el cuerpo del expediente. Asimismo, estas imágenes deben ser resguardadas en sobres cerrados a los que únicamente pueden acceder las partes habilitadas en el caso concreto.

Por otra parte, la protección de un/una NNyA víctima o testigo de un delito se debe reforzar cuando puedan estar en peligro –víctimas o familiares–; deberán adoptarse las medidas apropiadas para proteger a NNyA y a sus familiares, de ese riesgo antes, durante y después de su tránsito por el proceso de justicia.[41]

Algunas de las medidas apropiadas para garantizar su seguridad están explicitadas en las Directrices y pueden consistir en:[42]

a. Evitar el contacto directo entre NNyA víctimas y testigos de delitos y los presuntos autores de los delitos durante el proceso de justicia;
b. Utilizar interdictos judiciales respaldados por un sistema de registro;
c. Ordenar la prisión preventiva del acusado e imponer condiciones de libertad bajo fianza que veden todo contacto;[43]
d. Someter al acusado a arresto domiciliario;
e. Brindar a NNyA víctimas y testigos de delitos, siempre que sea posible y apropiado, protección policial o de otros organismos pertinentes y adoptar medidas para que no se revele su paradero.

A su vez, es útil recurrir al Título IV de Derechos de la víctima y testigos de la Ley N° 2303. El inciso c del artículo 37 específicamente dispone que se garantizará a las víctimas del delito y a los/las testigos los siguientes derechos:

> A requerir medidas conducentes, de protección física y moral y toda otra que sea necesaria para la seguridad propia, de sus familiares y la de los

41. Directrices, puntos 32 y 33.

42. Ibídem, punto 34.

43. Se trata de las medidas de coerción destinadas a asegurar los fines del proceso; medidas cautelares previstas en el art. 174 y concordantes del CPPCABA.

testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes, quienes podrán disponer la utilización de medios tecnológicos adecuados para controlar y garantizar la efectividad de las medidas de protección dispuestas.

En la práctica estas medidas cautelares, inaudita parte y ante la manifestación de su necesidad por parte de las víctimas y/o testigos que, en este caso, se ampliaría a sus familias, son dispuestas por la Fiscalía, salvo aquellas reguladas en el Título V del Código Procesal de la CABA.

Artículo 43. Declaración
Las declaraciones de personas menores de dieciocho (18) años de edad deben estar relacionadas con la investigación de delitos penales, y llevarse a cabo según el siguiente procedimiento:

a. En la etapa del debate la persona menor de dieciocho (18) años, solo será entrevistada por un/a psicólogo/a especialista en niñas, niños y/o adolescentes designado/a 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 arribe.

d. 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. 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 de la víctima o testigo.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, será acompañado/a por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el/la imputado/a.

a) Oportunidad procesal

Respecto de cuál es el momento oportuno para desarrollar la entrevista testimonial, el artículo 43 RPPJ parecería no dejar margen de dudas en cuanto establece específicamente que se trata de la etapa del juicio, del debate. Se podría pensar que ello fue así concebido en miras de evitar una participación reiterada y repetida por parte de NNyA en el proceso judicial, tratando de reducir todo contacto innecesario con el proceso de justicia.[44]

Además, previo al juicio, las partes podrían acordar otras formas de resolver el conflicto, tornando innecesario que declare NNyA víctimas o testigos.

Ello así, ya que la injerencia en la vida privada de NNyA deberá limitarse al mínimo necesario; el proceso penal es parte de las acciones de criminalización. Esto implica un acto de violencia estatal la cual, aun en condiciones cuidadas, es recomendable que sea estrictamente limitada, especialmente si las víctimas o testigos son NNyA, manteniéndose al mismo tiempo normas exigentes en la reunión de pruebas a fin de garantizar un resultado justo y equitativo del proceso de justicia.[45]

Sin embargo, dicha regla no es absoluta y dependerá de varios elementos a considerar en cada caso concreto siempre desde una perspectiva que atienda, en primer lugar, al mejor interés superior de NNyA involucrado en el proceso; la necesidad de las víctimas de ser escuchadas, los hechos que se investigan, y las condiciones específicas que lo rodean son cuestiones a considerar en cada caso concreto.

Así, habrá que evaluar en cada situación específica diferentes tensiones que se pueden plantear entre los objetivos del proceso penal y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchadas/os.[46]

Puede suceder que NNyA no tengan deseo de participar en el proceso. Habrá casos en los que NNyA, cuando son consultadas/os mediante

44. Directrices, punto 31.a; Unicef, *Guía de Buenas Prácticas*, *op. cit.*, p. 14.

45. Ibídem, punto 12.

46. Los fallos que a continuación se citan son parte del relevamiento realizado por el MPT en el marco de la investigación "Violencia contra las niñas, niños y adolescentes. Un análisis sobre su participación en los procesos judiciales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", CABA, MPT, 2019, p. 41 y ss. Disponible en: https://mptutelar.gob.ar/publicaciones [fecha de consulta: 30/08/2020].

entrevista personal o telefónica por el personal del MPT, expresarán de forma directa que no desean participar de la declaración testimonial. Así, en el caso N° 11625/14 del registro del JPCyF N° 27,[47] corrida la vista al Asesor, en virtud de la negativa manifestada de forma directa mediante entrevista telefónica por las niñas de 10 y 8 años, dictaminó que ellas no querían participar en el proceso.[48]

Puede ocurrir el caso contrario, en el que la NNyA quiera participar en el proceso, y que ese derecho se efectivice lo antes posible, en consonancia con el principio de celeridad, que establece que las investigaciones de delitos y los juicios donde existan NNyA víctimas deben realizarse tan pronto como sea posible, exceptuándose este mandato únicamente cuando responda a su interés superior.[49]

La *Guía de Buenas Prácticas* nos ilustra al respecto:

> … es muy importante que la entrevista testimonial se realice a la mayor brevedad posible. Esto es fundamental para, por un lado, evitar el deterioro del recuerdo que produce el paso del tiempo y, por el otro, minimizar las influencias post-evento, como ser presiones del entorno familiar, por la repercusión en medios de difusión, etc.[50]

Los jueces de la Sala I así lo entendieron en el caso N° 45903-01-CC-2009 cuando sostuvieron que

> … de las previsiones del Régimen Procesal Penal Juvenil no surge que las declaraciones de las personas menores de edad víctimas o testigos de delitos solo deban ser llevadas a cabo en la etapa del debate […]. En consecuencia, restringir su declaración al momento del debate implicaría limitar el pleno ejercicio de sus derechos, en forma contraria a la letra de la ley, pues del inciso a) del artículo 42 –antes citado– se desprende que se lo debe escuchar en audiencia, no limitando su celebración a etapa procesal alguna. Por tanto, y si bien es cierto que el inciso a) del

47. JPCyF N° 27, c. "M., L. J. s/inf. Art. 149 bis, Amenazas CP". Hechos: Una mujer denuncia a su expareja y padre de tres hijas por amenazas e incumplimiento de deberes de asistencia familiar, en el marco de un contexto de violencia de género. La defensa solicita la declaración de las 3 niñas víctimas.

48. También ver casos "G. R., J. y otros s/art. 149 bis primer párrafo del CP", Expte. Nº 22394/15; y caso "C.S. s/inf. 149 bis", Expte. Nº 12902/16, la adolescente de 16 años, presunta víctima de amenazas por parte de la pareja de su madre –quien formuló la denuncia– manifestó su voluntad de no declarar.

49. Directrices, punto 30.c

50. Unicef, *La Guía de Buenas Prácticas*, *op. cit.*, p. 56.

> artículo 43 de la Ley Nº 2451 se refiere específicamente a la declaración en la etapa del debate, las restantes disposiciones legales aplicables regulan las condiciones bajo las cuales debe llevarse a cabo cualquier declaración de una persona menor de edad víctima o testigo de un delito, sin limitación a etapa procesal alguna.[51]

No es posible soslayar la existencia de casos en los cuales la declaración de NNyA es el único elemento probatorio que permitiría avanzar en el proceso, ya que, sin su aporte durante la investigación penal preparatoria, se procedería al archivo de la causa por falta de pruebas. O puede suceder que, dada la información brindada durante la entrevista, surja la comisión de otros delitos, o un delito más grave o de otra jurisdicción, y, en consecuencia, la causa sea remitida o se extraigan testimonios para continuar con la investigación en otra jurisdicción.[52]

Otro escenario posible, podría ser el deseo expreso de NNyA de querer declarar pero que la entrevista sea llevada a cabo luego de un período de tiempo que le permita internalizar lo sucedido o luego de que la investigación esté más avanzada y la causa requerida a juicio.

Esta diversidad de escenarios posibles dependerá también del tipo penal que se investiga en el proceso judicial, ya que puede ser diferente el impacto en el estado emocional de NNyA conforme el tipo de delito. Así, habrá que evaluar en cada caso concreto cómo NNyA (dependiendo su edad, grado de madurez suficiente y evolución de su capacidad) se siente y se posiciona frente al proceso penal en su calidad de víctima de, por ejemplo, un incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, un acoso callejero, amenazas o exhibiciones obscenas. Las reacciones ante estos hechos no son las mismas y dependerán de la edad; en la adolescencia, por ejemplo, es probable que el adolescente directamente concurra a realizar la denuncia, sin recurrir a ningún adulto para intermediar su palabra.

En otro orden de ideas, tampoco se puede soslayar que muchas veces ocurre que los procesos penales se cierran de forma anticipada a través de una salida alternativa al conflicto durante la investigación

51. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Causa N° 45903-01-CC-2009. Autos: "Incidente de apelación en autos NN", Sala I del voto de Dres. Marcelo P. Vázquez, Elizabeth Marum y José Sáez Capel, 22/04/2009.

52. Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 2, Expte. N° 20538 "M. M. M. s/hostigamiento", 07/04/2016.

penal preparatoria o la etapa intermedia, sin llegar a la etapa de debate. De hecho, el archivo y la suspensión de juicio a prueba son modalidades de cierre anticipadas muy extendidas entre los procesos que concluyen sin llegar a la etapa de juicio oral.

Ello puede obedecer a múltiples factores a considerar: la escala penal del delito, la falta de antecedentes del imputado, el vínculo familiar o intrafamiliar entre imputado y víctima, entre otros. En este escenario, exponer a NNyA víctima a un contacto con el sistema de justicia podría ir en desmedro de su interés, lo que debería ser evaluado y ponderado en cada caso concreto.[53]

En cuanto a la especialista que realiza la entrevista, debe ser una profesional capacitada y especializada que trabaje desde una perspectiva de protección de los derechos humanos de NNyA, priorizando en su intervención el ISN en ese caso y circunstancia concreta.

El género de la profesional a cargo es un elemento que debe ser tenido en cuenta. Deben existir alternativas dependiendo del interés superior de NNyA (teniendo en miras las características del caso, el contexto, el deseo de NNyA, entre otras variables).

La profesional debe procurar un trato amable, acogedor y calmo, que contemple los tiempos de NNyA, sus necesidades y favorezca la generación de un vínculo de confianza. Estos factores influyen de manera sustancial en la predisposición de NNyA a brindar su testimonio.[54]

b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor

El derecho de NNyA a ser oída supone la necesidad de que se garanticen las condiciones adecuadas para que pueda expresar libremente su opinión. Para ello es fundamental que la entrevista se realice en un ambiente diseñado especialmente para este fin, en un entorno conforme a sus necesidades, características y particularidades, debiendo ser accesible y apropiado para su edad, grado de madurez y desarrollo.

53. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Expte. N° 1109/0, "A., M. R. s/art. 149 bis, 1er párr. CP (p/ L 2303)", Sala III, voto de los jueces Dres. Sergio Delgado y Marcelo P. Vázquez, del 07/08/2014. Declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas previa a la suspensión de juicio a prueba en casos de violencia de género.

54. Para más detalles ver Unicef, *La Guía de Buenas Prácticas*, *op. cit.*, p. 17.

No se puede escuchar eficazmente a un/una NNyA cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Tampoco se puede garantizar el derecho a ser oído si los procedimientos no son los adecuados o idóneos. Para ello, es indispensable que las audiencias sean programadas a horas apropiadas para la edad y madurez de NNyA (considerando los hábitos y las rutinas de NNyA) y que, en el caso de que fuera necesario, se realicen recesos durante el testimonio de un/una NNyA.

Es imprescindible que no se sientan intimidados; a esos efectos, se promueve el acompañamiento de un referente afectivo con quien se sienta seguro y contenido, en el caso de ser necesario.

Conocer previamente lo que va a suceder, y dónde va a suceder, es fundamental para que tanto NNyA víctima o testigo, como aquellos adultos responsables de la crianza, cuenten con información clara que les permita, primero consentir o no la realización del acto y, cuando concurren, saber con qué se van a encontrar.

Es fundamental que previo a la entrevista, conozca el lugar donde esta se realizará, explicándole lo que va a suceder, cómo va a suceder y se responda con lenguaje claro y accesible todas sus dudas o consultas, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

Al principio, el sistema más utilizado en Argentina fue la Cámara Gesell. Se trataba de dos salas contiguas unidas por un vidrio espejado, a través del cual las partes podían observar en simultáneo lo que acontecía en la entrevista sin interferir. La entrevista era grabada en video.

Luego, se implementó un sistema superador que se denomina Sistema de Circuito Cerrado de Televisión (CCTV). Este permite que la entrevista sea grabada en video y reproducida en simultáneo, permitiendo que la declaración se lleve adelante en un lugar y la transmisión en otro (este sistema permite que la sala de entrevistas esté ubicada en un edificio por ejemplo diferente al de la sala de observación).

La ventaja principal de este sistema consiste en reducir la posibilidad de que NNyA víctima o testigo se encuentre con las otras partes del proceso (imputado, abogados, familiares) al ingresar o salir de la sala o del edificio. También se lleva a cabo en una instalación más sencilla, económica y permite una mejor aislación de los sonidos externos.

Actualmente, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires funcionan dos lugares donde se llevan adelante entrevistas a NNyA. Una de ellas

depende del Consejo de la Magistratura, y la otra es la Sala de Entrevistas Especializada (SEE) del Ministerio Público Tutelar (Res. AGT N° 71/18). Ambas cuentan con CCTV y ambientes independientes para la víctima (si bien en la práctica cotidiana en el fuero se denomina entrevista de Cámara Gesell, como recién se explicó, técnicamente no lo es, sino que es un sistema de CCTV).

En uno u otro lugar la entrevista es conducida por un/a profesional de la psicología y monitoreada por un/a colega (psicólogo/a monitor)[55] que se ubica en la sala donde se encuentran presentes las/os operadores judiciales.

En la búsqueda de espacios seguros en los cuales NNyA puedan expresarse con libertad, y a fin de reducir tanto como sea posible el estrés y la ansiedad que genera la participación en un proceso judicial, se implementó el programa "Perros de Terapia para Asistencia Judicial" (Res. AGT N° 307/19) en el marco de la Sala de Entrevista Especializada del MPT. El programa consiste en la posibilidad de asistir/acompañar a NNyA que así lo requieran, con un perro de terapia y un instructor en la espera previa a la entrevista y con posterioridad a la misma, y, en caso de ser necesario, acompañarlo hasta la puerta misma de la sala donde será entrevistado. Los perros de terapia cumplen la función de que NNyA se sientan seguros, y que se genere un ambiente agradable, de contención, facilitando la expresión de NNyA.

Cabe destacar que es imprescindible que se tomen todos los recaudos técnicos necesarios al momento de la entrevista de declaración testimonial para la obtención de un registro de calidad apropiado en términos de imagen y sonido, que sea debidamente resguardado para garantizar su seguridad y confidencialidad, acorde a protocolos

55. La experiencia internacional demuestra los beneficios de conformar un equipo de dos personas para realizar cada entrevista de declaración testimonial. Esto supone que una de las profesionales actúa como persona a cargo de la entrevista a NNyA y la otra como psicóloga colaboradora o monitora, quien permanece en la sala de observación (o en la sala de equipos en el caso de que esta estuviera separada) junto con el resto de los actores. Este sistema permite que la psicóloga monitora pueda hacer un seguimiento de la entrevista, asegurando que no queden cuestiones por tratar en función de la planificación previa y se respeten las necesidades de NNyA. También cumple con la función de interactuar con la autoridad a cargo de la entrevista (juez o fiscal) durante su desarrollo, aclarando dudas y corroborando que, en la medida de lo conveniente, sus pretensiones e interrogantes sean tenidas en cuenta (*Guía de Buenas Prácticas, op. cit.*, p. 43).

estandarizados, que pueda ser luego utilizado durante las distintas etapas del proceso.

A tal fin, desde el MPT se promueve que el acto se lleve a cabo con los requisitos exigidos para los actos definitivos e irreproducibles y la consecuente impresión del trámite previsto para estos (RPPJ, arts. 46, y CPP, 98 y cc.). Esta parece ser una solución adecuada y conveniente para armonizar todos los intereses en juego y, sobre todo, el superior de NNyA y las/os jueces de primera instancia así lo receptan.

c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arribe

La normativa procesal indica que la profesional a cargo de realizar la entrevista de declaración testimonial debe presentar un informe con sus conclusiones. Sin embargo, el artículo no especifica qué contenido debe incluir en este.

En la práctica cotidiana, este informe apunta a que la profesional realice observaciones acerca de lo percibido durante el relato de NNyA que puedan aportar elementos que sean útiles para el proceso. En particular, el punto central del informe se basa en la apreciación respecto de la verosimilitud del relato. Cabe señalar el aspecto problemático de este informe, ya que puede presentar confusión respecto de si reviste la calidad de peritaje.

Aquí no se debe olvidar que este acto procesal se trata de una declaración de NNyA a fin de que ejerzan su derecho a ser oídas y que, en definitiva, se trata de un modo distinto de producir una declaración testimonial con el fin de atender al interés superior de NNyA.

Si quedaran dudas, solo basta con recurrir a otras normas procesales para comprobar que dicha prueba se encuentra incluida en el capítulo de prueba testimonial y no pericial. Así los artículos 250 bis y ter del actual CPPN y artículos 164 y siguientes del nuevo Código Procesal Penal Federal regulan la forma en que se debe obtener el testimonio de las personas menores de edad dentro del capítulo referido a la prueba testimonial.

En las *Guías de Buenas Prácticas* de Unicef ya mencionadas se encuentra un modelo de informe judicial de entrevista videograbada de declaración testimonial que se puede usar como material de consulta

a la hora de relevar los datos e información que puede aparecer en el informe.[56]

d) 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. 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 de la víctima o testigo.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, será acompañado/a por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el/la imputado/a

Como se ha dicho, NNyA víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con sensibilidad y empatía a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez, respetando plenamente su integridad física, mental y moral.

En función de ello, resulta necesario que la audiencia testimonial de niñas, niños y adolescentes sea controlada y conducida por el titular del juzgado independiente de la etapa procesal en la que se lleve a cabo. De esta forma, cuando este artículo menciona a "la autoridad judicial" se refiere al tribunal; por lo que es el/la titular del juzgado quien debe hacer saber a la profesional que esté a cargo de la entrevista las inquietudes de las partes durante el transcurso del acto.[57]

56. Unicef, *Guía de Buenas Prácticas, op. cit.*, p. 79 y ss.

57. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Causa N° 13584-2017-0, "G. C., A. A", Sala III, del voto de Dres. José Sáez Capel y Marcelo P. Vázquez del 13/12/2018; la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, *in re* "Incidente de apelación autos NN s/ inf. art. 149 bis. Amenazas CP" (Causa Nº 45903-01-CC/2009), sentencia del 22/04/09, donde se establecen las siguientes pautas relativas a la presencia del juez en la audiencia de mención: "la declaración de las personas menores de edad debe estar rodeadas de una serie de recaudos, no únicamente para que resulten válidas sino sobre todo para asegurar el respeto al interés superior del niño (art. 1 CDN). Ello así, y en principio resulta necesario que la audiencia sea controlada y conducida por el juez, aun cuando sea celebrada –como en el caso– en la etapa de investigación pues del Régimen Procesal Penal Juvenil entre las funciones del juez dispone que es quien debe controlar que el Ministerio Público Fiscal de cabal cumplimiento de las garantías previstas en la ley durante la etapa de investigación".

Y estas inquietudes o preguntas deben estar relacionadas con la investigación del hecho, debiendo respetar el estado emocional de la víctima o testigo y los demás derechos humanos de NNyA.

Un tema controvertido se puede dar a la hora de compatibilizar los derechos de NNyA víctima con las garantías del imputado dentro del proceso. Para garantizar el debido ejercicio del derecho de defensa del imputado, es necesario que este sea notificado adecuadamente de la entrevista de declaración testimonial a los fines de llevar a cabo un efectivo control de la prueba.

Para ello, debe tener la posibilidad, de forma previa a la entrevista, de presentar sus requerimientos en relación con la posibilidad de interrogar a NNyA sobre otros hechos, o de plantear ciertas preguntas alternativas para eventuales respuestas (pliego de preguntas). Asimismo, debe tener la posibilidad de designar un perito de parte que pueda estar presente en la sala de observación durante la entrevista y lo asesore acerca de la conveniencia de realizar ciertas preguntas o de tratar determinados temas que deberán ser aprobados por el/la titular del juzgado y canalizadas a través de la profesional interviniente en el acto. Luego, puede presentar un informe propio (cfme. art. 130, CPP).

Ahora bien, una situación problemática podría suceder en el caso de que NNyA víctima/testigo no desee que el imputado esté presente en la sala en la que se reproduce por video la entrevista, ya que su presencia le podría resultar intimidante o amenazante.

No hay una solución unívoca a este dilema. Las Directrices podrían arrojar luz en cuanto expresamente disponen que "… de ser necesario, los niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal *sin que los vea el presunto autor del delito…*";[58] pero, lo cierto es que habrá que ver en cada caso concreto las tensiones existentes y cuál es la mejor manera de resolverlas.

Sin embargo, resulta útil tener presente que NNyA gozan de una protección especial de derechos en virtud de tratarse de personas en desarrollo y crecimiento y que, ante la colisión de derechos entre imputado y NNyA víctima, deberían prevalecer los intereses de NNyA.

58. Directrices, puntos 31.b y 34.a (el resaltado es propio).

La parte final del artículo hace mención a los actos de reconocimiento de lugares y/o cosas en los que el/la NNyA será acompañado/a por el/la profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el/la imputado/a.

Esta circunstancia puede ocurrir en hechos en los cuales sea imprescindible que la víctima o el testigo concurra a un lugar determinado, o sea preciso que reconozca objetos, como es imposible evitar la revictimización que puede implicar volver a lugares o ver objetos que revivan el acto lesivo, obligando a NNyA a volver a asumir el rol de víctima o testigo; por ello, las dos condiciones para llevarlo a cabo tienen como fin limitar estas consecuencias.

A diferencia del ambiente acondicionado de una sala de entrevista, en este supuesto no es posible actuar sobre el espacio físico, o el objeto; así que se trata de brindar un contexto en donde el/la NNyA se sienta seguro, acompañado y contenido. Por ello no debe hacerlo solo, sino acompañado; se prevé que el tribunal designe un profesional para que lleve a cabo esta tarea. Pero entiendo que este acompañamiento, teniendo en cuenta las características y contextos del caso en concreto podría tratarse, fundado en el ISN, de una persona de confianza de NNyA. Con el mismo objetivo de brindarle a NNyA un marco en donde no se sienta amenazado, y para minimizar las consecuencias de llevar a cabo este acto procesal, es que excluye al imputado.

Teniendo en cuenta que este acto no puede repetirse, es importante que se lleve a cabo registro del mismo en las condiciones de los actos únicos e irreproducibles, a los efectos de compatibilizarlo con el derecho de defensa.

Como se ha advertido a lo largo del desarrollo de este capítulo, la participación de NNyA víctimas en un proceso penal desde una perspectiva respetuosa de sus derechos humanos genera desafíos constantes que requieren soluciones creativas y ajustadas al caso concreto.

Para ello es esencial la articulación y cooperación entre las/os operadores judiciales y las instituciones gubernamentales o sociales que trabajan con NNyA, a fin de promover un abordaje rápido e integral de la situación que atraviesa la víctima en términos generales y, en términos específicos, en el proceso penal. También, debe contemplarse el acceso a los servicios y programas que le brinden una asistencia adecuada a sus necesidades desde el inicio del proceso.

En este punto, la entrevista en el CCTV aparece como una buena práctica para la participación y el ejercicio de los derechos de NNyA víctimas en el proceso, siempre que sea llevada a cabo desde la perspectiva de su interés superior.

Recuérdese que no es un acto natural la participación de NNyA en un proceso penal, por lo que se deben extremar los requisitos legales para evitar futuras nulidades y maximizar los recaudos técnicos para la obtención de un registro de calidad apropiado en términos de imagen y sonido, que sea debidamente resguardado para garantizar su seguridad y confidencialidad.

Por sobre toda consideración, el bienestar de NNyA víctimas y testigos es lo primordial y, por lo tanto, el contenido del ISN al momento de analizar su participación directa en el proceso penal.

El Estado debe extremar las precauciones para evitar realizar actos que agredan la integridad física y psíquica de NNyA, y debe poner especial énfasis en la celeridad, para que el proceso penal finalice en el tiempo más breve posible.

TÍTULO VI: INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Christian Brandoni Nonell*

Artículo 44. Acreditación de edad
Se acredita la edad por presentación de la partida de nacimiento, del Documento Nacional de Identidad, cualquier otra forma judicial o administrativa fehaciente en la cual consten los datos filiatorios de la persona menor de dieciocho (18) años de edad, y los de sus padres, tutores o responsables. Si no existe otra forma de acreditarla, se realizarán las pericias necesarias por funcionarios/as del servicio público designados/as a tal efecto, las cuales tienen un plazo improrrogable de seis (6) horas una vez notificado de la resolución que lo ordena.

A) Acreditación de edad: El artículo analizado sigue el principio general para determinar la edad del sospechoso conforme la manda del art. 106 del CPPCABA que establece un sistema de amplitud probatoria al sostener: "los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba…", dejando a salvo lo establecido en la última parte cuando le quita esa amplitud al estado civil de las personas, donde el sistema de adultos asume, lógicamente, mayores requisitos.

Entonces se podrá acreditar:

a) Mediante partida de nacimiento o DNI.
b) Cualquier forma judicial o administrativa fehaciente.
c) Por pericial médica dentro de las 6 horas de ordenada.

Es el caso del RPPJ, inicia la acreditación de edad desde lo más certero, una partida de nacimiento, a lo menos formal que es una pericia médica. Aquí el sistema modifica el criterio del artículo 106 y cede ante la urgencia de la detención de una persona que se sospecha

* Defensor Oficial del fuero Penal, Contravencional y de Faltas, con experiencia en la defensa de jóvenes.

o refiere ser menor de 18 años, en cuyo caso, cambia sustancialmente el abordaje procesal.

En el proyecto de ley original, expediente N° 936/2006 artículo 5, en la Legislatura Porteña, se planteó un plazo inicial de 48 horas desde la notificación para realizar la pericia de determinación de edad, el que luego de la discusión parlamentaria quedó en las 6 horas que rigen hoy, debido a la celeridad que impone el sistema de protección integral de NNyA que debe darse al tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley penal y la necesidad de su mínima permanencia en lugares de alojamiento y en situaciones de violencia institucional.

Claramente si el infractor o algún familiar, encargado o tutor tuviere un documento de identidad válido o una partida de nacimiento, la incertidumbre durará hasta su presentación y desde ahí se despejará el camino hacia la solución adecuada, sea que estemos frente a un joven de menos de 16 años, menor de 18 o mayor.

Seguramente los avances tecnológicos van a ir permitiendo que estos procesos mejoren y los tiempos se reduzcan, tanto en beneficio de los justiciables como del propio sistema, habilitando en los lugares destinados al alojamiento provisorio de jóvenes oficinas de enlace con el Registro Nacional de las Personas, para acceder en forma inmediata a la identificación correspondiente.

El segundo supuesto, cualquier forma judicial o administrativa, surge de los antecedentes que pudiere registrar la persona; en general se da cuando es trasladado a un lugar de alojamiento temporal y en el mismo ya figuran ingresos anteriores y se halla identificado adecuadamente, por registrar procesos previos en el sistema. También puede ser identificado a partir del informe de antecedentes del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.

Hay casos en los que los propios juzgados especializados en jóvenes poseen archivos internos donde obra la documentación que alguna vez supieron conseguir y la agregan cada vez que el mismo ingresa con una nueva investigación, ya que existe el principio de conexidad subjetiva, donde el Tribunal que tramitó la primera investigación es competente y se van acumulando las sucesivas causas. Lo mismo pasa con las fuerzas policiales que poseen registros de los jóvenes habitués del sistema, para acortar los tiempos de detención.

Respecto de la pericia médica, que deberá practicarse dentro de las 6 horas, la misma aparece como de difícil cumplimiento. Ello así, por cuan-

to ¿con qué seriedad un médico puede determinar si un joven tiene 17 o 18 años? ¿Se produce algún cambio tangible en una persona de los 15 a los 16 años? Evidentemente hay extremos que son fácilmente acreditables, entre 12 y 18 años no deberá haber mayores dificultades, pero cuando los límites se acercan la ciencia empieza a dudar y ahí el legislador que advirtió sobre esta dificultad con la que la disciplina científica se enfrentaba, recurre para su auxilio al artículo 3 del RPPL que establece la presunción de que la persona es menor de 18 años, hasta una acreditación fehaciente.

Ello con la finalidad de brindar el tratamiento especializado, en el *plus* de derechos al sujeto NNYA ante la duda que pudiera plantearse sobre el establecimiento de su edad real.

Parece exagerado el esfuerzo que realiza la norma para lograr la acreditación de la edad del infractor, pero cuando vemos la realidad, el ejercicio del derecho penal de jóvenes, observamos que las personas sometidas a estos procesos, que se hallan envueltas en situaciones delictivas, lo hacen por encontrarse inmersas en una enorme vulnerabilidad social y familiar. En muchos casos no cuentan con un entorno familiar que los contenga, ni que lo haya hecho desde corta edad, y por lo tanto carecen de la documentación correspondiente.

Muchos han huido de sus hogares de origen o han sido desplazados, perdiendo su historia, recuerdos y documentos.

Otros se hallan en situación de calle, abandonados por sus familias que, hartos de sus problemas policiales, judiciales o de adicción, se desentienden de los procesos dejando su suerte librada al azar. No han sido pocos los casos en que el funcionario judicial ubicaba a madres, padres o abuelas que se negaban a presentarse en los Tribunales a realizar los trámites de libertad de sus tutelados, porque estaban cansados de las innumerables intervenciones policiales y de la falta de respuesta a una solución de fondo, que en muchos supuestos viene de la mano de un tratamiento de adicciones.

B) Situaciones de flagrancia: Este artículo genera esta solución porque su aplicación se va a dar casi exclusivamente en casos de flagrancia.

Cuando el personal policial procede a la detención de un joven en el momento en que está cometiendo un delito, o inmediatamente después de hacerlo, se aplicará el procedimiento de flagrancia, el que se encuentra regulado específicamente en el CPPCABA conforme los artículos 78, 152, 172 y 173, para recibirle la declaración establecida en el artículo 161.

Ello así, por cuanto en el RPPJ no se establece un tratamiento específico del proceso de flagrancia para jóvenes ante lo cual, y conforme el artículo 2 del mismo, corresponde la remisión al régimen procesal penal de adultos, en la medida en que no se oponga a derechos consagrados en este o en la ley de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. (Leyes N° 114 y 26061).

Siempre que analicemos el sistema procesal penal en cualquiera de sus formas, debemos considerar como premisa fundamental que la función propia es la reglamentación de las garantías procesales establecidas en la Constitución; que estamos leyendo las reglas a partir de las cuales podemos vulnerar las prohibiciones establecidas en la Constitución, como la libertad, la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia, etcétera.

Tanto el artículo 18 de la CN como el artículo 13 de la CCABA establecen las garantías procesales, y los requisitos para que las mismas sean reglamentadas, y en qué casos y bajo qué motivos se pueden ceder esos principios generales.

Reza el artículo 18 de la CN que nadie podrá ser "... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", y esa autoridad competente es el juez. Ahora ¿cómo conciliamos esa premisa constitucional con los arrestos llevados a cabo por la policía en flagrancia? Simplemente con sentido común, entendiendo que los jueces no hacen prevención del delito y no acuden frente a denuncias por hechos que se cometen en las calles, así que con la simple comunicación y ratificación posterior del fiscal y del juez es suficiente para tener por conciliada esa acción preventiva con la obligación constitucional.

En el ámbito local, el artículo 13 CCABA, en su primer párrafo, fue más directo y estableció: "Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez". En este caso, procederá la convalidación de la detención en flagrancia por parte del fiscal y este a su vez deberá comunicarla al Juez, quien la ratifica o la hace cesar cuando entendiese que no están dadas las condiciones para mantener a la persona privada de la libertad.

Una vez convalidada la detención en flagrancia del sospechoso, tanto por el fiscal que es quien interviene en un primer momento, como por el juez de garantías, se le hará saber los derechos que le asisten con-

forme el artículo 153 del CPPCABA, informándole la causa de la detención, los cargos que se le formulen, el derecho de comunicarse con una persona de confianza y los otros derechos que le asisten.

El fiscal tendrá un plazo de 24 horas para recibirle la declaración, conforme el artículo 45 del RPPJ y 161 del CPPCABA, contando, conforme la reforma introducida por la ley.

Artículo 45. Declaración del imputado
La declaración sólo puede prestarse ante el/la representante del Ministerio Público Fiscal Penal a cargo de la investigación o el/la Juez/a Penal Juvenil, a pedido del/la imputado/a.

La disposición procesal precedente debe leerse bajo la premisa de todas aquellas garantías establecidas en el sistema de adultos que son aplicables a los NNyA en conflicto con la ley penal, ellas vistas e interpretadas bajo el paradigma del interés superior del niño y del principio de especialidad.

En ese sentido, el joven tiene derecho a contar con un letrado defensor, a ser asesorado, informado sobre los cargos que se le siguen en un lenguaje claro y comprensible acorde a su edad y contexto socio-cultural y educativo; a conocer las pruebas obrantes en su contra, verlas y analizarlas; a disponer del tiempo adecuado para la preparación de su defensa.

En el sistema adversarial, el NNYA que sea imputado por la comisión de un delito contará con una defensa que tiene facultades investigativas.

Tiene derecho a ofrecer pruebas que hagan a su descargo, a que la evacuación de su cita sea realizada, a declarar o negarse sin que ello implique presunción en su contra.

Sobre este particular la Observación General N° 12 (2009) del Comité de los Derechos del niño, en el párrafo 58 en alusión al derecho a ser oído del niño infractor (art. 12 de la CDN) impone la obligatoriedad de respetar esta premisa, en todas las etapas del proceso judicial y establece también el derecho a guardar silencio. Brinda pautas sobre la privacidad del acto.

Por su parte, la Observación General 10 del Comité de los Derechos del niño "impone el derecho a una participación efectiva en los procedimientos (art. 40 2 b) iv) para ello el NNyA necesita comprender

las acusaciones y las posibles consecuencias y penas"; en esta situación de necesaria comprensión por parte del/la joven, la flexibilización del lenguaje y la explicación acorde a la edad y posibilidades del NNyA son fundamentales.

En la misma línea, el artículo 14 de las Reglas de Beijing estipula sobre el juicio que se sustancie en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él, que pueda expresarse libremente si es su deseo. Entiendo que dicha premisa debe ser aplicable a todos los actos del procedimiento en que debe participar el/la joven.

En el mismo cuerpo normativo, en el artículo 7.1, se establece que

> En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

Dichos extremos deben respetarse en el acto de la declaración de los jóvenes, en un ambiente adecuado que tenga privacidad, y que permita al joven ejercer plenamente su derecho de defensa.

Artículo 46. Actos definitivos e irreproducibles. Notificación
Antes de realizarse actos definitivos e irreproducibles, excepto los registros domiciliarios, deberán citarse a la Querella y a la Defensa si el/la imputado/a estuviese identificado/a. La incomparecencia de las partes debidamente notificadas no impedirá la realización del acto, que tendrá valor para todos sus efectos.
En ningún caso se podrán realizar los actos precedentes sin la debida notificación, bajo pena de nulidad.
A pedido de la Defensa, el/la Juez/a podrá establecer las condiciones de realización del acto para asegurar el control de las partes sobre su producción.

Los actos definitivos e irreproducibles están regulados en el régimen procesal moderno dentro de la etapa de investigación preparatoria y responde a las especiales circunstancias de tener que realizar una medida probatoria que se agota en el mismo acto o que es de imposible

o difícil producción posterior. Se deberá notificar obligatoriamente a las partes la producción de estas diligencias, a fin de lograr su participación y consiguiente control, a través de la inmediatez, la contradicción que exige el debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

El principio general del proceso penal presenta dos etapas claras: la etapa inicial o preparatoria, y la de debate. En la primera, se van incorporando los elementos de sospecha que justifican el avance del proceso hacia el juicio oral, donde en definitiva se va a determinar la responsabilidad del acusado. Las pruebas que se presentan en la etapa inicial, no podrán ser incorporadas en el debate y deben ser reproducidas. En los sistemas procesales inquisitivos, la declaración e informes realizados en la instrucción eran pruebas válidas y suficientes para fundamentar la sentencia condenatoria, aunque hayan sido recibidas en dependencias policiales.

El nuevo paradigma establece no solo que el cambio de juez en una etapa y en otra asegure la imparcialidad del juzgador, sino que ninguna de las pruebas incorporadas en la instrucción sean agregadas al debate, donde deberán reproducirse una a una, sirviendo solamente para refrescar la memoria de un testigo o para señalar contradicciones.

Sin embargo, cuando hubiere pruebas que se agotan con la diligencia –como una autopsia que si bien podría ser reproducida, hay cosas que se perderían por el paso del tiempo y el estado de descomposición del cadáver, y fragmentos que se agotan con el estudio y no podrían se reproducidos, pruebas de revenido químico que genera una oxidación en los metales que dificulta cualquier tarea posterior, examen de muestra de ADN que en muchos casos son agotadas en un solo acto pericial, reconocimiento en rueda de personas que también son irreproducibles, o declaraciones testimoniales recibidas a turistas extranjeros que están por pocos días en la ciudad y que abandonan el país definitivamente y que no podrán ser convocados al juicio, o testigos de avanzada edad o que estén enfermos y se sospeche que un eventual fallecimiento hará imposible la incorporación del testimonio– podrán ser incorporados por escrito al juicio oral, cuando hubieren sido dispuestos por el juez de garantías a pedido del fiscal y notificados debidamente a las partes, tanto defensor como asesor tutelar en el caso del proceso de jóvenes.

Omar Fernando Jerez*

Artículo 47. Duración
La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de noventa (90) días a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal Penal Juvenil deberá solicitar prórroga al/la Juez/a Penal Juvenil, quien podrá acordarla hasta por sesenta (60) días más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. En caso de flagrancia el plazo de la investigación preparatoria será reducido a quince (15) días, prorrogables hasta por quince (15) días más en los mismos términos que en el párrafo anterior.
Si hubiere más de un/a (1) imputado/a el término correrá independientemente para cada uno de ellos.
El/la imputado/a podrá cuestionar las prórrogas ante el/la Juez/a, solicitando que se fije un plazo razonable para que se clausure la investigación preparatoria, que no podrá exceder los previstos precedentemente.

Resulta acertada y necesaria la regulación normativa de la garantía vinculada con la duración del proceso penal que contenga una previsión relacionada con la duración de la investigación preparatoria; como es en el caso del artículo 47 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante RPPJ), fuera del cual, el Estado carece de toda legitimidad para la actividad persecutoria.[1]

Sobre este tema, Daniel Pastor ha señalado con lucidez que

> ... la persecución penal estatal significa ya, con prisión provisional o sin ella, una pena de sospecha: la pena de proceso. O, si se quiere, sobre todo en los procesos prolongados, la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de "semi-penalización"

*Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA), Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla (España). Auxiliar Fiscal y Secretario de la Fiscalía Nº 1 ante el Tribunal Oral de Menores. Ayudante de 2° de la carrera docente en la materia "Elementos de Derechos Penal y Procesal Penal" que se dicta en la Facultad de Derecho (UBA) –cfr. Res. (D) Nº 3162/19–.

1. Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 547 y 677.

> que se manifiestan en angustias, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etcétera. La falta de una determinación aproximadamente precisa de la duración del proceso coloca al enjuiciado en la llamada "situación de doble incertidumbre": no sabe cómo terminará su proceso y tampoco sabe cuándo.[2]

En este sentido, queda clara la importancia de establecer plazos acotados, incluso tratándose de la etapa de investigación; resultando, en consecuencia, necesaria la regulación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, garantía contenida en los pactos internacionales que fueron incorporados a nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994[3] y que vinieron a consolidar el límite temporal a la potestad persecutoria del Estado.

En este punto interesa destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) estableció en "Mattei"[4] que el respeto a la dignidad del hombre implica:

> … el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal.

En el mismo sentido, la minoría de la Corte en "Kipperband"[5] dijo que, ante el excesivo tiempo de duración del proceso, debía ponerse fin a la causa:

> … por medio de la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción, en la medida en que ella constituye la vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar de este modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18, Constitución Nacional, y art. 8, inc. 1, CADH).

---

2. Pastor, Daniel, *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2004, p. 183 y ss.

3. CN, art. 75, CADH, art. 8.1, PIDCyP, art. 9.3 y arts. 14.3.c y DADyDH, art. XXV.

4. CSJN, Fallos: 272:188.

5. CSJN, Fallos: 322: 360: "Kipperband", considerando 22 del voto de los doctores Petracchi y Boggiano.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Suárez Rosero",[6] indicó que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable: "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan un largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente".

Si ello es así para todos los sujetos, más aún en el ámbito de la justicia juvenil, donde esta garantía se intensifica por la especial condición de los sujetos destinatarios, quienes necesitan de una rápida resolución del proceso judicial.

Ello es así debido a que el paso del tiempo de un proceso penal afecta de manera particular al adolescente que se encuentra en una etapa psicológica evolutiva de formación y desarrollo y, por lo tanto, tal como lo afirmó la CSJN en el precedente "Maldonado",[7] resulta ineludible "la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva".

De esta forma, es posible concluir que la marca que puede dejarle un proceso penal prolongado a un joven, y más aún su institucionalización, resulta ser mucho más fuerte e indeleble que la que puede quedar en un adulto. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 10 señaló que, cuanto más tiempo pase, es más probable que la respuesta que se brinde al joven pierda su efecto positivo y pedagógico, lo cual fue reiterado en similares términos recientemente en la Observación General N° 24.[8]

En el artículo 47 del RPPJ se establece claramente que la duración de la investigación preparatoria deberá finalizar dentro del término de 90 días a contar desde la intimación del hecho,[9] pudiendo a pedido del fiscal

6. Corte IDH, "Suarez Rosero vs. Ecuador", sentencia del 12/11/1997, párr. 70.

7. CSJN, Fallos: 328:4343, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", causa N° 1174, sentencia del 07/12/2005.

8. Observación General N° 24, párr. 54. "El Comité reitera que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la conclusión de las actuaciones debe ser lo más breve posible. Cuanto más largo sea este período, más probable es que la respuesta pierda el resultado deseado".

9. CPPCABA, art. 16: "Intimación del hecho. Delegación. Cuando el/la Fiscal considere que existe sospecha suficiente de que una persona puede ser autor o partícipe de un delito, le deberá notificar mediante acta los hechos que se le imputen, en forma clara, precisa y circunstanciada, y las pruebas que haya en su contra. La intimación del hecho

penal juvenil prorrogarse por 60 días más según la causa de la demora o la naturaleza de la investigación; términos idénticos a los previstos en el primer párrafo del artículo 104 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CPP), aunque aquí se excluye toda posibilidad de extender dicho plazo en casos de delitos de suma gravedad y de muy difícil investigación tal como se prevé para los adultos.

Como puede observarse, el RPPJ no prevé un plazo de duración de la investigación preparatoria distinto del establecido para los mayores; lo cual contradice de manera directa lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño, quienes en la Observación General N° 24 recomienda que los plazos establecidos "deberían ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos".[10]

Sin embargo, a mi entender, los plazos establecidos en este artículo 47 del RPPJ deben ser interpretados en conjunto con su artículo 21, que dispone: "Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme los plazos establecidos en esta ley". Estos artículos guardan relación con el del derecho de los adolescentes a definir su situación frente a una imputación penal dentro de un plazo razonable, conforme lo establecido a su vez en las normas internacionales de derechos humanos vinculadas con la protección de la infancia[11] y, especialmente, en la Convención de

se deberá hacer inmediatamente si estuviera detenido/a, cuando compareciera en los casos de flagrancia y cuando lo/a cite al efecto. En el acto de intimación del hecho, hará saber al/la imputado/a el derecho que le asiste de ser asistido por un/a defensor/a de su confianza o de designar al/la Defensor/a Oficial y de prestar declaración personalmente o por escrito, en el momento o cuantas veces quiera, sobre los hechos imputados o de abstenerse sin que ello importe presunción en su contra, y demás derechos previstos en el artículo 28. El/la Fiscal podrá, por decreto, delegar en el/la secretario/a de la Fiscalía el acto de intimación del hecho al/la imputado/a, cuando otras obligaciones funcionales impostergables le impidieran cumplirlo personalmente".

10. Observación General N° 24, párr. 55. "El Comité recomienda a los Estados partes que fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir entre la comisión de un delito y la conclusión de la investigación policial, la decisión del fiscal (u otro órgano competente) de presentar cargos y la decisión definitiva del tribunal u otro órgano judicial. Esos plazos deberían ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos, pero deben permitir que se respeten plenamente las garantías jurídicas. Deben aplicarse plazos igualmente breves para las medidas extrajudiciales".

11. Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.2.b; Convención sobre los Derechos del niño, art. 40.2.b.iii); Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la

los Derechos del Niño, que impone una especial obligación a los Estados de garantizar que las causas seguidas contra jóvenes infractores sean dirimidas sin demora. Por ello, resulta además correcta la eliminación de la extensión de un año de duración de la investigación preparatoria en caso de delitos graves.

Las consecuencias del vencimiento del plazo

El artículo 47 del RPPJ, al establecer la duración de la investigación preparatoria, no menciona qué ocurre en el caso de que este tiempo se exceda, ni prevé sanción alguna para los administradores de justicia,[12] ni otra forma de respuesta o reparación tanto para la persona sometida a proceso como para la víctima.[13]

Es por ello que, en caso de que suceda, debemos acudir al artículo 70 del CPP donde se establece con claridad que "los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley", motivo por el cual, una vez cumplido el tiempo de duración de la investigación preparatoria, debe operar la sanción procesal prevista

justicia de menores (Reglas de Beijing), Regla 20; Reglas de la Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad (Regla 17). Asimismo, en la reciente Observación General N° 24, el Comité de Derechos del Niño sostuvo que: "El Comité reitera que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la conclusión de las actuaciones debe ser lo más breve posible. Cuanto más largo sea este período, más probable es que la respuesta pierda el resultado deseado [...] El Comité recomienda a los Estados partes que fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir entre la comisión de un delito y la conclusión de la investigación policial, la decisión del fiscal (u otro órgano competente) de presentar cargos y la decisión definitiva del tribunal u otro órgano judicial. Esos plazos deberían ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos, pero deben permitir que se respeten plenamente las garantías jurídicas. Deben aplicarse plazos igualmente breves para las medidas extrajudiciales", 2019 (cfr. párrs. 54 y 55).

12. Por ejemplo, en el Código de la provincia de Neuquén se establece una suerte de sanción para el juez, tribunal o representante del Ministerio Público al que dicho plazo le hubiere sido acordado y vencido, disponiendo que será remplazado por quien legalmente corresponda y aclarando que tal actitud constituye una falta grave. (cfr. art. 80). En línea similar, el Código de la provincia de Chubut dispone que la inobservancia, intencional o por descuido de plazos que regulan la tarea de los funcionarios públicos implicará mal desempeño de sus funciones y responsabilidad del funcionario (cfr. art. 144).

13. Por ejemplo, en el artículo 147 del Código de la provincia de Chubut se prevé que, ante la extinción del proceso por morosidad judicial, el Estado deberá indemnizar a la víctima.

por el artículo 105[14] del mismo ordenamiento y archivarse la causa sin posibilidad de reabrirse la investigación; es decir, considerar que el plazo del artículo 47 del RPPJ tiene *carácter perentorio*, lo cual conduce necesariamente en la extinción de la acción penal al estar estrictamente vinculado con la garantía de duración razonable del proceso penal.

Así se lo ha considerado la Dra. Ruiz en el caso "F.F.G",[15] al señalar que

> ... el mandato contenido en la norma tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Tal como ocurre por ejemplo en el caso de la prescripción, el simple transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria. Es la propia ley la que establece que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional. Por otro lado, es dable recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible –obvia consecuencia del principio de legalidad material– impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo. En otras palabras, la voluntad estatal persecutoria, manifestada a través del poder legislativo, no puede ser modificada pretorianamente por los jueces en perjuicio del imputado. Máxime cuando dicha interpretación parece destinada a justificar una indebida inacción o demora por parte de los órganos responsables.

14. CPP, art. 105: "Vencimiento del término. Dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la Fiscal deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones. Vencido el plazo previsto en el párrafo que antecede sin que el/la Fiscal se hubiera expedido, se archivará la causa respecto del imputado/a por el/la cual hubiera vencido y no podrá ser nuevamente perseguido/a penalmente por el mismo hecho".

15. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. N° 7710/10, "Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'F. F. G. s/ inf. art.(s) 189 bis CP'" y su acumulado Expte. Nº 7711/10, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'F. F. G. s/ inf. art(s). 189 bis CP'", rta. el 11/10/2011.

De igual forma, en los autos "V.M.D"[16] el Dr. Lozano expresó:

> En función de los tiempos establecidos en la instancia de mérito, ya no cabe sino tener por consumido el plazo correspondiente a la investigación penal preparatoria al momento del requerimiento de elevación a juicio, con el consiguiente efecto de archivo (cf. el art. 105, último párrafo, del CPP, aplicable en virtud de lo reglado en el art. 2 del RPPJ; normas cuya validez, por lo pronto, no ha sido controvertida), lo que corresponde decretar en esta instancia, ya que, como dije, los hechos que bastan para hacerlo han quedado establecidos por quienes son competentes a ese respecto (cf. el art. 31 de la Ley N°402).

En línea con ello, en la causa "S.M.D",[17] la Dra. Paz explicó sobre el plazo de la investigación penal que

> Si bien el artículo 47 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad (Ley N° 2451), al igual que el 104 antes citado, contempla un plazo perentorio para la culminación de la investigación penal, dicho cuerpo legal no prevé una consecuencia específica en caso de que se produzca el vencimiento del mismo. De ahí que por aplicación supletoria del código procesal penal de la ciudad (cfr. art. 2 del RPPJ), deba estarse a lo dispuesto en el art. 105 del CPPCABA que establece que una vez vencido el término y sus prórrogas el fiscal deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones.

Sin embargo, no es unánime la jurisprudencia en este punto. También se ha considerado que una vez cumplido el tiempo de duración de la investigación preparatoria debe operar la sanción procesal prevista por el artículo 105, solo en caso de que el proceso no haya podido llegar a su término por causas atribuibles directamente al imputado, supuesto en el cual no deberá computarse dicho período;[18] considerando, de este modo, al plazo establecido en el artículo 47 como simplemente ordenatorio, lo que implica que deberá analizarse en el caso concreto si se ha afectado la garantía de duración del plazo razonable del proceso penal.

16. Ibídem, Expte. N° 9714/13, "Incidente de apelación en autos V., M. D. s/ infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, CP (p/L 2303)", del 15/04/2014.

17. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, causa N° 0007025-01-00-15, "S., M. D.", del 14/12/2015.

18. Heredia, José Raúl, "La investigación penal preparatoria", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubiznal-Culzoni Editores, abril de 2011, pp. 111-140.

Así lo ha señalado el Dr. Bosch en la causa "V.M.D",[19] quien explicó:

> … que el mero vencimiento de ese término legal no puede conllevar sin más el archivo de las actuaciones, pues la sola inobservancia de plazos que ciertamente apuntan al lapso temporal en que la investigación deberá desarrollarse no importa *per se* una violación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, sino que ello debe evaluarse en atención a las particularidades de cada caso en concreto […]. A estas consideraciones, cabe agregar que una eventual reglamentación de esta garantía no puede definirse de un modo capaz de importar una verdadera negación del derecho de las víctimas de un delito a la tutela judicial efectiva, riesgo cierto que decididamente se asumiría de estimarse que el solo vencimiento del plazo de 15 días previsto en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad pudiera tener efectos extintivos de la acción…

En idéntico sentido la Dra. Marum, en la causa "O.J.P",[20] dijo:

> En primer lugar, es dable aclarar que este plazo prescripto por la norma adjetiva se relaciona con el deber del Fiscal de realizar en un tiempo determinado y en base a las características particulares de la causa, la investigación del hecho objeto del proceso. Asimismo, resguarda la dilación del trámite de las actuaciones por inobservancia de plazos y puede dar lugar a la imposición de sanciones administrativas en caso de incumplimiento. Ahora bien, la duración de la instrucción y de sus prórrogas se debe distinguir de la garantía del plazo razonable, que se encuentra contenida en la Constitución Nacional (art. 18) y en distintos instrumentos internacionales (art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Ello así, pues es claro que no todo incumplimiento del plazo previsto por el art. 104 CPPCABA importa afectación a dicha garantía constitucional…

Como puede apreciarse, dicha postura coincide con la que han mantenido los jueces nacionales y federales al analizar el artículo 163 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN), que establece que "Los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley", quienes han mantenido reiteradamente su postura de que los plazos resultan meramente ordenatorios y, por lo tanto, debía analizarse en el caso concreto si se había afectado

19. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, causa Nº 10593-03-00-12, "V., M. D.", del 01/10/2012.

20. Ibídem, Sala I, causa Nº 27160-02-00-CC-09, "O., J. P.", del 05/04/10

la garantía de duración razonable del proceso penal, conforme a los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[21] y receptados por la CSJN en el caso "Acerbo",[22] vinculados con la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada.

A su vez, la Dra. Manes, en el fallo "R.L.S.",[23] indicó que "El Ministerio Público Fiscal es quien tiene la carga de demostrar por qué no pudo completar la pesquisa durante el plazo previsto procesalmente en el artículo mencionado"; con lo cual, se establece claramente que debe ser el fiscal penal juvenil quien debe justificar que no se ha visto afectada la garantía de duración razonable del proceso penal.

Cabe señalar además que, si bien la valoración de la actividad del imputado para analizar la violación al plazo razonable constituye una excepción construida por vía jurisprudencia de la CSJN en el

21. "El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales". CIDH, "Genie Lacayo vs. Nicaragua", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/01/1997, serie C N° 30, párr. 77. En similar sentido: "Suárez Rosero vs. Ecuador", Fondo, sentencia del 12/11/1997, serie C N° 35, párr. 72; "López Álvarez vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 01/02/2006, párr 126 y ss.; "Tibi vs. Ecuador", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 07/09/2004, serie C N° 114, párr. 175; "Bayarri vs. Argentina", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30/10/2008, serie C N° 187, párr. 107; "García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú", excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25/11/2005, serie C N° 137, párr. 166; entre muchos otros. El último elemento para el análisis fue incorporado en los casos "Valle Jaramillo y otros vs. Colombia", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27/11/2008, serie C N° 192, párr. 155 y "Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24/11/2010, serie C N° 219, párr. 219.

22. CSJN, Fallos: 330:3640, "Acerbo Néstor Horacio s/ contrabando" –Causa N° 51221– A. 2554. XL. RHE rta. 21/08/2007.

23. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III. Causa N° 6373-02-00-09. Autos "L., A.". Del voto por sus fundamentos de la Dra. Silvina Manes, sentencia del 10/06/2010.

fallo "Espíndola",[24] no debe perderse de vista que el imputado no está obligado a colaborar con la celeridad del proceso, tal como lo expresó la minoría de la CSJN en el mencionado fallo "Kipperband", criterio que considero adecuado, y que fue aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Eckle".[25]

Una tercera postura que cabe mencionar es aquella que considera inconstitucional que el legislador local hubiera previsto la extinción de la acción penal como consecuencia del vencimiento del plazo fijado, dado que, a su entender, ello únicamente es competencia constitucional atribuida al Congreso Nacional por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, donde solo puede estar prevista en el Código Penal tal como se encuentra legislado el artículo 59 al establecerse las causales de extinción de la acción penal y, por ende, resulta ser competencia exclusiva y excluyente del Poder Legislativo Nacional.

Así lo ha expresado el Dr. Vázquez en el fallo "C.C.E",[26] donde señaló:

> … en el caso corresponde declarar la inconstitucionalidad del archivo de las actuaciones previsto en el artículo 105 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como modo de extinción de la acción por el cumplimiento del plazo previsto en el artículo 47 Régimen Procesal Penal Juvenil. En efecto, la consecuencia prevista por el legislador local para el agotamiento del plazo de la investigación penal preparatoria, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 2 del Régimen Procesal Penal Juvenil, resulta ser la prevista en el segundo párrafo del artículo 105 por lo que dicha consecuencia resulta inconstitucional. Asimismo, la decisión no debe interpretarse como un desconocimiento del derecho a ser juzgado en un plazo razonable sino como un intento por restaurar el ejercicio de las competencias legislativas conforme el diseño constitucional de nuestra República federal. A mayor abundamiento en modo alguno se advierte en la presente causa el incumplimiento de razonables pautas temporales.

24. CSJN, Fallos 342:584, "Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley". sentencia del 09/04/2019.

25. TEDH, sentencia del 15/07/1982.

26. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, Causa N° 50181-00-CC-2009. Autos "C. C., E.". Del voto de los Dres. Marcelo P. Vázquez y José Sáez Capel, sentencia del 06/05/2010.

Dicho criterio a su vez fue ratificado en el caso "B.B.G".[27] al señalar que

> … la introducción de causales de extinción de la acción penal por parte de las legislaturas locales resulta inconstitucional ("A., D. R. s/ inf. art. 189 bis 3º Párr. CP- Apelación", Causa Nº 047-00- CC/2004 del 18/8/2004). Asimismo, he sostenido dicha convicción en numerosos precedentes […]. La consecuencia prevista por el legislador local para el agotamiento del plazo en cuestión, en virtud de la remisión que efectúa el art. 2 RPPJ, resulta ser la prevista en el segundo párrafo del art. 105 CPP. Dicha consecuencia resulta inconstitucional y así corresponde declararla, ello así por los motivos que expuse en los precedentes citados a los que me remito en homenaje a la brevedad.

Lo mencionado a su vez fue compartido por el Dr. Sáez Capel, también integrante de la Sala 1, quien en el precedente "O.J.P"[28] explicó que el "legislador local al crear este tipo de archivo como extinción de la acción, ha excedido el mandato conferido por el pueblo de la ciudad y por ende tal norma es contraria a la Constitución".

La duración del plazo razonable en el procedimiento de flagrancia

Se advierte además que en todo el RPPJ este es el único artículo que contiene una referencia específica al procedimiento de flagrancia y que, únicamente, lo hace en referencia al plazo de duración de la investigación preparatoria que, en este caso, será reducido de quince (15) días a partir de la intimación del hecho imputado, prorrogables hasta por quince (15) días más según la causa de la demora y la naturaleza de la investigación.

Tal como se sostuvo en el precedente "FFR":[29]

> … el plazo menor se justifica por dos razones evidentes: en primer lugar, la prueba indudablemente es más sencilla, dado que se cuenta con ella desde el inicio del expediente, dado que el imputado es detenido en

27. Ibídem, Expte. Nº 17010-00-CC/11, "B., B. G.", sentencia del 03/10/2011.

28. Ibídem, Causa Nº 27160-02-00-CC-09, "O., J. P.", del 05/04/10.

29. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, Causa N° 0009895-01-00-15. Autos: "F. F., R.", del voto en disidencia de Dr. Sergio Delgado, del 01/11/2015.

> flagrancia. Y, en segundo lugar, porque urgirá poner fin a la brevedad posible a la eventual prisión preventiva en la que habrá podido convertirse, generalmente, esa inicial detención en flagrancia.

Vencido el plazo de la investigación preparatoria, conforme la jurisprudencia mayoritaria que entiendo correcta, debe sobreseerse al menor. Así lo ha entendido la Dra. Manes en el precedente "A.R.G.O" al señalar:

> … en el caso, corresponde confirmar la resolución de grado que sobreseyó al encausado tras verificar el vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria. En efecto, así como el proceso debe cesar cuando la acción ha prescripto o cuando el hecho ya ha sido juzgado, debido a que estas circunstancias obstaculizan la constitución o continuación válida de la relación procesal, también la excesiva duración del proceso penal, en tanto violación de una garantía básica del acusado, conduce a la ilegitimidad del proceso, es decir, su inadmisibilidad, y por tanto, a su terminación anticipada e inmediata, único modo aceptable desde el punto de vista jurídico –pero también lógico e incluso desde la perspectiva del sentido común– de reconocer validez y efectividad al derecho tratado (Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 612). Las normas adjetivas que regulan el plazo para el desarrollo de la investigación penal preparatoria, previstas en el artículo 47 de la Ley N° 2451 y 105 del Código Procesal Penal (de aplicación supletoria), constituyen una limitación temporal que el/la legislador/a instituyó para evitar dilaciones indebidas y así agilizar un proceso que por su naturaleza debe ser acotado y reaccionario de la morosidad judicial. Se intenta garantizar un plazo razonable de duración del proceso (específicamente de la investigación preliminar al juicio), pilar del derecho a ser juzgado/a del modo más rápido posible, reconocido en el bloque constitucional.

Tal como advierten los Dres. Diego Freedman y Martiniano Terragni,[30] si bien el artículo 47 del RPPJ estableció que el plazo de duración razonable del proceso penal juvenil se contabilice a partir de la intimación del hecho, en los casos de flagrancia la normativa no previó desde cuándo comienza a correr el plazo y, como suele ocurrir en estos

30. Freedman, Diego; Terragni, Martiniano, "La garantía de duración razonable del proceso penal juvenil en la justicia especializada de la CABA". Disponible en: https://www.hammurabi.com.ar/freedman-terragni-la-garantia/#_ftnref21

casos, es la jurisprudencia la que viene a dar respuesta a este interrogante, siendo la posición mayoritaria, incluso la del Tribunal Superior de Justicia, la que ha entendido que el plazo debe contabilizarse desde que se produjo la audiencia de intimación del hecho.

Así lo ha expresado la Dra. Weingberg de Roca en el caso "M.A.G",[31] donde expuso:

> La crítica desarrollada por el Fiscal de Cámara contra ese punto de vista es contundente pues logra demostrar que la interpretación del art. 47 del RPPJ realizada por las juezas de cámara se apartó notoriamente del texto legal al darle al concepto "intimación del hecho" un alcance de tal magnitud que importa desconocer la decisión legislativa con menosprecio del principio de la división de poderes y del de legalidad. En efecto, el recurrente señala con razón que "si el legislador, al promulgar la ley N° 2451 (que implementó el RPPJ), usó la terminología exacta que, tiempo antes, había utilizado para nombrar a la audiencia del art. 161 del CPPCABA, es porque tuvo la clara y determinante voluntad de que los plazos de conclusión de la IPP (investigación penal preparatoria) comiencen a partir de dicha audiencia" es recién en esa oportunidad cuando el fiscal efectúa un juicio de valor y considera configurado el estado de sospecha que vincula a aquel con la comisión de un delito [...]. En esas condiciones, la equiparación de la detención del imputado –porque había tomado conocimiento de las actuaciones seguidas en su contra– con el acto de intimación del art. 161 es inadmisible porque desnaturaliza la función que tiene cada uno de esos actos en el procedimiento y agravia al MPF porque lo obliga a preparar la investigación penal, en casos como el de autos, en tan solo quince días contados desde su inicio cuando ni siquiera ha podido evaluar la pertinencia de vincular al imputado con el proceso, con la consecuencia de que un plazo así contado deja de ser un plazo razonable [...]. Ese criterio hermenéutico, por lo tanto, no resulta ser una derivación razonada, debidamente fundada, del art. 47 del RPPJ y debe ser descalificado; es que, como dijo el juez de la causa, "la letra de la ley resulta suficientemente entendible en cuanto a qu[é] debe concebirse por intimación del hecho, y esta claridad impide el surgimiento de distintas interpretaciones al respecto, ya que solo partiendo de una interpretación forzada puede entenderse que existen otros actos, aparte

31. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. N° 10226/13, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Unidad Fiscal Sur– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de excepción en autos M, A. G. y otros s/ art. 189'", 2° párr., sentencia del 22/10/2014.

del mencionado por la ley, que impliquen la intimación del hecho" […]. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia…

A su vez, el Dr. Conde señaló que

Resumidamente, la resolución de la Cámara implícitamente equivale: (i) a desechar, sin ninguna justificación válida, que el ordenamiento procesal infraconstitucional en principio ha supeditado el inicio del término legal de la investigación penal preparatoria a la efectiva ocurrencia de la "intimación del hecho"; (ii) a conferirle a ese acto procesal, denominado "intimación", inserto en art. 47 de la ley Nº 2451, un alcance o contenido muy diferente del que ha sido concretamente contemplado en el art. 161 del CPPCABA; (iii) a asimilar o equiparar situaciones procesales que razonablemente distan entre sí, pues la realización de una "aprehensión" en flagrancia –por parte de la autoridad de prevención– difiere sustancialmente de una "intimación del hecho" por la conducta investigada –por parte del Ministerio Público Fiscal–; o bien (iv) a desconocer la importancia que reviste este acto procesal o a, cuanto menos, sugerir que no se trataría de una diligencia cuya realización resulte exigible. Ninguna de estas conclusiones constituye una derivación lógica o razonada del derecho vigente. Una lectura respetuosa del ordenamiento y del debido proceso exige concluir que el acto de "intimación del hecho" no puede ser pretorianamente equiparado a cualquier situación en la cual una persona tome conocimiento de que existe una investigación penal en curso y/o en la cual eventualmente podría quedar involucrada. Muy por el contrario, la "intimación del hecho" es el acto trascendental que solo tiene lugar cuando el Ministerio Público Fiscal le dirige a una persona una imputación concreta y determinada, notificándole "mediante acta los hechos […] y las pruebas que haya en su contra" (cf. art. 161), de manera tal que se trata de un acto formal e insustituible que vincula a esa persona definitivamente al proceso y a partir del cual nace el deber de la Fiscalía de definir su situación jurídica. La peculiar interpretación que de la normativa aplicable ha efectuado el tribunal *a quo*, directamente, ha prescindido del texto legal, sin más razón que el propio voluntarismo, y, al hacerlo, ha omitido dar cualquier explicación sólida del motivo por el que correspondería computar tal plazo legal desde el "hito" procesal o el momento a partir del cual se lo cuenta. En efecto, la mera realización de tal aprehensión no resulta equivalente a la efectiva intimación del hecho. Lo contrario supondría que, desde ese mismo momento y sin que se hubiera perfeccionado la "intimación", la Fiscalía se

encontraba habilitada o en condiciones de requerir la realización de un juicio; conclusión que no parece resistir mucho análisis.

De igual forma, los Dres. Marum y Sáez Capel sostuvieron en el caso "R.M.S"[32] que

> … el requerimiento de elevación a juicio […] ha sido presentado dentro del plazo previsto por el art. 47 de la ley N° 2451. En tal sentido, el acto de intimación del hecho, conforme lo previsto por el art. 161 del CPPCABA, fue llevado a cabo el día 20 de mayo del corriente año y el requerimiento de elevación a juicio fue presentado el 08 de junio, razón por la cual transcurrieron 11 días hábiles judiciales entre ambos actos y tal plazo claramente encuadran dentro de lo previsto en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad para la realización de la Investigación Preparatoria. Entiendo que aquel es el hito a partir del cual debe comenzar a computarse el plazo en cuestión. Adviértase que el primer párrafo del art. 47 RPPJ establece que el cómputo comienza "a partir de la intimación del hecho" y, toda vez que el segundo párrafo no establece nada distinto, no corresponde distinguir.

A su vez, los Dres. De Langhe y Bacigalupo, en la causa "V.C y otros",[33] expresaron:

> Hemos sostenido en diversos precedentes que tanto el artículo 104 del CPPCABA, como el art. 47 del RPPJ coinciden en expresar que el inicio del plazo de duración de la investigación preparatoria se sitúa a partir de la declaración del imputado (conf. causa nº 41158-00/CC2008, carat. "F., F. G. s/ inf. art. 189 bis del CP", rta. el 22-06-10, entre otras).

Por su parte, el Dr. Franza en su voto en la causa "S.M.D"[34] –al que adhirió el Dr. Bosch– señaló que

> La interpretación integral del artículo permite afirmar que el plazo de quince (15) días –previsto para la duración de la investigación en los casos de flagrancia– debe comenzar a computarse "a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a", y que el mismo es susceptible de ser prorrogado por otros quince (15) días más "según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación". No advierto por qué razón el legisla-

32. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, Causa Nº 20896-00-CC/10, "R., M. S.", sentencia del 17/11/2010.

33. Ibídem, Sala II, Expte Nº 5146-00-CC-2017, "V., C. y otros", sentencia del 10/10/2017.

34. Ibídem, Sala III, Causa N° 0007025-01-00-15. "S., M. D.", sentencia del 14/12/2015.

> dor habría de disponer que los plazos de las investigaciones comiencen a computarse desde actos procesales diferentes, en los casos en que se involucre en el procedimiento a un menor de edad (arts. 104 del CPPCABA y 47 de la Ley N° 2451) [...]. Como corolario de las consideraciones vertidas hasta el momento, me encuentro en condiciones de afirmar que el plazo de duración de la investigación penal preparatoria en los casos de flagrancia previsto en el segundo párrafo del art. 47 de la Ley N° 2451 debe comenzar a computarse desde el momento en que se materializa la audiencia de intimación del hecho mencionada precedentemente.

Como puede observarse, si bien son mayoritarias las posturas jurisprudenciales que sitúan el inicio del plazo establecido en el artículo 47 desde la intimación del hecho imputado, existen otras consideraciones en contrario que han sostenido que el plazo en los casos de flagrancia debe considerarse desde el inicio de las actuaciones.

Así lo ha manifestado la Dra. Manes en el fallo "R.L.S"[35] al sostener:

> En el caso, corresponde archivar las actuaciones conforme el artículo 105 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en función de lo previsto por el artículo 47 de la Ley Nº 2451. En efecto, por "intimación del hecho" en los términos del artículo 47 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe entenderse el momento del labrado del acta que da cuenta y anoticia la infracción presuntamente cometida, motivo por el cual es a partir de dicho acto que debe computarse el plazo de quince (15) días teniendo en cuenta que estamos frente a un caso de flagrancia, conforme el artículo 78 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Ministerio Público Fiscal es quien tiene la carga de demostrar por qué no pudo completar la pesquisa durante el plazo previsto procesalmente en el artículo mencionado. En el particular, con las actuaciones elevadas a esta alzada, se desprende que, desde el acta de detención a la fecha de solicitud de archivo, el plazo para la sustanciación de la investigación preparatoria se encontraba vencido, sin que el Sr. fiscal de grado hubiera solicitado prórroga alguna.

35. Ibídem, Sala III, Causa N° 29535-00-00-08. "R., L. S", del voto por sus fundamentos de Dra. Silvina Manes, sentencia del 20/10/2009.

Posteriormente, en el caso "L.A"[36] señaló:

> Por "intimación del hecho" en los términos del artículo 47 del Régimen Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe entenderse el momento del labrado del acta que da cuenta y anoticia la infracción presuntamente cometida, motivo por el cual, frente a un caso de flagrancia, conforme el artículo 78 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es a partir de dicho acto que debe computarse el plazo de 15 días.

A su vez, en su voto en la causa "A.R.G.O"[37] –al que adhirió el Dr. Delgado– se puso el acento en el accionar de la fiscalía señalando:

> El presente legajo se inició el 07 de agosto de 2015 por ante la justicia nacional con la detención de W. A. P y G. O. A. R, este último menor de edad, por los delitos de encubrimiento y portación de arma de fuego de uso civil [...]. El 15 de octubre de 2015 el Juzgado de Menores N° 5 resolvió extraer testimonios de las piezas pertinentes y remitirlas a la Justica Penal Contravencional y de Faltas para que investigue el delito de portación de arma de uso civil [...] el menor fue aprehendido en flagrancia el día 07 de agosto de 2015 y luego de que se declarara incompetente la justica nacional de menores, el día 09 de noviembre de 2015 el legajo ingresó a la fiscalía, sin que llevara a cabo la diligencia que oportunamente ordenó, esto es, la declaración del menor en los términos del art. 161 del CPPCABA, ni tampoco pidió prórroga alguna. Esa deficiencia en la que incurriera el MPF sin justificación alguna –en tanto el hecho de que se hubiese planteado la excepción no le impedía que continuara con el trámite del legajo principal– me permite concluir que la fiscalía paralizó la investigación y mantuvo la causa abierta infundadamente.

De la misma forma, en el caso "M.A.G y otros"[38] –al que adhirió la Dra. Paz– ratificó:

> ... resulta prioritario precisar el concepto intimación de los hechos, desde el cual debe iniciarse el cómputo del plazo en cuestión. Ya he sostenido en numerosos precedentes [entre ellos, "S/D, N.N.s/infr. art(s). 181 inc. 1, Usurpación (despojo) – CP (p/L2303)", causa nro. 0026570-00-00/08, resuelta el 07/12/2012] que, en ese sentido, la Corte Interamericana de De-

36. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, Causa N° 6373-02-00-09. Autos "L., A.". Del voto por sus fundamentos de Dra. Silvina Manes, 10/06/2010.

37. Ibídem, Sala III, Causa N° 20460-01-00-15, "A. R., G. O. y otros", del 24/06/16.

38. Ibídem, Sala III, Causa N° 0027254-01-00-12, "M., A. G. y otros", del 03/05/13.

> rechos Humanos ha entendido de modo amplio que en materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito (Caso "López Álvarez vs. Honduras", del 01 de febrero de 2006, párr.129) [...]. Transpolando las consideraciones vertidas al caso en análisis, entiendo que el plazo de la investigación penal preparatoria se encuentra vencido, puesto que, desde que el menor fue aprehendido en flagrancia el día 03 de julio de 2012 [lo que constituye el primer acto de procedimiento dirigido contra el imputado], transcurrió el plazo previsto en el 2° párrafo del art. 47 del RPPJ, sin que medie petición de prórroga o se haya requerido la remisión de la causa a juicio. De acuerdo con este criterio, corresponde hacer lugar al planteo de los recurrentes y archivar las presentes actuaciones.

En esa línea, el Dr. Delgado en la causa "S.G.O"[39] entendió que

> ... el día 18 de octubre de 2013 fue recibida la causa en esta jurisdicción, luego de 10 meses de la detención del joven. Sin embargo, la audiencia de intimación de los hechos se llevó a cabo recién el día 13/02/2014, fecha en la que se encontraba excedida toda pauta temporal. La instrucción realizada en sede nacional sumada al lapso temporal transcurrido ante esta justicia local insumió un tiempo inadmisiblemente prolongado. Repárese que, tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como el magistrado de grado consideraron que el caso se subsumía en lo estatuido por el art. 47, 2° párrafo del RPPJ, pese a lo cual, vulnerando toda garantía al debido proceso y en particular, al plazo razonable, pidieron y consiguieron una abusiva prórroga de 60 días, cuando el máximo autorizado es de 15 días. Por ello, entiendo, se debe hacer lugar al planteo ya que la prórroga concedida fue otorgada por un plazo mayor del establecido legalmente, debiendo archivarse la presente causa por haberse superado un plazo razonable aún antes de intimar el hecho al imputado y por haberse superado un plazo razonable tanto en sede nacional como en la local luego de aceptada la competencia, debiendo esta jurisdicción ajustar el procedimiento a los lineamientos constitucionales.

Finalmente, cabe mencionar una tercera posición jurisprudencial que considera, como comienzo del plazo establecido en el artículo 47, el momento en el cual las causas fueron remitidas a la justicia de la Ciudad de Buenos Aires y sientan radicación.

39. Ibídem, Sala III, Causa N° 0013873-01-00-13, "S., G. O.".

Así lo han entendido los Dres. Bacigalupo, Marum y De Langhe en el precedente "B.M.N.D"[40] al señalar que

> … el régimen procesal juvenil establece plazos más acotados que la normativa de adultos por las características propias del juzgamiento de los delitos imputados a personas menores de 18 años, dada su condición de personas en proceso de desarrollo (art. 8 RPPJ). No obstante, ellos solo pueden computarse a partir de que la causa ingresó a este fuero, pues la ley de procedimiento en cuestión no puede aplicarse retroactivamente a actos procesales celebrados válidamente bajo la órbita de la ley nacional en una etapa precluida. Es decir, las leyes procesales locales no pueden regir los actos procesales practicados conforme la ley procesal aplicable por el juez que tramitaba las actuaciones hasta que se declaró incompetente […]. Cabe concluir que el plazo total previsto por la norma ritual juvenil computada desde que el proceso arribó a conocimiento del Fiscal y este formuló el requerimiento de juicio no fue excedido en el presente caso, según el detalle referido en el punto 1 de la presente cuestión.

La Dra. Manes, en coincidencia argumental con la Dra. Paz, sostuvo este criterio en el caso "A.S.M.",[41] donde indicó:

> … entiendo que el plazo de la investigación penal preparatoria se encuentra vencido, puesto que, desde que ingresaron las actuaciones al fuero local, y más precisamente a la sede de la Unidad Fiscal Sur el día 17 de mayo de 2012 (momento a partir del cual debe iniciarse el cómputo del plazo de la IPP, a la luz de los lineamientos expuestos por esta sala *in re* Causa Nº 24- 01/CC/2007, caratulada "Incidente de excepción de falta de acción y nulidad en autos C., J. de la C. s/art. 189 bis C.P. – Apelación–", resuelta el 06/11/07) hasta el día 06 de junio en que fuera presentado el requerimiento de elevación a juicio, transcurrió el plazo previsto en el 2º párrafo del art. 47 del RPPJ, sin que fuere dispuesta prórroga alguna por el magistrado de grado.

En definitiva, y como puede observarse, tres son los criterios jurisprudenciales sobre los que se ha entendido que el plazo previsto en el artículo 47 debe ser contabilizado en casos de flagrancia: 1) desde que se produce la intimación del hecho; 2) desde el principio del proceso al iniciarse las actuaciones; o 3) desde que las causas se radican

40. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, Causa N° 1201-01-CC-14, "B. M., N. D.", del 26/08/14.

41. Ibídem, Sala III, Causa Nº 0017706-00-00-12, "A., S. M.", del 01/11/2012.

en el fuero local y toma intervención el fiscal penal juvenil. En vista de ello, resulta claro que esta cuestión debe ser atendida por el Poder Legislativo local, quien es el encargado en definitiva de establecer una regulación clara que establezca desde cuándo se contabilizan los plazos en casos de flagrancia.

Cómputo de plazo

En cuanto a la forma de computar el vencimiento del plazo de la investigación preparatoria, se ha establecido en el caso "F.F.R"[42] que el artículo 47 RPPN se refiere a días útiles (hábiles) conforme lo estipulado por el artículo 69 del CPP, que establece que en *los términos se computaran únicamente los días hábiles.*

El procedimiento de flagrancia en el régimen procesal penal juvenil

Lo primero que se advierte al repasar la Ley N° 2451 es que no contiene un procedimiento de flagrancia diferenciado del previsto para los adultos, lo cual es contrario al principio de especialidad que debe operar en el diseño de todo el sistema penal juvenil. Sin embargo, y pese a que resulta necesario conforme lo establece el artículo 2 acudir al CPP[43] para observar la regulación del procedimiento, considero que resulta posible complementarlo con el catálogo de principios jurídicos y de instrumentos que el régimen procesal juvenil establece y que la comunidad internacional acordó dispensar a las personas menores de edad.[44]

42. Ibídem, Sala III, Causa N° 0009895-01-00-15. Autos: "F. F., R.". Del voto de los Dres. Marcelo P. Vázquez, Elizabeth Marum (Sergio Delgado en disidencia), sentencia del 01/11/2015.

43. RPPJ, art. 2: "Interpretación. En las causas penales seguidas contra personas que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad se procederá conforme las disposiciones del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto no sea modificado por lo establecido en este Régimen Procesal Penal Juvenil, y siempre que no restrinja derecho alguno reconocido por la Ley de Protección Integral de Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires".

44. CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, 2011.

Para ello, en primer término, cabe señalar que el artículo 77 CPP establece que una de las formas por las cuales la investigación preparatoria se iniciará será *como consecuencia de una prevención policial en casos de flagrancia*.

Asimismo, en el artículo 78 CPP dispone que

> ... se considerará que hay flagrancia cuando el autor del hecho sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después o mientras es perseguido por la fuerza pública, por la víctima o el clamor público. Estará equiparada a la situación de flagrancia, a los fines previstos en este Código, la persona que objetiva y ostensiblemente tenga objetos o presente rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito.

A su vez, en el artículo 86 CPP se regula la actuación de las fuerzas de seguridad, facultándolas en caso de flagrancia a *actuar en forma autónoma* dando cuenta al Fiscal inmediatamente, o en el menor tiempo posible, para que asuma la dirección de la pesquisa. Por su parte, en el artículo 112 CPP se autoriza a las autoridades en situaciones de flagrancia a efectuar requisas personales cuando el sujeto hiciera presumir que porta entre sus efectos personales, o adheridas a su cuerpo o en el vehículo en que circula, cosas constitutivas de un delito o que pudieran haber sido usadas para cometer un delito, dando inmediata noticia al/la Fiscal, quien lo ratificará o dispondrá la devolución de los efectos incautados y, llegado el caso, en el artículo 152 CPP se autoriza a la autoridad de prevención a la detención del imputado y luego de ello a su consulta sin demora al/la Fiscal, quien deberá ratificarla o hacerla cesar, sin perder de vista que, conforme surge del artículo 155 CPP, se deberá dar inmediata intervención pertinente del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Ministerio Público Tutelar.

Como se mencionó, el legislador local no estableció un régimen de flagrancia específico para menores; cuestión que también sucedió al dictarse la Ley N° 27272 que regula el régimen de flagrancia a nivel nacional sancionada en el año 2016, siendo objeto de numerosos debates en el seno del fuero nacional de la justicia de menores en cuanto a la afectación concreta de los principios de mínima intervención penal, libertad ambulatoria, interés superior del niño y especialidad.

Pese a ello entiendo que, a diferencia de régimen de menores que rige a nivel nacional, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

contamos con un RPPJ que interviene de forma sustancial en el CPP conforme lo establece el propio artículo 2, pudiendo en consecuencia armonizarse y compatibilizarse ambos ordenamientos con el fin de lograr que el procedimiento de flagrancia cumpla con los estándares y principios propios de la materia penal juvenil.

Como se mencionó anteriormente, uno de los temas más conflictivos que tuvo la aplicación de la Ley N° 27272 en el régimen nacional de menores fue la afectación del principio de mínima intervención penal y el derecho a la libertad ambulatoria, lo que llevo a la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional a declarar la inconstitucionalidad del artículo 353 ter CPPN al no brindar otra posibilidad que la de privar de su libertad al menor[45] que se le reprocha un ilícito cometido en flagrancia por un plazo que puede extenderse hasta 48 horas, ignorando, de este modo, que la privación de libertad de un menor solo puede llevarse a cabo como medida de último recurso (Convención sobre los Derechos del Niño art. 37 inc. b[46] y 40 inc. 4[47] y Reglas de Beijing arts. 10[48] y 17.1 "b"[49]).

45. CPPN, art. 353 ter: "el detenido será trasladado ante el juez…".

46. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 inc. b.: "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

47. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40 inc. 4: "Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, 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".

48. Regla de Beijing N° 10. "Primer contacto. 10.1 Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible. 10.2 El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor. 10.3 Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño".

49. Regla de Beijing N° 17. Principios rectores de la sentencia y la resolución: "b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible".

A primera vista, lo mismo podría señalarse de las disposiciones del CPP que, como se vio, establecen la detención del imputado en flagrancia por parte de las fuerzas de seguridad y la posterior consulta al Fiscal quien deberá mantenerla o hacerla cesar, sin distinción alguna entre menores y mayores. En la práctica, tal como señala Brunet:

> Confirmada una detención efectuada por personal de las fuerzas de seguridad, se dispone el traslado del joven al Centro de Detención de Menores, se da aviso al juez con competencia en Menores, al Defensor, al Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes, a los padres si están ubicables, a la Asesoría Tutelar, se verifica si tiene impedimentos y, según el criterio del juez en turno, a las 6 horas máximo el joven se retira del centro, en el mejor de los casos con un familiar, si no acompañado por profesionales del Consejo.[50]

De este modo, el interrogante a resolver es si resulta ineludible la detención de un niño, niña o adolescente en virtud de lo regulado por el CPP y, a fin de resolver esta cuestión, entiendo que pueden resultar de utilidad las consideraciones efectuadas por los jueces de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, quienes, si bien se expiden en función de la Ley N° 27272, plantean algunos puntos de contacto con el CPP.

En primer lugar, cabe destacar que al momento de resolver esta cuestión los Dres. Bruzzone,[51] García,[52] Garrigos de Rebori, Mahiques, Magariños[53] y Días[54] consideraron en términos generales que el régimen

50. Brunet, Aníbal Oscar, "¿Qué estamos dispuestos a hacer?", en Quinteiro, Alejandra (coord.), *Buenas prácticas para una justicia especializada: II Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2017, p. 51.

51. CNCCC, Sala 1, causa N° 2416/2017 caratulada "Cáceres, Ariel Carlos y M.J.E. s/ robo de automotor", rta. 24/4/2017, reg. 294/2017.

52. Ibídem, Sala 1, causa N° 5658/2017 caratulada "Calderón, Paola Guadalupe", rta. 24/4/2017, reg. 294/2017.

53. Ibídem, Sala 3, causa N° CCC 72867/2016/CNC1 caratulada "Camino Morales, Lucas s/ robo en grado de tentativa", rta. 28/3/17, reg. 220/2017. En este precedente el Dr. Mario Magariños sostuvo que respecto que la afirmación de que resulta ineludible la detención de un menor en virtud de lo regulado en la Ley N° 27272 "no parece razonable entender que la regla legal en cuestión imponga, necesariamente, la detención de la persona hallada en flagrante delito, pues, al igual que en el caso de los mayores, la cuestión debe ser armonizada con las reglas procesales y constitucionales que rigen para disponer la privación de libertad dispuesta con carácter cautelar. La existencia de una causa probable, no es condición suficiente para determinar la detención…".

54. CNCCC, Sala 2, causa N° CCC 2435/2017/CNC1 caratulada "F.J.E, o M y otros s/ legajo de casación", rta. 9/6/17, reg. 456/2017. En este precedente, el Dr. Horacio Días

de flagrancia establecido en la Ley N° 27272 debía interpretarse con la Convención de los Derechos del Niño sobre la privación de la libertad a menores; y, por lo tanto, considerar que el arresto y detención de menores solo procede como medida de último recurso con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Sin embargo, el Dr. Niño en el fallo "Vargas"[55] señaló que resultaba inaplicable la Ley N° 27272 a las personas menores de dieciocho años de edad con fundamento en el análisis efectuado por la CSJN en los fallos

sostuvo que "teniendo en cuenta las reglas que rigen en materia de procesos penales seguidos contra menores de edad [...] en virtud de la manda contenida en el art. 410 del CPPN, en las situaciones de flagrancia que involucran a menores de edad –desde la vigencia del actual CPPN– siempre existió para los agentes policiales el deber de detener cuando eran sorprendidos en situación de flagrancia". De esta forma el magistrado afirmó que "no ha existido verdaderamente un cambio, desde el punto de vista estrictamente normativo, en lo que hace a los menores y al tiempo de detención a ellos aplicable cuando media un delito cometido en flagrancia, puesto que –y conforme manda el art. 410 del CPPN– su aprehensión ya era un deber para los agentes policiales cuando se configuraba tal circunstancia (cfr. el inciso cuarto del art. 284 y art. 285 ambos del CPPN) siendo que a partir de ello se debía comunicar esta situación al magistrado en un plazo de seis (6) horas para controlar la legalidad de la actuación policial en cuestión (cfr. el art. 286 del CPPN) y ese debía indagarlos inmediatamente, dentro de las veinticuatro (24) o cuarenta y ocho (48) horas de practicada la mentada detención (*vid.* el art. 292 de igual cuerpo normativo). Esto último es así, toda vez que esa norma dispone –en los tiempos ya referidos– el interrogatorio del magistrado actuante cuando existen motivos suficientes de sospecha: extremo que, precisamente en razón de la naturaleza propia de todo delito cometido en flagrancia, se encuentra siempre presente en supuestos como el aquí analizado, dada la manera cómo ese justamente ocurre". En virtud de ello, recordó que al momento de celebrarse la audiencia regulada por el art. 353 ter, el juez actuante debe decidir sobre la libertad o detención del menor debiendo ajustar su decisión a las reglas del art. 315 CPPN, el cual establece que las disposiciones en materia de prisión preventiva no le son aplicables, siendo en cambio aquellas que corresponden a su legislación específica, como ser el art. 411 del CPPN que establece "la detención del menor solo procederá cuando hubiere motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o pondrá de acuerdo con sus cómplices, o conducirá a falsas declaraciones", y el art. 37 de la CDN que en su inciso b) prevé que "ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda".

55. CNCCC, Sala 1, causa "Vargas, Cristian Nahuel s/ legajo de ejecución", N° CCC6369/2017/1/CNC1, sentencia del 01/06/2017, reg. 425/2017.

"Maldonado"[56] y "García Méndez",[57] en los cuales se estableció que la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad, constituían el plexo normativo sobre el cual debían pivotar la interpretación de la Ley N° 22278 y el sistema penal juvenil, destacando a su vez que, en las Observaciones Generales, el Comité advirtió de las múltiples diferencias que justificaban la existencia de un sistema separado de la justicia de menores y hacía necesario dar un trato diferente a los niños.

En función de ello concluyó que el procedimiento de flagrancia, previsto en la Ley N° 27272, no atendía en lo más mínimo las situaciones de estos niños y ningún precepto del articulado permitía inferir que el legislador los haya tenido en cuenta, destacando la insalvable contradicción entre la aprehensión del sujeto y su consiguiente traslado ante un juez con la normativa internacional que postula que la detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará como medida de último recurso y por el plazo más breve posible.

En la misma dirección, el Dr. Jantus en el caso "Giménez" también consideró que "la Ley Nº 27272 *es inaplicable al sistema penal juvenil, porque el legislador no tuvo en cuenta el interés superior del niño ni la situación específica de los jóvenes relacionados con causas penales*".

En punto a la detención de menores, señaló que el régimen de menores es muy específico, ya que las medidas de coerción penal a partir de la Ley Nº 22278 tienen un régimen diferente al de detención y excarcelación que tiene el CPPN, indicando que, en el fuero de menores, se trabajan términos como "egreso", "licencia de fin de semana" o "licencias para fiestas"; todas ellas prácticas que implican una morigeración de prisión preventiva (en términos de mayores), pero que no contienen ninguna base normativa, ya que todas estas medidas están justificadas en el propósito de propender a una eficaz reinserción social de aquellos jóvenes a quienes se imputa haber cometido hechos

56. CSJN, M. 1022. XXXIX. "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", causa N° 1174, sentencia del 07/12/05.

57. CSJN, Fallos: 331:2691, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537", sentencia del 02/12/2008.

ilícitos, pero ello no les quita que impliquen un avance estatal sobre el ámbito de libertad de los menores que difiere del régimen de mayores.

De esta manera, consideró inaplicable la Ley N° 27272 debido a que, en el régimen de flagrancia, se habla de prisión preventiva y de excarcelación cuando en el sistema penal juvenil el propio Código de forma establece que no se aplica la prisión preventiva a los menores (art. 312 CPPN), concluyendo que "el problema es que la Ley N° 27272 literalmente no se puede aplicar porque la prisión preventiva no se aplica a menores ni se los excarcela, sino que se regulan las medidas de coerción por un régimen absolutamente diferente".

A su vez, en dicho precedente, tanto el Dr. Daniel Morín como el Dr. Sarrabayrouse coincidieron en que el régimen de flagrancia de la Ley N° 27272 vulneraba el derecho a la libertad ambulatoria de los menores en cuanto contempla, como primera y única opción, la detención a pesar de que tal temperamento debe ser el último recurso, por el tiempo más breve, cuando no existan opciones menos gravosas y cuando fuera estrictamente necesario teniendo en cuenta la gravedad del hecho imputado conforme la CN, los tratados internacionales de igual jerarquía y los instrumentos *softlaw* de carácter vinculante para el Estado,[58] lo cual impedía la posibilidad de armonizar ambos mandatos, que colisionaban irremediablemente. Al respecto, señalaron que "la privación de la libertad de los menores únicamente debería reputarse procedente previa evaluación y ante la inexistencia o imposibilidad de aplicar alternativas menos lesivas de los derechos humanos de aquellos".

De esta manera, entendieron que no resultaba posible conciliar íntegramente las disposiciones de la Ley N° 27272 con los principios constitucionales y aquellos que emergen del derecho internacional de los derechos humanos con relación a los menores que entran en conflicto con la ley penal, motivo por el cual declararon la inconstitucionalidad

58. Este sistema de protección a nivel internacional está compuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) –con jerarquía constitucional cfr. art. 75 inc. 22 CN–, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores ("Reglas de Beijing", 1985), las Reglas sobre Medidas no Privativas de la Libertad ("Reglas de Tokio", 1990), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil ("Reglas de Riad", 1990), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad ("Reglas de La Habana", 1990) y el art. 19 de la CADH, a los que se agregan las resoluciones, observaciones e informes emanados del Comité para los Derechos del Niño.

del artículo 353 ter en cuanto dispone el deber de detención de los menores por afectación:

> a) al principio de especialidad que debe regir el derecho penal juvenil, b) al deber legislativo –que también compete a los restantes poderes– de velar por el "interés superior" de los menores en la adopción de cualquier medida o decisión que los involucre y, c) al principio de proporcionalidad, que impone que la respuesta que se dé al delito en los casos en los que se encuentren involucradas personas que no han alcanzado la mayoría de edad sea ajustada a las circunstancias y gravedad del hecho y a las necesidades del menor.

Como puede observarse no son pocos, ni muchos menos infundados, los problemas que trae aparejado la no previsión de un régimen de flagrancia específico para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, en especial si se impone la detención obligatoria de menores, lo cual con toda certeza va en contra del principio del régimen penal juvenil, específicamente, los principios de especialidad y proporcionalidad e interés superior del niño contenidos en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño,[59] la interpretación de ese artículo que realiza el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones Generales N° 10[60] y 14,[61] la Ley N° 26061 de "Protección integral de los Derechos de las Ni-

59. Convención de los Derechos del Niño, art. 3: "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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

60. La Observación General N° 10 apunta que en toda decisión: "… el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en el desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflicto con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública".

61. La Observación General N° 14 puntualiza que el objetivo del concepto *interés del niño* es el de "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño".

ñas, Niños y Adolescentes"[62] y la Ley N° 114 de "Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de la CABA".

Si bien el RPPJ no introdujo un régimen de flagrancia específico y optó por utilizar el procedimiento previsto en el CPPC, considero que es posible sobreponerse a los cuestionamientos efectuados a la Ley N° 27272 en la medida en que, a nivel local, sí contamos con un régimen procesal específico con pautas acordes a los estándares internacionales que permiten realizar una interpretación armónica de ambas normas.

En función de ello, en primer lugar no debe perderse de vista lo establecido en el artículo 26 RPPJ en cuanto establece que "Todas las normas que coarten la libertad personal [...] se interpretan restrictivamente" y, especialmente, lo dispuesto en el artículo 27 donde expresamente se indica que "las medidas restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional, como último recurso y por el menor tiempo posible", y finalmente lo señalado en el artículo 28 en cuanto dispone que "la privación de libertad solo puede cumplirse en establecimientos especialmente destinados a esos efectos".

A su vez, también deberá tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 50 RPPJ al establecer que la libertad ambulatoria de las personas menores de 18 años solo podrá limitarse tras la constatación de riesgos procesales específicamente establecidos y que son el peligro de fuga o entorpecimiento del proceso, y en la medida en que no resultara suficiente la aplicación de otra medida menos grave y por el per*í*odo mínimo necesario para evitar que se eluda el juicio, siempre que el delito imputado prevea pena privativa de la libertad y no proceda una condena de ejecución condicional, privilegiándose siempre la imposición

62. Ley N° 24061, art. 3: "A los efectos de la presente ley 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. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legitimas la mayor parte de su existencia" y que cuando exista conflicto entre derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros".

de alguna medida menos gravosa de las previstas en el CPP conforme surge del artículo 51 RPPJ.

Por otra parte, conforme lo estipulado en el artículo 53 RPPJ, el tiempo de duración de la privación de libertad en un centro especializado debe ser el más breve posible. Cabe destacar al respecto que el artículo 81 RPPJ entiende por medida privativa de libertad toda forma de detención o encarcelamiento del que no se permita salir al niño, niña o adolescente por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial. El cumplimiento de dicha privación de libertad debe realizarse *únicamente en* centros especializados conforme se establece expresamente en los artículos 83, 84, 85 y 86 del RPPJ.

Como puede observarse del juego armónico de las mencionadas disposiciones, se advierte que el legislador ha contemplado una regulación específica para los procesos que involucran a adolescentes en conflicto con la ley penal y esta debe necesariamente interactuar con el procedimiento por flagrancia establecido en el CPP, impidiendo que la detención de los menores opere de forma inmediata, solo únicamente como *último recurso y* ante la presencia de riesgos procesales específicos, teniendo en cuenta la gravedad del hecho imputado y cuando no pudiese imponerse ninguna medida menos gravosa y, por último, siempre en establecimientos especializados.

Una muestra de esta armonización puede observarse en el precedente "M.R.A",[63] donde los Dres. Franza y Manes señalaron:

> El Régimen Penal Juvenil, regula las restricciones a la libertad en los artículos 26, 27 y 28, donde establece, que la interpretación de las normas que limitan la libertad personal debe ser restrictiva; que estas medidas deben ser excepcionales, acotadas al menor tiempo posible y como última instancia; así como también que la privación de la libertad de un menor de edad debe necesariamente cumplirse en un instituto especializado. Por otro lado, al enumerar las funciones del magistrado a cargo de la investigación penal juvenil, el artículo 31, refiere que a este le compete decidir sobre cualquier medida que restrinja un derecho fundamental del menor y que es al juez a quien le compete dictar, revocar o modificar las medidas cautelares. Si bien los artículos 49, 50, 51 y 52 reglamentan

63. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III., Causa N° 0003134-01-00-13. Autos "M.R.A". Del voto del Dr. Jorge A. Franza con adhesión de la Dra. Silvina Manes, sentencia del 05/08/2014.

> estas últimas durante el proceso, en particular la prisión preventiva, nada dicen respecto del estadio anterior a su disposición. De este modo, para determinar con quién debe, el personal preventor, evacuar la consulta respecto de la limitación a la libertad del imputado al momento de ser habido en flagrante delito, hay que recurrir al artículo 152 del Código Procesal Penal de la Ciudad. En cuanto a la comunicación con el Sr. Juez, el citado artículo 152, no exige que esta sea "sin demora" o inmediata, aunque debe efectuarse en el menor tiempo posible en función de la restricción de derechos que la aprehensión genera.

Como puede apreciarse, si bien hubiese sido deseable que el RPPJ establezca un régimen de flagrancia específico que tenga en mira la situación diferencial de los menores en conflicto con la ley penal –como sí lo hizo, por ejemplo, al regularse la suspensión del proceso a prueba, eliminando las restricciones que se establecen respecto de los adultos en miras de cumplir con el principio de desjudialización de los casos y reconducirlos a medidas socioeducativas que no impliquen pena de prisión–, lo cierto es que, por las consideraciones efectuadas, entiendo que resulta posible compatibilizar el régimen de flagrancia con el procedimiento penal seguido contra niñas, niños y adolescentes a quienes se acusa de una infracción penal.

Con ello se evita, desde mi punto de vista, descartar un procedimiento con plazos acotados que garantizan mayor celeridad en los procesos; garantía que, por otra parte, se encuentra reconocida no solo en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sino también en el artículo 8, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en las Reglas de Beijing que, en su artículo 20.1, establece claramente que "Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias". En estas Reglas se destaca que

> La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra...

Esto a su vez se muestra en sintonía con lo dispuesto por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N° 10, al indicar que el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta

definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible[64] y, de igual forma, en la Observación General N° 14.[65]

La duración total del proceso

Cabe destacar, finalmente, que el RPPJ no contiene ninguna cláusula específica de duración razonable de todo el proceso, y tal como lo afirman los Dres. Terragni y Freedman: "…sería aconsejable que expresamente se prevea la extinción de la acción penal como una consecuencia procesal del incumplimiento del plazo previsto en la ley local, a fin de resguardar la garantía de duración razonable del proceso penal";[66] lo que se ha intentado, aun sin éxito, en los diferentes proyectos de "Ley de responsabilidad penal juvenil" como ser el de 2004 que en su artículo 20 establecía que *el proceso no podrá durar más de un año* o el actual proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en marzo de 2019 y que en su artículo 11 dispone:

64. Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, Considerando 51: "Hay consenso internacional en el sentido de que, para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado". Considerando 52: "… que los Estados Partes fijen y respeten al tiempo que puede transcribir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos…".

65. Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño: - Considerando 93: "Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle; y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad de expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo".

66. Freedman, Diego; Terragni, Martiniano, *op. cit.*

> El adolescente tendrá derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas o indebidas. La duración máxima del proceso penal estará fijada en cada ley procesal y no deberá exceder el término de TRES (3) años contados desde el acto de la formalización de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente. No se computará a estos efectos el tiempo necesario para resolver el recurso extraordinario federal. El plazo establecido en el párrafo anterior se suspenderá por la declaración de rebeldía o por cualquiera de las causas previstas en cada ley procesal. El juez y el fiscal deberán tramitar con premura y priorizar los procesos en los que el adolescente se encontrare en prisión preventiva. El incumplimiento del plazo previsto en el segundo párrafo de este artículo hará incurrir al juez y al fiscal en falta grave y causal de mal desempeño.

Al respecto, la Red de Niñez y Adolescencia de la Federación Iberoamericana de Ombudsman[67] ha señalado en su informe de 2018 que la duración de los procesos penales llevado adelante por la justicia a partir de la infracción adolescente es también variable en cada uno de los países de la región, pero que, por lo general, se contemplan plazos que exceden los tres meses o 90 días de duración, llegando a una duración máxima de tres años, como en el caso de Paraguay, y tal como lo propone el proyecto de ley recientemente presentado en el Congreso Nacional.

En este sentido, adhiero a lo señalado en dicho informe en cuanto a que "preocupa especialmente el hecho de que en algunos países no se prevea una duración estimada o bien no lo sea con claridad para el proceso penal", lo que claramente le concierne al RPPJCABA.

67. Informe sobre adolescentes en conflicto con la ley penal en Iberoamérica. Disponible en: https://www.theioi.org/ioi-news/current-news/informe-sobre-adolescentes-en-conflicto-con-la-ley-penal-en-iberoamerica

Christian Brandoni Nonell

Artículo 48. Citación del imputado. Comparendo
Cuando se ordene la comparecencia del/la imputado/a se deberá notificar a su defensor/a.

Este artículo presenta cierta contradicción en su redacción y merece un análisis detallado. Así, por un lado, el título habla de citación al imputado, y por el otro, exige la notificación al defensor cuando se ordenarse el comparendo del acusado sin más precisiones.

En ese sentido, la norma no es específica al determinar si se trata de una mera citación de trámite o si habilita un procedimiento para disponer un comparendo compulsivo y de ahí la necesidad de notificar a la defensa, sin perjuicio de que el domicilio constituido deberá ser el primer lugar de citación al acusado. (art. 56 CPPCABA).

Sobre el análisis de este artículo, se observa cierto correlato con el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto atribuye al fiscal la facultad de ordenar la comparecencia por la fuerza pública del imputado mayor de edad en caso de que no se presentare voluntariamente sin justificación.

Lo cierto es que esta citación del/la joven debe interpretarse a la luz de la normativa específica en la materia y si bien este ejercicio de coacción estatal es razonable en el proceso de adultos, no resulta admisible en el procedimiento de jóvenes en conflicto con la ley penal. Existe un claro escollo en el RPPJ, ya que el fiscal carece de facultad para ejercer la medida de coerción establecida ante la incomparecencia, debiendo solicitarla al juez de garantías, conforme lo establecido por el artículo 31 incs. 2 y 3 del RPPJ, artículo 18 CN, 37 b y c; y CDN, 13.1 CCABA.

Ello será efectivo luego de notificar al defensor público o privado y al asesor tutelar con la finalidad de dar un plazo para que los mismos intenten dar con el/la joven y presentarlo/a voluntariamente sin la necesidad de ejercer una medida de coerción personal y privación de libertad como es el traslado compulsivo.

Es importante desde el punto de vista de la práctica determinar cómo se realiza la citación de los jóvenes en conflicto con la ley penal para su presentación.

En general y de lo que surge del plexo normativo al que se ha hecho referencia, la notificación para lograr la presencia del acusado en la audiencia se debe notificar también a su defensor. Lo que suele suceder es que en algunas oportunidades se realiza exclusivamente solo al defensor y esta forma evidencia otra ficción del sistema ya que la notificación efectiva, la que se hace sobre la propia persona, debe realizarse de manera directa y personal para poder generar algún tipo de efecto legal.

Suele suceder que esa notificación presunta al defensor oficial o bien al particular no consiga su propósito, que es la presentación del imputado, debido a que muchas veces se pierde o no se tienen las vías de contacto fehacientes y efectivas. Ya sea porque se desactualizan los datos, o bien porque los jóvenes no dan cuenta de sus cambios de teléfono o domicilio. Sobre este punto las redes sociales suelen ser de gran colaboración en la labor diaria en lo que respecta al contacto con los jóvenes judicializados.

Vale recordar que el contexto de los jóvenes no siempre es el mismo y, en general, es complejo. Se presentan historias de desamparo, abandono, adicción, abusos y muchos desórdenes sociales que a veces son detonantes de la situación judicial que debemos gestionar. Por ello, es difícil el abordaje y la labor de las partes es muy desafiante.

Exige un esfuerzo extra a la hora de cumplir con los actos procesales, especialmente en la sumisión del joven a las exigencias del caso. Los cambios de domicilio constantes, las mudanzas obligadas por problemas de convivencia con las familias o los vecinos del barrio, las alternativas de parejas, los conflictos policiales, las deudas, nuevas investigaciones, extravío de teléfonos celulares, etcétera, son circunstancias que llevan a una sistemática pérdida de contacto y la complejidad procesal consecuente.

Se trata de una buena práctica que facilita la labor diaria asentar en la ficha personal del joven todos los contactos sociales y familiares posibles en cada caso, datos de mails, redes sociales, referentes sociales si los tuvieran, agotando de esta forma la posibilidad de ubicar al citado en el menor tiempo posible y evitar declaraciones de rebeldía innecesarias.

Asimismo, existen restricciones en relación al medio a través del que se realiza la citación y a las circunstancias de cada caso en concreto. Si hubo denuncia por violencia institucional, no puede de manera alguna gestionarse su notificación por medio de esa fuerza.

En ese sentido, en diciembre de 2001 y ante los casos de violencia institucional contra jóvenes acusados de delitos, quien fuera el Procurador General de la provincia de Buenos Aires, Dr. Matías De La Cruz, ordenó a través de la Resolución N° PG 1390/01 que todas las notificaciones cursadas a personas jóvenes que hayan sido denunciantes o testigos en casos de violencia policial debían ser diligenciadas por funcionarios judiciales y no por agentes de la Policía. Ello así para preservar la identidad y seguridad de las personas que denunciaban o testificaban en casos de apremios ilegales.

Este antecedente, que reviste una importancia clave por la problemática que atiende, debería ser tenido en cuenta en algunos casos para actuar con precaución y cautela al momento de algo tan sencillo como la notificación buscando la preservación de la seguridad de las partes involucradas, más teniendo en cuenta que nos hallamos frente a conflictos con jóvenes que merecen un plus de protección.

TÍTULO VII: MEDIDAS CAUTELARES DURANTE EL PROCESO

Adrián Grimaldi*

Artículo 49. Procedencia
Las medidas cautelares durante el proceso solo pueden dictarse por solicitud del/la Fiscal Penal Juvenil, siempre que se constatare la plena existencia del hecho así como la de elementos de prueba que permitan fundar la probabilidad de participación responsable del/la imputado/a.

Pues bien, en torno a esta disposición legal, observamos como primera medida que se habla en forma genérica de medidas cautelares, sin mencionar, hasta aquí, ninguna en particular (*v. gr.* detención, prisión preventiva), y para que proceda alguna de ellas, se exige el requerimiento o petición del/la Fiscal, lo que verifica así el "tinte" netamente acusatorio del procedimiento, pues sin acuse fiscal, no podría el juez dictar medida cautelar alguna.

En segundo término, y aunado a ello, se establece que el requerimiento debe ir acompañado por la acreditación "plena" de la existencia del hecho ilícito que se trate. En este punto llama un poco la atención que se utilice la palabra "plena", terminología que suele ser utilizada para el grado de certeza que exige una sentencia, situación a la que se arriba como última instancia del proceso.

Sobre el particular, parecerían más adecuadas otras expresiones, por ejemplo "prima facie", "provisoria", "semiplena" como ya se ha efectuado

* Abogado, egresado de la Universidad de Belgrano (1998). Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires (2015). Docente *ad honorem* en el Curso Anual de Capacitación y Actualización en Niñez, Adolescencia y Familia (UNTREF - 2017, 2018, 2019). Desde el año 2008 a la actualidad se desempeña como Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en San Martín, provincia de Buenos Aires.

en otros textos legales, más aún cuando nos encontramos en una etapa inicial y preliminar del procedimiento, caracterizada por la recolección de prueba, que en todo caso servirá de base para sostener la hipótesis de la acusación en la etapa de juicio, procurando luego la certeza plena de lo acaecido con el dictado del fallo que ponga fin al conflicto penal.

Tan es así que la misma norma en estudio a renglón seguido termina por admitirlo, al exigir la presencia de elementos de prueba que permitan fundar "la probabilidad" de participación responsable del imputado/a. (El resaltado me pertenece)

En suma, es claro que tanto la presunta materialidad ilícita investigada como la probable intervención del joven imputado son requisitos o presupuestos necesarios que deben acreditarse liminarmente para que la fiscalía pueda requerir al juez la imposición de una medida cautelar.

En la provincia de Buenos Aires, donde desempeño mi actividad como fiscal, la Ley Nº 13634 es la específica para el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, y en su artículo 42 enumera las posibles medidas cautelares que pueden imponerse; mientras que la Ley Nº 11922 (Código Procesal Penal) se aplica supletoriamente para todo aquello que no encuentre regulación específica en la ley especial. Así, la ley adjetiva provincial enuncia en su Título VI las "Medidas de coerción". Sobre el punto, cierto sector de la doctrina señala:

> … la actividad coercitiva se integra por una variedad de actos independientes regulados por la ley procesal, que tienden a asegurar la efectiva satisfacción del resultado del proceso en cada una de sus fases fundamentales, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir si no se alcanzan los fines perseguidos.[1]

Y ampliando lo dicho, Bertolino enseña:

> Toda medida de coerción procesal no solamente deberá –en forma inexcusable– ser fundada en derecho, sino que, antes bien –y en especial– tendrá que ser motivada; es decir, debe existir un motivo, una razón para decretarla; y este motivo debe, inexcusablemente estar vinculado al proceso (no al delito o pena), ya que la necesidad de garantizar la sujeción de una persona al juicio penal, es lo único que autoriza la medida cautelar de tipo personal.[2]

1. Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ediar, T. V, 1960, p. 199.

2. Bertolino, Pedro J., C*ódigo Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 9ª edición, 2009, p. 277.

Artículo 50. Prisión preventiva
Su carácter será excepcional y no podrá exceder un período de sesenta (60) días corridos. La libertad ambulatoria solo podrá limitarse en caso de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. La detención cautelar de una persona menor de dieciocho (18) años de edad solo procederá cuando no apareciese suficiente la aplicación de otra medida menos grave y por el período mínimo necesario para evitar que eluda el juicio, siempre que el delito imputado prevea pena privativa de la libertad y el /la Juez Penal Juvenil estime *prima facie*, que no procederá condena de ejecución condicional. La privación de libertad deberá cumplirse conforme a lo establecido en el artículo 28 y en el Título XIII "Control de las Medidas Privativas de la libertad" de esta ley.

De modo inicial se deja en claro que la prisión preventiva es la excepción, siendo la regla general la libertad durante el proceso penal juvenil. Para el caso de dictarse, debe demostrarse la existencia de los denominados peligros procesales ciertos, que son esencialmente dos:

a. Entorpecimiento probatorio: El cual se determina básicamente por la posibilidad que tendría el imputado en el medio libre de impedir u obstaculizar el normal avance del proceso, *v. gr*. impidiendo la concurrencia de testigos a declarar al formular amenazas por ejemplo, o bien permaneciendo solo o en grupo, en zona cercana al domicilio de las víctimas o testigos, en forma intimidante, tendiente a que modifiquen la versión que brindarán ante la justicia, etcétera.

b. Peligro de fuga: El que se produce como consecuencia de la sanción esperable como resultado final del proceso penal, y para el caso de demostrarse la responsabilidad del imputado por el evento delictivo atribuido, llevaría a la imposición de una pena de efectivo cumplimiento, no así si se tratara de una condena pasible de ejecución condicional.

Si concurre alguno de estos dos supuestos, sea en forma independiente o ambos en forma conjunta, el fiscal estaría en condiciones de requerir la prisión preventiva, y verificado tal extremo por el juez, imponer la medida cautelar peticionada.

Luego, se establece un plazo máximo de sesenta (60) días corridos para la duración de la prisión preventiva. A mi modo de ver, y si bien

parece un plazo acorde a los estándares internacionales, conforme las exigencias del artículo 37 b. de la Convención Internacional de Derechos del Niño (CIDN), así como al restante *corpus iuris* en materia de derechos humanos para niños, niñas y adolescentes (*v. gr.* Reglas de Beijing), mi experiencia me indica que ese lapso puede o no ser suficiente para alcanzar los fines del fuero (ello lo desarrollaré en forma más detallada en el comentario del art. 52).

Sin perjuicio de lo expuesto, cualquiera sea el tiempo de privación de libertad, claro resulta que debe trabajarse en forma constante y responsable, tanto con el joven como con sus progenitores, y de ser necesario también con el grupo familiar ampliado. Incluso hoy en día, aparece como una herramienta más aceptada y utilizada la realización de procesos restaurativos, que involucren al imputado y de ser posible, también a la víctima, como una nueva forma de "sanar las heridas" que se producen como consecuencia del injusto. En definitiva, poner fin al conflicto penal y pacificar la sociedad.

En ese norte, es fundamental conocer la historia vital del joven en su situación socio-familiar. Aquí toman preponderancia las entrevistas e informes del equipo técnico interdisciplinario, sello distintivo del fuero penal juvenil (en la provincia de Buenos Aires se denomina Cuerpo Técnico Auxiliar, del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil); en mi opinión es trascendente su intervención, pues denota la cotidianeidad del adolescente, si estudia o no, qué actividades realiza, su relación con sus vínculos, padres, hermanos, restante familia, amistades, pareja, alegrías, tristezas, angustias, enfermedades, hábitos, adicciones. En fin, un amplio abanico de información que nos permitirá realizar un abordaje integral en búsqueda de lograr mayor efectividad en el trabajo a realizar tanto en la institución donde se aloje al joven imputado como así también con su familia.

Específicamente, deben atenderse los cambios y distinto posicionamiento que se tiene que llevar a cabo, modificando conductas negativas con otras que resulten positivas en la vida del joven y su grupo, para que el mismo se encuentre con la contención afectiva suficiente y con actividades socio-educativas que redunden en una adolescencia que se disfrute plenamente y no menoscabada por vulneración de derechos esenciales, tales como a una familia y hogar dignos, respeto, buen trato, cariño, afecto, alimentación, educación, deportes,

salud, etcétera. De esa forma, con el joven ocupado cada día en un proyecto de vida diferente y saludable, más el acompañamiento familiar, escolar, así como médico y/o psicólogico que se pueda requerir para su contención emocional, seguramente tendremos mejores respuestas de nuestros jóvenes y permanezcan ellos alejados de conductas transgresoras de la ley penal.

Lamentablemente, en la práctica cotidiana en el conurbano bonaerense observamos que el delito en los jóvenes es producto, en gran medida, de la vulneración reiterada de derechos de los niños, niñas y adolescentes, con padres muchas veces ausentes (*v. gr.* fallecimiento, separación, nueva pareja con alejamiento y sin vínculo con sus hijos, detención del padre o madre, etc.) y en los casos en que sí están presentes, no han sabido o no han podido guiar adecuadamente a sus hijos, ha fallado la puesta de límites, y a partir de ahí, se observan niños que han hecho abandono de la escolaridad, no realizan ninguna actividad de formación o capacitación, con vínculos familiares deteriorados que provocan angustia; pasan varias horas en la calle con pares en situación idéntica o muy similar, entonces aparece el consumo de sustancias tóxicas como una opción diferente para olvidar las penas o al menos mitigarlas; llegan a sus manos armas de fuego, provistas en general por adultos inescrupulosos que fomentan el delito como una forma de obtener dinero fácil, para una vida que hasta allí parece vacía y con pocas expectativas de un futuro mejor.

Es mi opinión que, en estos casos, lo ideal sería la prevención. Es decir, la escuela debería intimar a los adultos a que los niños concurran al colegio y en ningún caso admitir el abandono de los estudiantes de los establecimientos educativos. La educación primaria y secundaria es obligatoria en nuestro país (cfr. Ley Nº 26206), pero ante la falta de políticas públicas claras del Estado, en muchos casos no ocurre y el remedio llega tarde. Cuando el joven ha pasado por todo el conglomerado de situaciones de vulneración que se analizara *supra* y que finalizan con el joven en una comisaría o dependencia de las fuerzas de seguridad, tras la comisión de un delito.

En la provincia de Buenos Aires (aún en pocos distritos) se han creado recientemente Centros de Admisión y Derivación (CAD). En el Departamento Judicial de San Martín se ha instalado uno de ellos. Esta dependencia fue pensada para el alojamiento provisorio e inmediato

de jóvenes infractores de la ley penal, para evitar traslados a comisarías, debiendo el personal policial, al comunicar una aprehensión al Agente Fiscal por comisión de ilícito penal, proceder al traslado del aprehendido a dicha institución, donde permanecerá con atención médica, psicológica y de trabajadores sociales, en forma permanente, que además harán el nexo con su familia, para contenerlo y mantenerlo saludable. Este dispositivo cuenta en total con 16 camas, 11 para varones, y en un sector separado, para 5 mujeres.

Por lo general, los jóvenes permanecen allí hasta que obtienen la libertad dispuesta por el fiscal y a pocas horas de su aprehensión (sin intervención del juez), o luego de su detención (decretada por el juez competente), quedando alojados en el CAD hasta la audiencia que se celebra en un plazo que no supera los diez (10) días, donde se decide si se convierte la detención en prisión preventiva (ahí finaliza su alojamiento en el CAD y se ordena el traslado a un Instituto, en la mayoría de los casos de régimen cerrado, para evitar fugas, y donde cuentan con actividades escolares, de capacitación, apoyo psicológico, etcétera. Como contrapartida, también puede disponerse la libertad del joven detenido.

Por ende, volviendo a las medidas cautelares, y en concreto a la prisión preventiva, considero que resultan procedentes, tras la comisión de delitos de cierta entidad, ante la falta de contención y falta de límites de los padres. En ese caso, el límite debe ponerlo el Estado, en concreto el Poder Judicial. Pues es también, en estos supuestos, que se comprueba que han fracasado las políticas públicas del Poder Ejecutivo, que deben asistir a las familias con carencias y prevenir las situaciones de vulneración de derechos. Ante tal inacción, lo que ocurre en muchos casos, es el ingreso de los jóvenes en el delito. En ese andarivel, sabemos que el fuero penal juvenil no tiene como finalidad el castigo, sino que procura que los jóvenes asuman una actitud constructiva y responsable en la sociedad, pero tal tarea no es sencilla ni se logra de la noche a la mañana.

A mi entender, así como se prescribe que la privación de libertad debe ser por el menor tiempo posible, y no excedernos en encierros que se prolonguen en el tiempo, tampoco es bueno el mensaje de que los jóvenes egresen de modo casi automático tras la comisión de un delito. La idea es que se genere un sentido de la responsabilidad por lo ocurrido. Los jóvenes a partir de su inmadurez, propia del ciclo etario en el

que se encuentran, por lo general no ven tan fácil a la víctima del delito, sino que antes que a ningún otro, se ven a ellos víctimas de la violencia, del desarraigo, de la pobreza, de la exclusión social, de la falta de oportunidades, de sus angustias por las carencias familiares, etcétera.

Lo veo a diario en mi rol de fiscal, y por ello no es fácil la labor de trabajar en un proceso reflexivo con los jóvenes. El tiempo que ello demanda no es uniforme, porque siempre dependerá de las circunstancias que rodean a cada joven y su grupo familiar. En algún caso sesenta días pueden ser más que suficientes para realizar modificaciones importantes, y en otros no alcanzar ese período de tiempo. En la provincia de Buenos Aires donde me desempeño, el plazo de la prisión preventiva es de 180 días, y debidamente fundado prorrogable por igual plazo. Al finalizar este último término fatal, debe existir sentencia dictada que imponga Auto de Responsabilidad Penal o absolución. Es decir, la prisión preventiva dura como máximo 360 días; puede ser menos claro está, pero nunca más.

Así lo establece la Ley Nº 13634 que regula el proceso de responsabilidad penal juvenil en la provincia de Buenos Aires, y que en su artículo 43 dispone que

> El Juez podrá decretar excepcionalmente la prisión preventiva de un niño al finalizar la audiencia, a requerimiento del Agente Fiscal, siempre que concurran las siguientes circunstancias,
>
> 1.- Que existan indicios vehementes de la existencia del hecho y motivos suficientes para sospechar que el niño ha participado en su comisión.

A renglón seguido, la norma provincial enuncia tres incisos más, donde en resumen, alude a que debe existir peligro de fuga o posibilidad de entorpecimiento probatorio, lo cual como vimos es común al texto procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y generalmente a todas las normas procesales de los códigos de provincia. Luego exige que se le haya recibido declaración indagatoria al imputado y que no sea posible aplicar otra medida cautelar no privativa de la libertad (*v. gr.* arresto domiciliario, concurrencia periódica ante el Tribunal, prohibición de asistir a determinados sitios o de acercarse a la víctima, etc.).

Ahora bien, en relación al primer inciso, si bien emplea un término diferente al de la ley porteña, se podría llegar a entender qué significa, que no deje lugar a dudas de que el evento delictivo ha sido cometido.

Luego, en torno a la autoría o participación penalmente responsable del joven imputado, parece un tanto más adecuado el término "probabilidad" utilizado por la Ley Nº 2451, ya que es precisamente una presunción que se sostiene en esta primera etapa del procedimiento y que el juez *prima facie* impone u ordena a requerimiento de la fiscalía.

El presupuesto final comprende algo lógico en la teoría (en el próximo párrafo lo explicaré), que la privación de libertad sea impuesta únicamente cuando el delito atribuido haga suponer que la eventual sanción que podría corresponder sea de efectivo cumplimiento. Es decir, no debería imponerse cuando la pena sea pasible de ejecución condicional, y aun ante el pedido del fiscal o del querellante, el juez debería desestimar la petición y proceder a la inmediata soltura y libertad del joven imputado.

La excepción a la teoría –por eso lo decía– a veces se da en la práctica, y podría estar dada, aun en caso de delitos que admitan la condenación condicional, en situaciones de reiteración de conductas disvaliosas en el corto plazo, y que únicamente por recomendación o sugerencia del equipo interdisciplinario, *requieran un abordaje más profundo y que no pueda llevarse a cabo en forma ambulatoria*, como sería el caso de una intervención de la ciencia médica por adicciones severas, que hicieran aconsejable y necesario, por ejemplo, algún tratamiento en comunidad terapéutica, que sería establecido como una especie de morigeración de la prisión preventiva, privilegiando el derecho a la salud que ese joven y su familia no han podido o no han sabido proteger.

La realidad en la provincia de Buenos Aires nos ha demostrado en ocasiones que se adoptan medidas cautelares en delitos con eventual sanción condicional, ante la falta de referentes familiares positivos para el joven, el que maneja su vida como un adulto sin serlo, sin puesta de límites, sin escolaridad, sin actividades saludables, sin alimentación ni descanso adecuado, con malas juntas en el barrio que lo llevan a transgredir la ley casi sistemáticamente día tras día. En esos casos, aunque sea por un tiempo acotado (*recordemos también que la Ley Nº 13634 establece que la defensa del joven imputado puede pedir la revisión de la prisión preventiva cada 90 días, y a mi juicio, aun antes de ese plazo, si se*

dieran las condiciones y circunstancias necesarias para pensar en una medida menos gravosa), se busca en el joven despertar nuevamente el interés por la escuela, por aprender distintos oficios, con asistencia a talleres de capacitación, acompañamiento psicológico y enlazar con la familia ampliada o restablecer lazos que estaban rotos con alguno de sus padres o hermanos, para que el joven pueda tener una alternativa distinta a la que venía sosteniendo con franca vulneración de sus derechos.

No es la solución ideal, pero creo que peor es no hacer nada, o dejar al joven librado a su suerte, en una especie de abandono de persona agravado por conocer su situación psicosocial y no realizar un abordaje serio por cambiarlo. Se trata muchas veces de buscar redes de contención en el afuera, que sostengan a los jóvenes, pero necesitamos contar con actores comprometidos, pues si los jóvenes, propio de su inmadurez o inestabilidad emocional, no concurren, no se comprometen o no se prestan a recibir esa ayuda, seguramente los tendremos nuevamente detenidos o, lo que es peor, con heridas leves o de gravedad en su cuerpo, que pueden causar hasta su propia muerte, en manos de víctimas que se defienden del delito o del personal de las fuerzas de seguridad en cumplimiento del deber.

Con argumentos diferentes, que se acercan más a un fin netamente retributivo de la sanción, la doctrina también ha justificado la imposición de medidas de coerción, señalando por ejemplo que

> Los sistemas inquisitivos de prisión preventiva a los que denomino binarios, construyen la decisión sobre su aplicación con criterios sustantivos, y sobre la base principal de dos ejes; el examen de la pena en expectativa por el delito imputado y la sospecha sustantiva de responsabilidad del imputado.[3]

El excelso profesor Julio Maier, por su parte, ha sostenido:

> En el programa constitucional y cautelar –al igual que en los sistemas binarios– solo es posible imponer una medida de coerción, con un cierto grado de desarrollo de la imputación, una probabilidad concreta de

3. Sergi, Natalia, "Presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia", en Plazas, Florencia G. y Hazan, Luciano (comps.), *Garantías Constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2006.

> que el imputado haya cometido el hecho punible. Si esta probabilidad no existe, entonces, la medida de coerción pierde todo sustento.[4]

Sin embargo, la sospecha sustantiva de responsabilidad es un requisito indispensable sin el cual no puede privarse de la libertad a un individuo, pero no suficiente, pues debe ser conformada por el riesgo procesal y el resto de las exigencias.[5]

Para la doctrina liberal tradicional, los únicos fines legítimos de cualquier medida de coerción, previo a una sentencia, en un Estado de Derecho, son los que procuran los fines del proceso –peligro procesal– a) cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad –entorpecimiento de la investigación– y b) cuando el imputado se fuga o impide la aplicación del derecho penal material –peligro de fuga–.[6]

Finalmente, la jurisprudencia también se ha expedido. Resulta de suma relevancia destacar lo resuelto en el fallo "Suarez Rosero" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 12/11/97. Se dijo:

> El exclusivo fin procesal del encarcelamiento preventivo, no solo surge del carácter cautelar de la medida y del principio de inocencia, sino también expresamente de las disposiciones de los instrumentos internacionales (arts. 7.5 CADH y 9.3 PIDCP). También, de lo dispuesto en el art. 8.2 de la CADH, se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido, más allá de los límites estrictamente necesarios, para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva.

En dicha sentencia se establece con claridad el carácter meramente cautelar del encarcelamiento preventivo, y se circunscribe a los motivos para su procedencia, entorpecimiento de la investigación y peligro de fuga, para diferenciarla de la pena anticipada.[7]

---

4. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2ª ed., 1996, T. I, p. 523.

5. Cafferata Nores, José, *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino,* Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, p. 192.

6. A modo de ejemplo, cfr. Maier, Julio; Cafferata Nores, José y Velez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal,* 2ª ed., T. II, 1969.

7. Bovino, Alberto, *Nueva Doctrina Penal,* T. 1998/A, p. 631.

A nivel local y de la provincia de Buenos Aires, el Departamento Judicial de San Martín, donde me desempeño, la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental sostuvo:

> En la circunstancia de haber aportado el imputado, un domicilio donde no vive, se acredita entonces, que no tiene domicilio fijo, lo cual constituye un claro indicio de fuga (Art. 148 segundo párrafo inciso 1° CPPBA), tornando imposible su citación para el desarrollo del proceso. Asimismo, es importante mencionar que, si bien desde nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales (Art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) se consagra el "estado de inocencia" del que goza todo habitante de la Nación, mientras no sea declarado culpable por sentencia condenatoria firme, ella no veda la regulación y aplicación de medidas de coerción, según el art. 18 de la Constitución Nacional, y el sentido histórico cultural dada a la garantía (Maier, Julio, Derecho Procesal Penal. Fundamentos, T. I, p. 510). Lo propio sucede con el principio de libertad durante el proceso, el cual no es absoluto constitucionalmente, y en ese marco, la propia ley establece sus excepciones, basados en dos factores dotados de razonabilidad, como lo son; el peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación.[8]

Artículo 51. Determinación de las medidas procedentes
Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos gravosa para la persona menor de dieciocho (18) años de edad que la requerida por el/la Fiscal Penal Juvenil o la Querella, el/la Juez/a Penal Juvenil deberá imponerle alguna de las previstas en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En relación a lo expresado por la norma, como primera medida cabe señalar que el texto concuerda plenamente con el principio de inocencia, que garantiza la libertad del imputado durante el proceso, y que ella solo puede ser coartada como es sabido, sujeta a dos condiciones de razonabilidad ya analizadas en la disposición anterior, el peligro de fuga (teniendo en cuenta la conducta del imputado en

8. CAGPSM, Sala III, Causa N° 11.440, sentencia del 04/11/2005.

otro procedimiento para no presentarse en el juicio o no permanecer a derecho durante la sustanciación del proceso) o bien considerando la pena en expectativa, es decir, la esperable como resultado final del proceso. El otro elemento que se tiene en cuenta es el entorpecimiento probatorio (probabilidad de impedir el avance normal del proceso), y si ya la ley procesal en su amplia mayoría, en todas las jurisdicciones del país, trae establecidas tales disposiciones con relación a los imputados mayores de edad, cuanto más lo debiera ser para los jóvenes menores de 18 años, atento al *plus* de derechos reconocido por la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Recordemos que las medidas de coerción son la *ultima ratio*. Esto significa que la privación de libertad debe ser una medida de último recurso, y en caso de imponerse, lo será por el lapso más breve posible (arts. 13.1 y 13.2 Reglas de Beijing), y siempre que pueda disponerse una medida menos gravosa para el joven implicado, así deberá realizarse, en cualquier tiempo y etapa del proceso.

La libertad, el arresto domiciliario, la morigeración de la prisión preventiva con algún dispositivo de monitoreo electrónico, la atenuación o alternativa a la privación de libertad, son formas de mantener a salvo el principio de inocencia reconocido constitucionalmente, hasta que una sentencia condenatoria, pasada en autoridad de cosa juzgada (firme) sostenga lo contrario.

No obstante ello, recordemos en el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, los fines son totalmente distintos al fuero penal de adultos; la sanción no es el fin último del procedimiento, tratándose de un proceso socio-educativo, donde se busca la reinserción del joven a la vida en comunidad.

Así reza el artículo 40.1 de la CIDN sobre quien sea declarado culpable de haber infringido las leyes, ha de 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 este asuma una función constructiva en la sociedad.

Por último, y no menos importante, debo señalar que en la actualidad y cada vez con mayor aceptación se están considerando los espacios de resolución de conflictos mediante mecanismos de mediación,

acuerdos restaurativos, etcétera. En verdad entiendo más que auspiciosos estos procedimientos, así como la utilización del instituto de la remisión o suspensión de juicio a prueba, todos ellos encaminados a adoptar medidas alejadas de la sanción penal y encaminadas a lograr un ansiado proceso de pacificación social, donde el protagonismo lo tienen las partes en conflicto, ya no los operadores del sistema penal juvenil.

La Ley Nº 2451 prevé expresamente tales herramientas procesales, y a ello debemos apuntar, para que la primera respuesta al delito venga de la mano del diálogo, la escucha, la asunción de responsabilidad y empatía con el otro. Sabido es que la solución punitiva, y más aún en el fuero de responsabilidad penal juvenil, no alcanza los efectos disuasivos buscados, ni logra, en una gran mayoría de casos, que las partes se sientan satisfechas con el resultado del pleito o conflicto penal denunciado.

Artículo 52. Duración
El/la Juez/a determinará el tiempo de su duración, que será el más breve posible, no pudiendo en ningún caso exceder de sesenta (60) días corridos, y de cumplimiento en un centro especializado.

En primer lugar quiero dejar en claro, como ya lo he dicho, pero lo vuelvo a repetir, las medidas cautelares en general, y la prisión preventiva en particular, en el proceso penal juvenil son excepcionales.[9] Es decir, más que nunca la regla es la libertad durante el proceso y solo en forma excepcional se puede coartar este derecho. Ello basado en el interés superior del niño (art. 3 de la CIDH), así como la interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana (principio *pro homine*) receptado por la CADH, y demás Pactos Internacionales suscriptos por la Nación con jerarquía constitucional.

Sentado cuanto precede, debo señalar no obstante ello que, si bien entiendo la especialidad como el *plus* de derechos que todo joven menor de 18 años debe tener en su proceso penal, no puedo soslayar que sin perjuicio de que la privación de libertad debe ser acotada en el tiempo, puede ocurrir que este plazo de sesenta días señalado por la

9. La excepcionalidad de la privación de libertad surge tanto de la normativa nacional como de la supranacional (arts. 10 de la Ley Nº 13298, 3 de la Ley Nº 13634, 18 y 75 inc. 22 de la CN, 3, 37 inc. b) y 40 incs. 1 y 2 b) de la CIDN, y Regla 17, 18 y 19 de Beijing).

norma porteña condicione el trabajo y los resultados que se buscan en la intervención con todo joven.

¿Qué quiero decir cuando hago esta afirmación? A continuación lo explico. La CIDN remarca que la privación de libertad debe ser acotada en el tiempo –eso está claro y lo comparto plenamente– pero tal vez en un caso sesenta (60) días puede ser excesivo, y en ese supuesto no habría inconvenientes pues se deja sin efecto la medida y se procede a efectivizar la libertad del joven. Pero ¿qué pasa con los jóvenes que necesitan un trabajo interdisciplinario más prolongado?

Muchos dirán que se puede continuar con el trabajo en forma ambulatoria. Mi experiencia me indica que varios son los jóvenes que sostienen las medidas socio-educativas mientras permanecen privados de libertad, pero no son tantos los que logran sostenerlas en el afuera, precisamente por la falta de hábito, de contención y acompañamiento adecuado, más aún cuando el trabajo que se hizo resulta incipiente, es decir, cuando no ha generado todavía ni en el joven ni en su familia el efecto buscado.

Tal máxima la he incorporado, no como fiscal, sino como ferviente creyente del trabajo transformador del equipo interdisciplinario. Y así como encierros muy extensos resultan contraproducentes o iatrogénicos, intervenciones muy exiguas pueden no solo no ser adecuadas ni exitosas, sino además inconclusas para lograr la deseada reinserción social.

En definitiva, pienso en determinadas situaciones, sobre todo en delitos graves (*v. gr.* homicidios), donde los mismos psicólogos aconsejan un tiempo prudencial de trabajo con los jóvenes y familia para obtener resultados que provoquen cambios estructurales y que a futuro modifiquen conductas y costumbres. Es deseable transformar el mentado pasaje a la acción en la búsqueda de la palabra como herramienta de diálogo e intercambio como solución de los conflictos, en lugar de la pelea o la lucha con el otro.

Lo que se busca evitar es que una salida anticipada provoque otro ingreso del joven al sistema penal por un nuevo delito. Así como tengo en claro que una sentencia condenatoria prolongada no surte efectos positivos en quien la sufre (me refiero en términos de resocialización o reinserción a la comunidad), ninguna duda cabe que sí cumple los objetivos para quien pretende castigo o justicia retributiva como ocurre en el fuero de adultos; también creo, que un egreso rápido puede re-

sultar prematuro y contrario al fin buscado de evitar nuevas recaídas del joven en el delito.

Por ello, si bien celebro los tiempos acotados de privación de libertad, también tengo en cuenta que una libertad inmediata o anticipada sin la preparación o contención adecuada tiraría por la borda lo que se pretende lograr, alejar a los jóvenes de nuevas transgresiones a la ley penal, y otorgarles herramientas para pensar una vida diferente con proyectos saludables en compañía de su familia.

Una solución que podría evaluarse y que propongo analice el legislador porteño es que en casos graves el plazo de la medida cautelar se amplíe, pero que no pueda extenderse más allá de ciento ochenta (180) días (como ya expuse, lo establece el artículo 43 de la Ley Nº 13634 de la provincia de Buenos Aires), computando allí, incluso, el término máximo de duración de la Investigación Preparatoria previa al debate; es decir, el plazo de noventa (90) días, más su eventual prórroga debidamente fundada, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación, por otros sesenta (60) días (cfr. art. 47 primer párrafo de la Ley Nº 2451), dejando finalmente un plazo de treinta (30) días para la celebración del debate.

De esta forma, la modificación que se propone para el artículo 50 se complementaría de manera armónica con el artículo 47 de la Ley Nº 2451, para aquellos supuestos de gravedad, donde, en el peor de los casos, cuando deba pensarse en una posible sanción de privación de libertad de efectivo cumplimiento, para conjurar peligros procesales, no frustrar la realización del debate y lo que es más importante para el fuero, realizar un trabajo a conciencia, amplio y detallado con el joven desde el abordaje interdisciplinario; se produciría entonces en forma concomitante el vencimiento fatal del plazo de ambos institutos (fin de la medida cautelar y del proceso, con el dictado de la sentencia).

Después de ello, sería el momento del auto de responsabilidad penal o absolución. Y en el primer caso, se estaría ya hablando de computar el tiempo de encierro como eventual cumplimiento de pena, para el momento de la cesura. Sin olvidar que la libertad puede siempre disponerse si así lo aconseja el equipo interdisciplinario, pues tal manda rige en cualquier etapa del proceso, y si bien no es vinculante su opinión, las partes debieran fundar debidamente cuál es la razón para apartarse de ese elevado criterio profesional.

Finalmente, el alojamiento en un Centro Especializado está fuera de discusión y es precisamente otro eje diferenciador con el tratamiento de adultos. Dichos centros no cuentan con personal de fuerzas de seguridad ni de Servicio Penitenciario, sino con asistentes especializados en minoridad. Los jóvenes deben tener acceso a un lugar limpio, donde se pueda garantizar su salud y alimentación, a concurrir a espacios de educación y aprendizaje, capacitación, recreación, deportivos, contención familiar y psicológica, asegurando también su descanso adecuado en lugares confortables y cómodos, compartidos con otros jóvenes de edad similar.

Recordemos que el futuro de nuestros niños y jóvenes está en nuestras manos, la de los adultos, y es obligatorio velar por el cumplimiento y satisfacción de sus derechos básicos esenciales. Esa tarea corresponde en primer lugar a sus padres y familia. Si ellos no lo hacen deberá entonces ser el Poder Ejecutivo, con políticas públicas claras, quien asista a esas familias con niños, con derechos vulnerados, procurando restablecerlos.

Por último, si se llega al Poder Judicial, ante la comisión de delitos llevados a cabo por menores de 18 años de edad, y en concreto la aplicación del Régimen Penal Juvenil, es porque, por lo general, han fracasado los primeros estamentos que antes mencionamos, y es entonces que se debe intentar que estos episodios no se repitan en un futuro, *pero no imponiendo sanciones prolongadas, sino articulando redes lo más rápido posible,* entre la familia, el Poder Ejecutivo u otras organizaciones no gubernamentales para reparar los daños ocasionados por el delito, a la sociedad, a la víctima y al propio joven.

Si mientras ello se concreta en el mundo exterior, en casos graves resulta necesario acompañar al joven con profesionales de la interdisciplina especializados en niñez, en centros también especializados, en un acotado proceso de privación de libertad, así deberá disponerse para lograr cambios de hábitos significativos que impliquen involucrarse en actividades socio-educativas (como se expuso *supra,* escolaridad, talleres de capacitación en oficios o áreas de interés cultural, científico) asistencia médica y psicológica, alimentación adecuada, descanso e higiene personal.

Es decir, la Justicia Penal Juvenil funcionaría como el último eslabón de una cadena, donde se debe intentar recuperar los primeros dos eslabones, que han fallado, para que el joven infractor de la ley penal tenga

así la contención y acompañamiento adecuados, con un sostén afectivo, emocional, alimentario, económico, educativo, deportivo, recreativo, y así, con conductas saludables, evitar el ingreso al fuero penal de adultos. Esa es la lucha diaria que hay que renovar; si lo logramos, tendremos niños y adolescentes plenos en sus derechos, seguramente una sociedad más igualitaria y con menor índice delictivo. Eso posiblemente reconfortará más a la comunidad toda que si solo se encierra y castiga, para que luego, al egreso, el círculo vicioso del delito se repita sin fin.

TÍTULO VIII: VÍAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Carolina Becerra*

Los niños que han sido golpeados, humillados y atormentados,
sin el apoyo de ningún testigo, a menudo desarrollan
con los años un síndrome muy grave:
no conocen sus propios sentimientos,
les temen como a la peste y son, por lo tanto,
incapaces de comprender las vitales
conexiones existentes entre ellos.[1]

Artículo 53. Formas
Las vías alternativas de resolución del conflicto son:
a. Mediación
b. Remisión

El régimen de resolución alternativa de conflictos penales para el caso que los supuestos autores de una infracción resultaren ser personas menores de dieciocho (18) años punibles, se encuentra previsto en forma genérica en el artículo 53 de la Ley N° 2451, siendo incorporadas a la legislación penal juvenil de la Ciudad de Buenos Aires como: a) Mediación y b) Remisión. Ello en concordancia con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño,[2] las Reglas mínimas de las

* Secretaria de la Defensoría PCyF Nº 5 de CABA. Abogada (UBA 2003). Especialista en Derecho Penal de la facultad de Ciencias Jurídicas Universidad del Salvador (USAL, 2012). Auxiliar de 1º en la materia "Teoría del Estado", de la Cátedra de Aníbal D'Auria, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

1. Miller, Alice, *Salvar tu vida*, Buenos Aires, Tusquets, 2009, p. 89.

2. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, ha configurado un punto de inflexión en lo que respecta al reconocimiento y regulación del modelo de protección integral –en adelante CDN o Convención–.

Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)[3] y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de la Riad)[4] con estatus constitucional.[5]

Asimismo, el marco legal en que se plasmaron estas vías alternativas encuentra su cauce en la reforma constitucional del año 1994 que incorporó con jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.[6] Dicho instrumento ha significado una nueva visión al cambiar el concepto de cómo se debe tratar al niño, niña y adolescente.[7]

La Convención fue precedida por un movimiento internacional por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y es el pilar fundamental de un nuevo modelo jurídico-social denominado Protección Integral de los Derechos del/la Niño/a o Modelo de Naciones Unidas para la Protección Integral de la Infancia.[8]

Se asume que la Convención y el MPI nacen de la necesidad de revertir concepciones y prácticas judiciales, sociales y culturales que se traducían en una sistemática violación de los derechos civiles de los/as niños/as en el ámbito judicial (libertad física, y convivencia y vinculación familiar). Esta tradición se basaba en la incapacidad del/la niño/a,

3. ONU, Asamblea General, Resolución N° 45/113 del 14/12/1990.

4. Ibídem, Resolución N° 45/112, del 14/12/1990.

5. Amén de ello, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

6. La CIDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por la República Argentina en 1990 e incorporada al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

7. Sala III, en fallo "Legajo de prisión preventiva en autos G.L.O s/Infracc. Art. 189 bis CP".

8. En adelante MPI.

al que la familia y el Estado[9] *debía controlar y disciplinar,*[10] o *proteger.*[11] Las niñas y los niños y adolescentes han sido uno de los grupos más postergados en el reconocimiento formal de un estatus jurídico que los incluya como ciudadanos plenos.[12]

Después de finalizada la década de los 80, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Convención del Niño, es que se afirma de forma explícita que las personas menores de 18 años, son sujetos de derechos y sienta las bases de que los menores entre 16 y 18 años deben tener un tratamiento especial cuando se encuentren en conflicto con la ley penal.

En ese sentido, la CDN opera como un ordenador de las relaciones entre el/la niño/a, el Estado y la familia, a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, *limitando la intervención tutelar del estado*[13] y cuyo objetivo prioritario es la protección integral de la niñez.

9. En la filosofía política de Locke, el contrato ya no giraba en torno al *Leviatán* y al *pactum subjectionis*, sino alrededor del "co-pacto de asociación" (p. 36). Siguiendo las teorías aristotélicas tradicionales se trazaba una distinción entre tres clases de poder: el *despótico*, que es el poder al que están sujetos los esclavos; el *paterno*, que es el poder de una cabeza de familia. Así los esclavos, los delincuentes, los niños, los sirvientes y las mujeres como esposas quedaban subyugados al poder despótico o paterno, y el *político*, que [...] es aquel poder que todo hombre, poseyéndolo en el estado de naturaleza, ha cedido en manos de la sociedad, y con ello a los gobernantes, a quienes la sociedad ha colocado por encima de ella misma, con la confianza expresa o tácita, de que será empleado para su bien y para la preservación de su propiedad [...] sus vidas, libertades y posesiones (1690, II, p.171) (p. 37). Melossi, Darío, *El estado del control social*, México, Siglo Veintiuno editores, 1990.

10. Los hechos de dominación, las relaciones de poder y toda práctica de sometimiento no son específicos de los "totalitarismos", también atraviesan las sociedades llamadas "democráticas", las que Foucault estudió en sus investigaciones históricas. Fontana, Alessandro; Bertani, Mauro, "Situación del curso", en Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2021, p. 247.

11. López Oliva, Mabel, "Las políticas públicas en la Ley 26.061: de la focalización a la universalidad", en García Méndez, Emilio, *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes,* Buenos Aires, Editores Del Puerto, p. 125.

12. Ídem.

13. Desde un Estado donde el poder disciplinario se aplica a los cuerpos mediante técnicas de vigilancia, sanciones normalizadoras y la organización panóptica de las instituciones punitivas. Concepto de biopoder que se aplica globalmente a la población, a la vida y a los seres vivientes. Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, *op. cit.*

Es decir, los/as niños/as son sujetos titulares de derechos, gozando de los mismos derechos que los adultos más un *plus* de derecho por su condición de tales.[14] Son titulares del derecho al debido proceso, al principio de legalidad y reserva como así se encuentran amparados por el sistema de derechos y garantías en materia penal, cuya piedra angular es el artículo18, como por todos los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por ello, con la adopción de la convención por la comunidad jurídica internacional se eliminó la plataforma jurídica en la que se sustentaba lo que se conoce por "situación irregular", que consiste en la aplicación de un sistema protector a niños, niñas y adolescentes que se encontraban en "riesgo" y para ello se negaban de forma sistemática sus derechos, utilizando como herramienta el Derecho Penal. Esto era lo que se entendía como sistema tutelar.

Con la entrada en vigencia de los tratados internacionales ya mencionados se realizó un cambio de paradigma siendo la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires la que receptó este último modelo,[15] como así la Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes[16] y el Régimen Procesal Juvenil de esta Ciudad de Buenos Aires –Ley N° 2451– que sigue con esta directriz en la cual se incorporan *las vías alternativas de resolución de conflicto.*

En ese sentido se adopta una nueva forma de entender y tratar los conflictos y los delitos que involucran a adolescentes: *la justicia juvenil restaurativa.*

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de referirse específicamente a la CDN, en el caso "Niños de la calle" (Villagrán Morales y otros), en que se aplicó el artículo 19 de la Convención Americana y se utilizó el artículo 1 de la CDN como instrumento para fijar el alcance del concepto de "niño y niña".

Por su parte, tanto el Comité de los Derechos del Niño, concretamente la Observación General Nº 10, sustituida por la Nº 24 y la

14. Gallego, Juan Pablo, *Niñez maltratada y violencia de género*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 113-114.

15. La Constitución de la CABA reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, garantizándoles su protección integral, como el deber de ser informados y escuchados.

16. Sancionada el 03/12/1998 y publicada en el BO N° 624 del 03/02/99.

Convención Americana sobre Derechos Humanos,[17] establecen un sistema diferenciado y especializado de justicia, en lo que respecta a jóvenes en infracción con la ley penal, al establecer que los tradicionales objetivos de la justicia penal de represión/castigo *deben ser sustituidos por los de rehabilitación y Justicia Restaurativa. La Justicia Penal Juvenil cuenta con más facultades discrecionales que los mecanismos de resolución de conflictos habilitados procesalmente para el Derecho Penal de adultos.*

En relación a la Justicia Restaurativa, la Dra. Armenta Deu[18] refiere que

> … sin entrar en esta filosofía que comporta un cambio radical de paradigma, sí puede resultar ilustrativo destacar que, a partir de diferentes propuestas de autores como Zehr o Lerner, "la adopción de la justicia restaurativa predica que debe abandonarse una excesiva referencia al conflicto y su solución a modo de parámetro de la solución penal y procesal penal, ya que existen otros supuestos caracterizados por la agresión unilateral en que la idea de conflicto no permite captar la esencia del problema y la necesidad de la respuesta." Desde esta perspectiva, lo que debe gestionar la sociedad no es meramente un conflicto sino una demanda de justicia, de modo que, para restaurar la confianza y la creencia en la justicia, el Estado puede adoptar una respuesta centrada en la declaración de responsabilidad sobre lo sucedido, como ha resultado tradicional, pero también puede establecer y favorecer mecanismos a través de una respuesta constructiva orientada a la responsabilización y a la reparación; respuesta que tanto la víctima como infractor y persona directamente afectadas pueden percibir como justas.[19]

El Derecho Penal como *ultima ratio*

Niña, niño y adolescente –desde la visión de la CDN al igual que las normas locales– es todo ser humano menor de dieciocho años, que tiene

17. Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 5.5 y 40.3, 1969.

18. Armenta Deu, Teresa, "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico", en Ledesma, Ángela E. (dir.); Lopardo, Mauro (coord.), *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 24.

19. Tamarit Sumalla, Josep, "El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012", en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio de 2013, pp. 139 a 160 (El resaltado entre comillas me pertenece).

derechos y protección especial del Estado *con específicos límites para el Estado.* Poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y *tienen además derechos especiales derivados de su condición,* a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Como refiere la Corte Suprema de Justicia, partiendo de una premisa elemental 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. Lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado –como aquel elaborado por la doctrina de la "situación irregular"– de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. 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.[20]

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley N° 114 –RPPJ– entiende que interés superior del/la niño/a es el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos reconocidos pero el "interés superior del niño/a", no siendo una mera *tabula rasa* en la cual cada cual puede imprimirle su propia impresión, sino que se deberán tener en cuenta diversos estándares que permiten adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, al caso en concreto, que permiten su combinación con el mencionado interés superior.

En este nuevo contexto se inserta el RPPJ, que *prevé expresamente salidas anticipadas del proceso y alternativas al juicio: el instituto de la remisión y la mediación,*[21] *es decir no continuar con el proceso penal*, resultando en franca consonancia con la normativas internacionales mencionadas y en armonía –dependiendo del caso y la respuesta brindada– con la búsqueda del "interés superior del/la niño/a".

20. CSJN, "M., D.E. y otros/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", causa N° 1174C. Del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, sentencia del 07/12/05.

21. Ley N° 2451, Título VIII, Vías alternativas de resolución de conflicto, art. 53. Formas. Inciso b) Remisión.

La aplicación de estos institutos podría ser de gran compatibilidad con los fines del Régimen Penal Juvenil, ya que por esta vía se evitan efectos dañinos que puedan ser determinantes para una persona en formación, y en la concepción de que el *Derecho Penal como* ultima ratio *y cumpliendo así con el objetivo de la Justicia Restaurativa* al contribuir a favorecer en los/las jóvenes adquirir en forma temprana habilidades para la resolución pacífica de conflictos sociales.[22]

Al respecto, dentro de los principios fundamentales de las Directrices de Riad, *surge el de justicia alternativa, donde se busca excluir o reducir la "judicialización" de los problemas sociales que afectan a las niñas y niños, y que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter*, ello al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas.

En esta línea, desde el RPPJ y desde los institutos de la mediación y de la remisión del caso, se logra administrar restrictivamente la coerción penal, propendiendo al desarrollo integral de todas aquellas personas que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad no cumplidos al momento de ocurrir los hechos objeto de la investigación preparatoria. De este modo el/la joven es desjudicializado ya sea porque el caso se archiva luego de arribar a un acuerdo en el caso de la mediación o mediante la remisión. Esto se resume a una *mínima intervención estatal*, la cual se ve garantizada con el control de los diversos órganos administrativos que interactuarán.[23]

En cuanto al instituto de remisión coadyuvan los Programas Comunitarios con el apoyo de la familia y bajo el control de la institución que los realice, extinguiéndose la acción –art. 75, Ley N° 2451–.

Esta labor se encuentra en consonancia con el interés superior del/la niño/a (art. 3 CIDN), entendido como principio rector de todas las medidas concernientes a los/as niños/as, el cual impone, en caso de conflicto de intereses, adoptar el criterio que atienda prioritariamente a los intereses superiores del/la niño/a, debiendo disponerse

22. El sistema de justicia restaurativa comenzó a implementarse en Nueva Zelanda, luego en Noruega, en Finlandia y después se extendió por otros países. Klentak, Patricia, "Promoviendo la justicia restaurativa para los niños", en *Justicia penal juvenil especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2015, p. 18.

23. Entre estos órganos administrativos se encuentra la Oficina de Control de Resolución Alternativa de Conflictos con la intervención del equipo técnico interdisciplinario en casos de mediación –arts. 64 a 69 Ley N° 2451–.

todas aquellas medidas conducentes a asegurar la efectividad de los principios consagrados en la Convención.

Tan es así, que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado..." (arts. 7 CADH, 24.1, PIDCP).

Asimismo, la protección integral de derechos impone la tutela de los derechos de todos los niños, niñas y jóvenes entendidos como sujetos de derechos y no como objetos de protección/represión.[24]

Este interés superior del/la niño/a se debe encontrar en armonía con el *respeto por la dignidad de la persona humana*, de lo contrario su significado permanecería al arbitrio de cada operador/a judicial –párrafo 1 del artículo 40 CIDN–.

La filosofía de los tratados enumerados por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional denota un profundo respeto por la dignidad del ser humano, como lo evidencian sus respectivos preámbulos.[25]

Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, declara en su Preámbulo:

> ... que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...] Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho.

Cillero Bruñol define el interés superior del/a niño/a como la satisfacción de sus derechos, lo que requiere una interpretación sistemática de los derechos previstos en la CDN, asegurando la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del/a niño/a.[26]

La satisfacción de los derechos exige por una parte acciones positivas, y por la otra, la abstención de aquellas que sean transgresoras de esos derechos y la ley entendiendo el interés superior como la satisfacción de los derechos; establece pautas que deberán respetarse en el ejercicio de

24. Valobra, María, "Control sociopenal en sede civil", en *Justicia y Derechos del Niño*, Nº 3, UNICEF/Ministerio de Justicia, diciembre de 2001, p. 143.

25. Edwards, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 6.

26. Cillero Bruñol, Miguel, "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?", en García Méndez, Emilio (comp.), *Infancia, ley y democracia*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, p. 37.

las relaciones paterno-filiales y cualquier circunstancia que se vincule a ellas, y en este sentido es un límite a las decisiones discrecionales o paternalistas de los adultos y del Estado.[27]

El Comité de la CRC en su Observación General N° 24[28] subraya que el requisito de la Convención sobre los Derechos del Niño de elaborar y aplicar una política general de justicia de menores no debe limitarse a la aplicación de las disposiciones específicas contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también debe tener en cuenta los principios generales consagrados en los artículos 2, 3, 6 y 12, así como en todos los demás artículos pertinentes de la Convención, como los artículos 4 y 39. Entre ellos refiere: *fomentar el establecimiento y la plena aplicación de medidas alternativas* que puedan aplicarse en todas las etapas del proceso.

En este mismo sentido, el párrafo 1.3 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal[29] establece la Justicia Restaurativa como el proceso "en que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un crimen, participan en conjunto de manera activa para la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con la ayuda de un facilitador".[30]

La necesidad del testigo cómplice y la teoría de los contactos diferenciales

El instituto de la mediación y de la remisión del caso es la vía más adecuada a los principios de la Constitución Nacional y a los tratados

27. Crescente, Silvia M., "De la vigencia normativa a la vigencia social de la ley 26.061", en García Méndez, Emilio, *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.16.

28. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 24. Sustituye a la Observación General N° 10, "Los derechos de los niños en la justicia de menores", 25 de abril de 2007 (CRC/C/GC/10, párrafo 27).

29. Resolución del Consejo Económico y Social, Principios Básicos sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Asuntos Penales, 24 de julio de 2002 (Resolución de ECOSOC 2002/12).

30. Ibídem, párr. 2.

internacionales mencionados, ya que implican en este sentido reconducir el conflicto y tienen como norte el interés superior del/la niño/a.

En este sentido, el proceso penal juvenil está contemplado conforme a las reglas internacionales, nacionales y locales que rigen la materia, en base al criterio de mínima judicialización y permanente control por parte de los organismos administrativos, Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, equipos interdisciplinarios, órganos judiciales y la Asesoría Tutelar, todos encargados de velar por los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad.

Se protege especialmente la integridad de los/as adolescentes imputados/as y la celeridad del procedimiento, circunstancia que impone a los órganos judiciales el deber de actuar con la mayor diligencia posible.

En este norte, también se garantiza que las personas imputadas y las víctimas menores de dieciocho años sean tratadas de manera que el proceso no afecte su salud psicofísica y no implique una revictimización, reduciendo su participación directa a la mínima expresión y con participación de personal especializado.

> El interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (característicos del sistema penal). En consecuencia, siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la CIDN.[31]

Sobre la base de lo expuesto se impone necesariamente realizar la interpretación más restrictiva posible de las normas sancionatorias en juego a efectos de limitar hasta el máximo el poder punitivo del estado en estos casos.

Asimismo, en caso de oposición por parte de la fiscalía, entiendo que se deben esgrimir consideraciones particulares o razones fundadas que sustenten su oposición ya que de procederse *a contrario sensu*, la esencia y finalidad que persiguen estos institutos quedaría limitada y circunscripta a la decisión incontrolada del MPF.

31. Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

Ello teniendo en cuenta que la mediación y la remisión resultan los medios más adecuados en cuanto a lograr que el/la joven *comprenda e internalice la conducta imputada y no la reitere en el futuro,* ello esta íntimamente ligado a cuál es la respuesta judicial otorgada en cada caso y sobre todo al *restablecimiento de la dignidad del/la joven,* por eso la importancia de brindar desde el estado una respuesta adecuada al/la joven.

Como sostiene Donald W. Winnicott,[32] quienes trabajan con niños/as deprivados deben adoptar ante todo, como base teórica de su labor, el principio de que se ha comprobado que existe una relación entre la tendencia antisocial y la deprivación. Esta pérdida ocurrió en una etapa del desarrollo emocional del/la niño/a o bebé en que este no podía reaccionar con madurez.

Alice Miller[33] nos explica de la necesidad de que cada niña/o cuente con un *testigo cómplice*, aquella persona que apoya al niño/a maltratado (aunque solo sea ocasionalmente) ofreciéndole un sostén, un contrapeso para la crueldad y el horror que determina su día a día. Cualquier persona del entorno del niño/a puede jugar ese papel: un/a profesor/a, un/a vecino/a, y podemos también incluir al Estado.

Ese testigo cómplice le ofrece comprensión, amor, no quiere manipularlo por motivos educativos, confía en sus motivaciones y le proporciona el sentimiento de que no es "malo" y "se merece la amabilidad de la sociedad". Gracias a este testigo, el/la niño/a aprende que en este mundo existe algo llamado amor, bondad, respeto por su individualidad. En caso de no contar con un testigo su situación se complica, el/la niño/a glorificará la violencia y la ejercerá de forma brutal con los mismos pretextos que fueron utilizados en su contra.

Miller investigó la infancia de muchos criminales en serie y dictadores y en todas ellas encontró un denominador común: *una crueldad extrema sufrida* por ellos durante su infancia. Los afectados por norma general desmentían esta situación de abuso.[34] Este contexto se en-

32. Winnicott, Donald W., *Deprivacion y delincuencia*, Buenos Aires, Ediciones Paidós, pp. 157-159.

33. Miller, Alice, *op. cit.*, pp. 63-64.

34. En la obra citada Miller hace referencia a que los colaboradores de Hitler habían sido niños educados desde muy temprano en la obediencia, castigados y humillados de forma brutal, y más adelante descargaron en personas inocentes sus sentimientos de furia y rabia nacidos de la impotencia, ello gracias a la aprobación expresa de Hitler; finalmente podían hacerlo sin arriesgarse a ser castigados.

cuentra muy bien retratado en la película "La cinta blanca"[35] donde se muestra que la educación impartida se basaba en un sistema de violencia impartido por los maestros.

Desde la criminología, Edwin Sutherland[36] formuló una novedosa teoría para la época de principios del siglo XX.[37] Parte de los supuestos de que la conducta criminal es aprendida, estas conductas se aprenden en interacción con otras personas en un proceso de comunicación. La parte principal del aprendizaje de las conductas criminales ocurre en grupos personales íntimos. En este sentido, la dirección específica de los motivos e impulsos es aprendida a partir de definiciones de los códigos legales como favorables o desfavorables. Por ello, una persona deviene "delincuente" como resultado de un exceso de definiciones favorables a la violación de la ley. Estas asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad. Una persona aprende a ser ladrón como otra a ser carpintero.

Sutherland enfatiza que no toda persona que se asocia con criminales necesariamente termina volcándose a una actividad criminal, sino que el comportamiento criminal sistemático se da cuando se hace de la criminalidad un modo de vida basado en un proceso de aprendizaje con un alto grado de frecuencia, duración, prioridad e intensidad.

En virtud de ello, la finalidad de estos institutos –remisión y mediación– estriba básicamente en que el niño y la niña *no carguen con los efectos estigmatizantes que conllevaría* una eventual condena con todo lo que ello acarrearía para su vida.

Una condena lleva consigo un mundo de estigmatización en el cual se favorecería el proceso de aprendizaje descripto por Sutherland, en el cual debido al grado de frecuencia, duración, prioridad e intensidad del mensaje recibido propiciaría la introducción temprana al mundo

35. "La cinta blanca", película dirigida por Michael Haneke –realizador austríaco– en el año 2009. La trama se desarrolla en un pueblo ficticio durante los años 1913 y 1914 y describe la vida en un pueblo del norte de Alemania justo antes de la Primera Guerra Mundial.

36. Sutherland, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2009.

37. "En la tercera edición de su *Principles of Criminology*, publicada en 1939, Sutherland anexó su teoría de la 'asociación diferencial' sobre el aprendizaje social de la conducta criminal que [...] guarda relación con el White Collar Crime", Aller German en "White Collar Crime: Edwin Sutherland" y "El delito de cuello blanco", de la obra Sutherland, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, *op. cit.*

delictual. Se alejaría así de uno de los objetivos más importantes de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño: promover el desarrollo pleno y armonioso del niño y prepararlo para vivir una vida individual y responsable en una sociedad libre, en la que pueda asumir un papel constructivo en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (preámbulo, arts. 6, 29 y 40).

La Observación Nº 24[38] expresa a la luz de estas y otras disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es evidente que no redunda en el interés superior del niño que crezca en circunstancias que puedan aumentar *o agravar su riesgo de participar en actividades delictivas.* Se deben adoptar diversas medidas para la plena e igualitaria aplicación del derecho a un nivel de vida adecuado (art. 27), al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a la atención de la salud (art. 24), a la educación (arts. 28 y 29), a la protección contra todas formas de violencia, lesiones o abusos físicos o mentales (art. 19), y a la protección contra la explotación económica o sexual (arts. 32 y 34), así como a otros servicios apropiados para el cuidado o la protección de los niños.

Por otro lado, desde los institutos mencionados el Estado debería constituirse en *un posible testigo cómplice –desde la teoría de Miller– para así sostener y mirar* a la niña y al niño como también coadyuvar en una mejora de la administración de los recursos del sistema judicial, conforme al artículo 11 de las Reglas de Beijing y artículos 5 y 58 de las Directrices de las Naciones Unidas.

La remisión

Este instituto nos permite la desjudicialización del menor, quitándole el peso del estigma del considerado "delincuente" y mediante la tutela comunitaria, observar si las pautas ofrecidas por la Defensa permitirían reparar el daño y demostrar el compromiso del/la joven siempre respetando su dignidad como persona.

Desde el artículo 75 –RPPJ– para la aplicación de la remisión del caso se deberá tener en cuenta: 1) el grado de responsabilidad, 2) el daño causado como así, 3) la reparación del mismo, no resultando un

38. Revisión de la Observación General Nº 10 que fuera aprobada en 2007.

tratamiento o rehabilitación del/la niño/a, porque de ser así se estaría reproduciendo la lógica del tratamiento tutelar antiguo.

En cuanto a la naturaleza del delito y la aplicación de la remisión, el artículo 75 *in fine* menciona de forma expresa en qué casos no procederá este instituto. Cuando se trate de causas relacionadas a los siguientes delitos: los previstos en el Libro II del Código Penal, Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida), Título III (Delitos contra la integridad sexual), y en los casos de las lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho.

Con lo cual, podemos pensar que respecto al resto de los delitos –hasta la fecha transferidos a esta Ciudad– deberían receptar este instituto de remisión ya que si el legislador hubiera querido excluirlos lo hubiera hecho en forma expresa como lo hizo para delitos contra la vida, la sexualidad y lesiones en el seno familiar.

Por otro lado, este instituto menciona acuerdo entre imputado/a y víctima. Sin perjuicio de este acuerdo y en casos de oposición de la víctima, conforme los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –Fallo "Acosta"– esta oposición debería merituarse en cuanto a su razonabilidad y fundamentación.

La mediación

La Justicia Restaurativa:

> … es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos.[39]

Un proceso restaurativo se define como todo proceso en que la víctima, el imputado y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros

39. Oficina de las Naciones Unidas con las Drogas y el Delito, *Manual sobre programa de justicia restaurativa, Serie de Manuales sobre Justica Penal,* Nueva York, Naciones Unidas, 2006.

> de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.[40]

Es una forma de entender y tratar los conflictos, la violencia y los delitos que involucran a los adolescentes. Es un proceso que promueve la participación activa de todos los involucrados en el conflicto.

La aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos con adolescentes imputados penalmente parece ser una alternativa adecuada para generar en ellos la responsabilidad por sus propias acciones y la conciencia de las consecuencias ante los demás, favoreciendo, en su reparación, una postura activa tanto de la víctima como del ofensor. Las vías alternativas de resolución de conflictos se presentan como una forma de trabajar para lograr una pacificación social que repare heridas y genere consensos de convivencia, reconciliando a las partes y posibilitando la reparación voluntaria del daño causado.

También contribuyen a la prevención, ya que han sido pensadas para evitar que los adolescentes entren innecesariamente en contacto con el sistema de justicia, generando una participación fundamental de la comunidad en la construcción de la respuesta al delito. Así, el artículo 25 del Régimen Procesal Penal Juvenil determina que la imposición de la pena a una persona menor de dieciocho (18) años de edad, se supone como último recurso.[41]

Conclusión

> El acceso que tenemos a nuestras propias angustias y nuestros propios deseos influye sobre la manera en que tenemos de comprender el mundo; y viceversa, utilizamos lo que aprendemos del exterior como clave para la explicación de la experiencia interior.[42]

40. Ídem.

41. La Ciudad de Buenos Aires estableció desde la Ley N° 12 diversas alternativas a la sanción, las que fueron ampliadas en el Régimen Procesal Penal (Ley N° 2303) y en el Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2451).

42. Louk, Hulsman; Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 18.

Por todos los motivos expuestos, el régimen de resolución alternativa de conflictos penales encarnado en la mediación y en la remisión –artículo 53 de la Ley N° 2451– proporciona una articulación adecuada de solución sistémica a la cuestión de niños y niñas en conflicto con la ley.

Ello en virtud de que se aleja de un enfoque estricto como lo es la denominada "tolerancia cero", "tres *strikes* y estás afuera" y demás medidas punitivas que contribuyen a crear el estereotipo discriminatorio de niños y niñas como de "delincuentes juveniles sin salida" el retro "rebelde sin causa" produciendo esa imagen negativa de la juventud y fomentando una publicidad perniciosa en los medios de comunicación que produce una profundización de la discriminación para con los niños y niñas que cometen delitos.

En ese sentido, un enfoque estrictamente punitivo no se ajusta a los principios rectores de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención sobre derechos del Niño.[43]

Los institutos de mediación y remisión ofrecen respuestas rápidas con un impacto benéfico en los niños y niñas quienes al no ser estigmatizados pueden ser sostenidos y acompañados por primera vez desde la mirada del testigo cómplice reproducida en forma estatal.[44] Siguiendo la Observación Nº 24: "el Comité hace hincapié en que las autoridades competentes –en la mayoría de los Estados, el fiscal– deben estudiar continuamente las posibilidades de evitar un proceso judicial o una condena, mediante la remisión de casos y otras medidas".

Por último, este modo de entender el sistema de justicia de menores en cuanto a su rol de promover la reintegración del niño/a y la asunción de un papel constructivo en la sociedad es lo que hace que se restablezca la fe en las potencialidades de cada niña y niño, y lo que determina la diferencia entre educación y manipulación, alejándonos sanamente de un sistema otrora autoritario, para acercarnos a una mayor comprensión del problema y por ende de su solución.

De esta forma, a través de estos institutos se aplican plenamente los principios generales de la justicia de menores consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño –artículo 2 - No discriminación,

43. Observación General Nº 24, "Los derechos del niño en la justicia de menores", Disposiciones del tribunal/juez de menores, párr. 85.

44. Miller, Alice, *op. cit.*

artículo 3 - interés superior del niño, artículo 6 - el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y artículo 12 - el derecho a ser oído– así como los principios fundamentales de la justicia de menores: artículos 37 y 40.

En palabras de Fromm[45] la educación significa ayudar al niño/a a realizar sus potencialidades, y la fe en los demás culmina en la fe en la humanidad desde los principios de igualdad, justicia y amor.

45. Fromm, Erich, *El arte de amar. Una investigación sobre la naturaleza del amor,* Buenos Aires, Ediciones Paidós, 2014, p. 120.

Capítulo I
Mediación

Gabriel Carlos Fava* y Gonzalo Andrés López**

Artículo 54. Régimen
Establécese el presente régimen de resolución alternativa de conflictos penales, para el caso que los supuestos autores de una infracción de tal índole resultaren ser personas menores de dieciocho (18) años punibles, que se instrumentarán en el procedimiento establecido en la presente ley.

En este Título VIII denominado "vías alternativas de resolución de conflictos" se establecen concretamente dos vías de solución de conflicto: La mediación y la remisión. Mientras que el instituto de la

* Abogado (UBA). Doctorando en Derecho Penal por la Universidad del Salvador. Magíster en Mediación Penal por la Universidad de Valencia (España). Estadía de investigación en el instituto Max Planck de Friburgo, Alemania. Especialista en Derecho Penal (UBA). Especialista en Resolución de Conflictos: Mediación y Estrategias de Negociación por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Profesor Adjunto interino en la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA. Profesor del Programa de Actualización y Resolución de Conflictos del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la materia "Prácticas restaurativas y mediación en conflictos con consecuencias penales". Profesor de reemplazo en el posgrado de la Universidad de Palermo. Secretario Letrado de la Defensoría Nº 2 ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
** Abogado (UBA). Maestrando en Magistratura (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA) y en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles (UBA). Ha obtenido el diploma de Especialización en Derecho Penal. Parte Especial por la Universidad de Salamanca (España). Secretario (i) de la Defensoría Nº 21 en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos. Exfuncionario del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF).

remisión[1] se encuentra legislado en el Capítulo II de este título y en un solo artículo (el número 75), la mediación se encuentra legislada en el Capítulo I y abarca 21 artículos de la normativa, concretamente del artículo 54 al 74, encontrándose legislado todo lo que tiene que ver con su procedencia, principios que la rigen y efectos. El instituto de la mediación abarca porcentualmente el 23,07% de la normativa penal juvenil de CABA que cuenta solamente con 91 artículos, por lo que es una vía de solución de conflictos a la que el legislador le ha dado suma trascendencia a la hora de legislar el Régimen Procesal Penal Juvenil en la Ciudad de Buenos Aires –en adelante RPPJ o RPPJ CABA–.

Este instituto de solución de conflictos, a su vez, se encuentra en armonía con lo establecido en el artículo 25 del RPPJ CABA, en tanto ese artículo se titula "solución de conflictos" y estipula que

> La imposición de la pena a la persona menor de dieciocho (18) años de edad se impone como último recurso. Los/as Jueces/zas Penales Juveniles procuran la resolución del conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en esta ley.

Dicho artículo establecido en la parte de "Principios, derechos y garantías" nos indica que en un proceso en donde se encuentre involucrada una persona menor de edad al momento de los hechos, tiene especial relevancia el principio de *ultima ratio*, que se traduce en la excepcionalidad, subsidiariedad y mínima intervención del sistema penal juvenil, tendiéndose a la desjudicialización (arts. 37b, 40.3.b y 40.4, Convención sobre los Derechos del Niño), pero por sobre todo, y para lo que aquí interesa, nos indica que los jueces penales juveniles

1. La remisión es un instituto de naturaleza distinta a la mediación que supone "[…] la no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento socio-rehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a la lógica del juicio y a la sentencia de mérito" (Patanè, Vania, "Note a margine della Raccomandazione N. R. (99) 19 nella prospettiva della "mediazione" nella giustizia penale italiana", en *Annali della facoltà di Economia dell'Università di Catania*, 1999, p. 828. Citada y traducida por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 89. Explica que no debe confundirse la desjudicialización promovida por la remisión con justicia restaurativa, aunque entiende que aquella puede resultar compatible con un programa de justicia reparadora, por ejemplo, si es utilizada después de que el acusado indemnizó a la víctima. Ibídem, *op. cit.*, pp. 93-94.

respetando ese principio deben procurar la solución del conflicto surgido como consecuencia del hecho justamente por mecanismos como el que estamos comentando. De allí su importancia.

En este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas",[2] en la sección dedicada a los "Medios alternativos de solución de controversias" (párrafos 233 a 240), destaca a los mecanismos restaurativos como métodos alternativos a la judicialización. Aquí, la Comisión interamericana instó a los Estados "a ampliar el uso de medios alternativos de solución de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes" y observó "que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los niños al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad". Subrayó, al mismo tiempo, "la importancia de salvaguardar todos los derechos de los niños en la aplicación de estos medios alternativos, así como también la necesidad de limitar su aplicación a los casos necesarios para garantizar el interés superior del niño". El organismo indicó, finalmente, que "los mecanismos de justicia restaurativa deben respetar las garantías judiciales y no constituir un medio sustitutivo de la justicia ordinaria" (párrafo 239).

Antes de avanzar en el desarrollo de la normativa nos parece interesante aclarar que a nuestro criterio no resulta de lo más adecuado considerar a la mediación como una "vía *alternativa* de solución de conflictos". Tanto la mediación penal juvenil como la de adultos, como también otros mecanismos como la conciliación y similares, son verdaderos métodos autocompositivos. Ellos se diferencian de los métodos heterocompositivos justamente porque su esencia es que el tercero interviniente tan solo intenta aproximar a las partes y/o sus posiciones, pero son estas las que decidirán en última instancia la forma de resolver el conflicto suscitado. Por el contrario, en los métodos heterocompositivos es el tercero el que impone coactivamente la solución del caso a las partes. Estos últimos métodos abarcan, entre

2. CIDH, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78, 13 julio de 2011, párr. 76. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf [fecha de consulta: 23/10/2020]. Las recomendaciones de la Comisión Interamericana son coincidentes con lo expresado en distintos instrumentos que conforman el denominado *corpus juris* de la infancia.

otros, el proceso arbitral y la vía judicial. Si bien no desconocemos que en un principio mecanismos como la mediación y la conciliación fueron englobados en lo que se popularizó como "mecanismos ADR" (*alternative dispute resolution*) –y de allí su denominación como vía alternativa– lo cierto es que hoy en día seguir considerando a este mecanismo y a otros de solución de controversias como vías alternativas implica hegemonizar la vía judicial cuando esto no debería ser así. Es por ello que consideramos conveniente entender a la mediación penal juvenil como una vía adecuada y/o complementaria de solución de controversias, más allá de que esta al momento de llevarse a cabo tenga contenido restaurativo propiamente dicho o netamente contenido reparatorio.

Ahora bien, vemos que la mediación penal juvenil que se encuentra legislada entre los arts. 54 a 74 del RPPJ de la CABA es solo posible de ser aplicada a personas menores de dieciocho años de edad punibles. Este instituto, entonces, en consonancia con lo establecido por los artículos 4 y 12 del RPPJ CABA y por el artículo 1 del Decreto Ley Nº 22278, excluye de la mediación a los jóvenes no punibles (sea por su edad o por el tipo de delito). Es decir que no podrán ser objeto de mediación penal los hechos cometidos por jóvenes que no hayan cumplido los 16 años de edad, pero tampoco los hechos cometidos por jóvenes entre 16 y 18 años de edad respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, y los reprimidos con pena de multa o con pena de inhabilitación. Esto significa que los conflictos que sean captados por el sistema pero que puedan ser excluidos en base a las condiciones objetivas establecidas en la normativa no podrán ser, en consecuencia, solucionados mediante la mediación penal juvenil intraprocesal establecida en los artículos 54 a 74 del régimen.

Para todo el resto de los hechos cometidos por jóvenes infractores que no estén excepcionados por la normativa resulta susceptible que ellos puedan solucionar el conflicto mediante el uso y la aplicación de este mecanismo, pero para ello resulta necesario que en caso de escoger esta opción respeten los parámetros establecidos por la ley que estamos comentando.

La justicia restaurativa puede ser abordada, trabajada y aplicada desde distintos institutos tanto al interior como por fuera del proceso

judicial.[3] En Ciudad de Buenos Aires la mediación penal juvenil tiene lugar en la actualidad para determinadas conductas presuntamente delictivas y, a su vez, durante el curso del proceso; es decir que se trata, en verdad, de una mediación intrajudicial e intraprocesal.[4]

Por otra parte, lo interesante es poder observar que mientras que la mediación penal de adultos está regulada en solo un artículo del Código Procesal Penal de la CABA[5] (art. 204, inc. 2), y otros artículos tan solo hacen referencia a los efectos de un acuerdo incumplido,[6] pero sin especificar en demasía en esa normativa los principios que la rigen; en cambio en el RPPJ CABA la mediación penal juvenil se encuentra específicamente legislada y regulada, por lo que es interesante, entonces, si se quiere tener un análisis integral del instituto, profundizar en el detalle de los artículos que a continuación comentaremos.

3. Llobet Rodríguez, Javier, "Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil", en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal, homenaje al Profesor Julio B. J. Maier,* Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2005, p. 876.

4. Marques Cebola, Cátia, *La mediación,* Madrid, Marcial Pons Editores, 2013, p. 147. La perspectiva de la autora sobre la mediación intraprocesal y el rol del juez serán desarrollados en el comentario al artículo 59.

5. En adelante CPPCABA.

6. Por el art. 199 inc. h del CPPCABA, se establece que "El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el art. 204 inciso 2º. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del/la imputado/a pero existió composición del conflicto [...] Para que proceda el archivo por esta causal en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas". En el art. 203 del CPPCABA se regulan los efectos del archivo, estableciéndose en la última parte de esa norma: "Si el archivo se hubiera dispuesto por las otras causales previstas en el artículo mencionado, se podrá reabrir el proceso cuando se individualice a un/a posible autor/a, cómplice o encubridor/a del hecho, aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución y cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación". Por último, cabe tener presente que en el art. 91 del CPPCABA se establece como principio que el objetivo de la investigación preparatoria en cabeza del Ministerio Público Fiscal es arribar a la solución del conflicto. Concretamente allí se estipula: "Objeto de la investigación preparatoria. El Ministerio Público Fiscal practicará la investigación preparatoria con la finalidad de arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio. A tal fin, el/la Fiscal deberá disponer la investigación para: [...] 4) Propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos." Esto último resulta compatible con lo establecido en el art. 25 del RPPJ CABA.

A todo ello y para finalizar este primer comentario debemos sumarle que recientemente mediante la sanción de la Ley Nº 6020[7] existió una significativa reforma al CPPCABA que afectó el artículo 204 restringiendo y limitando la aplicación de la mediación penal en adultos, distanciándola aún más de lo establecido en la normativa penal juvenil, donde el instituto no sufrió ningún tipo de modificaciones.

> **Artículo 55. Finalidad**
> **El Ministerio Público Fiscal utilizará dentro de los mecanismos de resolución de conflictos, la mediación a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimación, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal.**

Este artículo vincula directamente al titular de la acción (el fiscal penal juvenil) con los fines pretendidos por la mediación penal juvenil. Al decir nuevamente y aquí de manera inequívoca que el *titular de la acción* utilizará prioritariamente este mecanismo de solución de controversias se resalta el principio de *ultima ratio* para la aplicación de una pena en el Derecho Penal Juvenil para hechos cometidos por jóvenes infractores.

Ello, además, es coincidente con lo previsto en el inciso "a" del artículo 38 del RPPJ, por cuanto establece, entre las atribuciones del fiscal especializado, procurar la mediación.

Al observar con detenimiento los fines vemos que como punto de partida se establece como idea matriz y directiva pacificar el conflicto, y ello es sin duda la meta-fin perseguido por este mecanismo consensual una vez que un suceso ingresó al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal juvenil. Así, los mecanismos consensuales, como lo es la mediación, intentan antes que buscar la reprochabilidad jurídico-penal del infractor, preguntar cuál fue el conflicto social trascendente que captó el sistema penal, qué daño produjo, cuál fue su extensión y en qué o quiénes repercutió de forma directa e indirecta,

7. Sanción: 04/10/2018, promulgación: Decreto N° 350/18 del 30/10/2018, y publicación: BOCBA Nº 5490 del 01/11/2018 (Ley N° 6020).

para, a partir de allí ver cómo trabajar con la palabra, en interdependencia con las instituciones o herramientas que resulten adecuadas para lograr una relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni nuevos conflictos.

Justamente el término "paz" es definido en la segunda acepción de la Real Academia Española como "relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos", y ello no es ni más ni menos que lo que busca nuestra meta-fin de la pacificación a través de la mediación penal juvenil. A la vez, de lograrse esta meta-fin se refuerzan los propios objetivos destacados en el preámbulo de nuestro texto constitucional, debido a que si a través de mecanismos adecuados se logra pacificar el conflicto suscitado no solo se consolida la paz interior, sino que se promueve el bienestar general.

En este sentido, no caben dudas de que los fines enunciados con posterioridad luego de la pacificación del conflicto son parte integrante de esa meta-fin; toda vez que, para que se logre pacificar el conflicto social suscitado resulta indispensable la efectiva participación de las partes afectadas por ese conflicto en particular, y que las mismas a través de un tercero especializado –el mediador– se aproximen buscando verdaderas posibilidades y alternativas tendientes a su reconciliación. Para todo ello es muy necesario el trabajo con las necesidades e intereses de cada uno de los efectivamente involucrados, porque solo a través de una escucha activa y empática con la situación del otro es que se puede recomponer el lazo social dañado de manera tal de tender a una efectiva recomposición. Es el mediador quien, en su caso y con su agregado de formación específica en materia juvenil, utilizará las herramientas comunicacionales que considere necesarias para trabajar el caso y coadyuvar a la pacificación.[8]

8. Consideramos necesario que el mediador penal juvenil esté munido de una doble capacitación a los fines de conducir y tener posibilidades ciertas de arribar a un acuerdo en el marco de una mediación penal juvenil. Por un lado, y primordialmente, su formación debe tener como base la propia formación de mediador, la que en muchos países como el nuestro consta de una formación y de una práctica específicas, y de un examen ante el Ministerio de Justicia de la Nación que lo habilite a ejercer como tal, más allá de que su profesión de base sea abogado/a, psicólogo/a, licenciado/a en trabajo social o cualquier otra. Todo mediador en el proceso conoce, tiene a su alcance, utiliza y/o deja de utilizar, si considera conveniente, un cúmulo de herramientas comunicacionales que exceden el marco propio de este trabajo, pero que justamente

En el marco de ese encuentro el profesional mediador procurará también posibilitar la reparación del daño causado a la víctima si ese fin, en verdad, surge como una verdadera necesidad de la parte afectada para pacificar el conflicto suscitado, destacando –a contrario de lo que la mayoría de las veces se cree– que esa reparación voluntaria del daño no necesariamente tiene que estar efectuada por contraprestaciones de índole económico; sino antes bien por el reconocimiento y la responsabilización personal de lo dañado por parte de quien lo ha hecho y por la efectiva voluntad de quien ha sufrido de manera directa ese daño de querer ser reparada.

Si la infracción cometida no tiene un resultado concreto que afecta a personas determinadas, sino que se trata de la afectación a un bien jurídico de carácter colectivo como puede ser por ejemplo la seguridad pública, de todas maneras siempre resulta factible identificar el daño causado a los fines de trabajar con el reconocimiento y la responsabilización en el marco del proceso de mediación de cara a una reparación voluntaria. Por ello, consideramos que el tipo de delito en concreto no imposibilita en ningún caso la reparación del daño causado; sino antes bien ella puede verse más o menos involucrada en un futuro acuerdo, sobre todo teniendo en consideración si lo que se pretende es darle a la mediación penal juvenil un contenido netamente reparatorio o, por el contrario, un contenido más restaurativo.

También hemos de destacar que la participación de los presuntos damnificados en estos procesos de pacificación los aleja de cualquier posibilidad de revictimización a diferencia de lo que puede ocurrir con un proceso ordinario, puesto que en primer lugar su participación es voluntaria; en segundo término, en ningún caso van a ser obligados o compelidos a declarar una y otra vez sobre lo sucedido; en tercer término siempre se va a evaluar la conveniencia o inconveniencia de juntarlo/s con los otros participantes del conflicto; más allá de que estos sean otros presuntos damnificados o supuestos infractores; y, además, será el mediador involucrado en ese proceso el encargado de

hacen a su formación como tal. Por otro lado, consideramos que también resulta necesario que el mediador tenga específica formación en derechos humanos y en Derecho Penal Juvenil, porque ello también le va a permitir contextualizar el conflicto suscitado entre jóvenes con la ley penal en su integralidad, de cara a trabajar de lleno en la pacificación de ese conflicto.

corroborar que las partes mantengan condiciones de igualdad a los fines de que puedan interactuar *per se,* generando, a través de sus herramientas comunicacionales, verdadera capacidad de reflexión sobre lo sucedido y verdaderas posibilidades de acuerdo.

Finalmente, este artículo hace referencia como fin a promover la autocomposición en un marco jurisdiccional, porque como regla de principio son las partes las que terminan buscando sus propios acuerdos; pero lo cierto es que ello no deja de darse en el marco de un proceso penal abierto porque como ya vimos en el comentario al artículo anterior la mediación penal juvenil establecida y legislada por Ley N° 2451, se trata de una verdadera mediación intraprocesal que nada tiene que ver con la mediación prejudicial y que incluso dista de la mediación comunitaria.

Para terminar con nuestro comentario al artículo 55 tan solo diremos que a la vez todo el proceso penal, del cual la mediación penal juvenil no es ajena, se encuentra abarcado por la macro garantía del debido proceso, por lo que siempre debe regir el respeto por los principios, derechos y garantías constitucionales.

Finalmente, la neutralización de los perjuicios derivados del proceso penal entendemos que se vincula más con los efectos de la mediación penal juvenil y, necesariamente, con el contenido de un acuerdo exitoso que comentaremos más adelante.

Artículo 56. Principios del procedimiento
El procedimiento de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales, previsto en el presente capítulo, para menores de dieciocho (18) años, se regirá por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad y neutralidad o imparcialidad de los mediadores.

Este artículo es de suma trascendencia porque deja de lado ciertos conceptos o aclaraciones generales y desarrolla en detalle los principios que deben regir en un procedimiento propio de mediación penal juvenil. Es importante detenernos en el análisis de cada uno de los principios enunciados.

Voluntariedad: Como es sabido en otros procesos, como son los procesos de Derecho Privado que se suscitan en nuestro país, existe una instancia de mediación prejudicial obligatoria. En cambio, consideramos que en el marco de un proceso penal –se trate este de un proceso penal que involucre a adultos, a jóvenes o a ambos– es matriz el principio de voluntariedad para que las partes involucradas participen de una mediación penal intraprocesal. La mediación penal juvenil debe contener como requisito previo intrínseco la participación voluntaria de las partes, y esto implica: a) Que las partes sean debidamente informadas del proceso de mediación, en qué consiste esta, sus implicancias y los efectos que puede tener en el proceso penal; b) Que los futuros participantes después de estar debidamente informados tanto por personal especializado en mediación como por los representantes de los Ministerios Públicos correspondientes (Fiscal, Defensa y Tutelar) consientan libremente su participación; c) Que, además, entiendan que ese consentimiento que se prestó al inicio del proceso para la participación no es irrevocable, sino que por el contrario, durante el curso del procedimiento o previo al acuerdo pueden dejar de participar cuando así lo deseen comunicándoselo previamente al mediador. Esta última circunstancia también debe estar correctamente informada y ser conocida por todos los participantes desde el inicio.

Tanto el consentimiento del o de los jóvenes en conflicto con la ley penal, como de los presuntos damnificados en participar del procedimiento de mediación penal juvenil resultan imprescindibles antes del inicio del procedimiento ya que justamente este método de solución de controversias se caracteriza por la voluntariedad de las partes de participar en los procesos de diálogo que pueden surgir de la instancia de mediación.

Hemos de aclarar que la convocatoria a la mediación estará en cabeza del Ministerio Público Fiscal, pero una vez iniciada la convocatoria será necesario recabar la voluntariedad de los involucrados para participar del procedimiento. Esta voluntad no solo se debe mantener durante todo el procedimiento, como ya mencionamos, sino que además el acuerdo al que se ha arribado como producto del diálogo establecido debe ser alcanzado de manera voluntaria.

No debe perderse de vista que tanto las conductas trasgresoras como la realización de actos infractores por parte de un adolescente

pueden representar un pedido de ayuda y que se debe trabajar sobre ello.[9] Asimismo, la "resolución del conflicto" significa la búsqueda de un acuerdo que permita un nuevo tipo de interacción entre las partes.[10] De allí la relevancia de la participación voluntaria del presunto ofensor.

Entendemos que más allá de la convocatoria o consulta sobre el interés de participar en una audiencia de estas características de cualquiera de las partes involucradas que realice el correspondiente Ministerio Público, es en verdad en la sesión informativa llevada a cabo por el/los futuros mediadores o incluso por los ya designados donde se debe indagar en la voluntariedad de los involucrados en participar de un proceso de estas características, amén de otras cuestiones que también serán dirimidas en esta sesión informativa y que ya explicitaremos. Por ello, resulta necesario que la voluntariedad sea recabada por el potencial futuro tercero encargado de acercar a las partes, porque es este el que pueda brindar con conocimiento específico mayor información que pueda requerir la parte acerca del proceso para terminar de conformar su futura voluntad.

Muchas veces lo que puede suceder es, en verdad, la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa, porque sin perjuicio de la voluntariedad del proceso de mediación, solo después de conocer en qué consiste la mediación penal juvenil las partes en conflicto se encontrarán en condiciones de decidir de forma voluntaria si inician o no el proceso de mediación.

También se ha mencionado que en el marco de la mediación penal en general y de la mediación penal juvenil en particular la participación de quien a la postre pudiera resultar el presunto infractor es una "voluntad relativa", pues porque siempre habrá un procedimiento dirigido contra él, pero lo cierto es que dicho posible objeción no puede tener acogida

9. Vezzulla, Juan Carlos, *La mediación de conflictos con adolescentes autores de infracción*, Hermosillo, Universidad de Sonora e Instituto de Mediación de México, 2010, p. 65. Siguiendo lo propuesto por Vezzulla, podemos definir a la trasgresión como una conducta propia de la adolescencia, caracterizándola como una reacción agresiva a la insatisfacción de las necesidades de desarrollo, a la falta de reconocimiento de su identidad y de su espacio familiar y social. La transgresión es una experiencia de reconocimiento de nuevas necesidades de satisfacción y límites. El acto infractor, por su parte, representa el estado público de la trasgresión, siendo una manifestación de la insatisfacción y de la falla de la protección integral.

10. Calvo Soler, Raúl, *Donde la Justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*, Barcelona, Gedisa, 2018, p. 24.

favorable y menos aún en el marco del régimen penal juvenil, en donde existen muchas otras maneras de terminar con el proceso que incluso pueden resultar menos comprometedoras que un proceso de mediación. Es que en este procedimiento voluntario ni el joven infractor sale mal parado frente al proceso por el potencial reconocimiento del daño que pueda tener lugar en el procedimiento, ni la víctima se transforma en única beneficiada por recibir el correspondiente de una posible reparación, ya que esta última en el procedimiento debe reunir otros requisitos de cara a poder aceptar lo ofrecido y consensuado. En todo caso, la voluntariedad prestada por ambos para participar del proceso sirve para una integración social y pueden involucrar a la comunidad que también ha sido afectada logrando un posible y verdadero abordaje restaurativo.

Confidencialidad: La confidencialidad debe abarcar tanto a la figura del mediador como a las partes intervinientes en el proceso de mediación. Así, los procesos dialogados que se desarrollen en la/las reuniones de mediación penal juvenil serán confidenciales, salvo que exista un acuerdo contrario de las partes, lo cual resulta bastante discutible, o salvo cuestiones de interés público o superior que son aquellos únicos casos donde este principio puede ceder.

Resulta de suma trascendencia que los jóvenes acusados en el marco del proceso llevado en su contra y cuyos hechos posiblemente van a ventilar en el marco de este proceso dialogado al que se someten voluntariamente tengan, por un lado, la confianza de que el mediador es un agente distinto e independiente de otras figuras del proceso como el fiscal penal juvenil o el juez penal juvenil, pero también que conozcan que el trabajo del mediador está signado por estrictas condiciones de confidencialidad. En este sentido es que justamente debe garantizarse la confidencialidad de la información que se obtenga del proceso de mediación penal juvenil; y esto implica que nunca ni el fiscal, ni el juez penal juvenil participen de manera directa ni tengan conocimiento del desarrollo y del contenido de las audiencias de mediación hasta que haya finalizado el proceso, sea que este haya finalizado de forma exitosa o no. En cualquiera de los casos, solo deberán tomar conocimiento a través de la remisión del acta de mediación en la que constará que no se arribó a un acuerdo o que, por el contrario, sí se ha arribado, con las pautas o condiciones que figuran en el acta.

Esto es clave en el proceso de mediación penal juvenil, toda vez que en ningún caso los fiscales pueden tomar lo dialogado acerca de los hechos para obtener otro tipo de información, investigar o, en su caso, acusar. Tampoco los jueces pueden tomar el descubrimiento y/o reconocimiento de los hechos como posible declaración de culpabilidad jurídico-penal de los acusados.

La confidencialidad también es importante para el caso que haya múltiples autores de un hecho y que algunos hayan escogido el proceso de mediación penal juvenil y otros no, o bien, que si todos lo han escogido solo alguno/s haya/n llegado a un acuerdo. En esos casos los hechos ventilados de los que han participado en el proceso no podrán tomarse como prueba de cargo en contra de los otros coautores o partícipes que no participaron del proceso o que participando no arribaron a un acuerdo. Es que la confidencialidad de las actas, del mediador y del proceso de mediación penal juvenil propiamente dicho va de la mano de un principio matriz del debido proceso legal que es la presunción de inocencia; de lo contrario, nunca se podría hablar sobre los hechos en el marco de un proceso de mediación penal. De allí que sea muy importante entender la mediación como un proceso paralelo y complementario del proceso penal pero, por sobre todo, un verdadero proceso de participación voluntaria de los involucrados en el conflicto. Creemos que en caso de varios participantes de un hecho en los que haya cierto desacuerdo en el proceso de mediación lo mejor será ir avanzando a través de la conformación de acuerdos individuales.

De todas maneras, la importancia de este principio hace que él sea tratado en dos artículos más del régimen, en tanto, en el artículo 65 específicamente se estipula que "De contar con el consentimiento de las partes y previo a abordar el conflicto, *se suscribirá un convenio de confidencialidad"*, y en el artículo 66 también se establece que "Durante las reuniones el/la mediador/a interviniente tendrá amplias facultades para sesionar, cuidando de no favorecer con su conducta a una de las partes y *de no violar el deber de confidencialidad"*, por lo que también será objeto de tratamiento al momento de realizar el comentario de esos artículos.[11]

11. Incluso, como se verá más adelante, puede entenderse que el secreto profesional mencionado en el artículo 74 del RPPJ es una derivación del principio de confidencialidad.

Celeridad: Tal como ya venimos mencionando en el comentario a artículos anteriores, la mediación penal juvenil permite crear un espacio de diálogo donde las partes puedan tratar lo sucedido y sus consecuencias de cara a la pacificación del conflicto. Es decir que, en este aspecto es innegable que la mediación penal juvenil brinda mejores posibilidades de acceso a justicia, en tanto acceso al sistema formal de los servicios de justicia aunque no necesariamente a los jurisdiccionales, y ello sin duda redunda en una mejora de la eficacia de la administración de justicia en su conjunto.

En este sentido es que encontramos el fundamento de este principio establecido en este artículo, y no en el de su significado más literal vinculado a prontitud, rapidez, velocidad; ya que muchas veces la mediación penal juvenil no va a contribuir necesariamente en su sentido más literal a la celeridad de la justicia. Es que la mediación penal juvenil puede tratarse de un proceso más lento e, incluso, más laborioso que un proceso penal juvenil ordinario, o que la propia aplicación de otro método de resolución de conflictos o instituto previsto en la normativa, como puede ser la remisión o la suspensión del proceso a prueba. La mediación penal juvenil puede contribuir sobremanera a mejorar la eficacia del sistema de justicia, toda vez que por un lado garantiza un derecho penal de *ultima ratio* al mismo tiempo que evita los efectos estigmatizantes de las penas de prisión, y, por otro, permite el trabajo con el resto de los casos que ingresan al sistema y que no resultan ser susceptibles de ser trabajados mediante estos abordajes por distintas razones.

Por todo ello, consideramos necesario aclarar que este principio vinculado a la celeridad no debe asociarse necesariamente a la finalidad de lograr rapidez en terminar procesos que ingresaron al sistema so pretexto de descargar las funciones de los colapsados tribunales y, menos aún, cuando pretende otorgársele a la mediación penal juvenil contenido restaurativo, puesto que ella en la mayoría de esos casos implica un trabajo arduo e interdisciplinario con las partes intervinientes y con los círculos de la comunidad afectados. Así, tampoco hemos de negar que los acuerdos alcanzados mediante estos procedimientos redundan en resultados mucho más eficaces que las respuestas tradicionales del sistema y también mucho más satisfactorios para las partes, logrando cumplir con la celeridad como una integralidad.

El protagonismo de las partes en el proceso de mediación penal juvenil y el respeto y el trabajo con sus necesidades e intereses deben redundar en que ellas no estén sujetas a un plazo determinado para realizar los encuentros y para llegar a los acuerdos, puesto que ello resultará particular en cada caso.

Informalidad: La mediación penal juvenil se encuentra formalmente regulada en la extensa normativa que venimos comentando que no solo describe el instituto y los principios que la rigen, sino también los efectos en el proceso penal y sus imposibilidades.

Ahora bien, en verdad el proceso de mediación propiamente dicho debe estar regido por la informalidad. La horizontalidad propia del proceso de mediación hace que este proceso dialogado sea propenso a desarrollarse en un ámbito menos regido por formas preestablecidas o esquemas de autoridad predeterminados a diferencia de lo que ocurre con un proceso penal ordinario e, incluso, con un proceso penal juvenil.

El mediador penal interviniente en la mediación penal juvenil es aquel que irá aproximando a las partes de acuerdo a cómo lo permita el proceso en audiencias conjuntas o por separado, y también aquel que irá utilizando tal o cual herramienta comunicacional conforme lo considere necesario, pero no sujeto a parámetros preestablecidos. Es que cada encuentro dialogado es único y particular, y esa particularidad junto a la palabra –que es la esencia del proceso– hacen que prime la informalidad por sobre determinadas formas sacramentales para avanzar a las siguientes fases del proceso de mediación.

Este principio no implica que la mediación igualmente deberá desarrollarse en el marco del respeto mutuo de todos los intervinientes tanto con la otra parte, y con el o los profesionales que intervengan, teniendo facultades el propio mediador de detener el proceso cuando estos parámetros básicos de convivencia pacífica no sean respetados.

Gratuidad: La mediación penal juvenil como instituto que contribuye a la conformación de la pacificación del conflicto suscitado como regla de principio debe ser de aplicación oficial y gratuita. Es un derecho convencional, tanto de las víctimas de presuntos hechos delictivos como de los jóvenes en conflicto con la ley penal, que el Estado provea métodos de solución de conflicto no punitivos que redunden en la no

aplicación de penas privativas de la libertad, en la no revictimización de los presuntos damnificados, y en la garantización de un Derecho Penal de *ultima ratio*.

La mediación penal juvenil no puede y no debe constituirse como actividad lucrativa privada al margen de las instituciones públicas penales. Por el contrario, para garantizar el verdadero acceso a justicia de los involucrados en un conflicto con consecuencias penales es el Estado quien debe contar en estos casos y a diferencia de lo que sucede con la mediación en el ámbito privado con un cuerpo de profesionales específicos encargados de brindar el servicio de mediación. Tal como ya describiremos más adelante, en nuestro ámbito es el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA,[12] que se encuentra creado dentro del ámbito del Consejo de la Magistratura de la Ciudad, el encargado de organizar la mediación voluntaria conforme la manda constitucional.[13] Este Centro cuenta con una Dirección General que tiene, entre otras, la función de mantener una vinculación necesaria con Magistrados y Funcionarios de los distintos fueros del Poder Judicial de la CABA, y la de articular con las máximas autoridades del Ministerio Público la prestación del servicio de mediación y otros métodos de solución de conflictos.[14]

Neutralidad o imparcialidad del mediador: Se ha sostenido con razón que "... la mediación presupone cierta igualdad en el posicionamiento

12. En adelante será denominado indistintamente por su nombre completo o como *Centro de Mediación*, o directamente como *Centro*.

13. La mediación se encuentra para lo que aquí interesa en la Constitución de la Ciudad como una de las atribuciones del poder judicial, quien debe organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente (CCABA, art. 106).

14. Todo este "diseño de organización adoptado por el Consejo de la Magistratura de la CABA para el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos se conoce como 'Anexo' a los tribunales, en donde la capacitación de los mediadores, la administración, monitoreo y evaluación del servicio se realiza desde adentro de la administración de justicia, y la relación funcional es con un órgano propio de esa administración. Ello permite construir modelos y protocolos propios de intervención sobre la base de las necesidades y particularidades que presentan los conflictos que puedan llegar desde el ámbito jurisdiccional", (Velazquez, Susana A.; Reggiardo, Nélida B.; Sosa, Tábata; Ávalos Ferrer Susana, "Organización, fundamentos y gestión del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos", en AA. VV., *El proceso de mediación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2015, p. 26).

de los sujetos, así como la posibilidad de realizar intercambios que impliquen decidir con cierta libertad, conciencia y valoración de los intereses propios".[15] Es justamente en base a esta igualdad que ese tercero, –el mediador– formado con herramientas comunicacionales específicas, es quien debe garantizar el equilibrio entre las partes durante todas las sesiones y durante todo el proceso de mediación penal juvenil. Ello lo ha de lograr manteniendo el equilibrio entre las diferentes posiciones que se han evidenciado en el proceso dialogado y también mediante el respeto por las posturas y opiniones de las partes con igual legitimidad.

Es que el mediador debe necesariamente intentar resguardar una equidistancia, y ello no es ni más ni menos que consecuencia necesaria de su imparcialidad y neutralidad. Es el mediador en el proceso de la mediación quien por un lado no debe inclinarse hacia ninguna de las partes para que no se signifique que el apoyo de una de las posturas por sobre la otra pueda tener incidencia en el resultado y, por otro, quien debe estar atento a que alguna de las partes en el marco del proceso no domine y/o anule a la otra. Es por esto justamente que la mediación debe estar efectuada por un órgano específico como lo es en CABA un cuerpo de mediadores integrado por profesionales de distintas disciplinas; pero por el contrario y como ya esbozamos en ningún caso es susceptible de que sea llevada a cabo por los encargados de los órganos jurisdiccionales, debido a que ellos tampoco contarían con la necesaria neutralidad e imparcialidad para llevar a cabo el proceso.

La mediación a diferencia de la conciliación busca crear condiciones de participación para la víctima y el imputado, quienes actúan personalmente, hablando con su propia voz. Entonces, en verdad la meta de la mediación es más ambiciosa que la de la conciliación, ya que ella a través de un trabajo especializado y concreto intenta crear condiciones para que todos los involucrados en un hecho delictivo reflexionen, piensen y propongan sobre la situación que derivó o decantó en la acción penal. El mediador debe mantenerse imparcial, lo que significa que no puede tener interés en la resolución de la disputa y, además, no puede operar desde sus propias ideas y valores. Para ello desarrolla

15. Greco, Silvana, "Procesos Autocompositivos en el sistema penal. Reparación, Conciliación, Mediación. Justicia Restaurativa", en *Revista Pensamiento Penal*, 2016, p. 9. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/11/doctrina44334.pdf [fecha de consulta: 23/10/2020].

destrezas comunicacionales específicas, que se adquieren a través de una permanente capacitación y revisión de la práctica.

Se ha sostenido que

> Este posicionamiento del mediador antes denominado neutralidad, es mejor definido como multiparcialidad. Se trata de una fuerte actividad interventiva que se ocupa de explorar los significados que cada participante atribuye a la situación desde su parcial posición. De visibilizar la pluralidad de relatos; de explorar la ambigüedad y de demorar la toma de decisiones. Debe atender el distinto sentido que tienen las cosas para cada uno, validando las diferencias y legitimando las personas.[16]

Artículo 57. Casos en los que procede
La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos que se establezca al efecto, deberá tomar intervención en cada caso en que en el proceso se traten causas penales en las cuales intervengan las personas comprendidas en el texto del Artículo 54. No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el Artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho. - Artículo 8 de la Ley Nacional N° 24417 de Protección contra la Violencia Familiar-. No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

a. En primer lugar, cabe destacar que este artículo, al remitirse al artículo 54 del RPPJ y en consonancia con lo establecido por los artículos 4 y 12 del RPPJ y por el artículo 1 del Decreto Ley N° 22278, excluye de la mediación a los jóvenes no punibles (sea por su edad o por el tipo de delito). De este modo, la

16. Ibídem, p. 12.

persona menor de edad imputada en el proceso penal y convocada a una instancia de mediación tiene que ser punible, tal como ya lo explicamos al comentar específicamente el artículo 54 al que nos remitimos en este aspecto.

b. En segundo lugar, se puede observar con facilidad que las restricciones que establece el artículo 57 a la aplicación de la mediación penal juvenil son bastantes y abarcan situaciones y tipos penales muy diversos.

El artículo menciona que no pueden ser objeto de mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delito contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual). Tampoco se permite la aplicación de la mediación penal juvenil en los casos de las lesiones del artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (art. 8 de la Ley Nacional Nº 24417 de Protección contra la Violencia Familiar).

A su vez, se establece que no se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior y cuando no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

Debe tenerse especialmente en cuenta que estas limitaciones coinciden con las establecidas para el caso de la mediación de adultos, cuando por el artículo 1 de la Ley N° 2452 (BOCBA N° 2804 del 06/11/2007) se modificó el artículo 204 del Código Procesal Penal de la CABA (Ley N° 2303, BOCBA N° 2679 del 08/05/2007). Es decir, el legislador al limitar los supuestos de procedencia de la mediación penal para adultos afectó la mediación penal juvenil e, incluso, el instituto de la remisión del artículo 75 del RPPJ. No debe perderse de vista que el RPPJ CABA es la ley inmediatamente anterior a la que produjo la modificación del artículo 204 del Código Procesal Penal (Leyes N° 2451 y 2452, respectivamente) y que ambas fueron sancionadas el 03 de octubre de 2007.

Así, pareciera que las limitaciones mencionadas se vinculan con la búsqueda de restringir la mediación penal para adultos, más allá de que luego, por la Ley N° 6020 (BOCBA N° 5490 del 01/11/2018), el

artículo 204 del Código Procesal Penal fue limitado aún más. Esta última modificación no afectó el RPPJ.

A continuación explicaremos por qué entendemos que estas limitaciones a la mediación penal juvenil (por el tipo de delito, por el actuar de la persona imputada en casos anteriores o incluso, y aunque no lo prevea el RPPJ, por la escala penal o por la existencia de antecedentes penales)[17] está contrariando la naturaleza propia del procedimiento penal juvenil en la Ciudad y, además, al instituto propio de la mediación penal juvenil.

Estas limitaciones parecen olvidar que la justicia restaurativa al interior del sistema penal es un modelo de justicia que propicia, ante todo, resolver los conflictos que se ocasionan por infracción a una norma penal, y busca mediante la utilización de múltiples y diversos mecanismos reparar el daño social y/o individual que se produce, antes que la neta imposición de un castigo a quien originó el daño.

Virginia Domingo[18] afirma que, mientras la justicia retributiva centra su análisis en la violación de la norma, la justicia restaurativa se centra en la vulneración de las relaciones entre las personas, en el daño que se ha causado. De este modo, se estaría utilizando parámetros propios de la justicia retributiva para desvirtuar un instituto que consagra y puede contener principios propios de la justicia restaurativa, desconociendo que cualquier modificación o abordaje debe hacerse bajo los parámetros de esta última.

Nótese entonces que se están utilizando parámetros propios de la justicia retributiva (*v. gr.* violación a la norma en función de un tipo o grupo de delitos específicos) para impedir la aplicación de un instituto que es un mecanismo adecuado de resolución de conflictos y que puede conllevar contenido restaurativo propio con base en los principios de la justicia restaurativa.[19] Esta confusión generada dentro de uno de los po-

17. Aunque ello tendría otros inconvenientes vinculados con la especialidad de la materia penal juvenil, que no son objeto de este trabajo.

18. Domingo, Virginia, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, Burgos, Barcelona y Palma de Mallorca, Editorial Criminología y Justicia, 2013, p. 8.

19. Gran parte de los fundamentos aquí plasmados están desarrollados en Alonso, Silvina; Fava, Gabriel, "La reciente modificación legislativa al artículo 204 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *Pensamiento Penal*, 2018. Disponible en: http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/47115-reciente-modificacion-legislativa-al-articulo-204-inc-20-del-codigo-procesal-penal [fecha de consulta: 23/10/2020].

cos artículos que no contemplan soluciones punitivas restringe los abordajes restaurativos, los limita y los fagocita con elementos que no le son propios, imponiendo por sobre ellos las formas clásicas y obsoletas de administrar justicia. Resulta necesario entonces tener mucho cuidado con mezclar elementos propios de una y otra forma de administrar justicia porque de esto se puede llegar a conformar un híbrido que neutralice y hasta inutilice los abordajes restaurativos que consagra la normativa. Poder mediar y/o componer un conflicto que a la luz del sistema penal se visibilizó como delito depende en primer lugar de la voluntad de los involucrados y de los posibles afectados reales o potenciales; en segundo, de las entrevistas y el trabajo interdisciplinario que los profesionales intervinientes efectúen con las partes, y en tercer lugar, de la verdadera capacidad de resolver o transformar ese conflicto. Ello debe ser evaluado en cada caso teniendo en cuenta la particularidad de ese hecho en concreto y, en algunas ocasiones, el historial conflictivo de ese lazo comunicacional que se ha roto mediante la ejecución de un hecho delictivo. Por ello, la procedencia de la aplicación o no aplicación de una mediación penal juvenil nunca debe evaluarse en relación con una categoría específica de tipos penales.

No podemos olvidar que desde los cimientos teóricos y conforme a los conceptos básicos y postulados propios de la justicia restaurativa, esta en principio y en abstracto se puede aplicar a todo tipo o clase de delitos. Bajo este enfoque restaurativo, esto incluiría, obviamente, no solo los delitos denominados leves, sino los denominados delitos graves, y esto adquiere mayor relevancia aun en el régimen penal juvenil donde la imposición de sanciones debe ser la última herramienta a la que debe apelar el sistema. Entonces, la procedencia de la aplicación o no de la mediación nunca debe evaluarse con criterios netamente retributivos.

Mención aparte merece la limitación de la mediación penal juvenil en los casos de las lesiones del artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho. Dentro de estos supuestos, y en lo vinculado con casos de violencia intrafamiliar, consideramos que esta situación por sí sola no debería limitar el acceso a una mediación por las cuestiones expresadas anteriormente. Es que, nuevamente, no se puede denegar sin más una mediación en base a parámetros objetivos, porque es necesario también en estos supuestos el análisis y la evaluación de

cada caso en concreto. Además, tampoco debe perderse de vista que el mediador, con la debida formación en género, con los informes interdisciplinarios correspondientes, y coadyuvado por el equipo interdisciplinario con profesionales específicamente formados, es quien debe guiar el proceso de diálogo entre las partes y, en caso de advertir una situación de desigualdad o cualquier otro indicador de riesgo entre ellas, no iniciar o continuar con el proceso de mediación. En este sentido, el Equipo de Investigación[20] del *Centro de Mediación* en la publicación titulada: *Investigación sobre mediación en casos de familias atravesadas por situaciones de violencia* ha sostenido como hipótesis que

> Las familias que han atravesado situaciones de violencia pueden participar de un proceso de mediación, lograr acuerdos y sostenerlos en el tiempo si se cumplen con los siguientes presupuestos: Que la violencia se encuentre controlada; que la frecuencia de la violencia no sea crónica; que las partes tengan capacidad de reflexión; que las partes tengan voluntad de cambio; que las partes estén asesoradas legalmente.[21]

Obviamente estos presupuestos elaborados por el equipo de investigación implican además: Que las partes sean debidamente asesoradas en la reunión informativa sobre este proceso de diálogo y sus efectos; que el mediador además de tener específica formación como mediador y el debido manejo de las herramientas comunicacionales propias de su función, también tenga específica formación en familia, violencias y, llegado el caso, género, además de la formación específica en materia penal juvenil de manera conjunta con el equipo interdisciplinario interviniente; que el mediador destaque siempre y en diferentes momentos del proceso el carácter voluntario de la reunión; y que si se observa la imposibilidad de hacer reuniones conjuntas se intente hacer reuniones por separado con los involucrados y sus representantes o, también llegado el caso, se evalúe la posibilidad de instrumentar otras prácticas productoras de acuerdo.

20. El equipo de investigación estuvo conformado por Nélida Reggiardo; Stella Maris Margetic; Silvina Russo; Patricio Mazzeo; Alicia de la Fé. La dirección metodológica estuvo a cargo de Valeria Quiroga y Alejandra Sánchez. Para mayor información ver AA. VV., *Investigación sobre mediación en casos de familia atravesadas por situaciones de violencia en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016. Disponible en: http://editorial.jusbaires.gob.ar/libros/149 [fecha de consulta: 23/10/2020].

21. Ibídem, p. 43.

De todos modos, aun cuando se entendiera que no corresponde la aplicación de una instancia de mediación, consideramos que igualmente se podrían realizar otros abordajes restaurativos que exceden el objeto del presente trabajo.[22]

a. El artículo 57 del RPPJ, asimismo, prevé la existencia de una *Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos*, que es la que debe tomar intervención en cada caso en que se halle involucrada una persona menor de edad imputada.

En Ciudad de Buenos Aires las partes que deseen participar de una mediación penal serán derivadas el *Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos* de la CABA. Este centro cuenta con un cuerpo de abogados mediadores y un equipo interdisciplinario[23] que son los encargados de llevar a cabo la mediación penal juvenil y también la mediación penal con adultos, e incluso aquellas en las que se encuentran involucrados niños y adultos.[24]

22. La problemática compleja y multidimensional de los casos atravesados por situaciones de violencia de género y/o intrafamiliar hizo que en parte el *Centro de Mediación* dejara de lado el esquema de mediación víctima-ofensor y recurriera a la implementación de otras prácticas restaurativas. Esta iniciativa fue debido a que muchas de las acciones tomadas en el ámbito jurídico en estos casos, e incluso en el esquema de mediación clásico no habían logrado dar una respuesta integral a las familias y/o a las mujeres atravesadas por estas particulares situaciones. En esta implementación de prácticas y abordajes restaurativos el Centro puso en marcha el "Encuentro Familiar para la Composición del Conflicto", que para el ámbito del Poder Judicial de la CABA representó en primer lugar "una propuesta de trabajo en el marco de la justicia restaurativa que respondiendo a las necesidades de la víctima, favorece la responsabilización activa y constructiva". En segundo lugar, "un dispositivo que evita la escalada del conflicto, que no es más que una de las posibles consecuencias del juicio". Finalmente, y en tercer lugar, "se trató de un mecanismo que restaura los derechos tanto de víctimas como de ofensores, como así también del entorno familiar en el que se encuentran inmersos". Ello de acuerdo a lo desarrollado por las propias mediadoras que están a cargo del "Encuentro Familiar para la Composición del Conflicto". Agradecemos en este punto el material que nos han brindado las mediadoras de la Comisión de Familia integrada por Nélida Reggiardo, Laura Sajoux Jalowicki, Silvina Russo, Leticia Peralta, Soledad Berraondo y Patricia Mazzeo.

23. En la actualidad el *Centro* cuenta con un equipo de profesionales de múltiples disciplinas capacitados para llevar adelante inter y transdisciplinariamente las distintas prácticas que realiza.

24. Cabe aclarar que, tal como su propio nombre lo indica el *Centro* no se dedica exclusivamente a instrumentar las audiencias de mediación penal, sino que también su labor se concentra en el trabajo con otros métodos de abordaje y solución de conflictos como

Entendemos necesario comentar cómo fue creado el Centro de referencia y su desarrollo posterior.[25] En una primera instancia, durante el año 2006 el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó la puesta en marcha del "Programa de Implementación del Cuerpo de Mediadores de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", pero la actividad de este programa atendiendo a las derivaciones de mediación efectuadas tanto por Jueces como por Fiscales se fue incrementando de manera exponencial pasando de 703 causas derivadas a mediación durante el año 2007 a 4529 causas derivadas durante el año 2012.[26] Resultaba necesario, entonces, una nueva organización administrativa que cumpla adecuadamente con el servicio de mediación establecido mediante la norma fundamental de la CABA. Así es como en febrero del año 2013 se dictó la Resolución de Presidencia del Consejo de la Magistratura Nº 105/2013 que creó el *Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos* de la CABA. Asimismo también se creó el *Cuerpo de Abogados Mediadores y el Equipo Interdisciplinario.*[27]

---

la conciliación y/o la composición. Además, ese *Centro* recurre a la implementación de prácticas restaurativas en general conforme a las necesidades de los operadores poniendo en marcha, por ejemplo, en el último tiempo el plan de "Encuentro Familiar para la Composición del Conflicto", la "Co-mediación a distancia", los "Procesos de facilitación cuando el Estado es parte" y, además, diversos abordajes restaurativos.

25. Mucho de lo aquí desarrollado se encuentra en Fava, Gabriel, "La mediación en la Ciudad de Buenos Aires en perspectiva constitucional. El derrotero de la mediación penal en la Ciudad de Buenos Aires desde la reforma constitucional de 1994", en AA. VV., *El debido proceso en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* Buenos Aires, Editores del Sur, 2019.

26. Velazquez, Susana A.; Reggiardo, Nélida B.; Sosa, Tábata y Ávalos Ferrer, Susana, *op. cit.*, p. 16.

27. Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/201CEE12A068E0CD3658D0F048431D5D [fecha de consulta: 23/10/2020]. Durante el año 2014 se modificó la estructura del Centro de Mediación, creándose mediante la Resolución de Presidencia Nº 1188/2014 una Dirección General en lugar de la Presidencia, siendo en la actualidad el director general Daniel Fábregas y la directora Susana Andrea Velázquez. Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documen tacion/resoluciones/presidencia/9482D0400A568323A92ED1147029F7E8 [fecha de consulta: 23/10/2020]. La Dirección General tiene, entre otras, la función de impulsar y desarrollar las intervenciones del *Centro de Mediación* en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad, la de mantener una vinculación necesaria con Magistrados y funcionarios de los distintos fueros del Poder Judicial de la CABA, y la de articular con las máximas autoridades del Ministerio Público la prestación del servicio de mediación y otros méto-

Entre las principales misiones y objetivos de ese Centro se destacan:

a) promover dentro de la intervención jurídico-penal el modelo restaurativo como sistema complementario de aplicación de medidas alternas de resolución de conflictos, b) el permanente diseño de propuestas metodológicas para el abordaje apropiado de disputas en materia de competencia actuales y futuras del poder judicial.

Asimismo, en casos de familias atravesadas por situaciones de violencia, ese Centro recurre a la implementación de prácticas restaurativas poniendo en marcha el ya mencionado plan de "Encuentro Familiar para la Composición del Conflicto" (ver en este punto lo mencionado en nota al pie nº 22).

En efecto, desde su creación la gran cantidad de causas que fueron derivadas al *Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos* de la CABA, y la gran cantidad de conflictos que por medio de la aplicación de los mecanismos previstos fueron resueltas da cuenta en la actualidad de la masividad y la efectividad del trabajo que realiza el *Centro de Mediación.*

Por otra parte, por medio de un sistema informático específico y a través de diferentes áreas técnicas del Consejo de la Magistratura de la CABA, el *Centro de Mediación* por un lado visibiliza su tarea diaria y, por otro, genera estadísticas que son procesadas por la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura de la CABA, elaborándose Anuarios Estadísticos de Mediación desde el año 2006. Estos anuarios son de público acceso para cualquier ciudadano y también dan cuenta de la efectividad que posee el *Centro de Mediación* en su tarea de resolver las causas contravencionales y los delitos que son

dos de solución de conflictos. A la vez, mediante resolución del plenario de consejeros Nº 177/2014, se designó un Consejero Coordinador del Centro de Mediación. Las áreas del Centro de Mediación, además del Consejero Coordinador, quedaron integradas por una Dirección General, de la cual dependen el Departamento de Políticas en Materias Especiales y Apoyo Técnico Operativo y la Dirección del Centro de Mediación. A su vez, de la Dirección del Centro de Mediación dependen tres departamentos: el Departamento de Coordinación del Cuerpo de Abogados, Mediadores y Equipo Interdisciplinario; el Departamento de Intervención en Conflictos Complejos Multiparte; y el Departamento de Gestión Administrativa (Velazquez, Susana A.; Reggiardo, Nélida B.; Sosa, Tábata; Ávalos Ferrer, Susana, *op. cit.*, pp. 16-17).

competencia de la CABA mediante distintos mecanismos adecuados de resolución de conflictos.[28]

Además, para cuidar la calidad del servicio brindado por el *Centro de Mediación* constantemente se reflexiona y se revisan las prácticas implementadas. En el mismo sentido existe una constante capacitación a través de la organización de cursos y talleres a cargo de especialistas, los que son diseñados de conformidad con las necesidades que plantean los abogados mediadores e integrantes del equipo interdisciplinario.[29] Finalmente, hemos de mencionar que también está prevista la salud psicofísica de los operadores del servicio de mediación generándose un espacio regular en el que, al menos una vez al mes un profesional que proviene del campo de la salud mental con manejo de grupos trata de identificar factores de riesgo para estos profesionales que se desempeñan en estos servicios de prestación masiva y con sus conocimientos genera herramientas para contrarrestarlos.[30] Todo este:

> … diseño de organización adoptado por el Consejo de la Magistratura de la CABA para el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos se conoce como "Anexo" a los tribunales, en donde la capacitación de los mediadores, la administración, monitoreo y evaluación del servicio se realiza desde adentro la administración de justicia, y la relación funcional es con un órgano propio de esa administración. Ello permite construir modelos y protocolos propios de intervención sobre la base de las necesidades y particularidades que presentan los conflictos que puedan llegar desde el ámbito jurisdiccional.[31]

Resta decir que para medir, monitorear y evaluar la calidad de lo que se está haciendo, el *Centro de Mediación* y la Oficina de Estadísticas

28. Todas las estadísticas del *Centro de Mediación* se encuentran disponibles en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/institucional/estadisticas/estadisticas/4D54BE2B79C9A90E019A07CD5FAC4FB4 [fecha de consulta: 23/10/2020].

29. Estos talleres se refieren a diferentes temáticas como cuestiones de género, integración de los discapacitados, supervisión de casos, los jóvenes en conflicto con la ley penal en mediación y los instrumentos internacionales, y estudio sobre los delitos que son de competencia actual o futura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

30. Velazquez, Susana A.; Reggiardo, Nélida B.; Sosa, Tábata; Ávalos Ferrer, Susana, *op. cit.*, pp. 24-25.

31. Ibídem, p. 26. Fábregas, Daniel, "El índice de la calidad objetiva de mediación - ICOM. Un proyecto exitoso de alcance global", en AA. VV., *El proceso de mediación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2015, pp. 29-40.

desarrolló el Índice de Calidad Objetiva de Mediación –ICOM–. Este índice permite:

> ... monitorear y evaluar la prestación del servicio de manera permanente y contar con la información lo más objetiva posible tanto sobre su nivel de calidad, como también de qué aspectos pueden mejorarse. A su vez la implementación sostenida en el tiempo de este índice otorga la posibilidad de chequear los avances.

En el X Congreso Mundial de Mediación celebrado en la Ciudad de Génova, Italia, en el año 2014, el ICOM fue seleccionado por el comité científico para ser expuesto en el ámbito de "Proyectos Exitosos de Alcance Global".[32] De manera más reciente, este índice de calidad objetiva se complementó con el ICAS, que es el índice de calidad subjetiva y, en consecuencia, el que permite medir la satisfacción de los usuarios que participan en los procesos de mediación en CABA.

Para concluir, se ha de destacar que con el avance de los mecanismos de resolución de conflictos implementados en el ámbito de la Ciudad junto con el crecimiento del *Centro de Mediación*, y más allá de las estadísticas publicadas en Internet por la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura, en la Editorial Jusbaires –también del Consejo de la Magistratura de la CABA– vieron la luz una serie de publicaciones que dan cuenta tanto de la actividad del *Centro de Mediación* como de investigaciones sobre problemáticas específicas. Hasta ahora se han publicado: *El proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*; *Investigación sobre mediación en casos de familia atravesadas por situaciones de violencia en la Ciudad de Buenos Aires*[33] y *Casos de mediación.*[34]

Por otra parte, la dependencia que también viene realizando desde hace bastante tiempo un importante trabajo en materia penal juvenil y en justicia restaurativa para jóvenes en conflicto con la ley penal de manera paralela y/o conjunta con los juzgados con competencia especializada en la materia es la *Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil.*

32. Fábregas, Daniel, *op. cit.*, p. 30.

33. AA. VV., *Investigación sobre mediación en casos de familia atravesadas por situaciones de violencia en la Ciudad de Buenos Aires, op. cit.*

34. AA. VV., *Casos de mediación,* Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2018.

La Resolución de Presidencia CM N° 928/2014 (del 3 de octubre de 2014)[35] indica que por la Resolución de Presidencia CM N° 1379/2012 (del 28 de diciembre de 2012)[36] se creó la Secretaría de Coordinación de Políticas Judiciales y se establecieron, en su art. 11, las funciones de la en ese entonces llamada *Unidad de Implementación Penal Juvenil*. Estas eran:

> 11.1. Proyectar, implementar y llevar adelante políticas tendientes al diseño, desarrollo e implementación de la Justicia Penal juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
>
> 11.2. Proyectar e implementar la forma de capacitación, previa, progresiva y permanente de los Magistrados, funcionarios y empleados a fin de llevar adelante la especialidad requerida.
>
> 11.3. Emitir opinión técnica respecto de los requerimientos que en materia de Justicia Penal Juvenil fueran efectuados por el Consejo y/o los diferentes operadores del sistema judicial.
>
> 11.4. Proyectar e implementar una oficina interdisciplinaria que brinde apoyo a los juzgados especializados.
>
> 11.5. Cooperar articuladamente con los actores vinculados con el trazado de políticas de justicia penal juvenil para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el contexto del proceso de transferencia de competencias penales de la Justicia nacional a la justicia de la CABA.
>
> 11.6. Arbitrar las medidas necesarias para difundir los propósitos, actividades, y líneas de acción generadas por esta unidad, como también proponiendo la suscripción de convenios con organismos gubernamentales y no gubernamentales.
>
> 11.7. Cooperar con las áreas correspondientes del consejo de la magistratura de la CABA en temas vinculados con políticas juveniles, para la sugerencia de medidas proactivas que tiendan a optimizar y reforzar el sistema judicial.

En definitiva, se trataba de funciones de proyección, de cooperación con actores vinculados al trazado de políticas de justicia penal juvenil; de difusión; de capacitación y de emisión de opiniones técnicas que fuesen requeridas por el Consejo de la Magistratura y otros operadores judiciales.

35. Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/D77B1A9FE088F3B199F7F78CDE076813 [fecha de consulta: 23/10/2020].

36. Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/2ECEF2ECB89EFC1C78163A1FACB02BC8 [fecha de consulta: 23/10/2020].

En el artículo "La interdisciplina como apoyo a la Justicia Juvenil de la Ciudad" María Jimena Lugano y Alejandra Quinteiro[37] describen detalladamente el origen de la Oficina de referencia. Las autoras mencionan que, en su origen, la denominada *Unidad de Implementación Penal Juvenil" "*... fue la encargada de brindar la capacitación a las dos primeras secretarías en lo penal juvenil", explicando, asimismo que "[l]uego de un proceso de selección resulta[ron] desinsaculados los titulares de los Juzgados N° 3 y N° 11 para tramitar causas con jóvenes en infracción a la ley penal juvenil."

Ahora bien, surge de la misma Resolución de Presidencia CM N° 928/2014 que esa "Unidad de Implementación Penal Juvenil" se ubicó estructuralmente dependiendo de la Secretaría de Apoyo, Administrativo y Jurisdiccional y pasó a denominarse "Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil". Además, también surge de esa misma resolución que resultaba conveniente crear un cuerpo interdisciplinario con experiencia en la materia "a fin de colaborar en la tarea jurisdiccional con los informes que sean necesarios para la toma de decisiones".

En ese marco, y en virtud de lo establecido en su artículo 3, se dispuso lo siguiente:

> Incorporar el art. 99 ter. en el Anexo A de la Res. CM N° 843/2010 el que quedará redactado de la siguiente manera:
>
> Art. 99 ter. Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil.
>
> La Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil tiene una estructura compuesta por el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo.
>
> Funciones:
>
> 99 ter. 1. Brindar el apoyo que requieran los juzgados especializados en materia Penal Juvenil.
>
> 99 ter. 2. Proyectar e implementar la forma de capacitación, previa, progresiva y permanente de los Magistrados, funcionarios y empleados a fin de llevar adelante la especialidad requerida.
>
> 99 ter. 3. Emitir opinión técnica respecto de los requerimientos que en materia de Justicia Penal Juvenil fueran efectuados por el Consejo y/o los diferentes operadores del sistema judicial.

37. Lugano, María Jimena; Quinteiro, Alejandra, "La interdisciplina como apoyo a la Justicia Juvenil de la Ciudad", en AA. VV., Quinteiro, Alejandra (coord.), *Justicia Juvenil Restaurativa*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2020, p. 146.

99 ter. 4. Solicitar colaboración al Patronato de Liberados, a la Secretaría de Control de Seguimiento y Ejecución de Sanciones y a la Oficina de Control de Cumplimiento de las Condiciones de la Suspensión de Juicio a Prueba a la que hace referencia el artículo 311 del Código Procesal Penal de la CABA.

99 ter. 5. Proyectar, implementar y llevar adelante políticas tendientes al diseño, desarrollo e implementación de la Justicia Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

99 ter. 6. Establecer la composición del equipo interdisciplinario a fin de colaborar y asistir en las diferentes etapas del proceso.

99 ter. 7. Cooperar articuladamente con los actores vinculados con el trazado de políticas de justicia penal juvenil para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el contexto del proceso de transferencia de competencias penales de la Justicia nacional a la justicia de la CABA.

99 ter. 8. Arbitrar las medidas necesarias para difundir los propósitos, actividades, y líneas de acción generadas por esta Oficina, como también proponiendo la suscripción de convenios con organismos gubernamentales y no gubernamentales.

99 ter. 9. Crear un registro de Organizaciones a fin de solicitar cooperación en las diferentes medidas alternativas de resolución de conflictos.

99 ter. 10. Cooperar con las áreas correspondientes del Consejo de la Magistratura de la CABA, en temas vinculados con políticas juveniles, para la sugerencia de medidas proactivas que tiendas a optimizar y reforzar el sistema judicial."

A esto se suma que por el artículo 4 de esa Resolución de Presidencia CM N° 928/2014, se estableció lo siguiente:

Incorporar el art. 99 quater. en el Anexo A de la Res. CM N° 843/2010 el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Art. 99 quater. Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo.

Funciones:

Art. 99 quater.1 Conocer, valorar y exponer las circunstancias personales, familiares, formativas y socio ambientales que concurren en la vida del menor.

Art. 99 quater.2 Orientar sobre las intervenciones más adecuadas a los intereses y necesidades del menor, con especial relevancia en el momento de la adopción de una medida por parte de los Jueces, no vinculante al término de su decisión judicial.

> Art. 99 quater.3 Realizar toda otra tarea que le encomiende la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil."

Finalmente, por la Resolución de Presidencia N° 1401/2016 (14 de diciembre de 2016)[38] se aprobó el Reglamento del "Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil".

En el Anexo I (Reglamento del Cuerpo Interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil) se estableció, concretamente, que "el cuerpo estará integrado por distintos profesionales especializados (psicopedagogos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y abogados en derecho de familia), cuya especialización, formación académica y trayectoria laboral debe ser conforme a la tarea a realizar"; que la misión de ese *Cuerpo* es intervenir "a requerimiento de la autoridad judicial competente, en todos y cada uno de los actos procesales contemplados en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regulado en la Ley N° 2451/2007"; y que, además, la actuación de ese Cuerpo:

> … se hace efectiva mediante el abordaje interdisciplinario del joven por parte de los profesionales integrantes del Cuerpo y la confección de los informes que sean necesarios para contribuir a la toma de decisiones del Juez/jueza penal juvenil competente, en el marco de los principios que hacen a la esencia del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[39]

El punto 6 del mentado reglamento establece "Lineamientos específicos de intervención" definiendo la intervención del *Cuerpo* en el marco de las vías alternativas de resolución de conflicto, y estableciendo que

> A requerimiento del Juez/Jueza Penal Juvenil, el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, intervendrá siempre que el hecho presuntamente imputado a un joven en infracción a la ley penal sea resuelto, conforme a las vías de resolución de conflicto -título VIII y Título IX, ley 2451/2007.

38. Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/6DB0854FDCA5A8BE24425299129EE1AD [fecha de consulta: 23/10/2020].

39. Reglamento del Cuerpo Interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, ver puntos 2, 3 y 4.

Asimismo, en el primer apartado de ese punto 6 se estipulan las funciones del Cuerpo Interdisciplinario con respecto a la mediación penal juvenil, las que serán objeto de específico tratamiento en el comentario al artículo 67 de este cuerpo normativo.

Finalmente, no queremos terminar sin dejar de mencionar que la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil también realizó varias publicaciones que tratan diferentes tópicos que involucran niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Entre sus publicaciones nos encontramos con las siguientes: *Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*;[40] "Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires";[41] *Buenas prácticas para una Justicia Especializada (II Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil)*;[42] *Los adolescentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sus derechos y garantías*[43] y, más recientemente, *Justicia Juvenil Restaurativa*.[44]

Estas publicaciones no solo dan cuenta de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, sino que además evidencian el trabajo y la capacitación que viene desarrollando la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, a la vez que ponen de manifiesto la importante labor que viene realizando esa Oficina en materia de justicia juvenil restaurativa. Por ello, consideramos que estas publicaciones junto con las diferentes jornadas realizadas sirven para contribuir a que todos los operadores del sistema penal juvenil estén debidamente capacitados en resolución adecuada de controversias para dar debido tratamiento a los casos de jóvenes en conflicto con la ley penal.

40. AA. VV., *Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2015.

41. AA. VV., Quinteiro, Alejandra (coord.), *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016.

42. AA. VV., Quinteiro, Alejandra (coord.), *Buenas prácticas para una Justicia Especializada. II Jornadas internacionales de justicia penal juvenil*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2017.

43. Quinteiro, Alejandra, *Los adolescentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sus derechos y garantías*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2017.

44. AA. VV., Quinteiro, Alejandra (coord.), *Justicia Juvenil Restaurativa*, *op. cit*. Este libro se presentó el pasado 1º de octubre de 2020 mediante el sistema Webex con la presencia de Virginia Domingo, Isabella Karina Leguizamón, Santiago Otamendi, Ana Salvatelli, Alejandra García y Alejandra Quinteiro.

Artículo 58. Procedimiento. Inicio
El procedimiento de resolución alternativa de conflicto deberá ser requerido por el/la Fiscal Penal Juvenil que intervenga en el proceso, de oficio o a solicitud de la persona imputada de una infracción penal, o sus padres, tutores o responsables, así como su Defensor/a y/o la víctima. Este régimen será aplicable hasta el inicio del debate.

El procedimiento de resolución de conflicto debe ser requerido por el fiscal penal juvenil,[45] ya sea de oficio o a solicitud de la persona imputada de cometer una infracción penal, o sus padres, tutores o responsables, así como su Defensor y/o la presunta víctima.[46] La amplia cantidad de personas que pueden solicitar la mediación es una característica propia de la especialidad de la materia. Ahora bien, entendemos que más allá de eso quien/es en definitiva deben prestar su consentimiento y especificar su voluntariedad para la realización del proceso de mediación son las partes involucradas, por ello es necesario que la remisión de oficio que pueda realizar el fiscal penal juvenil quede supeditada a la participación voluntaria de las partes en este proceso dialogado; participación que se encargará de recolectar el profesional interviniente en la materia que a la postre será el encargado de llevar a cabo la mediación.

El RPPJ indica explícitamente que la mediación puede utilizarse hasta el inicio del debate. Esta situación es diferente y más amplia al caso de adultos, puesto que por un lado el artículo 204 del CPPCABA establece: "En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta que se formule el requerimiento de juicio el/la Fiscal podrá..." y, por otro, la jurisprudencia del fuero para el caso de adultos tiene dicho que este mecanismo solamente puede ser utilizado durante la investigación penal preparatoria, la que concluye cuando el Ministerio Público Fiscal presenta el requerimiento de elevación a juicio de las

45. Lo que resulta acorde con lo previsto en el ya mencionado art. 38, inc. a, RPPJ, que establece que el Ministerio Público Fiscal tiene como atribución procurar la mediación.

46. En este marco resulta llamativo que el Asesor Tutelar no sea mencionado por la norma.

actuaciones, o a lo sumo durante la etapa intermedia en la audiencia de admisibilidad de las pruebas.[47]

Entendemos que el RPPJ, al marcar esta diferencia y permitir la aplicación de la mediación hasta el inicio del debate, respeta el derecho del joven a buscar una salida menos gravosa para su situación, evitando la estigmatización de la condena y solucionando verdaderamente el conflicto. Ello es conteste con lo sostenido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al afirmar que hay un "derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena" (Causa N° 274, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Roberto Gonano en la causa Padula, Osvaldo Rafael y otros s/ defraudación", con sentencia del 11/10/1997).[48]

Como se explicó anteriormente, las partes que deseen participar de una mediación penal juvenil serán derivadas el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA.

El denunciante y el denunciado, antes de prestar su consentimiento, siempre serán informados de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo. En este sentido, ninguna de las partes podrá ser obligada a someterse a mediación pudiendo, en consecuencia, en cualquier momento apartarse de la misma. Además, se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación. Por ello ni el/la fiscal penal juvenil ni tampoco el juez ten-

47. Tribunal Superior de Justicia de la CABA, Expte. N° 9353/12, "Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Legajo de juicio en autos: B., M. s/inf. art. 183, CP, inconstitucionalidad'", sentencia del 25/09/2013. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el mencionado Tribunal últimamente ha flexibilizado dicho criterio. En el Expte. N° 15808/18 "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Sur de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de Apelación: L., V. A. s/art. 1, LN 13.944'", resuelto el 13/11/2019, se ha dicho lo siguiente: "Entiendo que la prohibición temporal que prevé el art. 204 del CPP puede franquearse si las circunstancias del caso, o incluso, las personales o los intereses de los participantes del acuerdo, se modifican con el devenir del proceso de modo que hagan plausible esa alternativa al juicio oral con alguna proyección de éxito" (Voto del juez del TSJ Santiago Otamendi).

48. Así, entendida la mediación como una forma posible de poner fin al proceso, ella no debería ser denegada por la circunstancia de que la fiscalía interviniente haya introducido un requerimiento de juicio, toda vez que el derecho reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado no puede ser limitado arbitrariamente por una interpretación de la normativa procedimental local.

drán conocimiento del desarrollo de la mediación hasta que esta haya finalizado y, en su caso, mediante la remisión del acta de mediación con el acuerdo alcanzado o sin este. De manera previa y durante la sesión o sesiones de mediación se garantizará la igualdad y equidad de partes, ya que esto permite mantener determinado equilibrio entre las posiciones de los involucrados y resulta indispensable para que el acuerdo final sea construido por las partes de la forma más justa, propicia y equitativa posible. El fiscal, conforme al acta de acuerdo satisfactorio que se le haya hecho llegar mediante los parámetros antes mencionados, dispondrá el archivo definitivo de las actuaciones sin más trámite.

Artículo 59. Remisión
El/la Fiscal Penal Juvenil remitirá la solicitud a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, previo informe de los alcances y efectos del instituto a las partes del proceso. Asimismo deberá solicitar el expreso consentimiento de la víctima, para dar curso a la solicitud de la remisión.

La norma indica que es el fiscal especializado, como titular de la acción, quien debe darle intervención al Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA.[49]

Se exige un informe previo de los alcances y efectos del instituto a las partes del proceso. En el caso de la víctima, además de dicho informe se requiere su consentimiento expreso.

Entendemos que este informe previo y la consulta por el consentimiento a la víctima tiene que ser efectuado por el propio Centro de Mediación, como intervención preliminar al proceso mediatorio. Ello en tanto entendemos que ese es el organismo adecuado, por fuera del interés que pudiese tener cualquiera de las partes. Este Centro puede explicar a los involucrados cabalmente sobre el alcance de un abordaje

49. Si bien el art. 59 refiere a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, lo cierto es en el año 2006 se aprobó la puesta en marcha del Programa de Implementación del Cuerpo de Mediadores de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en el año 2013 por la Resolución de Presidencia (CM) N° 105/2013 se terminó formando el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos. Para mayor información sobre este Centro ver el comentario al artículo 57.

restaurativo del conflicto. En todo caso, el fiscal penal juvenil podrá realizar, si lo considera necesario, también un informe previo de manera desinformalizada que conste o no en el cuerpo del expediente, en donde de manera genérica pueda informar sobre el alcance de un acuerdo de mediación penal juvenil y en lo referente a sus efectos el posible archivo del expediente en caso de un acuerdo exitoso.

La idea de que el Ministerio Público Fiscal "remita" el proceso de mediación al Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA implica que su participación, al menos en esta instancia, cesa.

En este sentido, no puede desconocerse que los procesos de mediación son confidenciales, y que si bien siempre se realizan en el ámbito de la Ciudad sin reconocer hechos ni derechos, no resulta conveniente ni adecuado que quien tiene a su cargo la investigación y la acusación participe ni siquiera recabando el consentimiento de la víctima. Ello debido a que la víctima necesita estar correctamente informada por profesionales en la materia para prestar su consentimiento de manera voluntaria acerca de su participación o no participación en el proceso mediatorio. A lo sumo, en el informe previo se recabará una voluntad preliminar y también podrá hacer otro tanto la Oficina de Asistencia a la Víctima y el Testigo (OFAVyT), dependiente del Ministerio Público Fiscal, tal como ocurre cotidianamente en la mediación para adultos, y a los efectos de asesorar jurídicamente o prestar asistencia a la/s víctima/s del posible hecho delictivo.

En el proceso, y a pedido de la defensoría oficial interviniente, también pueden participar los profesionales que trabajan en la Dirección de Asistencia a la Mediación, dependiente de la Secretaría General de Asistencia Jurisdiccional a la Defensa del Ministerio Público de la Defensa de la CABA. Dicha Dirección de Asistencia a la Mediación está integrada por un equipo interdisciplinario de abogados y psicólogos que asisten a los ciudadanos requeridos a una mediación contravencional o penal.

Ahora bien, más allá de los profesionales de los Ministerios Públicos que puedan prestar asistencia o asesoramiento previo a la audiencia de mediación, lo cierto es que, y tal como lo venimos sosteniendo, tanto el titular de la acción como el juez deben ser ajenos de la participación.

Sobre este punto, cabe remarcar que el hecho de que la mediación penal juvenil sea intraprocesal[50] de modo alguno implica que pueda ser dirigida por el juez. En este sentido, Marques Cebola[51] indica que

> … la catalogación de la mediación como judicial o intrajudicial podrá inducir a pensar que es llevada a cabo por el juez del proceso, posibilidad que rechazamos de plano porque consideramos que la imparcialidad del mediador no es compatible con el papel de decisor del juez que, además, en caso de no obtener acuerdo tendría después que decidir el proceso, lo que violaría los principios de neutralidad y confidencialidad característicos de la mediación.

En síntesis, entendemos que el ámbito adecuado para que las partes conozcan acerca de los alcances y efectos del instituto de la mediación –y también para recabar el expreso consentimiento de la víctima y del/los joven/es en conflicto con la ley penal para, una vez efectuado ello, realizar todo el proceso de mediación– es el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA, bajo la dirección de los profesionales especializados en abordajes restaurativos, con la correspondiente ayuda que puedan prestar los miembros de los Ministerios Públicos ya especificados.

Artículo 60. Citaciones
La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos deberá citar a las partes, invitándolas a una primera reunión, mediante cualquier medio fehaciente, debiéndoles hacer saber el carácter voluntario del trámite.

Tanto este artículo como el siguiente hacen referencia a las citaciones de las partes y a la comparecencia de las mismas a las primeras reuniones que podrán decantar luego en el proceso dialogado de mediación.

Una vez derivado el caso al Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA, este en verdad

50. Marques Cebola, Cátia, *La mediación, op. cit.*, "[L]a mediación intraprocesal se verifica cuando ya está pendiente un proceso, que deberá quedar en suspenso hasta el fin de la mediación, debiendo continuar si el acuerdo no fuere obtenido o concluirse si las partes obtuvieren la solución del conflicto".

51. Ídem.

es el encargado de citar a las partes a una primera reunión exploratoria tendiente a participar en el proceso de mediación penal juvenil.

El medio fehaciente al que se hace referencia en la normativa deberá ser una notificación al domicilio real del joven en conflicto con la ley penal y al de los presuntos damnificados. Ello al margen de las notificaciones que puedan cursarse por el Ministerio Público Fiscal o por el *Centro de Mediación* a los fines de notificarle de dicha reunión a la defensa técnica en el domicilio constituido y, asimismo, al margen de la notificación que corresponda a la Asesoría Tutelar en resguardo de los derechos y garantías de los jóvenes involucrados en conflictos penales.

Ahora bien, tampoco podemos olvidar en base a lo que ya venimos comentando de los principios generales que rigen mediación, sobre todo cuando comentamos el aspecto puntual de la informalidad y, en consecuencia, la flexibilidad que rigen estos procesos –ver comentario al art. 56 "principios del procedimiento"– que la normativa hace referencia *a cualquier medio fehaciente* y no necesariamente como es usual en las citaciones judiciales a la notificación por cédula. En este sentido, y atento a que por regla es muy dificultoso que la gente que no tiene conocimiento específico de Derecho pueda entender el contenido escueto de una citación judicial, y reconociendo que por lo general la mayoría de las veces una notificación por este medio causa temor y desagrado, entendemos que también podrá instrumentarse esa notificación fehaciente por otros medios. Es que con los medios tecnológicos que están al alcance de la mayoría de los usuarios en la actualidad (e-mail, teléfono celular, aplicaciones concretas del teléfono celular como *WhatsApp*, etc.), entendemos que si el operador deja constancia de la efectiva notificación por cualquiera de estos medios y del efectivo acuse de recibo de la persona indicada ella igualmente debe ser tomada por válida. Ello, sin dudas, en base a lo establecido en la propia normativa constituye medio fehaciente, al margen de las notificaciones sacramentales que en general rigen en los procesos jurisdiccionales. Justamente, tal como se explica al hablar del principio de flexibilidad es que

> … este procedimiento al ser libremente asumido y confidencial debe ser flexible. Una de sus bondades es el carácter poco formal, de manera que la regulación que se haga del proceso de mediación debe ser más amplia y a modo de sugerencias, atendiendo al tipo de hecho, a los sujetos que

intervienen, al grado de dificultad de acercamiento de las partes, al número de sujetos intervinientes etc.[52]

Nótese en este aspecto que al tratarse de jóvenes en conflicto con la ley penal es muy común debido a los medios tecnológicos que manejan hoy en día que puedan estar fehacientemente notificados por estos medios en lugar de por las formas clásicas de notificación que tuvieron históricamente los procedimientos judiciales. Por ello, en la medida de lo posible el mediador ya asignado a ese caso será el encargado de poder notificar a las partes de acuerdo al medio que entienda más factible para cada una.

Como en dicha notificación no solo se va a invitar a las partes a una primera reunión, sino que también se va a informar el carácter voluntario del trámite y, sin duda alguna, otra información o duda que pueda surgir en el diálogo, consideramos importante que esa primera notificación, si los recursos humanos del *Centro de Mediación* lo permiten, esté a cargo del/los mediador/es a los que le/s fue asignado el caso a fin de que este tercero imparcial por un lado tenga el conocimiento propicio para poder brindarle a las partes la información concreta que por ellas sea requerida en esa oportunidad y, por otro, que este profesional pueda ir contando con la información o datos que las partes le puedan ir brindando en el curso de ese proceso de notificación.

Es muy importante en esta instancia de parte del profesional mediador interviniente informarle acerca del carácter voluntario del procedimiento, y que justamente por ello se debe contar con su voluntad para poder participar. Es que hasta ese momento es muy probable que los sujetos implicados no hayan sido quienes hayan decidido per se someterse al proceso de mediación, sino que este pudo haber sido el simple resultado de una recomendación de quienes asumen el control de la aplicación del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico.[53] Por ello, este será también un momento propicio para explorar la remisión efectuada por el juez penal juvenil y/o por el fiscal penal juvenil y, en consecuencia, si los sujetos necesitan más información y/o si hubo vo-

52. Barona Vilar, Silvia, *Mediación Penal. Fundamentos, Fines y Régimen Jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 280.

53. Ibídem, p. 278.

luntad de los implicados desde el inicio de ser partícipes de un instituto como lo es la mediación penal juvenil.

Esa notificación fehaciente y la información del carácter voluntario del procedimiento provee a las partes, incluso previo a la reunión informativa propiamente dicha, de determinada información necesaria para poder decidir si prestarán su voluntad para participar o no del procedimiento, teniendo también conocimiento de sus derechos que ya les debieron ser informados previamente por sus representantes legales. A la vez, permite, por ejemplo, si es mediante un contacto telefónico analógico en cabeza del eventual mediador que participará en el proceso, y si la parte así lo requiere, explicar en qué consiste el proceso de mediación y el contexto en el que podrán desarrollarse las futuras sesiones de ese proceso.

Una vez identificado el origen del conflicto por el mediador y su problemática subyacente, estudiado el expediente si ello resulta indispensable, requerida la información complementaria que se estime necesaria y notificadas fehacientemente las partes del proceso y del carácter voluntario del mismo, el/los profesional/es intervinientes tendrán allanado el camino para pasar a una primera fase de aproximación (primera reunión en los términos descriptos en el artículo comentado) donde pueda estar en contacto directo con las partes en un encuentro inicial en donde ya sí se podrá suscribir un documento en el que estas darán cuenta de que han sido informadas de lo que significa participar de este proceso y de sus efectos. Así se ha dicho que es muy importante también este momento porque supone la consagración del principio de voluntariedad y libertad de sometimiento a este modelo de justicia. [54]

Finalmente, diremos antes de terminar este comentario que al tratarse de mediación penal juvenil el artículo 62 hace referencia a la representación de las partes y, como ya veremos, de representantes específicos para cada una de las partes que deberán acompañar a estas en el proceso de mediación, por lo que resulta indispensable entonces que todas ellas también estén notificadas de modo fehaciente en base a los parámetros aquí desarrollados y, al mismo tiempo, que todas ellas estén debidamente informadas del carácter voluntario del procedimiento, siempre primando la voluntad de las partes en conflicto.

54. Ibídem, p. 374.

En lo vinculado a la persona menor de edad imputada, no debe perderse de vista que los jóvenes son sujetos de derechos y que su voluntad no puede ser suplantada. El hecho de que rigen respecto de los jóvenes imputados los principios de protección especial (art. 19 CADH y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) y de especialidad (art. 40.3 CDN) de modo alguno implica que sus derechos sean negados. De los mencionados principios se desprende que las personas menores de edad acusadas de cometer un delito, además de tener los mismos derechos que le corresponden a un adulto, cuenta con un plus de derechos y garantías que responden a su condición de "personas en desarrollo".[55]

Sobre el punto la Comisión IDH ha afirmado lo siguiente:

> En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte han sido claras en señalar que los niños y las niñas "poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado" [Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 54.]. Por consiguiente, el artículo 19 de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana deben entenderse que establecen un derecho adicional y complementario que el tratado establece para los niños, quienes por su estado de desarrollo necesitan de una protección especial.[56]

Artículo 61. Incomparecencia
En caso de que alguna o todas las partes no concurran a las reuniones fijadas, o de hacerlo, manifiesten su desistimiento al presente procedimiento, el trámite se dará por concluido, labrándose un acta, en la que constará las circunstancias de las notificaciones y la presencia de la parte que haya concurrido, remitiéndose la misma al/la Fiscal Penal Juvenil correspondiente a fin de que continúe el trámite de la investigación preparatoria.

55. CSJN, "Maldonado, Daniel Enrique", causa Nº 1174, SJA 07/06/2006, rta. el 07/12/2005, consid. 32.

56. Comisión IDH, Informe "Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección", 30 de noviembre de 2017, párr. 43.

Este artículo trata dos supuestos distintos que es necesario que sean explorados separadamente.

a) *La incomparecencia de todas o algunas de las partes a las reuniones fijadas*: En este caso concreto antes de labrar el acta y remitir el caso al fiscal penal juvenil consideramos necesario tomar determinados recaudos. En primer lugar, se deberá identificar la parte que no concurrió y ver si fue a la primera reunión a la que no concurrió, o a las reuniones sucesivas en las que se estaba trabajando en la posibilidad de arribar a un futuro acuerdo. En este caso es clave que el mediador se contacte con la parte o las partes que no concurrieron a los fines de informarse acerca de los motivos de su incomparecencia. Es importante recordar a estos efectos que esa parte conforme la notificación fehaciente que dispone el artículo estuvo o debió haber estado informada de la fecha de la primera reunión del proceso de encuentro dialogado; entonces es posible que haya tenido un grave y legítimo impedimento para concurrir a esa audiencia, lo cual debe ser constatado. También es probable que haya cambiado su voluntad o conformidad de participación o, incluso, que haya tenido un olvido, o una dificultad pasajera. En todos los casos, salvo en aquellos en donde ya sí exista una voluntad fehaciente de la parte de no continuar con el proceso, la característica de informalidad y flexibilidad del mismo aunada a la voluntad de las partes que sí concurrieron permitirán –llegado el caso– fijar una nueva fecha de reunión tendiente a realizar la primera reunión informativa de este proceso.

Para este motivo de exploración, es decir, para ver qué ocurrió con la incomparecencia de la parte que no fue, y a los fines también de lograr una comunicación fehaciente, se podrá utilizar todos los medios que hemos descripto en el artículo anterior con el objetivo de la notificación y también cualquier otro que permita tener comunicación fluida con la parte no concurrente.

En todo caso se agregará al legajo una constancia del medio utilizado y del resultado de la comunicación mantenida o, llegado el momento, se hará saber a los representantes legales correspondientes que queriendo tomar contacto con la parte que no concurrió por los mismos medios o similares que se tomaron para su notificación fehaciente, ello no ha sido posible. La parte procesal correspondiente verá si puede contactar a la parte no concurrente y si hace una petición de

fijación de nueva audiencia en el expediente o si decide que se continúe con la tramitación procesal del mismo.

En este punto también es necesario recordar que al poderse fijar la mediación penal juvenil hasta el debate esta incomparecencia a la audiencia fijada e, incluso, la imposibilidad de contactarla con posterioridad en nada impide que si luego esa parte reaparece en el proceso y manifiesta o mantiene su voluntad inequívoca de realizar este procedimiento dialogado no pueda comenzarse o reiniciarse la mediación penal juvenil. No hay que olvidarse a dichos efectos que la mediación en CABA surge del propio texto constitucional, por lo que en virtud de ello y en virtud también del ejercicio constitucional de poder peticionar a las autoridades la mediación penal juvenil es tanto un derecho constitucional de los posibles acusados como un derecho convencional de las víctimas y/o presuntos damnificados, por lo que frente al ejercicio de estos derechos y frente a su voluntad inequívoca de querer participar del procedimiento y de solucionar el conflicto suscitado por esta vía este derecho no puede ser denegado bajo pretexto de que el caso ya se encuentra en un estadio procesal avanzado, o que en la actualidad no resulta conveniente la utilización de este mecanismo. Ello debido a que el mismo constituye un verdadero ejercicio democrático de las partes para poder solucionar sus controversias y, en consecuencia, nunca sobre ello y sobre sus derechos puede hacerse primar la postura o imposición infundada de los operadores judiciales, debido a que esto último no solo resultaría contrario al ejercicio de sus derechos constitucionales, sino también atentaría contra el principio de razonabilidad de los actos de los poderes públicos.

b) *La comparecencia de las partes manifestando todas o alguna de ellas su desistimiento del procedimiento*: Este segundo supuesto es significativamente distinto al primero que hemos comentado, puesto que acá sí las partes que concurren al procedimiento una vez informadas desisten de la mediación penal juvenil.

En este caso, al tratarse de un procedimiento voluntario tal como ya hemos indicado y como venimos insistiendo, una vez corroborado por el mediador interviniente, y previo a haber brindado la información pertinente para el caso, frente al efectivo desistimiento de uno de los involucrados no quedará más -tal como lo indica la normativa- que labrar el acta correspondiente y remitirla al fiscal penal juvenil que

corresponda para que este continúe con el trámite de la investigación preliminar preparatoria, debiendo evaluarse con posterioridad –y si el desistimiento vino de parte de los presuntos damnificados– si el caso resulta susceptible de ser mediado con la incorporación de una víctima sustituta,[57] o puede ser aplicado algún otro mecanismo tendiente a evitar la aplicación de la pena.

> **Artículo 62. Representación de las partes**
> **El/la imputado/a asistirá a las reuniones personalmente, en las que deberá ser acompañado obligatoriamente por sus padres, tutores o responsables, y será obligatoria la presencia de su Defensor/a. La víctima deberá asistir personalmente, y en caso de ser menor de dieciocho (18) años deberá ser acompañado obligatoriamente por sus padres, tutores o responsables, no pudiendo hacerlo mediante apoderado. En caso de requerirlo se le asignará asistencia letrada gratuita. Ambas partes tendrán derecho a entrevistarse con sus respectivos abogados antes de comenzar las reuniones establecidas en el artículo 64.**

Este artículo hace referencia tanto a la concurrencia de los directamente involucrados en el conflicto a las reuniones y a las diferentes fases que componen el proceso dialogado de mediación penal juvenil, como también a las representaciones con las que ellos deberán contar en la audiencia. Asimismo, menciona la obligatoriedad del defensor en la audiencia.

Vemos que el joven en conflicto con la ley penal, de haber optado voluntariamente por el proceso de mediación penal juvenil, es quien deberá concurrir a las reuniones de manera personal. Y esto resulta correcto, toda vez que en primer lugar en este tipo de procesos los primeros que deben estar involucrados son las partes, puesto que ellas son las directamente interesadas y es a través de su voz, de sus versiones del hecho y desde sus perspectivas de donde puede empezar a entretejerse la solución del y para el conflicto suscitado. En segundo lugar, resalta la figura del adolescente en conflicto con la ley penal como un

57. Calvo Soler, Raúl, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, Barcelona, NED Ediciones, 2018, pp. 171-172.

verdadero sujeto de derechos, toda vez que se le da primacía a su voz y a su derecho a ser oído en un proceso dialogado en el que ha de participar priorizando su voluntad.

Vemos que la persona menor de edad deberá ser obligatoriamente acompañada por sus padres, tutores o responsables y que también será obligatoria la presencia del defensor. Respecto a la obligatoriedad del joven de concurrir con sus padres o tutores podemos decir que estos pueden servir como apoyo del joven, pero de modo alguno pueden suplirlo en su voluntad, pues la persona menor de edad debe participar de la mediación de modo acorde a su autonomía progresiva.[58] Debe tenerse en cuenta que la participación de los padres, tutores o responsables permitirá al mediador una intervención más rica en estrategias. Sin embargo, consideramos que la falta de participación de los mencionados referentes adultos no puede, por sí, ser un limitante de la mediación, siempre que surja del joven su voluntad de alcanzar un acuerdo.

Respecto a la presencia del defensor en la audiencia a diferencia de lo que se prevé en la norma no vemos la necesidad de que este como tutor de los derechos y garantías del joven deba participar independientemente de todas las reuniones o fases del proceso dialogado, porque como ya hemos expresado todo lo que se debata allí es confidencial y en todo caso el acta no dará cuenta en ningún momento de los pormenores que han surgido del proceso. Por ello, entendemos que resulta conveniente que el defensor pueda asesorar al joven previo a la celebración de la audiencia y, en su caso, también creemos conveniente que durante el transcurso de las mismas pueda participar llegado el caso la asesoría tutelar en resguardo de los intereses del joven y el equipo de apoyo a la oficina penal juvenil; quienes junto al mediador especializado podrán coadyuvar en la búsqueda de la mejor solución para el caso, con la hipótesis de máxima de incluir a la comunidad en el proceso si ello resulta factible y conveniente de cara a realizar un verdadero abordaje restaurativo.

58. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño (ONU) recomienda lo siguiente: "Los padres o los tutores legales deben estar presentes durante todo el proceso. No obstante, el juez o la autoridad competente podrá decidir limitar, restringir o excluir su presencia en el proceso, a petición del niño o de su asistente jurídico u otro asistente apropiado, o porque ello no responda al interés superior del niño." (Considerando 56, Observación General N° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, del 18/09/2019).

Por las mismas razones que destacamos la importancia de la presencia del joven en conflicto con la ley penal de manera personal en las reuniones, resulta importante la presencia de la/las presunta/s víctima/s del suceso, es que también de cara a escuchar sus necesidades e intereses y de cara a efectivizar su derecho convencional de poder encontrar una solución dialogada en el proceso en donde se encuentran involucradas y en donde resultan afectadas es trascendental que participen personalmente de las diferentes reuniones que puede demandar el proceso de mediación penal juvenil. En cuanto al acompañamiento obligatorio de sus padres, tutores o responsables que prevé la norma respecto de las víctimas menores de 18 años podemos decir que ellos deben acompañar a la persona menor de edad, pero, en definitiva, y de acuerdo a su autonomía progresiva, será esta última también quien deba prestar su conformidad para participar de un proceso de mediación.

La asistencia letrada gratuita de la víctima también resulta indispensable a fin de que esta conozca acabadamente sus derechos y garantías en cada parte y en todo el procedimiento, más allá de que específicamente el mediador pueda informarle acerca de lo que tiene que ver con el proceso dialogado de mediación penal juvenil, sus efectos y consecuencias. Tal como hemos mencionado con anterioridad, en la actualidad existe una oficina creada a tal efecto al interior del Ministerio Público Fiscal que se ha denominado Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo –OFAVyT–, la que resulta ser la encargada de brindar apoyo y asesoramiento legal a las víctimas, previo a la participación de las mismas en el proceso de mediación.

Así, vemos que al finalizar esta norma justamente se consagra el derecho que tienen ambas partes de entrevistarse con sus abogados previo a las reuniones del proceso dialogado propiamente dicho que conforman el devenir de la mediación penal; y esto no es ni más ni menos que la posibilidad que tienen de asesorarse desde el plano jurídico de los posibles efectos o consecuencias que en todo el proceso penal pueda existir en base a las decisiones que ellos mismos puedan tomar, o en base a las decisiones jurisdiccionales que se vayan suscitando en su transcurso.

Por último, una vez más queremos destacar antes de finalizar con este artículo la importancia de la Asesoría Tutelar en todo este proceso,

especialmente en lo vinculado con su participación en favor de la persona menor de edad imputada.

El principio de especialidad que rige en la materia exige la necesaria intervención de organismos especializados cuando se halle involucrado un joven acusado de cometer un delito (art. 75, inc. 22, CN; arts. 10 y 39 CCBA; art. 6.5 PIDCyP; arts. 5.5 y 19 CADH; art. 40 CDN. Ver también Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores "Reglas de Beijing" y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil "Directrices de Riad").

Entre los órganos especializados que el RPPJ establece se encuentra el Asesor Tutelar. El artículo 40 ha establecido la actuación del Ministerio Público Tutelar en favor de imputados menores de 18 años de edad, con la expresa misión de velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que los asisten. Ello es coincidente con lo previsto en el artículo 53.1 de la Ley local N° 1903 que indica que corresponde a los Asesores o Asesoras Tutelares en las instancias y fueros en que actúen:

> Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen.

Resulta evidente que la exigencia de especialidad no puede limitarse solo a la competencia de los magistrados. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado:

> Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. […] Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. *Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil.* Sin embargo, también implica la aplicación de los

> derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo.[59]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el ya mencionado informe "Justicia Juvenil y Derecho Humanos en las Américas" refirió lo siguiente:

> … la especialización requiere leyes, procedimientos e instituciones específicas para niños, además de capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil. Estos requisitos de especialización se aplican a todo el sistema y a las personas que en él laboran, incluyendo al personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas por los tribunales, y al personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad. Los requisitos de especialización también se aplican a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños y las niñas.[60]

Entendemos que la participación del Asesor Tutelar se vincula con una asistencia letrada especializada, complementaria de la defensa técnica, que el legislador local (en consonancia con los principios que rigen la materia) consideró necesario otorgar a las personas menores de edad al momento del hecho imputado, por su especial condición.

De todo lo expuesto surge la relevancia del mencionado actor en el proceso de mediación en defensa de los intereses de la persona menor de edad imputada.

Artículo 63. Informe del Registro de Resolución Alternativa de Conflictos

Previo al comienzo de las reuniones entre las partes, el/la mediador/a a cargo de la resolución del conflicto deberá requerir a la Oficina de Mediación, un informe acerca de los trámites de resolución alternativa de conflictos en los que participe o haya participado una persona menor de dieciocho (18) años imputada. En los casos en que existan en curso otros trámites de resolución alternativa de conflicto en que intervengan ambas partes,

59. Corte IDH, "Mendoza y otros vs. Argentina", sentencia del 14/05/2013, párr. 146. El destacado nos pertenece.

60. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", párr. 85.

podrán unificarse, cuando ello no perjudique la posibilidad de arribar a un acuerdo.

El artículo trata la obligación que pesa sobre el mediador de solicitarle al Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos un informe que indique otros trámites de resolución alternativa en los que participe o haya participado la persona menor de edad imputada.[61]

La exigencia de este requisito, en principio, podría vincularse con los requisitos formales para la procedencia del instituto previstos por el artículo 57 del RPPJ (es decir, para verificar si la persona imputada ha incumplido un acuerdo de mediación en trámite anterior o que no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación).

Ahora bien, en los hechos no existe un registro informatizado en el que consten los trámites de resolución alternativa de conflictos respecto de una persona menor de edad. No debe perderse de vista, por ejemplo, que el instituto de la remisión se encuentra bajo la dirección del juez interviniente. Así, lo que podría tener registrado el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos son, en verdad, mediaciones anteriores o algún abordaje restaurativo que se haya realizado respecto de las partes.

Entendemos que estas cuestiones serán resueltas a futuro cuando exista una plena especialidad de los organismos intervinientes, con un registro único, que sirva de base para abordar la situación que permita transformar la expresión de violencia del acto infractor en la comprensión del pedido de ayuda incluido en esa violencia "al verbalizar, en un diálogo respetuoso y cooperativo, sus necesidades y presiones y, así, rever sus relaciones estructurales".[62] Este abordaje único e integral permitiría al adolescente "tomar consciencia de sí, de su identidad, de su inserción social y de sus derechos, aceptando su contrapartida: las obligaciones para con los otros".[63]

61. Si bien la norma no lo aclara, podría entenderse que refiere al "Registro único de resoluciones alternativas de conflictos", previsto en el art. 73 del RPPJ.

62. Vezzula, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 66.

63. Ídem.

Por último, es de destacar que la norma, teniendo en cuenta la versatilidad del instituto de la mediación, permite que cuando existan en curso otros trámites en los que estén involucradas ambas partes, esas resoluciones alternativas podrían unificarse. La norma refiere a todo método de resolución alternativa y no solo a los trámites de mediación. Ello adquiere relevancia en cuanto a la función de la mediación juvenil, la que, como venimos diciendo, va más allá de la mera ley penal. La mediación, en nuestro criterio, se diferencia del resto de las prácticas productoras de acuerdo en el sistema penal porque busca crear condiciones y posibilidades de participación en los involucrados, pero a la vez dejan que estos actúen personalmente. A dichos efectos, siempre se deberá perseguir la posibilidad de resolver el conflicto por medio de la utilización de estos mecanismos adecuados; por ello la misma norma limita la posibilidad de unificación de trámites a que ello no perjudique la posibilidad de arribar un acuerdo en ninguno de ellos.

Por otra parte, también consideramos que teniendo en cuenta la última limitación mencionada podrán unificarse varios trámites cuando sea el joven en conflicto con la ley penal el mismo involucrado, por más que la parte presuntamente damnificada no sea idéntica en ambos procesos. Esto último debido a que muchas veces la necesidad de abordar toda la situación del joven bajo un mismo tratamiento integral deviene necesario a los fines de lograr una verdadera transformación en las relaciones sociales y en sus posibles o futuras vinculaciones con el sistema penal. Por ello, entendemos que tampoco podría descartarse la posibilidad de que se llegue a una triangulación de trámites, en los que, por ejemplo, existan dos procesos en los que la persona imputada sea la misma y las presuntas víctimas y/o damnificados sean diferentes.

Artículo 64. De las reuniones

Las reuniones con las partes podrán ser privadas o conjuntas. Las mismas se realizarán en dependencias de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos pudiendo realizarse en otros ámbitos destinados a tal fin por la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos. Será obligatoria la notificación de las audiencias al/la defensor/a particular u oficial, según corresponda.

El mediador, tal como lo venimos comentando, debe fomentar la capacidad que tienen las partes de decir acerca de su propio deseo e intereses, siendo ello una apuesta a la autodeterminación y un modo de habilitación. En definitiva, el mediador debe promover la aptitud de las partes para autogestionar sus conflictos.

Así, la mediación busca crear condiciones de participación para el damnificado y el imputado, quienes actúan personalmente, hablando con su propia voz. El objetivo es que las partes reflexionen sobre la situación que derivó en la acción penal, así como sobre sus efectos, y necesidades. Pensando opciones propias, singulares, que les permita avanzar en una toma de decisiones consensuadas.[64] En este contexto, resulta de gran importancia que el mediador, como director del proceso y a través de un trabajo exploratorio, pueda determinar el modo en el que las partes puedan expresar su propia voz.

Este artículo explica que las reuniones de mediación, que se realizarán en dependencias del Centro de Mediación (o en otros ámbitos destinados a tal fin por el mismo Centro), pueden ser privadas o conjuntas.

De modo simple, se pueda afirmar que la reunión será conjunta cuando participen en el mismo espacio físico el mediador y las partes. La reunión será privada, en cambio, cuando el mediador se reúna con cada una de las partes por separado.

El RPPJ CABA no especifica el orden en que deben ser llevadas las reuniones conjuntas o privadas, o si la realización de una resulta excluyente de la otra durante el proceso. Entendemos que la evaluación de la conveniencia de realizar un tipo u otro de reunión debe ser definida por la persona mediadora, como directora del procedimiento.

En general existe un encuadre o discurso inicial que forma parte de la misma reunión informativa, en donde el mediador trabaja en audiencias privadas. Allí, el profesional mediador interviniente se encarga de trabajar con cuatro ejes fundamentales. El primero es su propia legitimación y la legitimación del resto de las partes del proceso buscando por un lado esa legitimación, pero también, por otro, explicando el procedimiento y buscando la conformidad de los involucrados con el trabajo. El segundo es la voluntariedad que ya hemos desarrollado en extenso

64. Greco, Silvana, "Procesos autocompositivos en el sistema penal. Reparación, Conciliación, Mediación. Justicia Restaurativa", *op. cit.*, pp. 9-10.

en artículos anteriores vinculada al consentimiento informado y a las consecuencias de la aplicación del instituto. El tercero es la explicación del marco de trabajo y la neutralidad e imparcialidad que definen el rol del mediador como director del procedimiento. El cuarto es justamente todo el marco de confidencialidad que rige el procedimiento y que se evidenciará con la suscripción del acuerdo de confidencialidad que ya hemos trabajado en el comentario a artículos anteriores. Todo ello estará siempre regido por el principio de buena fe, el que debe mantenerse inexorablemente en todo el proceso de mediación penal juvenil.

La experiencia indica que, luego de una entrevista privada con cada una de las partes en las que se determine el encuadre del acto, y si las condiciones están dadas, se realiza una reunión conjunta con los involucrados.

El mediador, luego de haber explicado pormenorizadamente a cada una de las partes que él no forma parte de la Fiscalía –puesto que no investiga el hecho ni tampoco recibe pruebas–; que tampoco es su función tener por probada la verdad como lo haría un juez, ya que basándose en la buena fe de los involucrados él va a trabajar con cada una de las versiones que las partes le lleven al procedimiento y creerá en ella como también creerá en lo que le diga la otra parte sin juzgarla, recalcando que no va a tomar partida por ninguno de los dos, puesto que su función es trabajar en la comunicación para reflexionar sobre lo sucedido y ver cómo pueden continuar las partes la relación a futuro si ello resulta necesario; y luego de aclarar que la confidencialidad implica que nada de lo que se diga en el procedimiento quedará plasmado en el expediente ni será transmitido a la otra parte si la reunión es privada y si una de las partes no lo autoriza; recabará la voluntad en participar del procedimiento y despejando si la parte tiene alguna duda inicial empezará diciéndole a esta que relate lo sucedido a través de la formulación de preguntas abiertas. Luego hará lo mismo con la otra parte.

Así, con ese relato de las partes el mediador se preguntará, primero, acerca del problema que afecta a las partes, indagará sobre el origen, desarrollo y escalada del conflicto y, luego de ello, explorará sobre las posiciones, necesidades, intereses, recursos y sobre posibles soluciones. Finalmente, el mediador trabajará redefiniendo las relaciones entre las partes y el diseño del acuerdo.

Resta aclarar que los encuentros privados son esencialmente una herramienta para el desbloqueo de la mediación. Si el mediador incorpora en su metodología este recurso, debe informar a las partes de la posibilidad de su utilización.

Debe tenerse en cuenta que en las conversaciones privadas siempre se busca la manera de acercar al que no está.

> Los encuentros privados constituyen una herramienta que utilizamos en mediación cuando no están "los otros". Entendemos que "los otros" son las otras partes implicadas en el proceso. Es necesario pensar en esa otra parte. Todos tenemos otros y todos somos otros. En estos casos, la persona mediadora está hablando solamente con una de las partes, pero en ningún momento pierde de vista la "presencia" de la otra que, aunque no esté físicamente presente, forma parte de todas las conversaciones. Así, en una relación triangular, podemos asumir que hay momentos del proceso de mediación en que ni siquiera la persona mediadora está presente.[65]

En cuanto al ámbito de desarrollo de la mediación penal juvenil o a la mención que específicamente realiza la norma de otros ámbitos destinados a tal fin, debemos expresar que actualmente los profesionales del *Centro de Mediación* se encuentran distribuidos en las diferentes zonas de la Ciudad en los edificios judiciales más representativos de cada zona donde tramitan los casos, pudiendo mediar en esas sedes, para así poder lograr una posible cercanía con el domicilio de las partes evitando que estas se desplacen más de lo necesario. Ello sin que estas dependencias sean exclusivas del *Centro de Mediación*.

Por último, el artículo menciona la obligatoriedad de la notificación de las audiencias al defensor técnico, particular u oficial, de la persona imputada. Ello no solo se vincula con el derecho de defensa y el debido proceso que corresponde respecto de la persona imputada (nunca debe perderse de vista que se trata de una mediación intraprocesal y que su resultado puede influir en el proceso penal), sino que

65. Bolaños Cartujo, José Ignacio; Socias Puyol, Carlota, "Separando para volver a juntar: Encuentros privados con las partes en el proceso de mediación", en Castillejo Manzanares, Raquel (dir.), *La mediación. Nuevas realidades, nuevos retos*, Madrid, La Ley, 2013, p. 74. Disponible en: https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-50196/documentos/SEPARANDO_PARA_VOLVER_A_JUNTAR._ENCUENTR.pdf [fecha de consulta: 23/10/2020].

también se relaciona con la posibilidad de participación que tiene el defensor, conforme lo previsto en los artículos 37, 48 y 62[66] del RPPJ.

Artículo 65. Acuerdo de confidencialidad
Al inicio de la primera reunión el/la mediador/a a cargo del trámite deberá informar a las partes detalladamente el procedimiento que se llevará a cabo y la voluntariedad del mismo. De contar con el consentimiento de las partes y previo a abordar el conflicto, se suscribirá un convenio de confidencialidad.

La mediación penal constituye una forma de resolver conflictos a partir de la cual las partes involucradas pueden llegar a una solución de sus controversias de manera libre, voluntaria y por sus propios medios con la ayuda de un tercero neutral en el marco de la confidencialidad.[67]

El principio de confidencialidad resulta esencial en todo el proceso que busque restaurar el diálogo disruptivo entre las partes. Ya hemos definido los alcances del mencionado principio en el comentario al artículo 56 del RPPJ, al que nos remitimos. También cabe advertir que el artículo 74 del RPPJ se refiere al principio de confidencialidad, pero vinculado al deber que tienen los funcionarios entrevistadores de no revelar ningún hecho a cuyo conocimiento hubieran accedido en el marco del proceso de mediación.

En definitiva, lo que se trata en este artículo 65 es el acuerdo de confidencialidad que deben consentir las partes. Así, en el aspecto señalado, la confidencialidad:

66. Cabe remarcar que el art. 62 del RPPJ establece explícitamente que en las reuniones será obligatoria la presencia del defensor del imputado.

67. Renis, Carlos, "La mediación en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en Quinteiro Alejandra (coord.), *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2016, p. 100. Sostiene que "La mediación podría ser definida como un proceso de resolución de conflictos confidencial, en la cual las partes voluntariamente deciden incorporar a un tercero que desde la neutralidad los ayudará con técnicas diversas e interdisciplinarias a arribar al mejor acuerdo posible que aquellas puedan darse, desde el presente y para el futuro. Como se puede apreciar, la definición anterior contiene todos los elementos que integran, definen y distinguen la mediación, es decir, confidencialidad, voluntariedad, neutralidad, interdisciplina desde la especialización, autocomposición en el acuerdo arribado y conciencia de reparación en el futuro".

> … supone que tras la información, el mediador hará firmar un acta de confidencialidad a todos los participantes con vistas tanto al acuerdo como a que este no se alcance y no derive consecuencia negativa alguna de su intento. Coherentemente, el mediador o cualquiera del equipo no podrá ser llamado nunca al eventual proceso en calidad de testigo o perito y queda exento del deber de denunciar.[68]

Ahora bien, aunque la norma indique que se suscribirá un acuerdo de confidencialidad, entendemos como también ya mencionamos, que dicho acuerdo no necesariamente tiene que ser por escrito.[69] El acuerdo de confidencialidad podría quedar plasmado en el acta del artículo 68 del RPPJ, en el que se indica si las partes han arribado o no a un acuerdo.

Es que, en definitiva, entendemos que la falta de un acuerdo escrito de modo alguno exime a los intervinientes de su deber de confidencialidad, pues ello atentaría contra las bases del instituto de la mediación penal juvenil.

Obviamente, que el acuerdo de confidencialidad no quede plasmado por escrito no significa que se pueda prescindir de él, puesto que resulta sumamente trascendente que todos los intervinientes que participen de este proceso dialogado guarden secreto de sus deliberaciones. No debe perderse de vista que la confidencialidad de lo sucedido en el proceso de mediación resulta importante si las partes llegan a un acuerdo, pero más aún si ello no sucede y el proceso penal continúa.

Por último, al haber personas menores de edad involucradas en el proceso de mediación, entendemos que además de ser explicada en

68. Armenta Deu, Teresa, "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: Vinculación europea y análisis crítico", en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 44, 2018.

69. En este punto, es necesario mencionar que a partir del 26 de abril de 2020 el Consejo de la Magistratura ha habilitado al Centro de Mediación *"*a tramitar de manera remota las cuestiones sometidas a su conocimiento*"*, permitiéndose de este modo el funcionamiento de las mediaciones *online* (art. 20 de la Res. CM 65/20). Disponible en: https: //consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/4561F5ADDE2F1E8FD02D1A1CC8A0DA6F [fecha de consulta: 23/10/2020]. En dicha modalidad, en audiencias por separado, contando con la conformidad prestada por las partes y sus letrados para realizar la audiencia de mediación *online* por medios electrónicos y con la aceptación de todos los involucrados de los términos y condiciones del respectivo convenio de confidencialidad, el mediador les informa la metodología del proceso y las características de la mediación *online* y/o por medios electrónicos (conforme Protocolo Memo N° 77/2020 - DGCMAASC), entre las que se encuentran la confidencialidad y la voluntariedad.

un lenguaje claro, la información previa sobre los alcances del proceso deber ser acorde al principio de autonomía progresiva (art. 12, CDN), es decir, debe ser brindada en una forma apropiada a su edad de modo que sea comprensible para el joven involucrado.

Artículo 66. Sustanciación de las sesiones
Durante las reuniones el/la mediador/a interviniente tendrá amplias facultades para sesionar, cuidando de no favorecer con su conducta a una de las partes y de no violar el deber de confidencialidad. Las mismas se sustanciarán de manera informal y oralmente; se labrarán actas de las entrevistas, rubricadas por los intervinientes y el/la mediador/a. En las actas solo constarán cuestiones formales.

Resulta necesario diferenciar la intervención del mediador de aquella de las profesiones de las que provenimos,[70] los operadores del Poder Judicial que en su gran mayoría somos abogados. La mediación en este aspecto resulta un saber específico anclado en un paradigma cultural distinto. Este paradigma no solo supone renunciar a hacer juicios de valor, sino también a renunciar a la averiguación de la verdad y a la recolección de pruebas para entender y priorizar que la mediación es un proceso que intenta establecer y facilitar la comunicación entre las partes para que estas puedan intentar comprender lo que les pasó para, de allí en más, trabajar con el daño causado y las emociones con las que cada uno fue atravesado en el marco de ese suceso.

El mediador penal juvenil en este caso será justamente quien desde su actividad imparcial trabajará en la comunicación de los involucrados, no solo para que estos puedan reflexionar sobre lo sucedido, sino también para que ellos puedan visibilizar sus roles en el conflicto, de forma tal que se logren apropiar activamente de su conflicto, legitimarse en él y también encontrar sus propias soluciones.

El mediador penal juvenil se convierte así con el manejo de sus herramientas comunicacionales en el verdadero director del proceso de mediación penal juvenil, y en esta dirección tiene amplias facul-

70. Bustelo, Daniel J., *La mediación. Claves para su comprensión práctica*, Madrid, Tritoma Hara Press, 2009, p. 77.

tades para sesionar siempre teniendo en cuenta los principios de la mediación penal juvenil establecidos por el artículo 56 de la normativa (voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad y su propia neutralidad y/o imparcialidad).

El director de este proceso llevará a cabo las reuniones con amplias facultades, puesto que al tratarse de un proceso flexible explorará qué resulta lo más conveniente para ese caso particular y para los sujetos involucrados. Así, por ejemplo, si el deseo o la necesidad de una de las partes es no reunirse con la otra parte será justamente a través suyo la comunicación, y a partir de un sistema de comunicación sucesiva o indirecta, el mediador llevará entrevistas individualizadas con cada una de las partes trasmitiéndoles las necesidades e intereses del otro.

Las técnicas en este sentido que deba utilizar el mediador penal juvenil pueden variar según las características del hecho delictivo propiamente dicho, según el tipo de bien jurídico afectado y según las circunstancias concurrentes de la partes al momento de la mediación, puesto que puede ocurrir que las partes titulares del conflicto no se hayan visto nunca más luego del suceso que ahora desencadena la mediación penal juvenil o, por el contrario, puede tratarse de un hecho con características penales suscitados en el marco de una relación permanente y cotidiana de las partes.

Es importante que el mediador penal juvenil durante la sustanciación de las sesiones cuide de no favorecer con su conducta a una de las partes y, además, y al mismo tiempo es muy importante no solo que ello ocurra sino que las partes así lo perciban, en el sentido de que en el proceso de mediación penal juvenil las partes no pueden ni siquiera tener el temor de que el mediador está favoreciendo a una por sobre la otra. Su actividad es imparcial; él no debe inclinarse por una de las partes por sobre la otra, sino escuchar a ambas y facilitar la comunicación.

El mediador penal juvenil debe ayudar a que los involucrados se apropien activamente de sus conflictos y para ello no solo resulta necesaria la formación específica en materia juvenil y las herramientas comunicacionales que maneja como mediador, sino que además tal como destaca Bustelo es muy importante que el mediador pueda:

> … colocarse en el mismo plano que sus clientes, ir a la cultura y al lenguaje de ellos y no a la inversa; renunciar al poder profesional de saber la respuesta para que sean ellos los que indaguen y la busquen, […]

> Finalmente, renunciará a hacer juicios de valor en relación a los discursos de sus clientes, centrando su hacer en crear con sus clientes las condiciones para que estos puedan trabajar. Organizará la información que los clientes suministran y hará las preguntas necesarias para que se cuestionen si realmente disponen de toda la información, evitando las contradicciones entre sus manifestaciones a lo largo del procedimiento. Estableciendo conjuntamente con ellos unas reglas del juego útiles para ellos (que no son para todos iguales), procurando que no tomen las partes decisiones sin la información suficiente.[71]

Tampoco en ningún caso se deberá violar el deber de confidencialidad, y es que este principio como ya hemos mencionado es la esencia de la mediación tanto para las partes involucradas como para los operadores judiciales intervinientes en el proceso penal. Barona Vilar[72] destaca en este aspecto que la confidencialidad:

> … se trata de un requisito *sine qua non* de puesta en marcha de la mediación, puesto que, el mediador nunca podrá ser llamado al proceso ni como testigo ni como perito, y queda exento del deber de denunciar como consecuencia del secreto profesional.

Además, esta autora destaca la importante idea de que esa confidencialidad:

> … no solo debe entenderse exigible a mediador, víctima y victimario, sino, en su caso y cuando así fuere posible, respecto de cuantas personas hayan podido tener participación alguna en el procedimiento de mediación, mediante la correspondiente exigencia de responsabilidad en caso de quebranto de la misma por cualesquiera de ello.

Esto último que destaca la autora nos parece clave de resaltar en el marco de la confidencialidad del proceso de mediación penal juvenil, puesto que tal como hemos visto en el comentario a artículos anteriores, en este procedimiento intervienen varios participantes y representantes de las partes más allá de los involucrados directamente en el hecho. Por ello resulta trascendental que no solo el mediador sino que ninguno de ellos viole el deber de confidencialidad del que hayan estado previa y correctamente informados por el mediador.

71. Ídem.

72. Barona Vilar, Silvia, *op. cit.*, pp. 274-276.

La sustanciación de las sesiones se establece de manera informal y oral, y esa es la esencia de este procedimiento, de forma tal que las partes desplieguen a través de la palabra y con la ayuda de quien dirige el procedimiento las condiciones subjetivas necesarias para llegar a una mutua satisfacción de sus necesidades e intereses. Para ello resulta necesario que atraviesen distintas etapas o fases que tendrán que ver con el caso en particular y con la sustanciación de esas sesiones. En general en un proceso de mediación se suelen identificar cuatro fases o etapas que describiremos brevemente a continuación; aunque de acuerdo a las particularidades del caso, a las obligaciones o compromisos que eventualmente asumirán las partes o a los asumidos, y a la realidad que cada una de ellas atraviese en cada fase o etapa, estas pueden insumir bastante más de una sesión. Ello porque justamente no estamos bajo un procedimiento estático, sino dinámico, informal y flexible en el que siempre primarán las particularidades de ese caso en concreto y las necesidades de los sujetos de ese suceso.

Siguiendo lo establecido por Silvina Barona Vilar en su libro *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, identificamos una primera fase en el proceso de mediación denominada "Fase de aproximación o inicio de contacto y de información", lo que

> … se pretende es el conocimiento personal del mediador con cada uno de los sujetos intervinientes, y la explicación a los mismos por parte del mediador de cuál es la función que él va a desempeñar en ese procedimiento, cuáles son las características de este modelo restaurativo, las reglas de procedimiento, la necesidad de garantizar los principios esenciales de voluntariedad y de confidencialidad, así como el respeto mutuo de los intervinientes.

La autora también trata en esta etapa el caso de que la víctima sea menor de edad, haciendo específica referencia a que es imprescindible que ella concurra acompañada de su representante legal, y que si bien puede suceder que exista una desigualdad de criterio entre su representante legal y ella misma, parece más recomendable que la decisión que deba prevalecer es la de la persona menor de edad. En el mismo sentido, Ríos Martín y otros en su obra al hacer referencia a este supuesto mencionan que "a partir de los 16 años habría que respetar

la voluntad de la persona".[73] La segunda fase se denomina "Fase de encuentro o acogida", donde:

> ... lo que se pretende es que las partes cuenten su versión de los hechos, que expresen libremente sus sentimientos ante el otro, que el mediador trabaje con estas versiones y resuma las mismas con las partes, asegurándose ante ellas de que ha entendido el conflicto existente y de que es importante identificar cuáles son los posibles focos discordantes entre ellas.

Por último, se puede identificar una tercera fase denominada "Fase de acuerdo o negociación. Posible contenido del acuerdo. Especial referencia a la reparación", y una cuarta que es la "Fase de ejecución o cumplimiento del acuerdo", a las que haremos específica referencia en el comentario de los artículos correspondientes.[74]

Finalmente mencionaremos que de las sesiones llevadas a cabo se labrarán actas que deberán ser firmadas por los involucrados para que quede constancia de su participación en el procedimiento de mediación y/o en los potenciales compromisos asumidos, como concurrir a una nueva audiencia, pero en ella solo constarán las cuestiones formales y nunca el contenido de las deliberaciones efectuadas durante el procedimiento por las mismas características de este y por la propia confidencialidad. Estas actas de entrevistas son verdaderas actas intermedias que tienen que ver y dan cuenta del procedimiento, pero no constituyen en verdad el acta final, definitiva o de acuerdo, que es el acta de finalización del proceso dialogado a la que específicamente hace referencia el artículo 68 y a la que haremos referencia al comentar ese artículo.

Artículo 67. Intervención del equipo técnico
Siempre será requerida la intervención de los integrantes del equipo técnico interdisciplinario.

Este artículo es de suma trascendencia, toda vez que por un lado consagra específicamente cuestiones propias de la especialidad, a la

73. Ríos Martín, Juan Carlos; Pascual Rodríguez, Esther; Bibiano Guillén, Alfonso y Segovia Bernabé, José Luis, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, Colex, 2ª ed., 2008, p. 110.

74. Barona Vilar, Silvia, *op. cit.*, pp. 373-381.

vez que, por otro, permite reconocer la complejidad de un conflicto en la que se encuentra involucrado un joven y, al mismo tiempo, resalta la necesidad de trabajar en el procedimiento de mediación penal juvenil con profesionales de distintas disciplinas.

Por una parte, hemos de mencionar que el Centro de Mediación cumpliendo con la normativa internacional en este aspecto cuenta con mediadores especializados para actuar en las mediaciones penales juveniles que se lleven a cabo. Así es como la Comisión especializada en Abordajes de Adolescentes del Centro de Mediación[75] en el artículo titulado "Justicia Juvenil Restaurativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: miradas, reflexiones y desafíos" destacó en la misma línea que sostenemos que

> … el conflicto que se ventila en el marco de un proceso penal donde una o ambas partes son adolescentes no deja de ser un conflicto complejo en que el abordaje debe realizarse a través de un equipo interdisciplinario de profesionales.[76]

Asimismo, en ese artículo desarrollado por los diferentes profesionales que forman parte de la Comisión Especializada en Abordajes Adolescentes se estipula que ese trabajo que realiza este equipo del Centro de Mediación, en casos de jóvenes en conflicto con la ley penal resulta ser transdisciplinario.[77] Es que

> … en el equipo interdisciplinario del CMMAASC, cada uno de los profesionales aporta la *expertise* y el conocimiento propios de su ciencia, siempre

75. Soledad Berraondo, Pablo A. Díaz, Sergio Gastrell, Stella Maris Margetic, Patricia C. Mazzeo, Victoria Morando, María Jimena Moyano, Laura V. Sajoux, Luis Sosa y Julieta Veloz Márquez son todos miembros de la Comisión especializada en Abordaje de Adolescentes del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordajes y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo en la actualidad Daniel Fábregas el Director General, Susana A. Velázquez la Directora y Nélida Reggiardo la Jefa de Departamento y Coordinación del Cuerpo de Abogados Mediadores y Equipo Interdisciplinario.

76. AA. VV., "Justicia Juvenil Restaurativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: miradas, reflexiones y desafíos", en Quinteiro, Alejandra (coord.), AA. VV., *Justicia Juvenil Restaurativa*, *op. cit.*, p. 50.

77. En ese artículo se sostiene que "La transdisciplina implica utilizar técnicas, métodos y conocimientos propios de una ciencia determinada para aplicarlos a otra. En el sentido que enfatiza el ir más allá de las disciplinas, las atraviesa y desarrolla un pensamiento complejo que vence la limitación y fragmentación de cada una de las disciplinas por separado" (Ibídem, p. 51).

> con la mirada puesta en la aplicación del abordaje restaurativo encontrándose todos los profesionales especializados en este tipo de procesos.[78]

Los profesionales especializados en la materia del Centro de Mediación en los casos de mediación penal juvenil siempre trabajan al menos en dupla (comediación), con el abordaje transdiciplinario ya destacado y, además, con una estrategia de intervención en red a los fines de realmente otorgar una solución integral al caso captado por el sistema como una posible infracción a la ley penal. Así, es ese mismo grupo de profesionales quien destaca que

> El diseño que propone el Instituto de la Mediación en la Ley Nº 2451, con la multiplicidad de operadores que intervienen –Defensor Oficial Juvenil, artículo 37; Asesor Tutelar, artículo 40; los Padres, artículo 62; Equipo Técnico Interdisciplinario, artículo 67– requiere de la eficaz articulación del equipo de mediadores, quienes siempre actúan en duplas con un abordaje transdiciplinario y con una estrategia de intervención en red. Esta implica un proceso de construcción permanente tanto singular como colectiva, que acontece en múltiples espacios y asincrónicamente. A través de la interacción permanente, el intercambio dinámico y diverso entre los actores de un colectivo (familia, equipo de trabajo, barrio, organizaciones tales como el hospital, la escuela, asociaciones profesionales, el centro comunitario, entre otros) con integrantes de otros colectivos posibilita la potenciación de los recursos y la creación de alternativas novedosas para favorecer la formulación del proyecto de vida y su articulación al tejido social.[79]

Ahora bien, por otra parte y más allá del interesante trabajo realizado por los profesionales del Centro de Mediación, en este comentario debemos desarrollar específicamente el trabajo realizado en el marco de las mediaciones penales juveniles por el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo dependiente de la órbita de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil al que en verdad hace alusión la normativa, y al que ya nos referimos en el comentario al artículo 57 de esta obra –al que nos remitimos en este punto– sin perjuicio de las consideraciones específicas que a continuación se detallan.

78. Ídem.

79. Ibídem, p. 53.

Por Resolución N° 928/2014 de Presidencia del Consejo de la Magistratura de la CABA la hasta entonces llamada "Unidad de Implementación Penal Juvenil" pasó a denominarse "Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil", dependiendo de la Secretaría de Apoyo Administrativo y Jurisdiccional. En esa misma resolución se le otorgaron más y nuevas funciones a esta Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil (ver comentario al art. 57) y se estableció que esta Oficina cuente con una estructura integrada por el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo para asistir en las diferentes etapas del proceso.[80] El artículo 4 de esa resolución tal como también ya mencionamos en el comentario del artículo 57 incorpora el artículo 99 quater en el anexo A de la Res. CM Nº 843/2010, estableciendo las funciones del Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo, quedando redactado de la siguiente forma:

> Art. 99 quater. Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo.
>
> Funciones:
>
> Art. 99 quater.1 Conocer, valorar y exponer las circunstancias personales, familiares, formativas y socio ambientales que concurren en la vida del menor.
>
> Art. 99 quater.2 Orientar sobre las intervenciones más adecuadas a los intereses y necesidades del menor, con especial relevancia en el momento de la adopción de una medida por parte de los Jueces, no vinculante al término de su decisión judicial.
>
> Art. 99 quater.3 Realizar toda otra tarea que le encomiende la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil."

Ahora bien, lo cierto es que recién en el año 2016 por Resolución de Presidencia Nº 1401/2016 se decidió poner en funcionamiento el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil. Asimismo, por el artículo 3 de esa resolución se aprobó el Reglamento del Cuerpo Interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil el que se incorporó como Anexo I.[81]

80. Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/D77B1A9FE088F3B199F7F78CDE076813 [fecha de consulta: 23/10/2020].

81. Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/6DB0854FDCA5A8BE24425299129EE1AD [fecha de consulta: 23/10/2020].

Tal como destacan María Jimena Lugano y Alejandra Quinteiro en el artículo "La interdisciplina como apoyo a la Justicia Juvenil de la Ciudad",[82] cabe resaltar que las funciones de este Cuerpo se enmarcan en los principios de justicia restaurativa entendiendo esta como:

> ... todo proceso en que la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones surgidas del delito, a menudo con la ayuda de un tercero... [83]

Ahora bien, las funciones específicas del Cuerpo Interdisciplinario ya han sido referidas en el comentario del artículo 57 al que nos remitimos en este aspecto debido a que aquí centraremos el análisis en la actuación de ese Cuerpo en la mediación penal juvenil.

Conforme el punto 2 del reglamento:

> El Cuerpo estará integrado por distintos profesionales especializados (psicopedagogos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y abogados en derecho de familia), cuya especialización, formación académica y trayectoria laboral debe ser conforme a la tarea a realizar.[84]

El punto 6 del mentado reglamento establece "Lineamientos específicos de intervención" definiendo la intervención del Cuerpo en el marco de las vías alternativas de resolución de conflicto, y estableciendo que

> A requerimiento del Juez/Jueza Penal Juvenil, el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, intervendrá siempre que el hecho presuntamente imputado a un joven en infracción a la ley penal sea resuelto, conforme a las vías de resolución de conflicto - título VIII y Título IX, ley 2451/2007.

82. Quinteiro, Alejandra (coord.), AA. VV., *Justicia Juvenil Restaurativa*, *op. cit.*, p. 147.

83. Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas Nº 12/2002, "Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia restaurativa en materia penal" Anexo I, Definiciones.

84. En la actualidad la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil está a cargo de Alejandra Quinteiro, y el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo está conformado por las psicólogas María Jimena Lugano y Marcela Gudiño y por la Licenciada en Trabajo Social María Fernanda García. Además, en la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil se desempeña como personal administrativo Lorena Mesiano.

En lo específicamente vinculado con la mediación penal juvenil es tratado en el punto 6.a.1 de la Resolución de mención, en el cual se indica lo siguiente:

> 1) Mediación Penal
> El Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil intervendrá en todos los casos en el que se solicite la resolución del caso por el mecanismo de "mediación". A su vez, dicha resolución menciona que en este tipo de casos las funciones son:
> (a) El/la titular de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil designará a los/las profesionales del Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo, para intervenir en el caso en particular.
> (b) Realizar las entrevistas e informes psicosociales con el objeto de conocer y valorar las características personales, familiares y el centro de vida en el cual se encuentra inserto el joven.
> (c) Atento la experticia de los/las integrantes del equipo designado podrá, a petición de la Oficina de Resolución de Conflictos, sugerir u orientar posibles ejes de compromisos a asumir por el adolescente.
> (d) En aquellos casos que se arribe a un acuerdo, a petición de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, podrá prestar colaboración para efectivizar el seguimiento de los acuerdos arribados, conforme lo previsto en el art. 72 de la ley 2451/2007.[85]

Tal como se observa, las funciones asignadas al Cuerpo interdisciplinario en los casos de mediación penal juvenil son variadas y multipropósito, atento a que van desde entrevistas e informes psicosociales de la situación en la cual se encuentra el joven, hasta trabajar en forma conjunta con el Centro de Mediación pautas y ejes de compromisos para los futuros acuerdos e, incluso, para aquellos acuerdos celebrados de cumplimiento diferido en el tiempo, coadyuvar en el cumplimiento y efectivización del acuerdo suscripto por las partes. A su vez, estas funciones abarcan toda la línea temporal que conlleva un procedimiento de resolución de conflictos como lo es la mediación penal juvenil, puesto que estos ejes de intervención pueden desarrollarse de manera previa al comienzo de las reuniones de la mediación penal

85. Consejo de la Magistratura de la CABA, Resolución de Presidencia N° 1401/2016, punto 6.a.1.

juvenil como puede ser la confección de informes y entrevistas, durante el procedimiento de mediación propiamente dicho, como lo pueden ser las propuestas de compromisos que pueda asumir el adolescente y, finalmente, con posterioridad a la celebración del mismo, como lo pueden ser el seguimiento y la ayuda en el cumplimiento del acuerdo.

Esto por un lado asegura la interdisciplinariedad en el tratamiento de jóvenes en conflictos con la ley penal, a la vez que refuerza el trabajo que realiza el Centro de Mediación en comediación en estos casos y, al mismo tiempo, garantiza que este trabajo interdisciplinario tenga como protagonista un sujeto de derechos: *niños* y como meta: *su desarrollo integral mediante una intervención en clave de derechos*, conforme surge de los propios fundamentos de la resolución que crea el Cuerpo Interdisciplinario.

Por todo ello, siempre es importante la intervención de los integrantes del equipo técnico interdisciplinario, y siempre que haya en curso una mediación penal juvenil o, al menos, la potencial posibilidad de llevar a cabo esta su participación deberá ser requerida con el objeto de que se comiencen a realizar las entrevistas correspondientes. Todo ello con el fin de que prontamente comience a implementarse el trabajo en red de resultar esto necesario para llevar adelante el futuro procedimiento de resolución de conflictos o para garantizar su efectivización una vez celebrado el acuerdo.

Tal como surge de los considerandos de la Resolución Nº 1401/2016 del Consejo de la Magistratura de la CABA, toda la ley penal juvenil "se erige como una ley especializada en la materia ya que entiende a la adolescencia como un ciclo vital determinado tanto por un hecho biológico como por un proceso psicosocial, una etapa de desarrollo que enfrenta necesidades específicas", y es justamente por ello que el acto infractor como manifestación social concreta debe ser trabajado desde la interdisciplina,[86] para brindar respuestas integrales que

86. Alejandra Quinteiro y María Jimena Lugano afirman en este punto en su artículo que "… la interdisciplinariedad contiene a los intercambios disciplinarios que producen enriquecimientos mutuos y de transformación. El trabajo conjunto entre varias disciplinas invita a superar las limitaciones metodológicas de cada una de las disciplinas invitando a la colaboración de los saberes que la integran. Para ello es condición necesaria que en todo equipo de trabajo haya flexibilidad, cooperación recurrente, reciprocidad en líneas generales. La interdisciplina implica que los diferentes saberes puedan apoyarse en la búsqueda de un hilo conductor, es decir, desarrollar esfuerzos

otorguen verdaderas posibilidades de cohesión y reintegración social, en lugar de respuestas punitivas que den lugar a la aplicación de castigos y aislamiento.

> **Artículo 68. Acuerdo**
> **En caso de arribarse a un acuerdo en el que ambas partes encuentren satisfechos sus intereses, se labrará un acta, en la que se dejará constancia de los alcances del mismo, número de investigación preparatoria que diera origen a la misma, de las firmas de la persona menores de dieciocho (18) años imputadas, sus padres, tutores o responsables, Asesor/a tutelar, representantes legales, así como de la otra parte, de los letrados patrocinantes y del/de la mediador/a interviniente. Asimismo se dejará constancia que el alcance del acuerdo no implicará la asunción de culpabilidad para los reclamos pecuniarios, salvo pacto expreso en contrario. No podrá dejarse constancia de manifestaciones de las partes. En caso de no arribarse a un acuerdo, se labrará un acta con copia para las partes y otra para incorporar al proceso de investigación preparatoria. Tal circunstancia no constituirá antecedente alguno para el/la imputado/a.**

Luego de la fase del encuentro dialogado, y si durante toda esta se mantuvo la voluntad de participación de los involucrados, pueden ocurrir dos cosas: que las partes arriben a un acuerdo o no. Así, puede suceder que las partes hayan encontrado un punto en común basado en su propio interés. Para esto es necesario que las partes desplieguen

---

para que todas las disciplinas involucradas participen sustancialmente de un esquema común para aportar coherentemente desde sus especificidades" (Quinteiro, Alejandra (coord.), AA. VV., *Justicia Juvenil Restaurativa*, *op. cit.*, p. 149) Por su parte, Alicia Stolkiner sostiene que "La interdisciplina nace de la incontrolable indisciplina de los problemas que se nos presentan actualmente y de la dificultad de encasillarlos" (Stolkiner, Alicia, "De interdisciplinas e indisciplinas", en AA. VV., Elichiry, Nora (comp.), *El niño y la escuela. Reflexión sobre lo obvio*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1987, p. 313). Es que tal como afirma Soledad Berraondo en el artículo "Nuestra experiencia de Equipo Interdisciplinario", al hablar de interdisciplina resulta necesario situarse en el paradigma de la complejidad (Berraondo, Soledad; De la Fé, Alicia, "Nuestra experiencia de equipo interdisciplinario", en AA. VV., *El proceso de Mediación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2015, p. 152).

a lo largo del proceso de mediación las condiciones subjetivas necesarias para llegar a la mutua satisfacción de sus necesidades e intereses.[87] Entonces, este es el caso en que el proceso de mediación penal juvenil culmina con éxito porque las partes alcanzan un acuerdo. Ese acuerdo, en el que ambas partes encuentran satisfechos sus intereses, debe existir y haberse alcanzado de palabra antes de dejarse plasmado en el acta correspondiente al que refiere la normativa. Para ello es muy importante que las partes hayan entendido y prestado su conformidad para ese acuerdo y para el contenido del mismo que con posterioridad aparezca plasmado en el acta.

Es importante siempre considerar que, al ser la mediación un procedimiento informal y flexible, el alcance y contenido del acuerdo va a depender de cada caso en concreto y de la particularidad de los involucrados en él. De allí que cada acuerdo alcanzado luego del encuentro dialogado sea particular y único.

También hemos de destacar que mediante los acuerdos de mediación penal juvenil muchas veces se pactan prestaciones de contenido económico-patrimonial o similar, como también otras con contenidos de conductas personales que no se agotan inmediatamente, sino que son de cumplimiento diferido en un determinado lapso de tiempo, ya sea por la situación de los implicados; por la posibilidad o imposibilidad propia de llevar a cabo las prestaciones pactadas en ese momento; o pura y simplemente porque las particulares circunstancias de ese caso así lo requieren, y así lo entienden los intervinientes como la mejor solución para ese conflicto. De allí que sea necesario contar con el plazo al que hace referencia el artículo 70 de la normativa no solo para las fases previas, sino también y llegado el caso para la ejecución y el cumplimiento del acuerdo.

Existen conflictos que si bien las partes encuentran un punto en común de acuerdo no se resuelven ni se agotan inmediatamente tras la audiencia o las audiencias convocadas a esos efectos, porque justamente implican como contenido obligaciones de hacer, de no hacer o de dar que pueden ser por las necesidades propias de ese conflicto diferidas en el tiempo. Además, la resolución adecuada de los conflictos siempre

87. Esto ha sido plasmado en los Ateneos de Casos que ha presentado el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de conflictos de la CABA.

requiere de tiempo que dependerá del caso en concreto, porque en todo conflicto además de las prestaciones a que se obliguen las partes se puede generar un abanico de emociones impermanentes en los involucrados, y más aún en el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal.

Resulta clave el dictado de un acta de mediación penal juvenil en la que se deje constancia tanto del alcance como del contenido del acuerdo. Esa acta deberá respetar unas reglas que surgen de la propia normativa para su validez que básicamente consisten en plasmar en el acta de acuerdo el número de expediente y en cerciorarse de que el acuerdo cuente con la firma de todos los involucrados en el proceso de mediación.[88] Sin perjuicio de lo establecido en la normativa, en la práctica las actas de mediación penal juvenil contienen:

1) El lugar, la fecha, la hora y la sede donde se llevó a cabo el proceso de mediación penal juvenil;
2) El número de expediente, la carátula del mismo, el Juzgado interviniente, el nombre del mediador o los mediadores y/o los miembros del equipo interdisciplinario que participaron en el proceso, como así también los nombres y los datos personales básicos de todos los participantes de las audiencias;
3) Una manifestación en donde consta que el acto se ha abierto, que se han realizado las entrevistas previas correspondientes con cada una de las partes en donde se les hizo saber las características del proceso de mediación, sus derechos, la confidencialidad y la voluntariedad, dejando expresa constancia también en el acta de que las partes manifestaron su voluntad de participar en el proceso y de mantener la confidencialidad de todo lo conversado;
4) El contenido de lo que las partes acuerdan y los plazos y modos de cumplimiento de ese acuerdo;
5) La constancia de la solicitud de archivo de las actuaciones;
6) La constancia de que el acta ha sido leída y ratificada por las partes;
7) El cierre del acta y la hora de cierre;

88. En este artículo se hace por primera vez específica mención al Asesor Tutelar –a quien también ya hemos referenciado en el comentario a artículos anteriores– quien deberá participar de las distintas reuniones del encuentro dialogado que conlleve la mediación penal juvenil y, eventualmente, suscribir el acta de acuerdo que se confeccione.

8) La firma de todos los comparecientes y de la mediadora. Muchas veces en las actas de acuerdo también se deja de manifiesto que las partes acuerdan los diferentes puntos "sin reconocer hechos ni derechos y al solo efecto conciliatorio", cuestión que inmediatamente comentaremos.

Tal como lo destaca Gordillo Santana[89] en su obra que ha sido recogida por múltiples autores e, incluso, por la práctica cotidiana, el acuerdo por más que contenga obligaciones de no hacer siempre:

> … se redactará en términos positivos en cuanto a la solución, definiendo conductas,[90] y específico en cuanto a los plazos de cumplimiento de las condiciones y, además, su redacción final será aprobada por las partes.

El acuerdo alcanzado no solo deberá contar con la firma, sino que además deberá contar también con la conformidad previa de todos los participantes que tengan conocimientos técnicos jurídicos más allá de la parte a la que asesoren, asistan o resguarden; puesto que ello también es lo que permitirá dotarlo de la eficacia jurídico-procesal para el archivo de las actuaciones sin que ninguna de estas se oponga a ese acto.

En cuanto al contenido y la amplitud del acuerdo nos parece interesante resaltar lo que menciona Barona Vilar[91] al respecto, en el sentido de que el contenido del acuerdo:

> … puede consistir en la reparación, que puede ser material, consistente tanto en la entrega de una cantidad de dinero como un hacer algo, una reparación moral consistente en la petición de perdón o simbólica, el compromiso de sometimiento a un tratamiento de desintoxicación o de ayuda psicológica para aprender a controlar reacciones violentas, puede incluso referirse a trabajos en beneficio de la víctima o en beneficio de la comunidad. No tiene por qué necesariamente ser reparación inmediata, sino que puede asimismo suponer comportamiento o modos de actuar exigidos en lo sucesivo. En cualquier caso parece importante considerar que el acuerdo que se adopte debe ser realista y sobre todo debe ofrecer una gran

89. Gordillo Santana, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007, p. 218.

90. Entendemos que en esta parte el autor en verdad se refiere a "estableciendo las pautas del acuerdo".

91. Barona Vilar, Silvia, *op. cit.*, p. 380.

cantidad de dosis de satisfacción de las partes, para favorecer el efectivo cumplimiento del mismo.

La normativa además nos refiere que se dejará constancia que el alcance del acuerdo no implicará la asunción de culpabilidad para los reclamos pecuniarios, salvo pacto expreso en contrario y que tampoco podrá dejarse constancia de las manifestaciones de las partes.

Ahora bien, con respecto a que no podrá dejarse constancia de las manifestaciones de las partes, esto se vincula directamente con el principio de confidencialidad y con el deber de confidencialidad que deben mantener el mediador y todos los involucrados en el proceso dialogado, cuestión que ya hemos comentado exhaustivamente en artículos anteriores (ver en este sentido el comentario a los arts. 56, 65 y 66). Es decir que salvo que todos acuerden libre y voluntariamente volcar una manifestación concreta que haya surgido de la fase de encuentro dialogado, las manifestaciones de las partes durante el proceso serán resguardadas por la confidencialidad, no quedarán plasmadas en el acta y, en consecuencia, nunca llegarán a conocimiento del juez penal juvenil ni tampoco del fiscal penal juvenil.

Por otra parte, pese a que exista un acuerdo exitoso nunca ello implicará la asunción de responsabilidad jurídico penal del joven para su posterior reprochabilidad penal. De allí que muchas veces para resguardar esto y el propio principio de inocencia que rige durante todo el proceso penal juvenil se utilice la frase ya mencionada de que el acuerdo se lleva a cabo sin reconocer hechos ni derechos y al solo efecto conciliatorio. Circunstancia muy distinta es el caso del posible reconocimiento y responsabilización a título personal que pueda tener el joven en el o los encuentros dialogados que existan, y que en todo caso será resguardado por la propia confidencialidad de los encuentros y, a lo sumo, se traducirá en el acta a modo de reparación. La misma suerte, entonces, correrán los reclamos pecuniarios, ya que ellos en todo o en parte podrán constar en el acuerdo en el sentido de la posible reparación ofrecida o asumida por el joven, pero de ningún modo el contenido de esa reparación fruto de un acuerdo dialogado podrá ser la base que sustente una asunción de culpabilidad, ya sea en el ámbito del Derecho Penal o en cualquier otro ámbito del Derecho.

Finalmente, la norma comentada refiere a los casos en que no se arriba a un acuerdo, en donde se labrará un acta con los datos ya mencionados y en la que solo constará que después de haber mantenido una deliberación las partes no han arribado a un acuerdo, sin ningún otro contenido para no afectar la confidencialidad. Dicha acta también será suscripta por todos los intervinientes y oportunamente notificada al fiscal y/o al juez penal juvenil para la consecución del proceso o para la búsqueda de otra vía de solución del conflicto. Obviamente, esa circunstancia no se puede convertir en un antecedente negativo para el joven, ni le puede denegar la posibilidad de acceder a otros derechos, beneficios o institutos que por ley le correspondan, ni tampoco generarle otra consecuencia negativa de ninguna índole.

Tanto en el caso que se arribe a un acuerdo como en el caso en que no se arribe al mismo todos los involucrados se llevarán consigo una copia original del acta con la firma del mediador y los demás involucrados, la que le servirá como documento para hacer valer cuando las circunstancias así lo requieran.

Para finalizar, tan solo diremos que es justamente en este momento en donde se observa la efectividad y la eficacia de esta vía de solución de conflictos, puesto que conforme lo establecido en el artículo 71 del RPPJ CABA, una vez que las partes arriban a un acuerdo y sus pretensiones quedan satisfechas el fiscal penal juvenil deberá por simple despacho archivar el caso, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese mismo hecho.

Artículo 69. Comunicación
En el plazo de diez (10) días de firmado el acuerdo o de concluir el trámite por no arribar al mismo, el/la mediador/a interviniente deberá notificarlo al Agente Fiscal que haya intervenido, en la investigación preparatoria, así como a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, debiéndose acompañar copia del acta respectiva.

El artículo indica que, una vez que se haya cerrado el acta que da conclusión a la mediación penal juvenil, ya sea en el caso que esta haya concluido con un acuerdo, o también para el caso que no haya sido

posible arribar a un acuerdo, el mediador interviniente en un plazo de diez días de máximo debe notificar tanto al Fiscal interviniente como al Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA. Para ello, deberá enviar copia del acta en donde consten las pautas del acuerdo o, en su defecto, el acta con la constancia de que las partes luego de mantener las deliberaciones correspondientes no han arribado a acuerdo alguno. El acta siempre deberá contar con la firma de todos los intervinientes y sus representantes legales tal como se desprende del resto de la normativa que hemos comentado (ver en este aspecto comentario al artículo 68 de este cuerpo normativo). Siempre será muy importante conforme al principio de confidencialidad que se desprende tanto del artículo 56 como del resto de la normativa que en el acta solo conste el resultado de la mediación penal juvenil, es decir si las partes arribaron a un acuerdo o no, y en el primer caso las contraprestaciones a las que eventualmente se obligaron y/o se comprometieron a cumplir. Esto, tal como ya lo destacamos resulta de suma trascendencia, en primer lugar porque en base al respeto por el principio de confidencialidad no deben constar en ningún caso las deliberaciones en el acta y, en segundo lugar, porque también resulta de suma importancia que al Fiscal Penal Juvenil solo le llegue el acta con el resultado al que han arribado las partes, sin ningún otro dato adicional que pueda influir, beneficiar o perjudicar en su investigación sobre todo si es necesario que esta continúe.

Por otra parte, entendemos que el avance de los medios tecnológicos ha modificado, en la práctica, radicalmente el plazo de 10 (diez) días. Actualmente, tras finalizar el acto, el mediador carga el acuerdo o la constancia de finalización del trámite en el sistema informático EJE (Expediente Judicial Electrónico), informando en esa acción tanto al Centro de Mediación como al Ministerio Público Fiscal, en tanto la información del mencionado sistema informático replica en el propio que tiene la fiscalía (Kiwi).[92] Así, al producirse la notificación del

92. Consejo de la Magistratura de la CABA, Resolución Nº 42/17, dispuso el uso obligatorio del Sistema de Gestión Expediente Judicial Electrónico (EJE), con todas sus funcionalidades, en el ámbito jurisdiccional del Poder Judicial de la CABA, con excepción del Tribunal Superior de Justicia y del Ministerio Público (art. 1).
Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/8FD4F730CA8704E3B47EE559A28E5293 [fecha de consulta: 23/10/2020].

resultado de la mediación penal juvenil casi inmediatamente concluido el acto, el plazo de diez días para la notificación que indica la norma pareciera amplio, especialmente si de ello depende que se declare el archivo de las actuaciones. Entonces, entendemos que a los fines de resguardar tanto los principios básicos de la mediación penal juvenil, como la celeridad en los procedimientos penales juveniles, la mejor solución es que una vez que el Ministerio Público Fiscal tenga conocimiento de que se ha arribado a un acuerdo deberá proceder mediante despacho simple al inmediato archivo de las actuaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 que comentaremos más abajo. Tan es así, que de acuerdo con lo establecido en ese mismo artículo si se pacta una obligación diferida en el tiempo la causa penal en contra del joven igualmente se archivará sujeta a las condiciones de cumplimiento de ese acuerdo. Es que recién en caso de incumplimiento se procederá al desarchivo de las actuaciones. Por todo ello, resulta clave que una vez que se haya arribado el acuerdo en papel o vía digital, y más allá de las obligaciones que este contenga, el archivo en sede del Ministerio Público Fiscal se efectúe a la brevedad.

Por otra parte, no debe dejar de mencionarse que los múltiples intervinientes en una mediación penal juvenil (joven imputado, víctima, los padres, tutores o responsables de ambos, personal del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Fiscal, integrantes de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo –OFAVyT– del Ministerio Público Fiscal e incluso el personal del Equipo Técnico Interdis-

---

Ahora bien, en la resolución del Consejo de la Magistratura de la CABA Nº 19/19 se dispuso lo siguiente: "El Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y otros organismos estatales podrán actuar informáticamente ante los Tribunales de Primera y Segunda Instancia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires a partir del servicio brindado por el Consejo de la Magistratura (EJE) según lo estipulado en este Reglamento, o bien mediante interoperabilidad informática con sus propios sistemas, según los acuerdos vigentes y que a futuro se alcancen. La posibilidad de interactuar mediante interoperabilidad informática abarca la totalidad de las aplicaciones y funcionalidades descritas en el presente Reglamento." (Art. 2 del anexo que la integra).
Disponible en: https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/C61045D7A7099DE585F50378A7223458 [fecha de consulta: 23/10/2020].
Ver también: https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/457577 [fecha de consulta: 23/10/2020]. A partir de dicho momento, a través de distintos acuerdos progresivos, se buscó la plena interoperabilidad entre el sistema EJE y los sistemas de gestión informáticos de los distintos Ministerios Públicos (CADE y KIWI).

ciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil) pueden hacerse de una copia del acta en el mismo momento. Ellos en general se llevarán una copia del acta en formato papel que les entregará el mediador interviniente y que también contará con todas las firmas. Ello más allá de que para todos los operadores del Poder Judicial de la CABA también impactará mediante interoperabilidad en su respectiva dependencia vía el sistema informático que específicamente utilicen.

Artículo 70. Plazo
El plazo para el procedimiento será de sesenta (60) días corridos a contar desde la primera reunión realizada. Dicho plazo podrá ser prorrogado por treinta (30) días más, mediante acuerdo entre las partes.

Los plazos indicados en el artículo deben analizarse a la luz de la garantía del plazo razonable y, asimismo, conjugarlos con los tiempos que pueda requerir una intervención que resulte compleja en el marco de un proceso de mediación penal juvenil.

En primer lugar, entendemos que el límite temporal indicado en el artículo 70 del RPPJ CABA es complementario y paralelo a los plazos indicados en el artículo 47 del mismo cuerpo legal. Es decir, que para lo que tiene que ver con el proceso penal stricto sensu se regirá por los plazos establecidos en el artículo 47 de la normativa penal juvenil, mientras que el procedimiento de mediación propiamente dicho se regirá por los plazos estipulados en este artículo. Así es como el artículo 47 del régimen marca el parámetro del plazo en el que debe realizarse una investigación cuando exista una persona menor de edad imputada. Se estableció con claridad que la investigación penal preparatoria debe concluirse a los noventa días a partir de la intimación del hecho al imputado. Ese plazo, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación, puede ser prorrogado por el juez penal juvenil hasta por sesenta días más (art. 47, párrafo 1, RPPJ). En los casos de flagrancia, el legislador local redujo dicho plazo a quince días, prorrogables por el juez hasta por quince días más (art. 47, párr. 2, RPPJ).

Por su parte, en el artículo 70 del RPPJ se indica que el plazo para llevar a cabo la mediación será de sesenta días corridos, a contarse desde la

primera reunión, y que el mencionado plazo puede ser prorrogado por treinta días más (siempre que haya acuerdo entre las partes).[93]

Estas pautas legales tratan de un límite que refleja la reglamentación de la garantía del plazo razonable de duración del proceso penal (arts. 8.1 CADH; 14.3.c PIDCyP y 40.2.b.iii. CDN). Ello, en tanto, "es obligación internacional de los Estados fijar legislativamente un plazo máximo de duración de los procesos penales y las consecuencias jurídicas de su violación".[94] En definitiva, se busca proteger el derecho del imputado a obtener un juicio rápido, sin dilaciones indebidas.

Estas consideraciones adquieren especial relevancia cuando se halla imputada una persona menor de edad al momento de los hechos. Pues, al interpretarse el alcance del art. 40.2.b.iii. de la Convención sobre los Derechos del Niño,[95] el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en la Observación General N° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, del 18/09/2019, recomendó lo siguiente: "Que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la conclusión de las actuaciones debe ser lo más breve posible. Cuanto más largo sea este período, más probable es que la respuesta pierda el resultado deseado".[96] Asimismo, el Comité recomendó a los Estados partes:

> … que fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir entre la comisión de un delito y la conclusión de la investigación policial, la decisión del fiscal (u otro órgano competente) de presentar cargos y la decisión definitiva del tribunal u otro órgano judicial. Esos plazos deberían ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos, pero deben permitir que se respeten plenamente las garantías

93. Si bien la norma no lo aclara, contextualmente y por lo mencionado respecto del plazo de sesenta días, todo indicaría que el plazo de treinta días también son días corridos.

94. Pastor, Daniel, "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf [fecha de consulta: 23/10/2020].

95. Allí se establece que "todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: […] iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial…".

96. Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación General N° 24, párr. 54.

jurídicas. Deben aplicarse plazos igualmente breves para las medidas extrajudiciales (párrafo 55).[97]

Ahora bien, la observancia de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, inserta en el marco de una mediación penal juvenil, también debe ser considerada con las cuestiones que a continuación mencionaremos.

El conflicto reflejado por un delito penal no siempre puede ser resuelto en una única reunión entre un solo imputado y una sola víctima, sin ninguna vinculación con otro tipo de problemática anterior a la comisión del delito. El delito que ocasiona el abordaje en la mediación juvenil puede vincularse con relaciones permanentes de sociedad, vecindad, familiar, laboral o de cualquier otra índole que las partes mantengan y que pueden hacer más compleja su solución y, por ende, que demanden más tiempo de lo establecido en el artículo 70 del RPPJ CABA.

También los plazos pueden variar si en el caso existe una víctima concreta o no, si la víctima está correctamente identificada, si la lesión generada es producto de la comisión de un delito de peligro o de uno de resultado, si hay varias víctimas identificadas, si va a participar la comunidad o parte de ella en el proceso, si hay terceros afectados o presuntos damnificados que no necesariamente reúnan el carácter de víctima pero que de alguna u otra forma deban participar en el proceso o, incluso, si se recurre a la herramienta de la víctima sustituta.[98]

Asimismo, los plazos de la mediación penal juvenil pueden variar considerablemente si esta pone foco en lo restaurativo o en lo reparatorio. Es decir que seguramente influirá en el plazo que los operadores puedan llevar a cabo una mediación mediante o con un enfoque restaurativo, en donde se intente trabajar la relación de los sujetos que forman parte del conflicto no de manera bilateral (víctima-ofensor), sino incluyendo los relacionamientos de todos los involucrados con sus distintos ámbitos sociales y sus círculos comunitarios donde se desarrollan, de manera tal

97. La Observación General N° 24 refleja lo ya expresado por el Comité en la Observación General Nº 10, del 25 de abril de 2007, específicamente en los párrafos 51 y 52.

98. Calvo Soler, Raúl, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, *op. cit.*, p. 171. Nos enseña que una estrategia de sustitución consiste en "conectar a una víctima de otro delito que requiere o necesita de un victimario que repare con un victimario que necesita, según el operador, una víctima para poder generar el proceso de aprendizaje".

de trabajar con todos los estratos y lograr una verdadera reintegración; o si esta se desarrolla con un enfoque o concepción meramente reparativa centrándose el interés en la culminación de la instancia penal y en la indemnización del daño. Así, mientras que la concepción restaurativa pone foco en la reintegración de los involucrados en el conflicto y en restaurar la paz social a nivel de los diferentes tejidos o ámbitos sociales involucrados, comprometidos o afectados, la concepción reparativa pone foco en la indemnización del daño ocasionado. Obviamente si el enfoque es restaurativo y no meramente reparatorio es probable que se requiera un plazo mayor al establecido en el artículo 70 del RPPJ, porque deviene altamente probable que ella necesite de varias sesiones y convocatoria para su desarrollo; a la vez que también las contraprestaciones puedan ser más diferidas en el tiempo y resulte incluso más complejo el corroboro de su cumplimiento.

En conclusión, entendemos que el artículo 70 del régimen, al igual que el artículo 47, establece un límite temporal que tiene como fin proteger la garantía del joven imputado de no ser sometido a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin embargo, en alguna situación particular que tenga el proceso de mediación avanzado, entendemos que el límite temporal de modo alguno debe ser tan estricto que termine afectando un abordaje efectivo de resolución del conflicto en el marco de un proceso de mediación penal juvenil restaurativa.

No hay que olvidar en este último aspecto que las tendencias actuales de la mediación para jóvenes en conflicto con la ley penal establecen con criterio que esta resulta más efectiva si ella es trabajada con exclusivo contenido restaurativo. Por ello, en este aspecto y en lo que a normativa interna del instituto se refiere que la compatibilice con lo establecido en el plano internacional tampoco debemos obviar que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mediante la Resolución N° 813/2018,[99] aprobó el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos y que este se trata de un protocolo de actuación federal, cuyos objetivos son los siguientes:

a) Promover la mediación penal juvenil y los acuerdos restaurativos como una práctica transformadora tendiente a restablecer

99. Emitido el 19/09/2018 y publicado el 21/09/2018. Disponible en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1778 [fecha de consulta: 23/10/2020].

derechos vulnerados acentuando la calidad de un proceso humano más que la obtención de un resultado;
b) Permitir a las víctimas o a los ofendidos del ilícito penal expresarse y que su opinión y sus necesidades sean tenidas en cuenta, otorgándoles el protagonismo que ameritan;
c) Permitir a la comunidad recuperar el tejido social dañado y trabajar sobre la construcción de seguridad fundada en la confianza comunitaria;
d) Facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos posibilitando formas ágiles y participativas de la resolución de los conflictos;
e) Reducir los impactos relativos de la estigmatización o de la victimización de los protagonistas dentro de un espacio humanizado;
f) Fomentar la internalización de responsabilidad y protagonismo del joven ofensor en la autocomposición del conflicto, a partir de un espacio de diálogo y escucha acorde con su grado de madurez y desarrollo;
g) Procurar la reparación del daño a través de un proceso de autocomposición y de pacificación del conflicto;
h) Propiciar el trabajo en red y la participación de organizaciones públicas y estatales y de la sociedad civil y/o miembros de la comunidad que faciliten la realización efectiva y eficiente de la mediación penal juvenil;
i) Prevenir la reiteración de conductas delictivas.

Como se observa, entonces, tanto a nivel interno como a nivel internacional si bien por un lado prima la celeridad y la pronta terminación de los conflictos de naturaleza penal que involucran a jóvenes, por otro, y al mismo tiempo, existe una preocupación de que sean respetados los parámetros establecidos por la Convención y que la justicia restaurativa como modelo sea el lente a través del cual se aborde en mayor parte a la justicia juvenil.

Aunados estos puntos, y al tratarse la mediación penal juvenil con enfoque restaurativo de una verdadera vía de solución del conflicto que reintegra al joven y que fomenta la participación directa de la comunidad, entendemos que en base al propio principio de flexibilidad que también impera en la mediación penal juvenil, el plazo estipulado

en este artículo 70 deberá ceder siempre que el contenido restaurativo de una mediación penal juvenil así lo requiera.

Artículo 71. Efectos sobre el proceso
En aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el/la Fiscal Penal Juvenil mediante despacho simple, procederá al archivo definitivo de las actuaciones, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese hecho. Para los casos en que se pacte alguna obligación para las partes, la investigación preparatoria se archivará sujeta a condiciones en la sede de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos a fin de que constate el cumplimiento o incumplimiento de las mismas. Verificado el cumplimiento, se remitirán las actuaciones al/la Fiscal Penal Juvenil, quien procederá de la manera enunciada en el párrafo primero. En caso de comprobarse el incumplimiento de aquellas en el plazo acordado, se dejará constancia de dicha circunstancia, procediéndose al desarchivo del proceso ya la continuación de su trámite.

El artículo 71 del RPPJ CABA establece los efectos del acuerdo de mediación penal juvenil en el proceso penal. Por un lado, menciona el supuesto en el que se hayan dado enteramente por satisfechas las pretensiones que las partes habían pactado en el acuerdo de mediación. Allí, el Ministerio Público Fiscal deberá archivar definitivamente las actuaciones. Por otro lado, menciona el supuesto en el que el acuerdo de mediación esté sujeto al cumplimiento de alguna condición. Aquí, aunque también se deberá proceder al archivo, este queda supeditado al cumplimiento de la condicionalidad. Si la condicionalidad es cumplida, se procede al archivo definitivo; si no se dio cumplimiento, se desarchiva el proceso y se continúa con el trámite.

Hemos explicado al comentar el artículo 68 que el acuerdo al que han arribado las partes puede tener obligaciones o contraprestaciones de cumplimiento inmediato o que pueden tratarse de contraprestaciones u obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que, por diferentes motivos, se encuentren diferidas en el tiempo. Los efectos del archivo definitivo

mencionados en el artículo 71 del RPPJ siempre se dan cuando se tengan por cumplidas estas obligaciones o contraprestaciones.

Advertimos que el archivo definitivo al que se refiere el artículo no es un acto jurisdiccional, en el sentido de que no es un acto que surge del juez, sino que es un acto propio del Ministerio Público Fiscal. Sobre ello hay que tener en cuenta algunas cuestiones.

Ante todo, debe tenerse en consideración que se ha afirmado que el archivo fiscal no es un acto que extinga la acción y que es un mero acto administrativo.[100] En este punto, la jurisprudencia del fuero ha entendido, aun ante el supuesto de archivo en los términos del artículo 199, inc. h del CPPCABA –cumplimiento de la mediación penal en adultos– que este no produce los efectos de la cosa juzgada, en tanto la decisión emana de una parte del proceso y no así del juez natural de la causa. Se afirmó, por consiguiente, que la cosa juzgada, material y formal solo se configura cuando media un pronunciamiento jurisdiccional firme.[101]

100. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad –TSJ CABA– se ha referido en numerosos precedentes acerca del carácter provisorio del archivo dispuesto por el Ministerio Público Fiscal (Expte. N° 9759/13 "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Emiliano s/ infr. art. 189 bis, CP, inconstitucionalidad'", rta. el 9 de abril de 2014; Expte. N° 9690/13 "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de nulidad conformado en causa nro. 27235/2012 López Molina, Gabriel s/ infr. art. 149 bis, CP'", rta. el 19 de marzo de 2014; entre otros).

101. En un caso en el que se celebró un acuerdo de mediación entre las partes, la Fiscalía de grado dispuso el archivo de las actuaciones (art. 199, inc. h, del CPPCABA) y luego (siguiendo un criterio de actuación del Ministerio Público Fiscal) remitió el sumario al Fiscal de Cámara, el que no convalidó el archivo y devolvió el expediente a primera instancia para que se continúe con la pesquisa, la Cámara resolvió lo siguiente: "[E]l archivo dispuesto por el acusador público tiene la naturaleza de un mero acto administrativo y no produce los efectos de la cosa juzgada, en tanto la decisión emana de una parte del proceso, esto es, del Ministerio Público Fiscal, y no así del juez natural de la causa. Por consiguiente, la cosa juzgada material y formal sólo se configura cuando media un pronunciamiento jurisdiccional firme. […] [T]ambién dijimos que ese instituto procesal no causa estado, que no puede ser invocado como sustento del principio de la prohibición de la doble persecución penal y que le permite a la víctima o al Agente Fiscal replantear la cuestión denunciada si se concreta alguna averiguación adicional que aporte nuevos elementos de prueba para el desarrollo del proceso. Pretender trasladar los efectos de una decisión jurisdiccional a una resolución administrativa carece de todo asidero y contradice los postulados del sistema acusatorio. De esta manera, el presente caso no se encuentra cerrado definitiva e irrevocablemente, toda vez que no medió un pronunciamiento jurisdiccional que produzca dichos efectos" (CAPCyF,

En este contexto, se ha afirmado también que el archivo fundado en la satisfacción de un acuerdo de mediación (en los términos del art. 199, inc. h, conforme las previsiones del artículo 204 del CPPCABA), incluso podría ser revisado por el propio Fiscal de Cámara.[102]

Ahora bien, si lo que se busca es que el acuerdo de mediación, cuyas obligaciones o contraprestaciones fueron cumplidas y han dado enteramente por satisfechas las pretensiones de las partes, tenga efectos extintivos de la acción, podemos analizar, al menos, tres escenarios.

1. *En primer lugar*, no podemos dejar de mencionar la reforma introducida al Código Penal por la Ley Nacional Nº 27147 en el año 2015.[103] Dicha reforma modificó el régimen de extinción de las acciones, estableciendo específicamente en el artículo 59 inc. 6 del CP que "La acción penal se extinguirá: [...] 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes". Esta reforma en el código de fondo no fue reflejada ni en el RPPJ, ni tampoco al ser modificado el artículo 204 inciso 2 del CPPCABA, mediante La ley local N° 6020.[104]

Ante ello, y en atención a la naturaleza de los institutos de la conciliación y la reparación integral, entendemos conveniente la existen-

Sala II, Causa nº 6693-00/CC/2010, "Viveros Garay, Reinaldo s/ inf. art. 149 bis CP", rta. el 10 de marzo de 2011. Criterio reiterado, entre otros, en CAPCyF, Sala II; Causa Nº 5111-00-CC/2011, "T., E. G.", rta. el 2 de julio 2012).

102. Así, se ha afirmado lo siguiente: "Lo cierto es que la decisión de la [fiscal de grado] se adecuó a nuestra Constitución y a la ley 1903, puesto que cumplió en remitir a su superior jerárquico el legajo de conformidad con la Resolución FG 16/10 (art. 4), que fue dictada por el Fiscal General bajo el amparo del art. 5 de la ley 1903. Nótese que, si de las directivas de aquel surge que debe haber una supervisión por parte del fiscal de cámara del modo en que se ejerce la acción por parte de sus inferiores jerárquicos (como en el caso de la Resolución FG 16/10), el agravio de la defensa resulta aparente; más aún cuando el art. 204 del CPPCABA *in fine* dice que 'En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite', sin especificar aquella norma qué fiscal –si el de primera instancia o el de cámara– debe disponer en definitiva el archivo del legajo." CAPCyF, Sala III, Causa Nº 0024043-01-00/10, "AYALA, Carlos Antonio s/infr. art.149 bis CP", rta. el 22 de septiembre de 2011. (Lo reemplazado en corchetes nos pertenece)

103. Sanción: 10/06/2015, promulgación: 17/06/2005, y publicación: BO Nº 33153 del 18/06/2015.

104. Sanción: 04/10/2018, promulgación: Decreto N° 350/18 del 30/10/2018, y publicación: BOCBA N° 5490 del 01/11/2018. Sobre el desarrollo de este tema ver el artículo "La reciente modificación legislativa al artículo 204 inc. 2º del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Alonso, Silvina y Fava, Gabriel, *op. cit.*).

cia de una ley procesal que sea armónica con la legislación de fondo y que establezca concretamente la extinción de la acción penal una vez arribado al acuerdo de mediación penal juvenil, tal como ocurre con otros institutos del RPPJ.[105]

2. *En segundo lugar*, y ante la ausencia de una ley procesal armónica con las previsiones de la reforma de la Ley Nº 27147 al Código Penal, entendemos que otra alternativa, que se ha utilizado respecto de la mediación penal de adultos, es solicitar al juez que declare la extinción de la acción penal y el sobreseimiento de la persona imputada.

Entendemos que ello podría suceder ante el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo de mediación o luego de que el fiscal archive las actuaciones en los términos del artículo 71 RPPJ. Ello encuentra su fundamento en la operatividad de lo establecido en el artículo 59, inciso 6, del Código Penal. A nuestro criterio, la extinción de la acción por conciliación o reparación integral en los términos establecidos en el Código Penal no puede no aplicarse a la mediación penal juvenil por no encontrarse estos institutos específicamente regulados en el RPPJ CABA.

En este punto, y al relatar el recorrido que tuvo el inciso 6 del artículo 59 del Código Penal para su implementación, Ledesma[106] ilustra que

> … en el orden nacional, la primera dificultad que planteó la regulación del artículo 59 del Código Penal fue su operatividad, en la medida en que el Código Procesal Penal que regula la materia no habría entrado en vigor como consecuencia de un decreto del Poder Ejecutivo. Igual

105. Por ejemplo, en el instituto de la remisión del art. 75 del RPPJ, se estipula que si el/la Juez/a considera admisible el pedido convocará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con el/la imputado/a y la víctima, podrá resolver remitir a la persona menor de dieciocho (18) años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, *extinguiendo la acción*. Por otra parte, en el instituto de la suspensión del proceso a prueba regulado por el art. 76 del RPPJ si bien se estipula –con una redacción similar a la prevista en el art. 71, respecto de la mediación– que, cumplidas las condiciones impuestas se dispondrá "el archivo definitivo de la causa, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese hecho", lo cierto que ello es resuelto por el/la Juez/a y no por el Ministerio Público Fiscal.

106. Ledesma, Ángela, "Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal", en *Revista Pensar en Derecho*, Nº 13, 2018, p. 53. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/revista-pensar-en-derecho-13.pdf [fecha de consulta: 23/10/2020].

> problemática apareció en provincias donde la normativa procesal no ha introducido los criterios de oportunidad.

En este sentido, cabe mencionar la gran cantidad de resoluciones judiciales[107] en las que se afirmó que la reforma introducida por la Ley Nº 27147 deviene plenamente operativa "no siendo razonable desde la lógica jurídica que su operatividad dependa de la normativa procesal que cada jurisdicción crea oportuno sancionar o no".[108]

En el mismo sentido, en un caso donde se planteaba la extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio, se resolvió lo siguiente:

> ... la inexistencia de normativa procesal regulatoria del instituto no puede suponer un obstáculo para su aplicación, aun frente a la eventual pasividad del legislador. Así, aun cuando la ley de enjuiciamiento criminal nacional no contemple su regulación, [...] la reparación integral del perjuicio constituye una causal de extinción de la acción penal plenamente operativa.[109]

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo que

> El art. 59 que fue reformado por la ley 27.147 que está plenamente vigente, y aunque la ley 27.063 esté postergada en su implementación, nada impide la aplicación del Código Penal, ni afecta derechos constitucionales, ya que la supuesta dependencia a la vigencia de la ley procesal, no obtura que se busquen alternativas para su realización. [...] [U]na postura contraria constituiría una interpretación *in malam partem* de la posibilidad de aplicar una norma de fondo que extingue la acción penal, otorgándole a un decreto del Poder Ejecutivo una potestad de la que carece cual es la suspensión de la aplicación de una norma de fondo.[110]

---

107. Corresponde advertir al lector que parte de la jurisprudencia nacional aquí citada ha sido referida en la obra de Alvero, José e Ibáñez, Héctor, "La operatividad de la extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del daño. Análisis del art. 59, inc. 6 del Código Penal", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Año VIII, N° 11, Buenos Aires, La Ley, 2018.

108. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz, *"Loyola"*, Causa Nº 32003281/2010, rta. el 05/11/2018.

109. Cámara Federal de Córdoba, Sala B, "MJ", Causa Nº 36165/2016, rta. el 04/04/2018.

110. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI. "SLA". Causa Nº 15121/2018, rta. el 24/8/2018.

Cabe aclarar que la cuestión de la vigencia de la Ley N° 27063, en lo vinculado con los acuerdos conciliatorios, en la actualidad ha sido subsanada. Recientemente, la propia CSJN[111] se ha remitido al dictamen del procurador, el que afirmó que

> … por resolución 2/2/2019 del 13/3/2019 (BO 19/11/2019) la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal decidió implementar, a partir del tercer día hábil de la publicación de la norma y en el ámbito de la justicia federal y nacional en lo penal, el artículo 34 del nuevo código de forma, referido a la conciliación entre el imputado y la víctima.[112]

Por ello, con dicho cambio legislativo, se entendió que lo resuelto en la causa con anterioridad acerca de la operatividad de este mecanismo ya no podía mantenerse por sus fundamentos, razón por la cual se dejó sin efecto el pronunciamiento original y se ordenó el dictado de uno nuevo con arreglo a la normativa vigente.

Con anterioridad, en el ámbito de la especialidad penal juvenil, específicamente en el Juzgado Nacional de Menores N° 3 y en un caso de defraudación, se expresó lo siguiente:

> Si bien las nuevas causales de extinción de la acción penal se encuentran contenidas en el Art. 59 del Código Penal sancionado mediante la Ley 27.063, cuya vigencia se encuentra suspendida, entiendo que tal circunstancia no desacredita como parte del ordenamiento penal vigente a las nuevas causales de extinción mencionadas; pues de no ser así se estaría dejando abierta la posibilidad de arribar a soluciones dispares,

111. CSJN, CCC 9963/2015/TOl/2/1/RH1, "Oliva, s/ incidente de recurso extraordinario", rta. el 27/08/2020. A nuestro criterio es de suma trascendencia este fallo, puesto que es la primera vez que nuestro máximo tribunal se pronuncia concretamente acerca de un mecanismo de resolución de conflictos y que, además, resalta su operatividad.

112. No debe perderse de vista que el art. 34 del Código Procesal Penal Federal que ya se encuentra implementado establece lo siguiente: "Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación".

> de acuerdo a las diferentes jurisdicciones en el que el suceso resulte investigado, ello toda vez que la extinción de la acción penal con motivo de la conciliación o la reparación integral del perjuicio provocado, ya se encuentra regulada en Códigos Procesales Penales vigentes en otras provincias de nuestro país.[113]

En definitiva, se observa que la jurisprudencia se ha expedido a favor de la operatividad del artículo. 59, inc. 6 CP:

> … aun cuando los alcances concretos y precisos de su regulación no están delineados todavía en la ley procesal local, ya que debe garantizarse a todo ciudadano en cualquier jurisdicción un estándar mínimo, un piso que permita salvaguardar el principio de igualdad consagrado en el Art. 16 de la Constitución Nacional.[114]

Por ello, entendemos pertinente citar la contundente afirmación de Ángela Ledesma:[115]

> El movimiento de racionalización de los procesos penales dentro del que se encuentra enmarcada la modificación del artículo 59 […] no puede ser demorada por omisiones legislativas y será función de los magistrados dar vida, dotar de contenido y fijar límites a la reparación integral y conciliación como formas de extinción de la acción penal.

No queremos dejar de señalar aquí que estas cuestiones han sido analizadas en el fuero a la luz de las herramientas que brinda el CPPCABA. Así, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas ha dicho que no correspondía declarar extinguida la acción penal por conciliación (en los términos del art. 59, inc. 6, CP) y, en consecuencia, sobreseer al imputado, sin antes proceder al archivo de las actuaciones, de conformidad con el art. 199, inc. h), del CPPCABA, durante un plazo razonable, para asegurar el cumplimiento del acuerdo.[116] Ahora bien, luego, la misma Sala decidió lo siguiente:

113. Juzgado Nacional de Menores Nº 3, "LEI", Causa Nº 77761/2017, rta. el 08/05/2018.

114. Alvero, José e Ibáñez, Héctor, "La operatividad de la extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del daño. Análisis del art. 59, inc. 6 del Código Penal", *op. cit.*

115. Ledesma, Ángela, "Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal", *op. cit.*, p. 88.

116. En un caso en el que se revocó la resolución de primera instancia en cuanto dispuso la extinción de la acción penal en los términos del art. 59, inc. 6, del CP y el sobreseimiento del imputado, se ha afirmado lo siguiente: "[D]ebe poder verificarse el

> Transcurrido un plazo prudencial que permita corroborar que el acuerdo no ha sido incumplido por el imputado, el juez puede –si así lo estima o a pedido de parte– disponer la extinción de la acción penal y sobreseerlo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 inc. 6 de CP (modif por el art. 1 de la Ley N° 27147, BO 18/06/2015).[117]

Así, queda demostrado que la falta de regulación específica en la normativa procesal penal juvenil no limita *per se* la posibilidad de obtener una decisión jurisdiccional que extinga la acción penal, en los términos del art. 59, inc. 6, del Código Penal.

3. *Una tercera posibilidad*, y desde otra perspectiva a la presentada en el punto anterior, se vincula con lo explícitamente afirmado por el legislador local en el artículo 71 del RPPJ, por cuanto estableció que una vez dispuesto el archivo definitivo, no se puede "promover nuevamente la acción por ese hecho". De este modo, si el Ministerio Público Fiscal realiza la reapertura de la investigación de un caso archivado en los términos del art. 71 RPPJ, luego del cumplimiento total de un acuerdo de mediación, entendemos que de todas formas se podría plantear una

---

cumplimiento del acuerdo al que arribaron las partes y ello solo puede lograrse, al menos en autos, con el transcurso del tiempo. En caso de declarar extinguida la acción en forma instantánea luego de celebrada la mediación, el compromiso asumido por los signatarios del acuerdo carecería de sentido pues nada incentivaría al imputado a atenerse a los términos allí plasmados. Cabe aclarar que la posibilidad de continuar con la tramitación del expediente por frustración del acuerdo contribuye a garantizar que la solución alternativa que ponga fin a un proceso sea efectiva y eso sólo puede alcanzarse si se cuenta con un margen temporal que permita corroborar que el compromiso asumido por las partes se sostiene en el tiempo. Así, una vez verificado dicho extremo se podrá proceder a extinguir la acción penal y sobreseer al imputado, si la Magistrada de grado interviniente lo estima corresponder o a pedido de parte. De tal modo, no resulta adecuado declarar extinguida la acción penal en autos porque la solución que ofrece el art. 203 del CPPCABA prevé la posibilidad de reapertura del proceso. Es por ello que, de conformidad con la normativa vigente y los argumentos expuestos *ut supra* es que el presente caso deberá permanecer archivado durante un plazo razonable que permita corroborar el cumplimiento del compromiso asumido. Transcurrido que sea el mismo sin que hubiera motivo alguno para reabrir el proceso, nada obstará a que se proceda a extinguir la acción penal respecto de J. A. V., y, consecuentemente, sobreseerlo en orden al delito *que se le imputa en autos"* (CAPCyF, Sala I, Causa N° 13863-00-CC/14 "V., J. A. s/art. 149 bis párra.1 CP", rta. el 18 de diciembre de 2015).

117. CAPCyF, Sala I, Causa Nº 7623-00-00/15, "Francisco, Alfredo Jorge s/ inf. arts. 149 bis párr. 1° CP", rta. el 19 de mayo de 2016. En este caso transcurrieron siete meses entre el acuerdo y el sobreseimiento y cuatro meses y medio ente el archivo fiscal y el sobreseimiento en sede jurisdiccional que extinguió la acción penal.

suerte de excepción por falta de acción, en los términos del artículo 195, inc. b, del CPPCABA, aplicable por lo dispuesto en el artículo 2 del RPPJ.

Es que, en definitiva, tal como lo explica Clariá Olmedo[118] las excepciones "son causales que al ser advertidas impiden el ejercicio de los poderes de acción y jurisdicción". En lo específicamente vinculado con la llamada excepción de falta de acción, indicó que "[c]omprende todas las causales impeditivas de la promoción del ejercicio de la acción penal, entre ellas la extinción de la pretensión penal, sea antes de la incoación de la causa, sea durante el desarrollo de la investigación".[119]

En su defecto, y si ella no prospera entendemos que también se podrá plantear una nulidad de esa reapertura por resultar violatoria de principios, derechos y garantías constitucionales en materia de niñez y adolescencia.

En conclusión, entendemos que ante un acuerdo de mediación penal juvenil que satisfaga enteramente las pretensiones de las partes (ya sea en el momento mismo de la finalización de la audiencia de mediación o por cumplimiento del acuerdo condicionado) se debe dar un cierre definitivo a las actuaciones y no debe descartarse la opción de solicitar una decisión jurisdiccional al respecto que selle la suerte del procedimiento.

Artículo 72. Seguimiento
En los casos en los que se arribe a un acuerdo, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos dispondrá el control y seguimiento de lo pactado, debiendo para ello solicitar la colaboración del equipo técnico interdisciplinario, la que no revestirá el carácter de obligatoria.

Tal como ya explicamos en el comentario al artículo 68 al que nos remitimos en este aspecto, el acuerdo al que han arribado las partes puede tener obligaciones o contraprestaciones de cumplimiento inmediato, o puede tratarse de contraprestaciones u obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que por diferentes motivos en ese caso en concreto se encuentren diferidas en el tiempo. De allí que para estos

118. Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. III, 1998, p. 23.
119. Ibídem, p. 25.

últimos casos sea necesario que el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA realice el seguimiento de lo pactado, corrobore su cumplimiento y, llegado el caso, informe la imposibilidad de cumplimiento o las posibilidades de reconducción de ese posible acuerdo en concreto. Así, es posible que para estos casos el Centro de Mediación necesite la colaboración del equipo técnico interdisciplinario de acuerdo a cuáles hayan sido las contraprestaciones pactadas y a las funciones específicas de este equipo que ya han sido mencionadas en el comentario a los artículos 57, 67 y 72. Consideramos en este punto que más allá de la naturaleza de las obligaciones pactadas en concreto siempre que sea posible deberá intervenir en esta parte ese equipo específico, puesto que este cuenta con profesionales formados que no solo pueden coadyuvar a que sea más simple el cumplimiento del acuerdo, sino incluso a la posibilidad de que el mismo sea reconducido sin alterar su esencia, como puede ser, por ejemplo, el cambio de institución en donde se deba realizar una de las contraprestaciones pactadas.

En consonancia con lo dispuesto en este artículo de la normativa se encuentra justamente lo dispuesto en el artículo anterior que ya hemos comentado, y que justamente refiere para este supuesto que en caso en que se pacte alguna obligación para las partes, la investigación preparatoria igualmente se archivará pero sujeta a que el Centro de Mediación constate el cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

Por todo ello, en verdad, podemos identificar en concordancia con lo que también destacan algunos autores de renombre que venimos siguiendo en el comentario a este título que luego de la tercera fase, que es la fase del acuerdo propiamente dicha, se debe identificar una fase posterior, que es la fase de ejecución o la fase de cumplimiento del acuerdo.

Este seguimiento posterior y corroboración del cumplimiento del acuerdo no solo es muy importante porque garantiza la efectividad concreta de la mediación penal juvenil llevada a cabo; sino que además garantiza que quien se acogió a este medio de resolución de conflicto realmente pueda hacer un efectivo uso de ello, sobre todo si consideramos la propia limitación establecida por la normativa en el artículo 57 que también, y como ya hemos comentado, en concreto, prohíbe realizar otra mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un

acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

Por todas estas cuestiones consideramos que una vez arribado a un acuerdo se deberán extremar los recaudos de los profesionales intervinientes para que el mismo pueda ser cumplido. Es que en este punto resulta trascendente que las fórmulas del acuerdo arribado se encuentren realizadas en el tiempo, ya que tanto las obligaciones contraídas como la reparación monetaria y, eventualmente, la simbólica, deben verse satisfechas en su totalidad para que el acuerdo de mediación permita archivar el expediente.

Un dato muy importante a considerar es el plazo específico en el cual deberán realizarse estas obligaciones o la reparación a las que se hayan comprometido las partes, ya que ello resulta clave a la luz de lo estipulado en el artículo 70, pero por sobre todo a la luz de que los acuerdos realizados o las obligaciones de no hacer contraídas no queden sujetas a plazos indeterminados que en ningún caso pueden determinar su efectivo cumplimiento y, a la vez, pueden hacer que se incumplan en cualquier momento, repercutiendo de manera directa dicho incumplimiento en el archivo efectuado. En efecto, resultaría ilógico que a un joven se le reabra un expediente penal porque la parte damnificada ha denunciado un incumplimiento luego de por ejemplo tres años de celebrado el acuerdo. Es cierto que el incumplimiento total o parcial del acuerdo llevará a reevaluar los puntos del acuerdo de ser esto posible o, en su caso, de no ser esto posible traerá consecuencias jurídico-penales en el expediente judicial, pero nunca esas consecuencia jurídico-penales podrían ser indeterminadas en el tiempo, sino, por ejemplo, operaría antes la prescripción de la acción penal que el cumplimiento acabado del acuerdo de mediación.

El incumplimiento total de las obligaciones pactadas o comprometidas en el plazo acordado sumado a su imposibilidad de reconducción y aunado a lo estipulado en el último párrafo del artículo 70 implicará indefectiblemente la continuación del proceso penal juvenil. Sin perjuicio de ello, un tema muy interesante a considerar es que ocurrirá con esas obligaciones y/o reparaciones que se han cumplido de manera parcial y casi en su totalidad. Es obvio que aquellas deberán tener un impacto específico en el proceso a favor del joven porque no

podrán ser desechadas sin más, sobre todo considerando los propios parámetros del proceso penal juvenil que se vienen comentando a lo largo de toda esta ley. Por ello, en este sentido consideramos que estos cumplimientos parciales aunados a algún otro instituto podrán generar algún efecto en el proceso tendiente a evitar el juicio, garantizar un derecho penal juvenil de *ultima ratio*, considerar una verdadera desjudicialización de los procesos penales juveniles y evitar los efectos estigmatizantes de la pena de prisión.

Artículo 73. Registro Único de Resoluciones Alternativas de Conflictos
En el ámbito de la Oficina de Mediación se creará un Registro Único de Resoluciones Alternativas de Conflictos, donde deberán registrarse todos aquellos trámites iniciados, debiendo constar partes intervinientes, y número del proceso juvenil que diera origen al mismo y el arribo o no a un acuerdo entre las partes.

Este artículo se encuentra estrechamente vinculado con el artículo 63 del mismo cuerpo normativo, que establece la obligación de que el mediador constate o requiera al Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos un informe que indique los trámites de resolución alternativa en los que tenga participación la persona menor de edad imputada.

Tal como lo hemos afirmado en el comentario de dicho artículo, el Registro Único de Resoluciones Alternativas de Conflictos puede vincularse con los requisitos formales para la procedencia del instituto previstos por el artículo 57 del RPPJ.[120] Asimismo, podrá tener como objetivo, en los casos en que existan otros trámites de resolución de conflictos en los que intervengan ambas partes la posibilidad de obtener información para, de resultar posible, unificar todos los trámites existentes; si es que esto no perjudica la posibilidad de arribar a un acuerdo en el trámite original que ha sido derivado. Esto último puede resultar sumamente útil cuando lo acaecido en el caso deriva-

120. Verificar si la persona imputada ha incumplido un acuerdo de mediación en trámite anterior o que no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

do entre quien resulta imputado y el presunto damnificado se deba a relaciones permanentes de vecindad, familiar, laboral o de índole similar. Es que mientras un delito es producto de una acción concreta, determinada y recortada en el tiempo, muchas veces, un conflicto es mucho más abarcativo que el delito en concreto, por lo que puede ocurrir, entonces, que en conflictos de índole permanente o prolongados en el tiempo, ese mismo conflicto haya dado lugar a la existencia de más de una denuncia penal, existiendo, en consecuencia, muchos delitos por investigar respecto de ese conflicto matriz. En estos casos resulta de suma importancia corroborar dicha cuestión a través de un registro que nuclee los trámites iniciados, porque si las múltiples causas iniciadas responden a un mismo patrón conflictivo reiterado, el mejor abordaje para esos casos será justamente la unificación de estas para trabajar en las audiencias que sean necesarias a tal fin con esa meta-conflicto y que su resultado influya en todos los procesos iniciados. Ello sin duda implicaría una solución integral y mucho más beneficiosa que trabajar solo con el caso derivado de manera original. Es que esta forma de trabajo no solo garantiza un abordaje integral del conflicto suscitado entre partes, sino que además redunda en evitar en el joven la pérdida de posibilidad de realizar otra mediación penal juvenil en el transcurso de los dos años.

Ya hemos referido en el artículo 63, que, en los hechos, en la actualidad no existe un registro informatizado en el que consten los trámites de resolución alternativa de conflictos que existan o existieron respecto de una persona menor de edad. Ello puede deberse a distintos factores, por ejemplo, que el instituto de la remisión se encuentra bajo la dirección del juez interviniente. Así, lo que podría tener registrado el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos son, en verdad, mediaciones anteriores o algún abordaje restaurativo que se haya realizado respecto de las partes.

En definitiva, insistimos en que estas cuestiones serán resueltas a futuro cuando exista una plena especialidad de los organismos intervinientes, con un registro único, que sirva de base para abordar las situaciones, a través de institutos de justicia restaurativa, en las que se encuentren involucradas personas menores de edad como imputadas.

Por otra parte, entendemos que el registro al que refiere el artículo 73 del RPPJ de modo alguno puede ser de acceso público y debe res-

petar la privacidad de las personas menores de edad, en función de los principios de reserva y confidencialidad, tal como lo recomiendan distintos instrumentos del *corpus juris* de la infancia.

Así, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) han establecido lo siguiente:

> Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.[121]

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, por su parte, recomienda a los Estados:

> … que se abstengan de incluir los datos de todo niño, o toda persona que fuera niño en el momento de la comisión del delito, en cualquier registro público de delincuentes. Debe evitarse la inclusión de tales datos en otros registros que, sin ser públicos, dificulten el acceso a oportunidades de reintegración.[122]

Dicha circunstancia a nuestro criterio no varía por tratarse de un registro de resoluciones alternativas de conflictos, puesto que si el sentido de estas recomendaciones y reglas internacionales es proteger la integridad del niño y lograr efectivas posibilidades de reintegración social, resulta conveniente que ellos no sean de acceso público para tener una debida proyección de reintegración a futuro.

A modo de ejemplo de lo citado cabe mencionar el Registro de Procesos del Niño, creado por el artículo 51 de la Ley provincial N° 13634 y normado por la Res. N° 3889/08, que rige en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.[123] Este es un registro específico que tiene por objetivo centralizar la información correspondiente a los procesos en trámite

121. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Regla 21.1.

122. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Considerando 69 de la Observación General N° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, del 18/09/2019.

123. Aunque este registro es de procesos en general y no solo de trámites de resoluciones alternativas, nos da una pauta del enfoque que debería tener el registro previsto en el art. 73 RPPJ.

en el marco del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, para la acumulación y control de continuidad de los mismos.[124] Al reglamentarse el Registro de Procesos del Niño, se enfatizó sobre la necesidad de preservar la información contenida en dicho registro, la seguridad y confidencialidad de los datos.[125] En este sentido, se ha dicho que

> ... los estándares que contemplan la situación de jóvenes en conflicto con la ley determinan la obligación de resguardar la información contenida en registros de menores, la prohibición de utilizar esos datos en procesos de adultos que involucren a los mismos jóvenes, y la necesidad de reducir o evitar la estigmatización o prejuicios contra aquellos individuos que son sometidos a un proceso penal.[126]

En ese registro único no solo deberán constar todos los trámites de resolución de conflictos en sentido amplio que hayan sido iniciados (mediación penal juvenil, remisiones, abordajes restaurativos, encuentros de facilitación, posibles conciliaciones, reparaciones integrales del perjuicio, etc.), sino que además en cada uno de ellos deberán registrarse la mayor cantidad de datos conocidos de las partes intervinientes y el número y la carátula de proceso penal juvenil que diera origen a los mismos. También es muy importante que en ese registro único quede debida constancia de si en cada uno de los trámites registrados se ha arribado a un acuerdo o no, como asimismo una copia del acta, la resolución o la documentación pertinente que dé cuenta del acuerdo alcanzado o de la falta de acuerdo. Es que esta información también puede resultar muy útil a los fines de encarar un abordaje restaurativo para que el mediador pueda evaluar a cuántos procedimientos de resolución de conflicto se han sometido las partes con anterioridad, si han arribado a un acuerdo o no, y en su caso cuál es el contenido de ese acuerdo y si el mismo está finalizado y cumplido, incumplido, o en pleno trámite de ejecución. Llegado el caso, en-

124. Carnevale, Carlos, *Antecedentes penales en la Argentina: análisis práctico de la Ley 22.117*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, p. 95. Explica que a él tienen acceso los jueces, los fiscales y los defensores especializados, los que se encuentran habilitados para consultar y registrar datos, a través de un sistema informático de acceso restringido.

125. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Procuración General de la Provincia. Resolución Nº 3889/08, 22 de diciembre de 2008. Citada por Carnevale, Carlos, *op. cit.*, p. 97.

126. Carnevale, Carlos, *op. cit.*, p. 98.

tendemos que el mediador penal juvenil ahora interviniente también podrá contactarse con el profesional participante en aquella oportunidad para extraer las porciones de información que le resulten útiles a los fines de encarar la mediación penal juvenil que ahora le ha sido derivada de cara a lograr un abordaje integral.

Por ello, en concordancia con lo que surge de los artículos 63 y 73, todo esto deberá ser informado al mediador que participe y, en su caso, y conforme el propio artículo 63, será una carga de él requerirlo al Centro, a fin de poder evaluar conjuntamente con el caso derivado las verdaderas posibilidades de unificación en los trámites aún pendientes de resolución o la posible reconducción, si esto resulta factible, de algún trámite ya finalizado que se encuentre por ejemplo en proceso de ejecución; siempre con el fin último de poder lograr una resolución integral de la situación del joven en conflicto con la ley penal.

Es por todo lo explicado que entendemos que, en los hechos, debería haber un registro único informatizado de resoluciones alternativas de conflictos reservado y que solo sea utilizado a los fines de brindar un abordaje integral a las cuestiones planteadas en el marco de una mediación penal juvenil.

Artículo 74. Secreto profesional
Los/as funcionarios/as entrevistadores actuarán bajo secreto profesional, por lo cual no podrán revelar ningún hecho a cuyo conocimiento hubieran accedido durante o en ocasión de su participación en este proceso, ni podrán ser citados a juicio por ninguna de las partes.

El secreto profesional al que refiere el artículo 74 del RPPJ, a nuestro criterio, se vincula estrechamente con el ya mencionado principio de confidencialidad, el que hemos desarrollado y al que nos referimos en los comentarios a los artículos 56, 65 y 66 a los que nos remitimos.

Si el principio de confidencialidad se trata de un requisito *sine qua non* propio de la mediación penal juvenil que deben tener todos los intervinientes en ella, el secreto profesional parece vincularse más con el deber de los funcionarios que intervienen en la mediación.

La normativa utiliza la expresión "los/as funcionarios/as entrevistadores". Entendemos que esta expresión no solo refiere a los miembros del Centro de Mediación y de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, sino que también abarca a todos los profesionales intervinientes en la mediación. Esto es: personal del Ministerio Público de la Defensa, del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público Tutelar.

El artículo expresamente establece que los funcionarios no podrán revelar ninguno de los hechos a los que tuvieran acceso durante el procedimiento de mediación, ni podrán ser citados a juicio por ninguna de las partes. En este punto, y como bien señala Cavaliere,[127] los funcionarios participantes de la mediación "no pueden ser relevados del secreto profesional ni siquiera por el imputado", tal como sí lo permite el artículo 123 del Código Procesal Penal de la CABA respecto de otros profesionales.[128] Entendemos que no debe perderse de vista que en el procedimiento de mediación penal juvenil existe más de una parte interesada y, aun cuando todas ellas estuvieran de acuerdo, por el principio de confidencialidad y por el secreto profesional, los funcionarios no podrían ser citados a juicio y, mucho menos, declarar como testigos sobre los hechos o sucesos que tuvieron conocimiento y/o sobre los diálogos que acontecieron durante las reuniones en que se llevó a cabo la mediación.

En este entendimiento, se ha dicho que la persona mediadora o cualquiera del equipo no podrá ser llamado nunca al eventual proceso

127. Cavaliere, Carla, "Ley 2451. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en De Langhe, Marcela y Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial,* Buenos Aires, Hammurabi, T. 2, 2017, p. 554.

128. El artículo 123 del CPPCABA establece: "Deber de abstención. Deberán abstenerse de declarar o dar información sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión los ministros de un culto admitido; los/as abogados/as, procuradores/as y escribanos/as; los/as médicos/as y demás auxiliares del arte de curar; los/as militares y funcionarios/as públicos/as sobre secretos de Estado. Se entenderá que rige el secreto profesional en el caso de los/as médicos/as y demás profesionales del arte de curar, cuando una persona involucrada en un delito hubiera recurrido a sus servicios a fin de preservar su integridad física o la del/la ofendido/a. Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el/la interesado/a...".

en calidad de testigo o perito y queda también exento del deber de denunciar.[129] En idéntico sentido se ha dicho lo siguiente:

> La mediación es por ley un procedimiento confidencial, de modo que lo que diga la víctima o el imputado no los ubicará negativamente en el proceso penal. El mediador está eximido de declarar como testigo, amparando las leyes su secreto profesional.[130]

No debe perderse de vista, asimismo, que la violación del secreto profesional puede constituir alguno de los delitos previstos y reprimidos en el Capítulo III "Violación de Secretos y de la Privacidad" del Título V "Delitos contra la libertad" del Código Penal.[131]

En definitiva, consideramos correcto que, como derivación del principio de confidencialidad (que es uno de los cimientos del proceso de mediación), el secreto profesional impida que los funcionarios intervinientes en una mediación sean citados a juicio y, además, que

129. Armenta Deu, Teresa, "Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: Vinculación europea y análisis crítico", en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 44, 2018, p. 225.

130. Greco, Silvana, "La reforma procesal penal para la Justicia Nacional y Federal. Una oportunidad que nos compromete", en *La mediación en el Patrocinio Jurídico de la Facultad de Derecho UBA. En conmemoración de los 20 años de implementación de la mediación en la Argentina*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2015, p. 174.

131. El artículo 156 del Código Penal establece que "Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa." Por su parte, el artículo 157 del Código Penal indica: "Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos". Sobre este tipo de delitos se ha afirmado que "[b]ajo la denominación genérica de 'violación de secretos', el Código Penal castigaba una serie de conductas atentatorias contra la libertad de las personas en el marco de su esfera más reducida y propia de la intimidad personal". Buompadre, Jorge, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 364.
Luego, con la reforma de la Ley N° 26388 se modificó la denominación por el de "violación de secretos y privacidad". Buompadre, Jorge (ibídem, p. 365) entiende que la nueva denominación puede generar confusiones, por lo que aclara que el secreto no es un bien jurídico, sino que es "el conocimiento que se tiene acerca de alguna cosa y que pertenece a un ámbito reservado a determinados individuos" y que la privacidad "sí es un bien jurídico protegido contra ciertos comportamientos, entre los que se cuenta, ciertamente, la violación o el descubrimiento de secretos".

este mismo secreto los ampare de revelar algún hecho del que hayan tomado conocimiento en el ejercicio de su función.

Finalmente, y a modo de cierre de los comentarios efectuados al instituto de la mediación penal juvenil en el RPPJ CABA, efectuaremos algunas breves conclusiones.

Ante todo, advertimos que a lo largo de veinte artículos en el régimen procesal especializado se regula todo lo vinculado con la procedencia de la mediación, los principios que la rigen y sus efectos. Sin embargo, y pese a esa gran cantidad de artículos que regulan y establecen los principios del instituto, lo cierto es que muchas veces en el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal se opta por la aplicación de otros institutos como lo es el caso de la remisión en lugar de la mediación penal juvenil.[132]

Aquí resulta pertinente mencionar que la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas, recientemente ha afirmado que

> … la posibilidad de aplicación de métodos alternativos para la resolución de los conflictos no solo se encuentra prevista positivamente en nuestro ordenamiento de forma, sino que es parte del paradigma acusatorio, en tanto las partes son quienes asumen un rol activo en la resolución del conflicto.[133]

Hemos afirmado que el RPPJ establece como idea matriz de la mediación penal pacificar el conflicto y que ello es, sin duda, la meta-fin perseguida por este mecanismo consensual de referencia una vez que un suceso ingresó al sistema por una supuesta infracción a la ley penal.

Por ello, y ante tal objetivo, entendemos que resulta indispensable la efectiva participación de las partes afectadas por ese conflicto en particular y, además, que las mismas a través de un/os tercero/s especializado/s, el mediador o los mediadores intervinientes junto con

132. Quizá ello se deba a que la mediación penal juvenil se encuentra regulada como intraprocesal y, ante esta circunstancia y por diversos motivos, los diferentes actores optan por abordar los casos con otros institutos del RPPJ.

133. CAPCyF, Sala I, CUIJ: DEB J-01-00025625-7/2019-1, "B., L. O. s/infr. art. 89 CP", rta. el 28 de septiembre de 2020. Si bien se trató de un caso en el que se discutió el momento oportuno para solicitar la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba, lo cierto es que la Cámara de Apelaciones se refirió a los "métodos alternativos para la resolución de los conflictos", siendo la mediación penal juvenil uno de ellos con las salvedades que ya explicitamos al comienzo de nuestro comentario (ver comentario al art. 55 en este punto).

los profesionales del equipo técnico interdisciplinario, se aproximen buscando verdaderas posibilidades y alternativas tendientes a su reconciliación; es decir tendiente a una verdadera solución del conflicto en lugar de su disolución y/o suspensión mediante el apartamiento de la/las víctima/s y la aplicación de una pena al imputado.

También hemos mencionado que estos abordajes pueden perfilarse hacia un contenido restaurativo propiamente dicho o tratarse netamente con contenido reparatorio. Ello dependerá de cómo se intente trabajar la relación de los sujetos que forman parte del conflicto: de manera bilateral (víctima-ofensor), o incluyendo los relacionamientos de todos los involucrados con sus distintos ámbitos sociales y sus círculos comunitarios donde se desarrollan, de manera tal de trabajar con todos los estratos y lograr una verdadera reintegración.

Para todo ello, es muy necesario el trabajo profesional inter y transdisciplinario aunando las necesidades e intereses de cada uno de los efectivamente involucrados, porque solo a través de una escucha activa y empática con la situación del otro es que se puede recomponer el lazo social dañado, de manera tal de tender a una efectiva reconciliación y reintegración. De allí la relevancia del instituto con verdadero contenido restaurativo en cuestión de materia especializada, para poder pacificar las relaciones sociales entre los involucrados por un lado, y para poder efectivizar la cohesión social por otro.

La mediación penal juvenil tal como está prevista tanto en el RPPJ como en la práctica es una verdadera experiencia interinstitucional e interdisciplinaria,[134] que conlleva la concreción y el debido respeto de los Derechos Humanos de todos los involucrados que voluntariamente decidan participar de este procedimiento. Ella permite, apartándose de las respuestas punitivas clásicas, otorgar respuestas integrales que resaltan la libertad y la autonomía de las personas, a la vez que involucra y compromete a la comunidad evidenciando su contenido restaurati-

134. Es el mediador quien en su caso, y con su agregado de formación específica en materia juvenil, utilizará las herramientas consensuales que considere necesaria para el caso que coadyuven a la reconciliación. Asimismo, el mediador como ya mencionamos en el comentario al art. 67 actúa en materia penal juvenil siempre en comediación, por lo que no se encuentra solo en esta tarea, sino que además de desarrollar la tarea con otro colega mediador, también cuenta con la participación en todas las etapas del procedimiento del Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil (ver en este punto comentario al art. 67).

vo. Por todo ello, es muy importante que siempre que se considere pertinente y exista voluntad de las partes ella se traduzca en una práctica cotidiana de los distintos operadores del sistema penal de la CABA, a fin de efectivizar verdaderas transformaciones tanto en el sistema de justicia como en la sociedad toda.

Para finalizar, no queremos dejar de mencionar que el enfoque de la especialidad se observa en que la mediación penal juvenil se halla regulada de un modo muy distinto respecto de la mediación en adultos.[135] Así, y a modo de ejemplo, se observa que en materia penal juvenil la cantidad y condiciones de los sujetos que pueden solicitar la mediación son diferentes a la de adultos. Lo propio sucede con el momento procesal en el que ella puede ser solicitada. También, a diferencia de los adultos, en la mediación penal juvenil se encuentran habilitados para participar una gran cantidad de actores. El cuadro comparativo que reproducimos a continuación permite ilustrar mejor lo expuesto.

135. En este punto, se adjunta como anexo un cuadro comparativo que hemos efectuado en otro artículo publicado también en una compilación de Editorial Jusbaires. Por ello, más allá del cuadro comparativo en cuestión si se quiere profundizar en el análisis de las diferencias y similitudes entre la mediación penal juvenil y la de adultos en los regímenes procesales de CABA se recomienda consultar: Fava, Gabriel y López, Gonzalo, "Mediación penal en adultos y jóvenes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El instituto, sus similitudes y diferencias en la regulación en el Código Procesal Penal y en el Régimen Procesal Penal Juvenil", en AA. VV., Quinteiro, Alejandra (coord.), *Justicia Juvenil Restaurativa*, *op. cit,* p. 83 y ss.

ANEXO

Cuadro comparativo de la regulación del instituto de la Mediación en el CPPCABA (modificado por la Ley Nº 6020) y en el RPPJ CABA

	CPPCABA	RPPJ CABA
Quién puede solicitarla	El Fiscal puede proponer la mediación o composición al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a.	El procedimiento de resolución alternativa de conflicto deberá ser requerido por el/la Fiscal Penal Juvenil que intervenga en el proceso, de oficio o a solicitud de la persona imputada de una infracción penal, o sus padres, tutores o responsables, así como su Defensor/a y/o la víctima.
Oportunidad procesal	Hasta que se formule el requerimiento de juicio.	Hasta el inicio del debate.
Delitos excluidos	Causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (art. 8 de la Ley Nacional Nº 24417 de Protección contra la Violencia Familiar) *y en los casos en donde el máximo de la pena del delito excediese los seis años en abstracto de reclusión o prisión.*	Causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (art. 8 de la Ley Nacional Nº 24417 de Protección contra la Violencia Familiar).

Situación del imputado para solicitar la mediación	Si el imputado registra antecedente penal condenatorio no procede la mediación.	Debe ser una persona menor de edad punible.
Si se ha mediado con anterioridad	No se admitirá una nueva mediación penal respecto de: a) quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior; b) no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.	
Oficina interviniente	El CPPCABA menciona la intervención de la "oficina de mediación correspondiente", mientras que el RPPJ CABA refiere a la "Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos que se establezca al efecto". En la actualidad, la oficina encargada de los procesos de mediación el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos, dependiente del Consejo de la Magistratura de la CABA.	
Plazo para el proceso de mediación	No establece	El plazo para el procedimiento será de sesenta (60) días corridos a contar desde la primera reunión realizada. Dicho plazo podrá ser prorrogado por treinta (30) días más, mediante acuerdo entre las partes.
Efectos del acuerdo de mediación o composición	Implica la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna.	En aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el/la Fiscal Penal Juvenil mediante despacho simple procederá al archivo definitivo de las actuaciones, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese hecho. Para los casos en que se pacte alguna obligación para las partes, la investigación preparatoria se archivará

		sujeta a condiciones en la sede de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos a fin de que constate el cumplimiento o incumplimiento de las mismas. Verificado el cumplimiento, se remitirán las actuaciones al/la Fiscal Penal Juvenil, quien procederá de la manera enunciada en el párrafo primero. En caso de comprobarse el incumplimiento de aquellas en el plazo acordado, se dejará constancia de dicha circunstancia, procediéndose al desarchivo del proceso y a la continuación de su trámite. En los casos en los que se arribe a un acuerdo, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos dispondrá el control y seguimiento de lo pactado, debiendo para ello solicitar la colaboración del equipo técnico interdisciplinario, la que no revestirá el carácter de obligatoria.

Capítulo II
Remisión

Alejandra Quinteiro*

Artículo 75. Procedencia
La persona menor de dieciocho (18) años de edad sometida a proceso podrá por sí, o a través del/la Defensor/a requerir que se examine la posibilidad de no continuar el proceso, tomando en cuenta la gravedad del delito, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. También procederá a pedido del/la Fiscal Penal Juvenil. El/la Juez/a Penal Juvenil puede actuar de oficio.
Si el/la Juez/a considera admisible el pedido convocará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con el/la imputado/a y la víctima, podrá resolver remitir a la persona menor de dieciocho (18) años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, extinguiendo la acción. El auto que decide la remisión será apelable por aquellos que hubieren manifestado su oposición en la audiencia.
No procederá la remisión cuando se trate de causas relacionadas con causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho.

* Presidenta del Tribunal Oral de Menores Nº 2. Jueza de Cámara. Durante el período de 2016 a 2020 estuvo a cargo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Se desempeñó como Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de Departamento Judicial de San Isidro, distrito Pilar.

El instituto de la "remisión"[1] se encuentra previsto en los artículos 53, inciso b y 75 de la Ley Nº 2451. Es incorporado e implementado a la legislación Penal Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires en correlación con la CDN.

> Asimismo, el marco legal en que se plasmó la remisión encuentra su cauce en la reforma constitucional de 1994, que incorporó con jerarquía constitucional la CDN.[2] Dicho instrumento ha significado una nueva visión sobre los derechos del niño, al que cambian el concepto de cómo se debe tratar a los niños, niñas y adolescentes.[3]

Las Directrices de Riad[4] contemplan la justicia alternativa en sus principios fundamentales donde se busca excluir o reducir la "judicialización" de los problemas sociales que afectan a las niñas y niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana,[5] pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas.

Por su parte, la Observación General Nº 24 del Comité de Derechos del Niño que sustituye la Observación General Nº 10 punto IV titulado: Elementos fundamentales de una política integral de justicia juvenil, en el Punto B. Intervenciones con niños que han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal establece que

> 13. Con arreglo al artículo 40, párrafo 3 b), de la Convención, los Estados partes deben promover la adopción de medidas para tratar con los niños sin recurrir a procedimientos judiciales, cuando proceda. En la práctica, las medidas se dividen generalmente en dos categorías:

1. Remisión es traducción del vocablo "diversión", que significa en inglés desviar el curso de un río para proveer a una granja. El uso de esta expresión en el ámbito de la justicia penal connota "uno de los modelos de desjudicialización". Becerra, Carolina, "Remisión del caso en la justicia de la CABA y el testigo cómplice", en Quinteiro, Alejandra (coord.), *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016, p. 79.

2. La CDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, y ratificada por la República Argentina en 1990, e incorporada al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

3. Becerra, Carolina, "Remisión del caso en la justicia de la CABA…", *op. cit.*, p. 80.

4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Resolución N° 45/112, 14/12/1990.

5. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969.

a) Medidas para mantener a los niños al margen del sistema judicial, en cualquier momento antes o a lo largo de los procedimientos pertinentes (medidas extrajudiciales);

b) Medidas en el contexto de procedimientos judiciales.

14. El Comité recuerda a los Estados partes que, al aplicar medidas pertenecientes a cualquiera de las categorías de intervención, deben tener sumo cuidado en asegurar que se respeten y protejan plenamente los derechos humanos del niño y las garantías jurídicas.

Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales

15. En muchos sistemas de todo el mundo se han introducido medidas relativas a los niños que evitan recurrir a procedimientos judiciales y que generalmente se denominan medidas extrajudiciales. Estas medidas implican derivar asuntos fuera del sistema de justicia penal oficial, por lo general a programas o actividades. Además de evitar la estigmatización y los antecedentes penales, este criterio resulta positivo para los niños, es acorde con la seguridad pública y ha demostrado ser económico.

16. En la mayoría de los casos, la forma preferida de tratar con los niños debe ser la aplicación de medidas extrajudiciales. Los Estados partes deben ampliar continuamente la gama de delitos por los que se pueden aplicar dichas medidas, incluidos delitos graves, cuando proceda. Las posibilidades de aplicar tales medidas deberían estar disponibles lo antes posible tras entrar en contacto con el sistema y en diversas etapas a lo largo del proceso. Las medidas extrajudiciales deben ser parte integrante del sistema de justicia juvenil y, de conformidad con el artículo 40, párrafo 3 b), de la Convención, los derechos humanos y las garantías jurídicas del niño deben respetarse y protegerse plenamente en todos los procesos y programas que incluyan medidas de esa índole.

17. Queda a la discreción de los Estados partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas extrajudiciales, y adoptar las disposiciones legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación. El Comité toma nota de que se han elaborado diversos programas orientados a la comunidad, como el trabajo comunitario, la supervisión y orientación a cargo de funcionarios designados, las conversaciones familiares y otras opciones de justicia restaurativa, incluida la reparación a las víctimas.

18. El Comité pone de relieve lo siguiente:

a) Las medidas extrajudiciales solo deben utilizarse cuando existan pruebas convincentes de que el niño ha cometido el presunto delito, de que reconoce su responsabilidad libre y voluntariamente, sin intimida-

ción ni presiones, y de que este reconocimiento no se utilizará contra el niño en ningún procedimiento judicial posterior;

b) El consentimiento libre y voluntario del niño a la adopción de medidas extrajudiciales deberá basarse en una información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y en la comprensión de las consecuencias que afronta si no coopera o si no completa la ejecución de esta;

c) La ley deberá indicar los casos en los que es posible la adopción de medidas extrajudiciales, y las decisiones pertinentes de la policía, los fiscales y/u otros organismos deberán estar reguladas y ser revisables. Todos los funcionarios y agentes del Estado que participan en el proceso de aplicación de medidas extrajudiciales deben recibir la capacitación y el apoyo necesarios;

d) Se debe dar al niño la oportunidad de recibir asistencia jurídica o de otro tipo apropiado acerca de las medidas extrajudiciales ofrecidas por las autoridades competentes y la posibilidad de revisar la medida;

e) Las medidas extrajudiciales no deben incluir la privación de libertad;

f) Cuando se termine de cumplir la medida extrajudicial, se considerará cerrado definitivamente el caso. Si bien se pueden mantener registros confidenciales de las medidas extrajudiciales con fines administrativos, de revisión, de estudio y de investigación, no deben considerarse condenas penales ni dar lugar a antecedentes penales.

En cuanto a la naturaleza y características propias del instituto, es dable destacar el antecedente que se encuentra receptado en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, donde en el artículo 11 sostiene que "se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente".[6]

Al contemplar la normativa local el instituto de la remisión, se establece la posibilidad de finalizar el proceso teniendo en cuenta la gravedad del delito, el grado de responsabilidad, el daño causado y su reparación.

En cuanto a su admisibilidad la normativa establece que procede de oficio o a pedido de parte, y lo resuelve el Juez o Jueza con competencia

6. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, art. 11, 1.1., 1985.

penal juvenil en audiencia oral y reservada. La regla 11.4 recomienda que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. De ello sigue que su aplicación es prioritaria; su objeto fundamental es sustraer de la órbita judicial aquellos casos donde los menores infrinjan la ley penal, esto es aplicar el principio de no-judicialización a fin de evitar la estigmatización propia del sistema.

Con la entrada en vigencia de los tratados internacionales se realizó un cambio de paradigma siendo la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires la que receptó este último modelo[7] como así la Ley Nº 114 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes[8] y el Régimen Procesal Juvenil de esta Ciudad de Buenos Aires –Ley Nº 2451– que sigue con esta directriz en la cual se incorpora "la remisión".

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de referirse específicamente a la CDN, en el caso "Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)", en que se aplicó el artículo 19 de la Convención Americana y utilizó el artículo 1 de la CDN como instrumento para fijar el alcance del concepto de "niño y niña".

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay" (02/09/2004) señaló que, a la luz de las normas internacionales, la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley así como sus leyes y procedimientos correspondientes:

> … deben caracterizarse, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, ese Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control al respecto de la manera de tomar testimonio del niño y regulación de la

7. La Constitución de la CABA reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, garantizándoles su protección integral, como el deber de ser informados y escuchados.

8. Sanción: 03/12/1998, publicación: BO Nº 624 del 03/02/99.

> publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en diferentes etapas de los juicios en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales...

Dichos elementos procuran reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera en él, el ser sometido a un juicio penal.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 10 (2007) en oportunidad de referirse a los artículos 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño señaló que

> El recurso de privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración a la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de la libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...] y que es obligación de los Estados partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales [...] de acuerdo con los principios enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización...

La CDN, al igual que las normas locales, entiende por niña, niño y adolescente a todo ser humano menor de dieciocho años, que tiene derechos y protección especial del Estado con específicos límites para el Estado. Tal es así que los niños y niñas poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

En este nuevo contexto en el cual se inserta el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires, prevé expresamente una salida anticipada del proceso y alternativa al juicio: el instituto de la

"remisión",[9] es decir no continuar con el proceso penal, resultando en franca consonancia con la normativas internacionales mencionadas y en armonía –dependiendo del caso y la respuesta brindada– con la búsqueda del "interés superior del/la niño/a", ya que la norma prevé que el/la juez/a podrá resolver remitir a la persona menor de dieciocho años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de la familia y bajo el control de la institución que los realice, extinguiendo la acción.[10]

Este instituto permite la remisión del joven menor de dieciocho (18) años a programas comunitarios, apoyado por la familia y bajo el control de la institución que lo realice, dando por extinguida la acción. Es apelable por la parte que no esté de acuerdo con su procedencia.

El instituto de la remisión del caso es la vía más compatible y conciliadora con los principios de la Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados ya que implica en este sentido reconducir el conflicto y el fin debe ser el interés superior del/la niño/a, protege especialmente la integridad de los/as adolescentes imputados/as y la celeridad del procedimiento, circunstancia que impone a los órganos judiciales el deber de actuar con la mayor diligencia posible.

Asimismo, también se garantiza que las personas imputadas y las víctimas menores de dieciocho años sean tratadas de manera que el proceso no afecte su salud psicofísica y no implique una revictimización, reduciendo su participación directa a la mínima expresión y con participación de personal especializado.

> El interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (característicos del sistema penal). En consecuencia, siempre la

9. Ley Nº 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, Título VIII. Vías alternativas de resolución de conflicto, art. 53. Formas. Inciso b) Remisión, 03/10/2007.

10. Al respecto, Ruth Kochen Schub plantea el siguiente interrogante: si es correcto asociar la figura jurídica del "instituto de remisión" con la expresión "podrá resolver remitir al joven a programas comunitarios". Cabría la posibilidad de no intervenir, no derivar, no remitir, ni articular con ningún servicio social. Sobre todo cuando el/la joven tiene una red de contención y cuando viene participando de actividades para desarrollar su proyecto de vida. Ver Kochen Schub, Ruth, "Alternativas de resolución del conflicto. Art. 75. Remisión. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una mirada desde el Trabajo social", en *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, Año 5, Nº 9. Disponible en: http://trabajosocial.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/13/2016/03/04_Kochen_9.pdf

> aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la CIDN.[11]

En caso de oposición por parte de la fiscalía, se deberán esgrimir consideraciones particulares o razones fundadas que sustenten su oposición,[12] ello teniendo en cuenta que la "remisión" resulta el medio más adecuado en cuanto a lograr que el/la joven comprenda e internalice la conducta imputada y no la reitere en el futuro.

> … siendo que de la normativa aplicable surge que es decisión del juez valorar en cada caso la procedencia del instituto, así como disponer de su aplicación de oficio, siempre contando con la anuencia del imputado, cabe señalar que no resulta violatorio al principio acusatorio que a pesar de mediar oposición fiscal y luego de valorar los motivos esgrimidos, la Judicante disponga remitir el caso, tal como ha sucedido en los presentes actuados. En relación a ello, cabe señalar que la disposición legal aplicable si bien alude a un acuerdo entre el imputado y la víctima, no establece específicamente que para la procedencia de la remisión debe necesariamente contarse con la anuencia de la víctima. (Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas: fallo "Cerro Colca Eduardo s/infracción art. 189 bis del CP 22/10/2012").

Para aplicar la "remisión" a un caso en particular el juez o jueza especializado deberá tener en cuenta: 1) el grado de responsabilidad, 2) el daño causado, como así 3) la reparación del mismo; en ese último aspecto no resulta apropiado el tratamiento o rehabilitación del/la niño/a, porque de esa forma se reiteraría la lógica del tratamiento tutelar que con estas reformar se quiso desterrar y se perdería la lógica de la reparación del daño.

En cuanto a los requisitos de procedencia: cada juez o jueza juvenil deberá evaluar la aceptación y comprensión de las condiciones del

11. Cillero, Miguel, La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño ¿complemento o contradicción? en García Méndez, Emilio (comp.), *Infancia y democracia en la Argentina*, Buenos Aries, Ed. Del Puerto-Ed. Del Signo, 2004, pp. 39-40.

12. De procederse *a contrario sensu*, la esencia y finalidad que persigue el instituto en cuestión quedaría limitada y circunscripta a la decisión incontrolada del MPF. Todo ello máxime cuando es dable destacar que el art. 75 no menciona que la remisión deba ser otorgada por la fiscalía o con su consentimiento.

instituto por los jóvenes durante una audiencia oral prevista en el régimen local, así como observar la presencia o falta de vínculos familiares con posibilidades de acompañar a cada niño/a.

Entiendo que es la vía más compatible y conciliadora con los principios de la Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados. Se protege especialmente la integridad de los/as adolescentes imputados/as y la celeridad del procedimiento, mientras que no afecte su salud psicofísica y no implique una revictimización.

Se impone necesariamente realizar la interpretación más restrictiva posible de las normas sancionatorias en juego.

En ese sentido, la Cámara del fuero tuvo oportunidad de expedirse respecto del rechazo del instituto de remisión por parte del juez del grado y evaluó:

> En efecto, la finalidad del instituto en cuestión es pretender reducir al mínimo el número de casos abordables por la Justicia de niños, niñas y adolescentes con el objeto de evitar los daños emergentes de la intervención judicial; y que resulta respetuoso del principio del mínimo intervención penal y la pena de prisión como último recurso, consagrados en los arts. 37 inc. b y 40 punto 3 inc. b y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional de conformidad con lo previsto en el art. 75 inc. 22 CN. Sin embargo, tal como señaló el Magistrado, la procedencia del instituto no resulta automática, sino que debe ser analizado teniendo en cuenta las características del caso. En el presente, XX habría poseído el arma en condiciones de uso inmediato, con siete municiones, y una de ellas en su recámara (según surge de la pericia obrante a fs. 106/109), exhibiéndola de manera ostensible, junto con otros sujetos, en un colectivo de servicio público con varios pasajeros, el caso presenta características que determinan que el instituto en cuestión sea rechazado. Así, coincidimos tanto con los representantes del Ministerio Público Fiscal como con el Judicante, que han fundado debidamente los motivos que los llevaron, en un casi, a oponerse a la concesión, y en el otro, a rechazar la aplicación del instituto, en cuanto señalaron que el delito en cuestión fue llevado a cabo en un lugar cerrado y de acceso público como es un colectivo de transporte público de pasajeros con personas a bordo, ocasión en que XX habría extraído el arma en su mano con el martillo levantado, la que era apta para el disparo, con siete cartuchos, y uno ellos en recámara. A ello se suma, que el sujeto habría arrojado el objeto en las condiciones detalladas en el piso del colectivo, al advertir la

> presencia del personal policial, incrementando así más el peligro para todos los presentes. Tales circunstancias del hecho resultan, a nuestro criterio, la gravedad suficiente para que no proceda el instituto de remisión. (Arzamendia Balbuena, Fidias Alexander y otros s/ Art. 189 bis del CP Sentencia causa N° 1896-01-22-14 – Sala I; A. B., F.A. y otro – Tenencia Compartida en la Vía pública, arma cargada con 7 cartuchos y martillo del arma montado lista para disparar).

En caso de oposición por parte de la fiscalía se deben esgrimir consideraciones particulares o razones fundadas que sustenten su oposición teniendo en cuenta que la remisión resulta el medio más adecuado para lograr que el/la joven comprenda e internalice la conducta imputada y no la reitere en el futuro.

Para la aplicación de la "remisión" se deberá tener en cuenta:

1. El grado de responsabilidad;
2. El daño causado;
3. La reparación del daño, no resultando el tratamiento o rehabilitación del/la niño/a, porque de esa forma se reiteraría la lógica del tratamiento tutelar y se perdería la lógica de la reparación del daño.

En cuanto a la aplicación de la remisión, el artículo 75 *in fine* menciona de forma expresa que no procederá este instituto cuando se trate de causas relacionadas a los siguientes delitos: los previstos en el Libro II del Código Penal, Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida), Título III (delitos contra la integridad sexual), y en los casos de las lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho.

Por otro lado, este instituto menciona acuerdo entre imputado/a y la víctima. Sin perjuicio de este acuerdo y conforme los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Fallo "Acosta", en cuanto a la oposición de la víctima a las salidas anticipadas al proceso, esta debe merituarse en su razonabilidad y fundamentación, nunca puede fundamentarse en un marco de reparación integral del daño, sino de una restitución razonable, que deberá ser merituado por cada operador/a judicial desde los principios enumerados en este trabajo.

> Sin embargo, se ha entendido que no obsta a la concesión del beneficio la falta de acuerdo entre el imputado y la víctima, pues la disposición legal

> aplicable, si bien alude a un acuerdo entre los nombrados, no establece específicamente que para la procedencia de la remisión debe necesariamente contarse con la anuencia de la víctima, por tanto la interpretación legal efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara, no solo resulta contraria a los intereses del imputado por restringir la procedencia de un derecho, sino que además pretende establecer una exigencia no impuesta por el legislador y en perjuicio del menor (CAPCF, Sala III, 29/09/15, " M., A.A. y otros", causa n° 9453-02/13).

La remisión del joven se dispone a programas comunitarios, con el apoyo de los padres o representantes legales, y bajo el control de la institución.

Bajo la Resolución Presidencial N° 928/2014, se establece que la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires tendrá a su cargo, la composición del equipo interdisciplinario a fin de colaborar y asistir en las diferentes etapas del proceso juvenil ante la judicatura. En la actualidad la mencionada Oficina depende de la Secretaría Interdisciplinaria en Justicia Penal Juvenil que depende de la Presidencia de la Cámara Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Una de las funciones que se encuentra establecida para la Oficina de mención es la "Creación de un registro de Organizaciones a fin de solicitar cooperación en las diferentes medidas alternativas de resolución de conflictos", entre ellas la remisión. Inicialmente esto resulta necesario ya que para poder abordar y acompañar a los jóvenes en este proceso implica conocer los contextos en los que estos se encuentran insertos y los procesos que transitaron y transitan en su trayectoria vital desde sus propias lógicas y subjetividades, es decir, desde su percepción y apreciación del mundo social.

Entre las funciones del Equipo Interdisciplinario se establecieron:

- Conocer, valorar y exponer las circunstancias personales, familiares, formativas y socio-ambientales que concurren en la vida del joven.
- Orientar sobre las intervenciones más adecuadas a los intereses y necesidades del menor, con especial relevancia en el momento de la adopción de una medida por parte de los jueces, no vinculantes al término de su decisión.

Sus funciones se enmarcan en los principios de Justicia Restaurativa que implica un proceso de responsabilización que supone que los adolescentes puedan asumir comportamientos para modificar aquellas conductas que los llevaron a delinquir y los perjudican y también los ayuden a reflexionar críticamente acerca de la infracción y sus implicancias y poder reparar, en la medida de lo posible, el daño cometido.

El equipo interdisciplinario es el encargado de realizar los relevamiento de las organizaciones gubernamentales y de las comunitarias.

En ambas se mantiene entrevistas personales con los responsables de las áreas en las cuales se les explican los principios que rigen la justicia juvenil y la labor del equipo interdisciplinario y se evalúa la posibilidad de realizar un trabajo conjunto.

Las instituciones relevadas son plasmadas individualmente en un informe que contiene datos formales, descripción de la actividad, y observaciones generales. Luego, todas ellas integran el registro. En este marco, el Equipo Interdisciplinario realiza una cartografía institucional con la localización territorial de cada organización visitada, de manera de poder precisar las ubicaciones mediante un primer impacto visual.

A los fines de completar el registro de Organizaciones, se utilizó la división de la Ciudad de Buenos Aires en comunas, posteriormente se realizó la división por barrios y luego con la recepción del tercer convenio de transferencias de delitos penales de la Nación a la Ciudad se comenzó a relevar jurisdicciones provinciales, San Martín, San Isidro, Moreno, Merlo, entre otras.

Se destacan:

- Talleres de reflexión: una instancia de vinculación directa con el hecho en cuestión que facilita la posibilidad de repensar las prácticas.
- Espacios recreativos, educativos, deportivos.
- Espacios terapéuticos.
- Espacios dedicados a la salud.

En la actualidad, las profesionales que conforman el equipo interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil intervienen a requerimiento de las tres (3) Secretarías Penales Juveniles que funcionan ante los Juzgados Penales, Contravencionales, de Faltas Nº 3, 7 y 11 del Poder Judicial de la Ciudad, ante la solicitud por parte de la

Dirección de Mediación como así también del Ministerio Público Fiscal y la propuesta que ofrecen ante los requerimientos para poder abordar la petición de la remisión y verificar qué programa restaurativo se ajusta al caso particular, surge precisamente del mencionado Registro.

Para finalizar, en palabras de Unicef:

> El sistema penal juvenil debe propiciar que el adolescente repare el daño causado, realice actividades comunitarias o se capacite profesionalmente y solo como último recurso, únicamente para delitos muy graves, por el tiempo más breve posible y siempre que se acredite primeramente que las respuestas socioeducativas o disciplinarios se vieron frustradas, se aplique la pena privativa de la libertad. Ello así puesto que el aislamiento de una persona que está en proceso de formación, lejos de remover cambios positivos de conducta, contribuye a su desarraigo, a su estigmatización y a su desocialización.[13]

13. UNICEF Argentina, "¿Qué es el Sistema Penal Juvenil?", octubre de 2012. En Respuestas Alternativas al Proceso Penal y a la Privación de Libertad en la Justicia Penal Juvenil. La integración socio-educativa como fin de la Justicia Penal Juvenil. Disponible en: http://ces.unne.edu.ar/DDHHyPC/UNICEFQUEESELSISTEMAPENALADOLESCENTE.pdf

TÍTULO IX: SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

Omar Fernando Jerez*

Artículo 76. Suspensión del proceso
A pedido del/la imputado/a, del/la Defensor/a o del/la Asesor/a tutelar, se podrá proponer la suspensión del proceso a prueba fundadamente. La suspensión también podrá disponerse aún en aquellos casos en que el delito imputado sea susceptible de sanción con pena privativa de libertad en centro especializado, teniendo en miras el principio del interés superior, su reinserción social, su protección integral y con la finalidad de mantener y fortalecer sus vínculos familiares y comunitarios.
El tribunal convocará a una audiencia oral con citación al peticionario, al Fiscal Penal Juvenil, al Asesor/a Tutelar, a la víctima, y al Querellante si lo hubiere.
Luego de escuchar a las partes resolverá si concede la suspensión de la persecución penal, con las condiciones de cumplimiento que estime correspondientes, o la deniega.
La oposición del Fiscal Penal Juvenil, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal.
Contra la decisión no habrá recurso alguno.
Cumplidas las condiciones impuestas, el/la Juez/a, previa vista al Fiscal Penal Juvenil, dictará el archivo definitivo de la causa, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese hecho.
En caso de incumplimiento dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión, según corresponda.

* Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA), Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla (España). Auxiliar Fiscal y Secretario de la Fiscalía Nº 1 ante el Tribunal Oral de Menores. Ayudante de 2° de la carrera docente en la materia "Elementos de Derechos Penal y Procesal Penal" que se dicta en la Facultad de Derecho (UBA) –cfr. Res. (D) Nº 3162/19–.

Artículo 77. Pautas para la determinación de las condiciones de cumplimiento.
Se privilegiarán aquellas cuya finalidad comprenda su salud, educación, aptitud laboral, así como el mantenimiento y fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios.

Introducción

Las condiciones en las que participan los niños, niñas y adolescentes en un proceso penal no son las mismas en las que interviene un adulto, por lo tanto resulta indispensable señalar en primer lugar, que uno de los principios fundamentales del sistema de justicia penal juvenil, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, es el de excepcionalidad o también llamado desjudicialización, del cual se desprenden que la intervención de la justicia penal juvenil debe ser de *ultima ratio* (principio de mínima intervención) y que, en caso de iniciarse un proceso penal en contra de una persona menor de edad, la aplicación de una pena privativa de la libertad debe ser la última opción (principio de subsidiariedad).

Conforme estos principios, los niños que han infringido o han sido acusados de infringir las leyes penales, en el marco de un sistema especializado, no solo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino además, una protección y una respuesta penal especial que implique reconocerlos como sujetos en desarrollo, debiendo establecerse alternativas procesales concretas con el fin de lograr un proceso de responsabilización con miras siempre a una reinserción social que les permita cumplir un papel constructivo en la sociedad. Es aquí donde entra en escena la justicia con enfoque restaurativo y encuentra su lugar dentro del sistema penal juvenil en miras a que el adolescente infractor pueda asumir su responsabilidad y hacer frente a las consecuencias causadas para reparar el daño a la víctima y lograr de este modo su reintegración en la sociedad, fortaleciendo el respeto y entendimiento del niño respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás, en especial de la víctima y otros miembros afectados de la comunidad.

En este sentido, los elementos fundamentales de la justicia restaurativa están presentes en los principales instrumentos del marco normativo jurídico internacional relativos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De hecho, la propia Convención sobre los Derechos del Niño brinda un lugar destacado a las alternativas[1] dentro del proceso penal y propicio la implementación de medidas que permitan el abordaje de aquellos jóvenes que han infringido las leyes penales sin *recurrir a procedimientos judiciales*.[2]

Por su parte, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores se encuentra claramente establecido en el artículo 13 que

> … se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

De la misma forma, en las Directrices de Riad se establece que "Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de […] elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás".[3]

En línea con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere que

> … son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por eso, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad.[4]

1. CDN, Art. 40.4 establece alternativas a la detención como órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con las circunstancias como con la infracción.

2. CDN, art. 40.3.b.

3. Directrices de Riad, Directriz 5.

4. CIDH, Opinión Consultiva N° 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/08/2002.

A su vez, el Comité sobre los Derechos del Niño refiere que

> Queda a la discreción de los Estados Partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación.[5]

Además, es pertinente lo referido por la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), donde se establece claramente que

> Los Estados Iberoamericanos velarán para que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor, sino que comporten un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación.

A la vez señala que

> Los Estados respetarán el carácter educativo de las medidas a tomar respecto de los adolescentes que han infringido la ley penal, priorizarán la desjudicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infracción. En todos los casos se deberá tomar en consideración las circunstancias particulares de vulnerabilidad de las partes implicadas directa e indirectamente.[6]

Como puede apreciarse de esta breve reseña, el Derecho Internacional ha establecido claramente su preferencia por la desjudicialización de los conflictos cuando se trata de niñas, niños y adolescentes, privilegiando la búsqueda de soluciones por otros medios diferentes a la tradicional forma de intervención jurídico-penal con una orientación restaurativa y menos retributiva.

Ello en miras de la comprensión de que aquellos menores se encuentran en una etapa de formación de su personalidad y muchas veces su conducta antijurídica es solo una manifestación de un período de crisis de juventud y desarmonía con la madurez. De modo que en

5. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, párr. 27.

6. Disponible en: https://intercoonecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf

la mayoría de los casos, la utilización de estas alternativas es la mejor respuesta para jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal con el fin de evitar el grave deterioro personal y la estigmatización que suele producir en ellos los procesos penales tradicionales.

Tal como lo señala la Dra. Quinteiro:

> … la aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos con adolescentes imputados penalmente parece ser una alternativa adecuada para generar en ellos la responsabilidad por sus propias acciones y la conciencia de las consecuencias ante los demás. Se favorece así, en su reparación, una postura activa tanto de la víctima como del ofensor. Las vías alternativas de resolución de conflictos se presentan como una forma de trabajar para lograr una pacificación social que repare heridas y genere consensos de convivencia o reconciliación de las partes, y para posibilitar la reparación voluntaria del daño causado. También contribuyen a la prevención, ya que han sido pensadas para evitar que los adolescentes entren en contacto innecesariamente con el sistema de justicia, y convocan a una participación de la comunidad en la construcción de la respuesta al delito que resulta fundamental.[7]

En esa línea, el Régimen Procesal Penal Juvenil de Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante RPPJ) con toda fuerza establece en sus artículos 25 y 27 que la sanción privativa de la libertad debe ser aplicada como la último recurso y deberá procurarse la resolución del conflicto surgido a consecuencia del hecho, en miras principalmente a la consideración de que los adolescentes tienen una culpabilidad disminuida en comparación a la que tiene el adulto justamente por estar en una etapa de pre evolución y por estar incompleto su desarrollo en los aspectos sobre todo emocionales y afectivos, lo que fue destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en el fallo "Maldonado".[8]

De esta manera, el enfoque restaurativo en un sistema penal juvenil acorde a los estándares internacionales toma seriamente la responsabilidad del adolescente y al hacerlo, permite fortalecer su entendimiento respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás, en especial de la víctima y otros miembros afectados de la comunidad, a la vez que promueve su sentido de dignidad y valor.

---

7. Quinteiro, Alejandra, *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en el conflicto con la Ley Penal*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2018, p. 227.

8. CSJN M. 1022. XXXIX, "Maldonado, Daniel Enrique y otro/s robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", causa N° 1174, sentencia del 07/12/05.

Ello implica en definitiva que la justicia restaurativa debe ser la regla en el sistema penal juvenil y siempre se debe privilegiar aquellas soluciones alternativas frente a la prisión como respuesta central, tal como establece el artículo 37 b de la Convención de los Derechos del Niño al señalar que *la pena privativa de la libertad, debe ser el último recurso por el tiempo más breve que proceda.*

La suspensión del proceso a prueba como vía alternativa en el Régimen Procesal Penal Juvenil

La Dra. Beloff enseña que

> ... desde el punto de vista procesal, se debe discriminar lo que es una solución alternativa al conflicto y lo que son alternativas dentro del procesal penal. De la primera podría decirse que es la solución abolicionista. En estos casos el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, suspensión del juicio a prueba, juicio abreviado o conciliación durante el proceso.[9]

En este marco, la medida alternativa más utilizada en el sistema de responsabilidad penal juvenil argentino resulta ser la suspensión del proceso a prueba, ya que tal como se destaca en el informe de UNICEF sobre Justicia Juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en la Argentina, "la suspensión del juicio a prueba (*probation*) es la medida más utilizada: diecinueve provincias la usan, y especialmente en cinco jurisdicciones es la medida más utilizada (Santa Cruz, Neuquén, Formosa, CABA –justicia nacional– y Chaco).[10]

9. Beloff, Mary, "Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual". Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf

10. UNICEF, "Justicia Juvenil. Investigación sobre medida no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en la Argentina", 2018. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/informes/justicia-juvenil

Ello se explica claramente por su alto potencial desjudicializante y debido a que se trata de un instituto procesal por medio del cual, el joven acusado de la comisión de un delito se somete voluntariamente y durante un plazo determinado a un período de prueba y al cumplimiento de pautas de conducta, a cuyo término se declarará extinguida la acción penal y cesará toda responsabilidad penal.

Si bien no constituye una solución propia de la justicia restaurativa como pueden ser la remisión, la mediación o la conciliación, si tiene en común que en todos ellos se procura evitar la condena, la sanción y la estigmatización del adolescente imputado. En la medida que las soluciones más propias de la justicia restaurativa hay un acuerdo entre el imputado y la víctima más allá de la posterior intervención de los operadores judiciales, en el caso de la suspensión del proceso a prueba la relación será entre el imputado y la justicia representada por fiscales y jueces especializados.

Cabe recordar al respecto que son ampliamente reconocidos los beneficios reconocidos a la suspensión de juicio a prueba para los imputados mayores de edad, ya que evitan la continuación de la persecución penal y la eventual imposición de una sanción punitiva en delitos leves, atiende los intereses de las víctimas a quien se reparara del daño causado y permite la racionalización de la intervención de la justicia, logrando la evitación del trámite del proceso, el ahorro de recursos estatales, la descongestión y la concentración del sistema penal en la persecución y juzgamiento de los delitos más graves.

A estos beneficios ya conocidos, el RPPJ en su artículo 76 asienta concretamente ese plus de derecho a los adolescentes, al contemplar dentro de los casos que permiten su aplicación, no solo a los delitos leves que por su mínimo admiten una condena condicional, sino también los que tengan previsto una pena de encierro efectivo, adecuándose de esa forma a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño, donde las medidas alternativas deben ser la regla, y el encierro o la prisión, la excepción.

Requisitos de procedencia

La suspensión del proceso a prueba prevista en el Código Penal (en adelante CP) en los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater, se aplica en

los procesos penales juveniles de todo el país y por supuesto al RPPJ con sus características propias.

De esta forma, la regulación de CP funciona como un piso de derechos mínimos que el régimen específico viene a ampliar, asegurando de este modo una alternativa a la prisión para los adolescentes, sin las limitaciones que tienen los adultos al momento de peticionar este instituto, previsto en el artículo 205 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CPP).

Cabe recordar que el artículo 76 bis del CP establece que la suspensión solo resulta procedente en los delitos de acción pública reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años. A partir del fallo de la CSJN "Acosta"[11] que estableció la tesis amplia, se sostiene que el instituto resulta viable cuando la pena a aplicar en el caso concreto no supere los tres años de prisión y cuando sea posible la condenación condicional por reputarse reunidos las exigencias del artículo 26 del ordenamiento de fondo.

Este requisito, que resulta aplicable en los mayores, no lo es en el caso de los jóvenes conforme se advierte en la regulación del artículo 76 RPPJ. De hecho, la norma se presenta como superadora de la tesis amplia establecida por la CSJN debido a que los menores pueden solicitar su aplicación no solo para aquellos delitos que permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso, sino también en el caso de delitos cuya sanción implique una pena con prisión de carácter efectiva, lo que expresamente se señala, siendo ello a mi entender la característica distintiva y realmente importante de este instituto.

Cabe señalar al respecto que en el precedente "R.M.J.L",[12] la CSJN ya había establecido esta diferencia en el régimen de la suspensión de juicio a prueba entre menores y mayores revocado una sentencia que disponía no hacer lugar a la solicitud de suspensión del proceso a prueba fundando su decisión en el criterio restringido sentado por la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario "Kosuta" –tesis restringida–, dejando entrever que ese criterio restringido no resultaba aplicable a los menores de edad, lo que claramente viene a reafirmar el RPPJ.

11. CSJN, Fallos: 331:858, *LL* 2008-C-496, sentencia del 23/04/2008.

12. R. 1734 XL, recurso de hecho, causa 3262, sentencia del 31/02/06.

Como se mencionó anteriormente, esta diferencia en la reglamentación de la suspensión del proceso a prueba resulta una de las características destacadas y acorde a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 que con toda claridad señalan que "los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva".

Desde esta óptica, la suspensión del proceso a prueba en el RPPJ resulta ser una solución especial y alternativa a la continuación del juicio y a la eventual imposición de una condena penal logrando a través de su utilización restringir los efectos estigmatizantes del proceso penal y favorecer la reinserción social de los niños.[13] A su vez, se advierte que la jurisprudencia local se ha inclinado por la aplicación de este instituto frente a otros como la remisión cuando se trate de delitos graves o cuando se advierta la necesidad de orientación del menor y cuidados especiales. Por ejemplo en los autos "F.Z.T.R.",[14] los Dres. Franza y Manes denegaron la solicitud de remisión del artículo 75 RPPJ señalando que

> … el conflicto es lo suficientemente grave como para excluirlo definitivamente del proceso penal, sin embargo, ello no es óbice para la aplicación de otros institutos previstos en la Ley Nº 2451 como la mediación y la suspensión del proceso a prueba, que mantienen la tutela judicial hasta tanto se cumpla con el acuerdo arribado, que será siempre de corte reeducativo y resocializador y no le generarán antecedente alguno.", agregando la Dra. Paz que "resulta más apropiado las reglas de conducta que puedan ser fijadas dentro de una *"probation"* cuyo cumplimiento pueda controlar el juez interviniente que la remisión que postula la defensa que, no se hacen cargo al formular su crítica de los elementos señalados por el Juez para adoptar la medida que impugnan y realizan un planteo dogmático sobre los beneficios en abstracto del instituto de la remisión en relación al de la *"probation"* u otro método similar. Asimismo, a esta

13. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40, incs. 1, 3 y 4; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad –Reglas de Tokio–; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores –Reglas de Beijing–, Regla Nº 11; Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 10, "Los derechos del niño en la justicia de menores", 25/04/2007, párr. Nº 28.

14. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, Causa N° 0036964-01-00/09. "F. Z., T. R", del voto de los Dres. Jorge A. Franza, Silvina Manes, sentencia del 17/11/2011.

altura de los acontecimientos el imputado ya no es menor y se advierte como necesitado de orientación seguimiento y cuidados especiales.

Además, resulta importante destacar que el CP no exige la admisión de la veracidad de la acusación penal para solicitar o conceder la suspensión del proceso a prueba y habilita a que se otorgue *sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente.* De esta forma, se brinda una solución reparadora del conflicto penal, tendiente a lograr la reinserción a la comunidad del adolescente que ha ingresado al sistema punitivo estatal, pero manteniendo el *status* de inocente.

Momento procesal en que puede solicitarse la suspensión del proceso y legitimación

Al constituir la suspensión del proceso a prueba una alternativa dentro del proceso penal juvenil y por lo tanto la concreción del principio de desjudicialización de los conflictos penales que involucran a personas menores de edad, lo importante es que pueda aplicarse en cualquier momento del proceso y siempre que el joven preste libremente su consentimiento, luego de ser debidamente informado del procedimiento y sus consecuencias.

Cabe señalar que, para los adultos, el artículo 205 del CPP establece que puede solicitarse la suspensión del proceso a prueba *en cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta inmediatamente antes del debate;* sin embargo, esta limitación no fue incluida en el RPPJ, lo que denota que el ordenamiento busca dar amplias oportunidades para su concesión, al constituir la suspensión del proceso a prueba una alternativa dentro del proceso penal juvenil acorde al interés superior del niño.

Tal como se expresa el artículo 79 RPPJ, el juicio penal juvenil se parte en dos: la audiencia de determinación de responsabilidad y la audiencia donde se *resolverá si corresponde condenar, absolver o aplicar pena reduciéndola en la forma prevista para la tentativa.* De manera tal que la solicitud de la suspensión del proceso a prueba podría presentase aun cuando se ha determinado la responsabilidad del

adolescente o tal como lo ha sostenido Vitale en doctrina, hasta que adquiera firmeza la condena.[15]

Cabe destacar además que la suspensión del proceso a prueba no procede de oficio, el juez penal juvenil no puede promoverla o dictarla por sí mismo, necesita el impulso de algún actor legitimado por la ley que le solicite su dictado. Según el artículo 76 RPPJ los sujetos legitimados para solicitar la suspensión del proceso a prueba son el imputado, su defensor y el asesor tutelar.

La solicitud de suspensión tal como se encuentra establecido debe ser *fundadamente*, lo que implica que debe contener un plan de reparación, es decir, un esquema detallado de la manera o contenido, plazo, condiciones o modalidades. Sin embargo, la norma no establece nada específico, pudiendo consistir la reparación en una indemnización equivalente al daño causado, cumplirse de forma inmediata o a plazos y ser económica, simbólica o efectuarse mediante alguna prestación. Además, puede efectuarse de diversas formas: dinero, trabajo o servicio, o mediante una disculpa.

Dice Bovino al respecto que "será razonable, entonces, todo ofrecimiento que, de hecho, satisfaga a la víctima y, además, todo ofrecimiento que cubra el total del daño reparable conforme a las reglas del derecho privado".[16]

Los sujetos legitimados habrán de valorar el momento más conveniente para efectuar la solicitud, de acuerdo a sus propios intereses y estrategias, aunque por los fines que persigue el instituto lo recomendable es que, tal como se dijo, se promueva lo más pronto posible. La eficiencia de la suspensión del proceso a prueba, en cuanto al logro de los objetivos que persigue en el sistema penal juvenil, está en función de su utilización en la fase procesal más temprana. En línea con ello y a modo de ejemplo, la Defensoría General de la Nación en la Resolución DGN Nº 1800/09 recomendó a los defensores a promover la suspensión del proceso a prueba en su faz más amplia[17] así como también a postular

15. Vitale, Gustavo, *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, p. 329.

16. Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 141.

17. Es necesaria esta aclaración a la tesis amplia en la medida que a nivel nacional no se ha consagrado la amplitud del instituto de la suspensión del proceso a prueba como

que su concreción se produzca en una fase temprana del proceso, luego de formulada legalmente la pertinente imputación penal.

Procedimiento

Ante la solicitud de suspender el proceso a prueba, el juez penal juvenil convocará al peticionario, su defensa, al fiscal penal juvenil, al asesor tutelar y a la parte querellante o víctima, si las hubiera, a una audiencia oral, como requisito ineludible del trámite regulado por este artículo.

El objeto de la audiencia es escuchar a las partes y salvaguardar el derecho a ser oído del menor,[18] oportunidad en la cual aquellos se expedirán sobre el contenido de la solicitud. Allí, el juez penal juvenil debe asegurarse que el joven esté informado sobre la naturaleza y finalidades de la suspensión, sus consecuencias y su disposición a someterse a algunas condiciones voluntariamente. Todos los intervinientes pueden opinar y discutir sobre los términos de la solicitud y las condiciones propuestas. No se trata de un derecho a que las partes asistan a la audiencia sino de que sean escuchadas y tomadas en cuenta en sus opiniones y sugerencias.

La presencia del imputado con su defensor es esencial ya que tiene el derecho a opinar y a ser escuchado en cuanto a la solicitud[19] y a que sean tomadas en cuenta sus circunstancias personales y posibilidades para la reparación del daño y las reglas de conducta. El juez penal juvenil debe oír sus razones y considerarlas al momento de decidir. En cuanto a la propuesta de reparación, aquella será en la medida de las posibilidades con las que cuente el imputado y su contenido puede no ser económico.[20] Asimismo cabe señalar que hay casos en los que no procede la reparación del daño como ser en los delitos de peligro como

está regulada en CABA en la medida que no hay un régimen procesal penal juvenil específico, sino que dicho instituto se regula con las normas del Código Procesal Penal de la Nación conforme el art. 293.

18. Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General N° 12.

19. Ibídem, Observación General N° 10, párrafo 27.

20. CAPCF, Sala III, 13/12/12, "Riverol, Ángel", causa N° 23854-02/10 y García en *Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1996, p. 534.

la tenencia ilegítima de arma de fuego donde no existe daño material ni agraviado individual que pudiera invocarlo.[21]

En el caso de la querella o víctima, su presencia en la audiencia será importante a los fines de que exponga las razones que tiene para aceptar o no la suspensión y eventualmente el ofrecimiento de la reparación del daño que el imputado pueda ofrecer y será a su vez beneficioso también para que el adolescente pueda percibir el daño causado a la víctima en pos de lograr este objetivo positivo de su resocialización. Tal como prescribe la normativa procesal, la víctima es uno de los actores a quien debe escucharse a los efectos de analizar la concesión de la suspensión del proceso a prueba, sin embargo, no es necesario su consentimiento para el otorgamiento.

En todos los casos, el juez penal juvenil debe escuchar a la víctima, más aún cuando se oponga a la suspensión, y aunque no lo vincula su oposición, en la resolución debe señalar y argumentar el valor que ha atribuido a dicha opinión y las razones que lo llevaron a adoptarla. Como se dijo, el parecer de la víctima no es definitivo para evitar que el juez decida la procedencia del instituto ya que este puede considerar la propuesta del imputado razonable o proporcional a las circunstancias del caso y concederlo, aunque las opiniones y los puntos de vista de las partes le proporcionarán elementos para tomar la decisión más adecuada al caso.

Dada la importancia prevista en el RPPJ, en caso de celebrarse la audiencia sin haberse notificado a la víctima, aquella no tendrá validez y deberá realizarse una nueva, debido a que, como hemos dicho antes, tiene derecho a que su opinión sobre la suspensión del proceso sea escuchada, en la medida de que sobre ella ha recaído la conducta negativa del imputado y los daños ocasionados. Para el caso de que, habiendo sido notificada, la víctima o la querella no hubiera comparecido, el ofrecimiento formulado deberá ser comunicado para que se pronuncie al respecto y pueda, en su caso, tener la vía civil correspondiente.

Con respecto al Asesor Tutelar, cabe destacar que de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley local Nº 1903 (Ley Orgánica

21. Ibídem, Sala I, 19/11/04, "Hanem, Héctor", causa Nº 345/04, del voto de la Dra. Marum al que adhirieron los Dres. Sáez Capel y Vázquez; "Gómez Rojas, Paulo Javier" causa Nº 79999/14.

del Ministerio Público)[22] y el artículo 40 del RPPJ,[23] es el encargado de velar por los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad y dada su importancia en el proceso penal juvenil, la falta

22. Ley N° 1903 (Ley Orgánica del Ministerio Público), art. 53. Funciones: corresponde a los Asesores o Asesoras Tutelares en las instancias y fueros en que actúen: 1. Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen. 2. Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as. 3. Requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a resolver la situación de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados/as cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles, tutores/as, curadores/as o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encontraren. En su caso pueden, por sí solos, tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen. 4. Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios. 5. Asesorar a personas menores de edad e incapaces, inhabilitados/as y penados/as bajo el régimen del artículo 12 del Código Penal, así como también a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que pudieren resultar responsables por los actos de los/las incapaces, para la adopción de todas aquellas medidas vinculadas a la protección de estos/as. 6. Concurrir con la autoridad judicial en el ejercicio de las funciones y deberes que les incumben de acuerdo con la Ley Nacional Nº 26657 y la Ley local N°448 (Salud Mental) sobre internación y externación de personas. 7. Emitir dictamen en los asuntos en que sean consultados por los/las tutores/as o curadores/as públicos/as. 8. Citar y hacer comparecer a personas a sus despachos cuando, a su juicio, fuere necesario para pedir explicaciones o contestar los cargos que se les formulare, cuando se encontraren afectados los derechos de personas menores de edad o incapaces. 9. Inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y reeducación, sean públicos o privados, debiendo mantener informadas a las autoridades judiciales y, por la vía jerárquica correspondiente al Asesor o Asesora General Tutelar, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y médico propuestas para cada internado/a, así como respecto del cuidado y atención que se les otorgue. 10. Dictaminar en las causas sometidas a fallo plenario cuando la cuestión se refiera al derecho de las personas menores de edad o de los/las incapaces.

23. RPPJ, art. 40. Asesor Tutelar. Deberá intervenir en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años de edad. Este debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que asisten a la persona menor de dieciocho (18) años.

de comparecencia por ausencia de notificación acarrea la nulidad de la audiencia celebrada en los términos del presente artículo. En este caso, su presencia es necesaria y no resulta subsanable con el traslado conferido al asesor tutelar para que se expida, ya que resulta tardío y no es suficiente ni adecuado a los fines de proteger y defender los intereses del niño. Su falta de intervención como parte directamente invalida el acto procesal celebrado al que debió ser convocado.[24]

La resolución sobre la suspensión del proceso

Es función del juez penal juvenil, conforme lo establece el artículo 31 punto 7 del RPPJ, *Decretar la suspensión del proceso a prueba en los supuestos previstos en la legislación vigente*, de manera que, una vez escuchadas las partes, resolverá si se deniega o se concede o la suspensión del proceso a prueba.

Asimismo, una vez que se decide su aplicación, se deben tomar dos decisiones adicionales: una vinculada al establecimiento del plazo de duración de la suspensión del proceso a prueba para el cumplimiento de las reglas de conducta y otra relacionada con la imposición de esas reglas de conducta.

De acuerdo al CP el plazo de prueba no puede ser menor a un año ni mayor de tres, y debe ser proporcional a la gravedad del hecho imputado y conforme a la propuesta de las partes. Sin embargo, tal como afirma Bovino:

> … en ningún caso el plazo puede ser desproporcionado. Esta exigencia del principio de proporcionalidad, sin embargo, no impide que el plazo sea más reducido que lo posible. El principio de proporcionalidad, como todo principio de garantías, solo opera para favorecer al imputado, y jamás en su contra. Debemos recordar que el instituto se aplica para lograr ciertos fines. Si, en el caso concreto, es posible cumplir con esos fines, aceptablemente, en menor tiempo, se puede reducir el plazo.[25]

24. CAPCF, Sala I, "B.G.A" causa N°13736-01/13 del voto de los Dres. Vázquez, Bacigalupo y Franza, sentencia del 07/05/2015.

25. Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino*, *op. cit.*, p. 187.

Las reglas de conducta serán generalmente establecidas conforme a las previsiones del artículo 27 bis del Código Penal,[26] aunque según lo previsto en el artículo 77 del RPPJ, se privilegiarán aquellas cuya finalidad comprenda su salud, educación, aptitud laboral, así como el mantenimiento y fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios. Tal como sostuvieron los Dres. Franza y Manes en el caso "F.Z.T.R.",[27] el instituto de la suspensión del proceso a prueba *será siempre de corte reeducativo y resocializador y no le generará* (al menor) *antecedente alguno.*

Si bien es importante que la víctima esté satisfecha con el plan de reparación propuesto, habrá ocasiones en que aun con su desacuerdo, el juez, después de analizar la propuesta, la juzgue razonable y proceda a avalarla y conceder la suspensión del proceso a prueba.

El juez penal juvenil al resolver sobre la solicitud, disipará las dudas y observaciones de las partes. A su vez, deberá exteriorizar cuales fueron los argumentos de las partes en torno a la propuesta de suspensión y los motivos que lo llevaron a aceptar la medida (o rechazarla), los fines que busca lograr con las reglas de conducta impuestas al joven y el plan de reparación que deberá cumplir aludiendo a los motivos que tuvo para aceptarlo o modificarlo, en su caso. El juez, además,

26. Código Penal, art. 27 bis: Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato; 2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas; 3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; 4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida; 5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional; 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia; 7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad; 8. Realizar trabajos no remunerados a favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo. Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

27. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, Causa N° 0036964-01-00/09. "F. Z., T. R", del voto de los Dres. Jorge A. Franza, y Silvina Manes, sentencia del 17/11/2011.

prevendrá al joven sobre el significado y forma de cumplimiento de las reglas de conducta impuestas y las consecuencias de su inobservancia.

Cuando se suspende el proceso a prueba, las pautas de conducta impuestas al joven deben ser razonables, definidas en forma cierta, delimitadas en el tiempo y proporcionales al hecho atribuido (por ejemplo, obligación de asistir a un establecimiento educativo y terminar un ciclo lectivo, la colaboración en una organización de bien público, la capacitación en un oficio o arte, la realización de actividades culturales, la abstención del consumo de bebidas alcohólicas, etc.).[28] Ello tiene que ver con el alcance que debe darse a la suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil en eje con el artículo 40 de la Convención sobre los derechos del Niño que establece junto a la importancia de las medidas alternativas, *la realización de programas de enseñanza de información personal.*

No debe perderse de vista que la justicia penal juvenil tiene como finalidad fomentar la responsabilización del adolescente y a la vez promover su integración social mediante la oferta de programas socioeducativos. Por ello las condiciones que se fijen deben estar dirigidas a conseguir o procurar la reintegración social del niño, es decir, ser las más convenientes para que no vuelva a cometer algún delito y realice su vida en sociedad de forma armónica. Así lo resalta la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala" al decir:

> Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad. [29]

Es por ello que el juez penal juvenil debe tener en cuenta al momento de definir las pautas de conducta, una serie de factores sociales, psicológicos y familiares sin soslayar que el adolescente es una persona en desarrollo, en proceso de formación para la vida adulta, y

28. Cavalieri, Carla, "Jóvenes en conflicto con la ley penal: la sanción como *ultima ratio"*, en Quinteiro, Alejandra (coord.), *Justicia penal juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016, p. 61.

29. Corte IDH, "Villagrán, Morales y otros vs. Guatemala" sentencia del 16/10/1996, párr. 197. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf

que se encuentra transitando una etapa de plena evolución intelectual, emocional, educativa y moral. Al respecto, en el informe sobre "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", elaborado en forma conjunta con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH)[30] se destaca que la vigencia de esta vía procesal alternativa requiere de una adecuada asignación de recursos para programas comunitarios a fin de asegurar su disponibilidad.

Por último, cabe destacar que las condiciones que se impongan a los jóvenes relacionadas con la reparación del daño y las reglas de conducta deben ser, en lo posible, consensuadas y aceptadas voluntariamente, lo que hará más probable su cumplimiento.

La oposición del fiscal penal juvenil

Se establece también que la oposición del fiscal penal juvenil a la concesión de la suspensión del proceso a prueba, fundada en cuestiones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio resulta vinculante para el juez.

Este punto, que se replica en la mayoría de las regulaciones sobre la suspensión del proceso a prueba, constituye uno de los temas que más controversia generó tanto en jurisprudencia como en doctrina.

En primer lugar, corresponde destacar que teniendo en cuenta la letra de la ley, resulta claro que si bien la suspensión del proceso a prueba es un derecho del imputado menor de edad, este derecho queda condicionado por la decisión del fiscal al igual que se prevé en el régimen de los adultos.[31] Al respecto se afirmó que "existe un derecho a la suspensión de juicio a prueba, cuyo ejercicio se plasma frente a la verificación de los requisitos para su otorgamiento. Ello indica la incorrección de tratarlo como un beneficio y a su implementación como concesión"[32] y en este punto se debe analizar que se entiende por

30. OEA/SER.L/V/II, Doc. 78. 13/07/2011. Disponible en: www.cidh.org.

31. Bovino, Alberto; Lopardo, Mauro y Rovatti, Pablo, *Suspensión de Procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013, p. 299.

32. Devoto, Eleonora A., *Probation e institutos análogos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 125.

razones de política criminal y necesidad de que un conflicto se dirima en el juicio en relación a la oposición fiscal, y si la opinión basada en esos argumentos resulta vinculante para el juez.

Si bien el propio Tribunal Superior de Justicia de Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante TSJ) considero que el consentimiento fiscal es un requisito inherente al instituto en su totalidad sin efectuar distinción alguna,[33] mucho se ha discutido en torno al peso de la negativa fiscal en el sentido de si obliga al juez a no conceder la suspensión del proceso a prueba.

En esta línea, los argumentos utilizados para fundamentar la necesidad de que el caso de resuelva en juicio suelen presentarse de manera íntimamente ligada a las razones de política criminal donde los fiscales han manifestado la importancia de llegar a la instancia de debate utilizando motivos de peligrosidad o por la gravedad del hecho.[34]

En este punto, el TSJ ha dejado sentada su postura al establecer que no puede haber suspensión del proceso a prueba en causas penales si el fiscal pide ir a juicio, pues en virtud del principio acusatorio, rector en el ámbito de la ciudad, así como de la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Publico, no puede quedar en manos del juez la decisión de suspender el ejercicio de la acción penal ya que de ocurrir se estaría ante *una alteración de los roles de los actores del proceso.*[35]

Sin embargo, una interpretación distinta ha sostenido que el juez debe corroborar la legalidad y razonabilidad de los motivos expuestos por el acusador público,[36] debiendo estos motivos basarse en

33. TSJCABA, "Sihuin Valverde, Fortunato Jesús", causa Nº 11368/14, sentencia del 31/03/2015.

34. Son casos reconocidos jurisprudencialmente, llevar un arma dentro de un automóvil en una zona de gran afluencia de gente y la participación de cinco personas en el hecho (CAPCF, Sala I, "González, Marianela Cecilia y otros", causa Nº 34062/12, sentencia del 08/09/14), la edad avanzada de la víctima, ser caso de violencia doméstica (CAPCF, Sala I, C.M.C, causa Nº 11744/14 sentencia del 13/10/2015).

35. TSJCABA, 08/09/10 "Benavidez, Carlos Maximiliano", causa Nº 6454/09, criterio ratificado en "Porro Rey", causa Nº 7909/11, "De Luca", causa Nº 10160, sentencia del 30/04/2014 entre muchas otras.

36. CAPCF, Sala III, 13/02/07, "Semprevivo, Sabrina", causa Nº 108/06; "Flores Guzmán, Franco" 03/08/15, Sala II "Moroni, Rubén Emilio", sentencia del 20/03/14, causa Nº 11397/13; "Argañaraz, Emanuel Valeriano" 10/06/14 causa Nº 5720/13; "Gómez, Gonzalo Adrián", sentencia del 11/03/15, causa Nº 10900-02/13, Sala I, "Milinskly, Vitaaliy", sentencia del 28/08/14, causa Nº 2643/14; "Gómez Rojas, Paulo Javier", 17/12/14, causa

cuestiones de política criminal relacionadas con el caso concreto y no como *una fórmula mágica que se esgrima de un modo carente de contenido*,[37] resultando vinculante una vez que la posición del Ministerio Público supere los recaudos de legalidad y fundamentación.[38]

Al respecto, la Dra. Conde sostuvo que la invocación de razones de política criminal abstracta y carente de contenido que no explican la necesidad de que esa causa se ventile en juicio resulta insuficiente para sustentar una oposición fundada.[39] Al respecto expresó que

> … si bien entiendo que la aplicación de una *probation* no procede de modo automático frente a la mera solicitud del imputado, la oposición fiscal a su otorgamiento tampoco puede ser caprichosa, sistemática ni expresada con total desapego de las circunstancias de la causa.[40]

En este punto, los Dres. Bosch y De Langhe en los autos "N.N"[41] señalaron:

> … que compete al Magistrado ejercer el control de legalidad y racionalidad de los actos del proceso pues constituye parte esencial de su función jurisdiccional la interpretación del sentido y alcance de la ley y su aplicación al caso concreto. Y también esa valoración jurisdiccional indelegable implica realizar una seria evaluación referida a dos parámetros interrelacionados: por un lado, las razones y argumentos en los que se sustenta la opinión favorable o desfavorable; por el otro, las características de la conducta desarrollada por el imputado y el contexto fáctico en que la misma se produjo, pues solo del exhaustivo estudio de ambos elementos surgirá la decisión más justa del caso a resolver.

Como puede observarse, si bien es en principio correcto entender que la oposición del fiscal resulta vinculante tal como lo exige la norma

---

Nº 7999/14; "Ortellado, Eduardo Rubén", 22/10/15, causa Nº 5356/15. En sentido similar se ha expresado la CNCC, voto de los Dres. Sarrabayrouse y Bruzzone, Sala II, 15/04/15, "Ramírez, Fabio Héctor", causa Nº 36461/2014/TO1/CNC1.

37. CAPCF, Sala I, 08/09/14, "Gonzalo Marianela Cecilia y otros", causa Nº 34062/12; 13/10/15, "C.M.C", causa Nº 11744/14; Sala III, 23/3/16, "C.N.A", causa Nº 3756/15.

38. D'Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 9ª ed., 2011, p.514.

39. TSJCABA, "Romero, Gustavo Facundo", 26/04/11.

40. Ibídem, "Arcienaga, Lucas Cristian", causa Nº 8450/11, sentencia del 14/05/12.

41. CAPCyF, Sala II, causa N° 17886-01 CC-15, "N.N.", del voto de los Dres. Fernando Bosch, Marcela De Langhe, sentencia del 16/06/2016.

comentada, también resulta adecuado que dicho dictamen fiscal sea sometido al control jurisdiccional de tal manera que, si el fiscal penal juvenil se opone a la concesión de la suspensión del proceso a prueba, el juez especializado está habilitado para analizar las razones que expone para consentir u oponerse a la concesión.

De esta forma, en la audiencia que se realice, el fiscal podrá exponer las razones por las que considera que no debe proceder, en el caso específico, la suspensión del proceso a prueba y en caso de se ofrezcan argumentos válidos al juez que comprueben que los requisitos del instituto o bien su aplicación lo hacen procedente se debe rechazar la aplicación del mismo.

Asimismo, en caso de que el juez penal juvenil aprecie que no existe oposición fundada en argumentos válidos, puede decretar la procedencia de la suspensión del proceso a prueba, aunque no esté de acuerdo el fiscal penal juvenil.

En este punto, el juez especializado deberá prestar especial atención a los argumentos del fiscal y especialmente a las consideraciones que haga en torno a la normativa específica en la materia tanto, local como nacional e internacional vigente y su aplicación en la situación del niño, niña o adolescente, ya que el reproche que a ellos se les formula no puede tener la misma entidad que la realizada a un adulto. Asimismo, deberá contemplarse muy especialmente que la suspensión del proceso a prueba constituye, como se dijo, una vía alternativa a la aplicación de una pena con innegables ventajas y comprendida dentro de las opciones que brinda el artículo 40.4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, por lo tanto, no puede descartarse con la misma argumentación que se realiza para una persona adulta si se entiende correctamente la sentencia de la CSJN en el caso "R.M., J. L".[42]

El principio constitucional de la especialidad del sistema penal juvenil y su derivado, la especialización de sus operadores,[43] debe ineludiblemente llevar a que todos los intervinientes en el proceso a

42. Al respecto, puede consultarse Muñoz, Damián, "La suspensión del proceso a prueba para jóvenes en conflicto con la ley penal. Entre el paradigma de la protección integral y las limitaciones de "Kosuta", en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, T. 2, pp. 87-112.

43. Conforme lo establecen los arts. 5, 40.2.b.ii y iii y 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

que respeten todos y cada uno de los postulados del sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes[44] (Ley N° 20061 y Ley N° 114 CABA) y así ceñir su ámbito a la conformación de una justicia flexible y especializada.

De esta manera, el fiscal penal juvenil se encuentra obligado a realizar un esfuerzo argumentativo mayor, teniendo en cuenta la situación particular del adolescente, su incuestionada inmadurez emocional tal como fuera reconocido desde hace años por la CSJN en el caso "Maldonado",[45] y principalmente en vista de la normativa constitucional que apunta a restringir los efectos estigmatizantes del proceso penal a través de la promoción de soluciones alternativas como ser la suspensión del proceso a prueba siempre que sea apropiado y favorezca la reinserción social,[46] puesto que, en caso contrario, su dictamen de oposición no resultará vinculante para el juez penal juvenil.

Finalmente, cabe señalar que los únicos casos en los cuales el fiscal válidamente podría oponerse a la suspensión del proceso a prueba de un adolescente sería cuando se tratara de delitos muy graves (secuestro extorsivo, homicidio doloso, delito contra la integridad sexual, etc.). Este criterio fue establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 24 al señalar en su párrafo 76:

> … cuando un niño cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del infractor y a la gravedad del hecho, y se tomará en consideración la necesidad de seguridad pública y de sanciones. Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad.

44. Dicho sistema ha sido implementado a nivel nacional por la Ley N° 26061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y a nivel local, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la Ley de protección de derechos N° 114, con el objetivo de operativizar la Convención sobre los Derechos del Niño que consagra al niño como sujeto de derechos.

45. CSJN, M. 1022. XXXIX, "Maldonado, Daniel Enrique y otro/s robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", causa N° 1174, sentencia del 07/12/05.

46. Conforme lo establecen la Convención sobre los Derechos del Niño, *op.cit.*; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, *op.cit.*; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, *op.cit.*; Comité de Derechos del Niño, *op.cit.*

Recurso contra la resolución

Claramente se establece que frente a la decisión tomada por el juez penal juvenil no habrá recurso alguno.

Cumplimiento o incumplimiento de las condiciones impuestas

Durante el plazo de la suspensión del proceso a prueba, el niño estará sujeto al cumplimiento de determinadas obligaciones o reglas de conducta; pero si estas no son cumplidas el juez penal juvenil tiene la facultad de revocar la suspensión del proceso a prueba y reiniciar la persecución penal en su contra o bien prorrogar el plazo establecido para su cumplimiento.

La acción penal quedará extinguida y se archivará la causa si durante el tiempo fijado el imputado menor de edad no cometiera un delito, reparase los daños en la medida ofrecida y cumpliere con las reglas de conducta establecidas.

En caso contrario se llevará a cabo el juicio oral y reservado bajo el régimen de la Ley N° 22278 y las normas del RPPJ.

Como puede observarse, la mecánica de la suspensión del proceso a prueba implica que en el plazo acordado se deben cumplir las reglas de conducta que se hayan impuesto (como vimos pueden ser variadas, pero siempre con un fin reeducativo y resocializador).

El control del cumplimiento de las condiciones que se impongan con motivo de la suspensión del proceso quedará a cargo del Cuerpo Interdisciplinario y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil conforme lo dispuesto en la Resolución N° 1401/2016 del Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el punto 6 3) del reglamento de dicho órgano se establece:

> El Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil intervendrá, a requerimiento del Juez/Jueza Penal Juvenil en los casos que se requiera "la suspensión del proceso a prueba". En tipo de casos las funciones son:
>
> a. La supervisión de las reglas de conducta impuesta judicialmente, a requerimiento del Juez de la causa, como así también el acompañamiento

del joven en el cumplimiento de las mismas y la asistencia integral del mismo, haciéndola extensiva a su núcleo familiar.

b. La tarea de los/las profesionales asignados no incluye el tratamiento de las situaciones sino su abordaje psicosocial, contención, derivación y orientación para favorecer la reinserción del joven.

c. El/la titular de la Oficina designará a los/las profesionales que deban intervenir en el caso, quienes tomarán vista de la causa y realizar el pertinente informe psicosocial.

d. El equipo técnico diagramará las estrategias de intervención en el acompañamiento de las reglas de conducta que fije el Juez/Jueza Penal Juvenil, conforme a la situación particular del joven y a los compromisos asumidos en el marco de la suspensión del proceso a prueba, debiendo a tal efecto labrar los informes retrospectivos e informarlos –en tiempo y forma– a el/la titular de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil quien lo comunicará al Juzgado interviniente.

e. Los/las profesionales asignados podrán llevar a cabo su labor mediante entrevistas personales, en esta sede o en el domicilio del joven y el acompañamiento a las instituciones en donde se deba dar cumplimiento, conforme a la estrategia trazada.

f. Se prevé la realización de un informe inicial inmediatamente posterior a tomar contacto con el joven, asimismo y durante el transcurso del período de acompañamiento se elaborarán informes de seguimiento y al finalizar el período impuesto judicialmente se elevará un informe final que reflejará el proceso transitado por el joven.

g. Proponer, a requerimiento del Juez de la causa, dentro del registro de organizaciones estatales y de la comunidad existente en la Oficia de Apoyo a la Justica Penal Juvenil, instituciones para el cumplimiento de las reglas impuestas en la suspensión del proceso a prueba que resulten acordes a la situación social del joven y su lugar de residencia. Como así también podrán sugerir el cambio de institución y proponerle que se adecuen a las circunstancias del caso en particular.

Como puede apreciarse, la intervención de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil y el sistema de control de las condiciones de la suspensión del proceso a prueba resulta determinante para el éxito de este mecanismo principalmente en pos de los objetivos buscados en el caso concreto.

Una cuestión interesante a los fines señalados es la posibilidad de que en el transcurso del plazo de prueba y a sugerencia de la referida oficina es que se puedan modificar las condiciones impuestas atendiendo siempre el caso particular. Ello resulta altamente positivo, ya que pudiera resultar que, por diversas circunstancias, las reglas que inicialmente se impusieron pierdan su virtualidad o, más aun, no cumplan el fin previsto. Aceptando la posibilidad de modificar las reglas se otorga flexibilidad al instituto estudiado, de manera de ir adecuando el camino a las condiciones particulares del joven, evitando así el fracaso de la vía alternativa por una rigidez en su determinación inicial.

Claramente no ofrece ningún tipo de problema la situación del joven que dentro del plazo cumplió todas las mandas que le fueron encomendadas, ya que se ha hecho acreedor del archivo de su causa.

La situación se complica en caso de que no haya cumplido alguna o todas las reglas de conducta impuesta. En este caso la ley brinda dos opciones, prorrogar o revocar la suspensión. Para tomar cualquiera de las dos decisiones, el juez penal juvenil deberá escuchar previamente al joven imputado para que tenga oportunidad de expresar las razones que pudiera tener para justificar el incumplimiento, ya que actuar de otro modo presupondría un excesivo rigor formal incompatible con el sistema penal juvenil desde un enfoque restaurativo.

En función de ello, deberá siempre privilegiarse, la prórroga de la suspensión, procediendo su revocación únicamente ante el incumplimiento reiterado e injustificado de las reglas impuestas. Tal como afirma Vitale "la revocación debe ser dispuesta judicialmente en forma sumamente excepcional [...] la revocación será siempre una facultad judicial, pero nunca un deber, pues el Estado debe esforzarse plenamente en la búsqueda de alternativas al cumplimiento".[47] Sin embargo, lo dicho no implica que en caso de que no se cumpla efectivamente con las condiciones impuestas se reinicie el proceso, ya que de otra forma podría generarse la percepción de que este mecanismo solo promueve la impunidad.

Pese a que no esté establecido, resulta claro que la revocación de la suspensión también procede cuando el imputado durante el transcurso del plazo de la suspensión comete un nuevo delito y es condenado

47. Vitale, Gustavo L., *La suspensión del proceso penal a prueba, op, cit.* p. 355.

mediante sentencia firme. No cabe duda de que la comisión de un nuevo delito constituye un fracaso del plan de reintegración social.

Finalmente, cabe señalar que el uso de esta vía alternativa en ningún caso debe constituirse en un antecedente negativo en futuros procesos penales. Al respecto, en el Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos:

> La CIDH también señala que la aplicación de estas medidas con respecto a un niño no puede ser considerada como un antecedente en futuros procesos ante la justicia juvenil a los que se vea enfrentado a causa de una presunta infracción de leyes penales. En estos casos, los registros solo tendrán efectos informativos y su acceso estará limitado a las autoridades competentes del sistema de justicia juvenil.[48]

Conclusión

Como hemos observado, la suspensión del proceso a prueba en el RPPJ resulta ser una herramienta especial y una vía procesal alternativa más que adecuada para los jóvenes en conflicto con la ley penal, lo cual, a su vez, incorpora los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y alienta a los operadores dentro del procesal penal a orientar su actividad conforme la especialización y resolver los conflictos cuidando satisfacer tanto los derechos del imputado como los de la víctima y contribuir de este modo a la paz social.

48. OEA, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/SER.L/V/II, Doc. 78. 13/07/2011, párr. 227.

TÍTULO X: DEBATE

Karina Chavez* y Juan Pablo Gallego**

Artículo 78. Debate
Además de las propias del juicio común, durante el debate se observarán las siguientes normas:
El debate se realizará a puerta cerrada, y a la audiencia solo podrán asistir el/la Fiscal Penal Juvenil, su Defensor/a, el/la Asesor/a tutelar, los padres, tutores o responsables del niño o adolescente imputado/a y víctima, y las personas que tuvieren legítimo interés en presenciarlo.

* Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (USAL). Especialista en Investigación Científica del Delito (Facultad de Ciencias de la Criminalística/Instituto Universitario de la PFA). Diplomatura en Derecho Penal y Procesal Penal (UFLO). Diplomatura en Investigación Criminal (USAL). Actualmente se desempeña como defensora pública coadyuvante de la Defensoría Publica de Menores e Incapaces Nº 1.

** Abogado (UBA). Consultor internacional por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Organización de Estados Americanos (OEA), Fondo Argentino de Cooperación Horizontal (FO-AR), Comisionado Nacional de Derechos Humanos de la República de Honduras (CONADEH). Consultor internacional por UNICEF y por la Organización de Estados Iberoamericanos. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España. Profesor invitado en la Universidad Nacional Autónoma de Tegucigalpa, Honduras. Profesor invitado en la carrera de Derecho de la UN (Universidad de San Pedro Sula, Honduras). Profesor en la Escuela de Policía Juan Vucetich. *Managing partner* de Cremades, Calvo Sotelo & Gallego-Abogados, en su sede de Buenos Aires (hasta 2010). Director de Gallego Abogados (desde 2011). Incluido en el Directorio Legal Martindale-Hubbell, World Guide of Lawyers and a Law Firms (desde 2001). Redactor del Proyecto de Nuevo Código de la Niñez y Adolescencia de la República de Honduras (2007). Autor del Libro *Niñez Maltratada y Violencia de Género* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007). Ha sido asesor del Honorable Senado de la Nación Argentina y de la Cámara de Diputados de la Nación. Asesor legal del Comité de los Derechos del Niño (desde 1996). Consultor del Ministerio Público de la República de Honduras. Asesor de la Secretaría de Asuntos Militares, Ministerio de Defensa de la República Argentina. Asesor del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires (en 2012). Asesor de la Secretaría de la Niñez de la Provincia de Buenos Aires (2013/2014). Miembro y patrono fundador de World Law Foundation y World Jurist Association (WJA), con sede en Washington, Columbia, EE. UU. Columnista del diario *El País*, de Madrid, España, entre otros medios de prensa y publicaciones jurídicas de la República Argentina y España.

No es admisible la omisión de prueba.
Será parte legítima para manifestar oposiciones la Defensa y la Asesoría Tutelar. No se hará lugar a las preguntas capciosas, sugestivas de opinión, conclusivas, impertinentes, repetitivas, confusas, vagas, ambiguas y las compuestas.

En las últimas décadas, y principalmente tras la reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994, la República Argentina ha avanzado en la adecuación de su marco normativo a las exigencias de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de la Infancia. En tal sentido, la incorporación a la Constitución Nacional de distintos tratados internacionales sobre Derechos Humanos, entre los que destaca la Convención sobre los Derechos del Niño –documento que sienta las bases de un Derecho Penal juvenil garantista–, ha llevado a los gobiernos nacional y provinciales al dictado de leyes vinculadas con la justicia penal juvenil; sistema de justicia que, desde ese momento, atraviesa un proceso de cambio hacia un nuevo paradigma.

En contraposición a los principios derivados –a comienzos del siglo XX–,[1] de la Ley de Patronato N° 10903/1919[2] –primera ley específica, re-

1. En los comienzos de la formación del Estado nacional argentino, la preocupación por la adopción de medidas tendientes a la protección a la infancia pobre y desvalida fue materia excluida de los asuntos de interés de la República. Esta problemática era abordada, únicamente, por entidades de la sociedad civil, ya sea en su variante liberal laica o religiosa. En este marco, debe señalarse que durante los primeros años de formación del Estado nacional la protección de los niños abandonados solo aparece, esporádicamente, como asunto de preocupación pública estatal en relación con políticas sanitarias o educativas, en tiempos de modernización del Estado y/o de conflictos con la Iglesia.

Fue recién a partir de la segunda década del siglo XIX cuando, superada la guerra de la Independencia e iniciados los conflictos internos por la unidad nacional, la cuestión de la infancia comenzó a ser objeto de intervención estatal, aunque la misma se limitara a asegurar el funcionamiento de las casas de internación (a través de subsidios a instituciones religiosas, por ejemplo), pero sin definirse el perfil o contenidos de una normativa de protección a la infancia, propiamente dicha.

2. Sancionada en el año 1919, la Ley de Patronato consideraba a los menores de edad como objetos de tutela y, en ese marco, establecía la intervención del Estado, a través de la Justicia, en los casos que hubiera menores de edad en situación de abandono o peligro material o moral, dando lugar al denominado paradigma de la situación irregular; paradigma que aunaba, en un mismo grupo, a jóvenes con situaciones personales, familiares e, incluso, económico-sociales muy disímiles, sobre los que planteaba la potestad estatal de establecer prácticas de encierro en nombre de su protección. Es decir,

ferente a la temática de la infancia, a aplicarse, en territorio nacional, la cual comprendía a los menores de edad como objetos de tutela–, surge una nueva concepción del niño en tanto sujeto portador de derechos, sobre los que va adquiriendo, progresivamente, a medida que crece, una mayor autonomía para ejercer. Concepción que, en lo que respecta a las personas menores de edad, halla sus estándares mínimos en los postulados emanados de la antes mencionada Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Pese a ello, no sería sino hasta la sanción de la Ley N° 26061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2005) y la derogación de la Ley de Patronato de Menores que los principios emanados de la CDN comenzarán a tener mayor recepción en la jurisprudencia nacional. Sobre este punto, cabe destacar que, al omitir el tratamiento de las normas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, la Ley N° 26061 habilitó la persistencia, en el ordenamiento jurídico del país, de ciertos vestigios de la doctrina de la situación irregular, encarnados, principalmente, a través de los postulados de la Ley de Minoridad (Ley N° 22278 y sus modificatorias). Frente a la conformación de dicho escenario, los magistrados aferrados, muchas veces, a prácticas anacrónicas, continuaron aplicando las ideas tutelares y dejaron a un lado los postulados, con jerarquía supralegal, de la CDN.

Siendo que, a nivel nacional, el pasaje del paradigma de la situación irregular al paradigma de la protección integral se encontraba con una serie de obstáculos, la diferencia comenzaría a gestarse a nivel local. Diversas leyes provinciales trataron de acercar los sistemas vigentes a los estándares internacionales de manera *sui generis*. Mientras que, en algunas provincias, se trataron leyes de protección de la infancia que incluyeron algunos artículos o capítulos en materia penal juvenil, en otros

no sólo no se establecía una clara división entre el niño involucrado en un acto que la ley califica como delito de aquel otro niño desamparado o incluso que víctima de una situación de abandono y/o pobreza, sino que basado en las nociones de disposición, internación o reeducación de los menores, dicho paradigma suponía la privación de la libertad de los jóvenes en lugares de encierro, con condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos.

puntos del territorio, como es el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se creó un régimen procesal penal especial.

En concordancia con los principios emanados del Derecho Internacional concerniente a los Derechos Humanos referidos a la infancia y con los principios esbozados en la Ley de Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 114/1999,[3] el 3 de octubre de 2007 la Legislatura porteña sancionó la Ley N° 2451, correspondiente al Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Régimen a través del cual se erige, en el territorio de la Ciudad, un cuerpo normativo que no solo prevé las distintas garantías constitucionales que obligatoriamente deben existir, en un Estado de Derecho, ante el juzgamiento penal de toda persona, sino que resulta, también, respetuoso de las garantías constitucionales relacionadas con la situación de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, conforme a las exigencias de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de la Infancia.

Llegada esta instancia, cabe señalar que si bien los estándares internacionales mínimos de los Derechos Humanos aplicables al sistema penal juvenil se hayan enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, arts. 37 y 40), existe, también, una serie de instrumentos cuya importancia vale destacar, concretamente: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), ya que establecen la forma en que deben ser interpretados y aplicados los tratados y por tanto integran un

3. La Ley N° 114 incorpora las reglas y directrices cuyos tópicos integran las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, Res. N° 40/33 de la Asamblea General), la Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Res. N° 45/113 de la Asamblea General) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), así como recoge como parte integrante toda norma que conforma el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de Infancia (Ley N° 114, art. 12). De igual modo, dicha norma enumera las garantías procesales para los niños, niñas y adolescentes infractores o presuntos infractores de la ley (Ley N° 114, art. 11).

corpus iuris que fija el contenido y los alcances de las obligaciones del Estado en materia de penalidad juvenil.

De esta forma, y en conformidad con lo dispuesto en la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño, el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad reglamentó el procedimiento a seguir ante la comisión o presunta comisión de hechos caratulados como delitos, por parte de adolescentes infractores ubicados en la franja etaria comprendida entre los 16 a 18 años de edad no cumplidos al momento de ocurrir los hechos materia de una investigación penal, así como fijó las bases para que, a partir de entonces, el Sistema de Justicia Penal que tome intervención en los delitos cometidos por dichos sujetos fuese distinto de aquel que tome intervención en el tratamiento de los delitos que involucren a personas mayores de edad. El principio de especialidad aplicado dejaba asentado, de este modo, que el procedimiento desarrollado para el tratamiento judicial de los menores debe tener características específicas que se adapten a las necesidades de los jóvenes, previendo, incluso, estándares más exigentes en materia de garantías procesales –si se compara el régimen vigente para las personas adultas– o medidas específicas que capten las particularidades y necesidades de los adolescentes y de su medio social.

No puede soslayarse que hay un límite decisivo para regular dos sistemas penales netamente diferenciados: el Sistema Penal para Adolescentes y el Sistema Penal General. A partir de esta diferenciación, las normas internacionales de derechos humanos establecen que el Sistema de Justicia Penal que intervenga en los delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad debe ser especializado.

Es que el derecho a tratamiento especial –Principio de Especialización– del que gozan los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal implica:

- Que los órganos judiciales (jueces, fiscales, defensores oficiales) se encuentren capacitados y tengan competencia específica para actuar cuando los delitos sean cometidos por personas menores de 18 años de edad.
- Que los procedimientos se adapten a las necesidades de los adolescentes, previendo incluso estándares más exigentes en comparación con los vigentes para las personas adultas.

- Que las autoridades administrativas de aplicación del sistema y los establecimientos de ejecución de las penas sean especiales, es decir, diferenciados de los destinados a la población de mayores de 18 años.
- Que las sanciones y las medidas alternativas al proceso penal sean distintas de las del régimen penal de adultos.

Aun cuando la Ciudad de Buenos Aires no haya avanzado, todavía, en la constitución de una justicia penal juvenil en un fuero especializado,[4] diversos son los avances normativos que la Ley N° 2451 supuso. En tal sentido, es de destacar la figura del asesor tutelar, que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, posee raigambre constitucional (Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –CCABA–, art. 124).

Tomando en consideración el contenido del artículo 78 de la Ley N° 2451, interesa retomar en este punto lo concerniente a un elemento del juicio, en particular: el debate. Para ello se torna menester, no obstante, efectuar, en primera instancia, una descripción del contexto en el que se produce el surgimiento de dicha pauta, lo que supone retrotraerse a las modificaciones planteadas, a nivel normativo, tras la aprobación del Código Procesal Penal de la Nación (1991) y que se vieran, luego, reforzadas con la sanción del Código Procesal Penal Federal (2019); Códigos cuyo establecimiento supusiera un cambio de paradigma significativo en lo que refiere a la comprensión de la administración de justicia, de las funciones y de los roles asumidos por cada uno de los sujetos que intervienen en materia penal, así como también

4. Si bien, a nivel local, la constitución de una justicia penal juvenil en un fuero especializado constituye, todavía, una materia pendiente, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, en sintonía con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial porteño, avanzó con la iniciativa de dotar a dos juzgados de la responsabilidad de impartir justicia en esta materia. Es así como desde el 1º de octubre de 2015, los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3, a cargo de la jueza Carla Cavaliere, y N° 11, bajo la titularidad del juez Marcelo Bartumeu Romero, ejercen competencia en materia penal juvenil, mediante la creación de dos secretarías especiales abocadas a la materia. Cada Secretaría especial está conformada por un Secretario de Primera Instancia, un Prosecretario Coadyuvante de Primera Instancia y un Escribiente. La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas es la encargada de determinar los turnos de la competencia de ambos juzgados de manera quincenal. De todas formas, dichos juzgados continúan ejerciendo su competencia en materia penal, contravencional y de faltas.

en las etapas del litigio penal, al consagrarse el pasaje del viejo sistema mixto, con claros tintes inquisitivos, al modelo acusatorio, como sistema de enjuiciamiento.

En un proceso de características inquisitivas, la averiguación de la verdad histórica, como objetivo principal del mismo, favorece a que el rol del juzgador se confunda con el de investigar, posibilitando que el juez asuma el rol de parte en el proceso, en tanto investiga, instruye, persigue y, al mismo tiempo, valora la prueba y decide sobre la cuestión. De allí, la facultad del juzgador de poder interrogar al imputado, ordenar elementos probatorios o interrogar testigos, aún sin el requerimiento de ninguna de las partes, con la consiguiente concentración del poder de perseguir y decidir, en manos de un solo actor (juez).

En el proceso inquisitivo reformado, o también denominado mixto –sistema que se impusiera en la República Argentina, en la década de 1990, al adoptarse el principio de oralidad en los procesos–, el imputado pasa a ser reconocido como sujeto de derechos y, en este marco, se le otorga la libertad de defensa, durante el juicio. Aunque con fuertes limitaciones en la etapa preliminar o de instrucción, donde su participación se encuentra reducida o es prácticamente nula, la figura del imputado recobra total protagonismo en la etapa de debate o plenario, donde su participación se equipara con la del acusador.

A diferencia del modelo inquisitivo, en el modelo de corte acusatorio la búsqueda de la verdad no se efectúa por cualquier medio, sino por el que las partes proponen. En este marco, el rol del juzgador es netamente el de valorar la prueba traída por las partes (acusador y acusado), decidiendo sobre la misma, pero no participando en su recolección.

En reemplazo de la concentración de poder que sugiere el proceso inquisitivo, en el proceso acusatorio rige la división de poderes. Se plantea, de este modo, un proceso contradictorio, en términos de contienda de partes, en el que el acusador y el acusado se tornan en protagonistas del proceso.

Así, sin el acusador, quien tiene a su cargo la investigación e impulso de la acción, no existe el proceso, pues el juzgador no podrá ir más allá de su imputación. Por su parte, el acusado es un sujeto de derechos quien se encuentra en situación de igualdad ante el acusador, siendo que ejerce su defensa frente al mismo. Ante la conformación de dicho escenario, compete al juez dirigir el debate, ordenar las lecturas

necesarias, hacer las advertencias legales, recibir los juramentos, así como moderar la discusión, impidiendo preguntas o derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación, ni la libertad de defensa.

Otro elemento a considerar es que, en el modelo de corte acusatorio se plantea una diferenciación explícita y tajante entre la etapa de investigación (o etapa de instrucción) y la etapa de debate. Mientras que la primera tiene por objeto comprobar la existencia del delito, establecer las circunstancias del hecho delictivo e individualizar a los partícipes, a fin de arribar al descubrimiento de la verdad, la segunda refiere a la posibilidad de que las partes, en igualdad de armas, discutan frente a un tribunal imparcial que, luego de escucharlas, resuelva el conflicto.

En tal sentido es que, en lo que concierne a la Nación Argentina, el Código Procesal Penal Federal estipula la organización de las audiencias en tres etapas o instancias. En la primera, el juez ofrecerá la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal para que exponga verbalmente la imputación y las solicitudes que considere necesarias (Ley N° 27063, art. 258). A continuación, en una segunda parte, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente en términos de defensa (Ley N° 27063, art. 258). Finalmente, en una tercera instancia, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen y resolverá inmediatamente las cuestiones articuladas (Ley N° 27063, art. 258).

El Código Procesal Penal Federal estipula, asimismo, que los principios que deben observarse durante todo el proceso acusatorio son los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización (Ley N° 27063, art. 2). En tal sentido, todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en dicho Código (Ley N° 27063, art. 2).

Respecto de este último punto, recogiendo el principio de especialidad y los nuevos postulados en materia normativa que los tratados de Derechos Humanos plantearan, la Ley N° 2451 se diferencia de lo estipulado a nivel nacional e, incluso, en el propio Código Procesal Penal

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,[5] al establecer que, además de las normas propias del juicio común,

> … el debate se realizará a puerta cerrada, y a la audiencia sólo podrán asistir el/la Fiscal Penal Juvenil, su Defensor/a, el/la Asesor/a tutelar, los padres, tutores o responsables del niño o adolescente imputado/a y víctima, y las personas que tuvieren legítimo interés en presenciarlo.[6]

La referencia a la condición de legítimo interés adquiere relevancia, particularmente, cuando se trata de causas en las que existen personas mayores de edad coimputadas en la comisión de delito. En todos los casos, corresponde al órgano jurisdiccional el evaluar si es legítimo, o no, el interés de quien desee presenciar el debate.

A diferencia del debate que se realiza en el caso de juicio penal contra un adulto, el juicio penal juvenil desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es de carácter público. La norma, bajo el principio de publicidad limitada, procura de este modo respetar el derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta (CDN, art. 12), aunque en un contexto de contención y respeto a su privacidad e intimidad. Se trata de resguardar al menor y protegerlo de la exposición, respetando el principio de interés superior del niño (CDN, art. 3).

Conforme lo previsto en el artículo 78 de la Ley N° 2451, el debate se realiza a través de una audiencia oral, en la que todas las partes que intervienen en el proceso penal juvenil presentan su teoría del caso en un lenguaje comprensible (Ley N° 2451, art. 10, inc. f), bajo los principios del procedimiento acusatorio y adversarial. El juez que dirige la audiencia y las partes intervinientes tratan de recrear el hecho sucedido, y para ello exponen, en esa audiencia, las pruebas que reunieron durante la investigación. Sobre este punto, resulta interesante destacar que, en oposición a lo estipulado en el Código Procesal Penal de

5. La Ley N° 2303, correspondiente al Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estipula, al abordar lo concerniente al debate en las audiencias de los Juicios comunes que "El debate será oral y público, bajo consecuencia de nulidad, a menos que el Tribunal resuelva por auto que por la índole del asunto deba celebrarse en privado. Esta resolución será irrecurrible. Desaparecida la causal de la restricción se deberá permitir el acceso al público. Durante el debate las resoluciones se dictarán verbalmente, dejándose constancia de ellas en el acta" (art. 216).

6. Ley N° 2451, art. 78.

la Ciudad (Ley N° 2303, art. 231),[7] el Régimen Procesal Penal Juvenil aplicable en dicho territorio prevé que, aun cuando el imputado confiese la comisión del hecho que se le endilga, el juez debe recibir todas las declaraciones testimoniales admitidas para el debate (Ley N° 2451, art. 7). Bajo dicha óptica, la cual atraviesa la totalidad del proceso penal juvenil de la Ciudad, corresponde al Estado no solo probar la ocurrencia del hecho y la vinculación del menor en su desarrollo, sino destruir, por certeza absoluta, el principio constitucional de inocencia del que este goza (Ley N° 24430, art. 18).

Finalmente, en cuanto al modo de interrogar a testigos y víctimas menores de dieciocho años, es de aplicación lo dispuesto por el artículo 43 del presente cuerpo legal, según el cual el acto de interrogación deberá llevarse a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, siendo que, en la etapa del debate, la persona menor de 18 años, solo podrá ser entrevistada por un/a psicólogo/a especialista en niños, niñas y/o adolescentes designado/a por el tribunal que ordene la medida (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, por el tribunal o las partes, las que, en este marco, no podrán interrogar al menor, de forma directa) (Ley N° 2451, art. 43). Una vez finalizado el acto, el profesional de la salud actuante deberá elevar al tribunal, en el tiempo que este disponga, un informe detallado con las conclusiones a las que arribe (Ley N° 2451, art. 43).

7. De acuerdo a lo estipulado en el Código procesal Penal de la Ciudad, si el imputado/a reconociera la existencia del hecho y confesara su culpabilidad en el hecho en que se le indilga, el juez podrá omitir la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, aunque el debate continuará para la determinación de la pena, si es que no se produjera un acuerdo entre la defensa y la fiscalía (Ley N° 2303, art. 231).

TÍTULO XI: JUICIO DE CESURA

Karina Chavez y Juan Pablo Gallego

Artículo 79. Audiencia
Cumplidos los requisitos establecidos por la legislación vigente, el/la Juez/a o Tribunal Juvenil, señalará audiencia con intervención del/la Fiscal Penal Juvenil, el/la Defensor/a, la persona declarada penalmente responsable, sus padres, tutores o responsables, y el/la representante de la Asesoría Tutelar, quienes, tras la lectura de los informes producidos, se expedirán separadamente en ese orden.
Concluidas las intervenciones, el Tribunal o Juez/a Penal Juvenil, en su caso resolverá si corresponde condenar, absolver o aplicar pena reduciéndola en la forma prevista para la tentativa.

Lo plasmado en el artículo citado, respecto del juicio de cesura, entra en concordancia con la regulación del Código Procesal Penal Federal acerca de que todo juicio debe realizarse en dos etapas. La primera, asociada a la determinación del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado; y, la segunda, desarrollada en caso de veredicto de culpabilidad, en la que se determinará la sanción a imponer, su modalidad y lugar de cumplimiento (Ley N° 27063, arts. 283 y 304).

Que el juicio se divida en dos tramos favorece al juez, pues la fase final le permite concentrar su atención en la prueba que aporten las partes acerca de las pautas para individualizar la pena y en los argumentos que expongan. Todo ello, siendo que debe expresar cuál ha sido el razonamiento que le llevó a adoptar la decisión y de qué evidencia partió para hacerlo.

Cabe destacar que, a través de lo estipulado en el artículo 79, la Ley N° 2451 regula, para el ámbito local de la Ciudad, el artículo 4 de la Ley N° 22278, relativa a la imposición de pena de un menor. Según lo establecido en el Régimen Penal de la Minoridad, dicha imposición se encuentra supeditada a tres requisitos: a) la declaración previa de

la responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales; b) el haber alcanzado los 18 años de edad y c) el haber sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad (Ley N° 22278, art. 4).

Luego de recolectar la prueba aportada por las partes y escuchar los alegatos de cierre (habiendo escuchado, previamente, al imputado), el Juez del Tribunal Juvenil dicta sentencia, pudiendo condenar, absolver o aplicar al joven una pena con la reducción prevista para la tentativa. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la imposición de pena debe ser considerada como último recurso.

La aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos se presenta como una forma adecuada para generar, en los adolescentes imputados penalmente, la responsabilidad por sus propias acciones y la conciencia de las consecuencias ante los demás, favoreciendo, en su reparación, una postura activa tanto de la víctima como del ofensor. También contribuye a la prevención, ya que han sido pensadas para evitar que los adolescentes entren, innecesariamente, en contacto con el sistema de justicia, generando una participación fundamental de la comunidad en la construcción de la respuesta al delito.

En base a lo expuesto, la Ley N° 2451 se enmarca en los principios de la Justicia Restaurativa y contempla dos posibilidades de salidas alternativas que permiten no continuar con el proceso penal que involucre a personas menores de 18 años: la mediación (Ley N° 2451, arts. 54 a 74), por un lado, y la remisión (Ley N° 2451, art. 75), por otro. La norma también contempla una tercera vía alternativa al proceso: la suspensión del Proceso a Prueba (Ley N° 2451, arts. 76 y 77).

Siendo que los jueces penales juveniles deben procurar, siempre, la resolución del conflicto, en el caso de imponerse una pena, se trata, de garantizar la menor restricción de derechos posible, siendo la pena privativa de libertad (entendida como toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita al joven salir por su propia voluntad, sino mediante orden judicial), el recurso a aplicarse, solo en caso de infracciones muy graves, y por el menor plazo posible. Se trata del principio de *ultima ratio* de la sanción penal juvenil, aspecto

propio del Derecho Penal juvenil, tanto en lo concerniente al catálogo de aquellas y a los criterios de determinación de la sanción aplicable, como en lo relacionado a la ejecución de las sanciones.

Cabe recordar que la aplicación de este tipo de penas se plantea como excepcional, en tanto se parte de la consideración de que el aislamiento de un adolescente que está en vías de desarrollo entorpece su crecimiento, contribuye al desarraigo e impide su socialización, lo cual supone un ejercicio en detrimento de sus derechos. Asimismo, en caso de que se imponga condena, la pena prevista para cada tipo de delito se corresponderá con lo estipulado en el Código Penal de la Nación, aunque, conforme a las normativas como así también a los fallos de la Corte Interamericana y la Corte Suprema de Justicia de la Nacional, no se le podrá imponer igual pena a una persona menor de edad que a un adulto, en tanto se trata de sujetos en proceso de desarrollo. Asimismo, la reclusión deberá darse en establecimientos especialmente destinados a tales efectos y con personal especializado en la materia.

En este punto, cabe señalar el déficit no ya de CABA sino de la República Argentina, en tanto, en buena parte de los países signatarios de la CIDN, la tendencia es que las leyes de justicia penal juvenil se complementan o se integran en un único instrumento que incorpora todos los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza;[1] lo habitual es en el marco de un Código de la Niñez y la Adolescencia, que contempla en un mismo cuerpo legal la protección integral de niños víctimas e infractores.[2] En este se señalan los derechos y deberes de las personas menores de 18 años, estableciéndose su derecho al desarrollo integral; se prevén no solo derechos y garantías individuales, sino también sociales. Y, en lo concerniente a la Audiencia de Juicio, se establece en el Código de Niñez de Honduras que la hipotética imposición de sanciones debe atender a los principios rectores del Código, la proporcionalidad y la racionalidad de la conducta, circunstancias de gravedad, características y necesidades de los niños. Con posibilidad de revisión de oficio cada tres meses para cesarlas, modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas, cuando no cumplan con los

1. Campos García, Shirley, "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia", en *Revista IDH*, Nº 50, 2009.

2. Costa Rica, Ley Nº 7739/1998, Mod. Ley 9001/11; Honduras, en que rige desde 1996 (Decreto N° 73/96), actualmente ordenado según Decreto N° 35/2013, entre muchos otros.

objetivos para los que fueron impuestas o por ser contrarias al proceso de reinserción social.[3] Por su parte, los artículos 126 y 127 del texto normativo vigente en Costa Rica, regulan las condiciones de las audiencias en las que un menor ofendido debe concurrir a un Debate.

En idéntico sentido, la Comisión IDH subraya que la consecución de los objetivos de la justicia juvenil requiere que los Estados tomen en consideración el interés superior del niño antes de regular el sistema de justicia juvenil o al aplicar una pena o sanción y, en caso de judicializar o aplicar las sanciones, los Estados deben orientar todos sus esfuerzos a garantizar la rehabilitación de los niños que sean intervenidos por la justicia juvenil, a fin de promover su sentido de valor y dignidad, permitirles una efectiva reinserción en la sociedad y facilitar que puedan cumplir un papel constructivo en ella. La Comisión considera que el elemento retributivo del Derecho Penal ordinario es inapropiado dentro del sistema de justicia juvenil si lo pretendido es satisfacer plenamente los objetivos de reintegración y rehabilitación de niños, niñas y adolescentes infractores de las leyes penales.[4]

De todos modos, no obstante la inexistencia en la Ciudad y en la República Argentina de un texto integral de derechos de la niñez, no puede soslayarse la jerarquía supralegal, ya señalada, del "bloque de constitucionalidad". Conteste con ello, el régimen penal de la minoridad debe interpretarse y aplicarse recurriendo a la doctrina de la interpretación armónica y al test de razonabilidad normativa.

Ello así, la hermenéutica de cualquier norma debe practicarse de forma tal que "... concuerde con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución, en tanto ello sea posible sin violentar la letra y el espíritu de la norma interpretada...".[5] Más aún, "si una admite dos o más interpretaciones, debe preferirse la que sea compatible con la Constitución y desecharse la que se aparte de ella".[6]

El principio de interés superior del niño aparece como un principio rector, en el sentido de que, incluso a la hora de fijársele una sanción y a la de controlar su ejecución, se debe considerar lo que es más

3. Código de la Niñez y Adolescencia, Honduras, TO Decreto N° 35-2013, art. 213.

4. Corte IDH, "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo", sentencia del 19/11/1999, serie C N° 63, párr. 185.

5. CSJN, Fallos: 248:128, 307:146.

6. Ibídem, Fallos: 200:189.

conveniente para la reinserción familiar y social del joven, circunstancia que lleva a diferenciar el Derecho Penal juvenil del Derecho Penal de adultos y que requiere en nuestro medio de una mayor claridad normativa, alta capacitación y órganos especializados, con norte en promover la reinserción y reintegración del niño a la sociedad,[7] facilitando que asuma una función constructiva.[8]

7. CIDN, art. 40.

8. Benitez, Lissa; Platón, Laura y Zorrilla, Ruth, "Reinserción Social de Adolescentes Infractores: una tarea pendiente", Asunción, BASE Investigaciones Sociales, noviembre de 2004.

TÍTULO XII: RECURSOS

Karina Chavez y Juan Pablo Gallego

Artículo 80. Recursos
Procederán los recursos previstos en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En todos los casos, frente a la resolución judicial que pese sobre su persona, el imputado puede solicitar, ya sea al mismo juez o tribunal que la dictó o a otro de superior jerarquía, un recurso procesal, tendiente a obtener la modificación, revocación o invalidación de dicha resolución judicial. Conforme lo establecido en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los recursos previstos son: a) el recurso de reposición: aplicable contra las decisiones judiciales dictadas sin sustanciación o contra los autos dictados con sustanciación, cuando la decisión se hubiese fundado bajo un evidente error en la apreciación de los elementos de valoración (Ley N° 2303, art. 277); b) el recurso de apelación: el cual procederá contra los decretos, autos y sentencias dictados por los/as jueces/zas, expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable (Ley N° 2303, art. 278); c) el recurso de inaplicabilidad de ley: aplicable cuando un fallo dictado por una Sala de la Cámara de Apelaciones, que ponga fin al proceso y cause gravamen irreparable, contradiga a otro, emanado de la misma u otra Sala del Tribunal, dictado en los dos (2) años anteriores (Ley N° 2303, art. 291).

A estos deben de incluirse, conforme lo estipulado en la Ley N° 402, el recurso de inconstitucionalidad y la queja por denegación de recursos; figuras que, si bien no contempladas en la Ley N° 2451, no puede vedársele al menor el derecho de interponerlas, por vigencia del principio de igualdad ante la ley, de acceso a la justicia y derecho al recurso. Al respecto, se coincide con lo planteado por Dra. Cavallieri quien destaca que, si bien la sentencia que declara penalmente, responsable al menor no constituye una sentencia definitiva, en los términos

del artículo 14 de la Ley N° 48,[1] de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales, también lo es que dicha resolución merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues, en tanto impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y, a veces, hasta su libertad, el pronunciamiento ocasiona un perjuicio de insusceptible reparación ulterior. En tal sentido, es de destacar, la facultad recursiva en cabeza de la Asesoría General Tutelar, derivada del artículo 40 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad.

A partir de lo expuesto, no parece erróneo postular que, en base a los avances normativos desarrollados, primero a partir de la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (1998) y, luego, de la sanción del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad (2007), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha convertido en una pionera en materia de niñez. La sanción de dicho Régimen supuso un avance significativo en materia de la justicia penal juvenil aplicable en el territorio, así como una forma de diferenciación respecto de la legislación nacional.

El Régimen Procesal Penal de la Ciudad toma en consideración la edad del joven al momento de cometerse el hecho delictivo que se le atribuye (CDN, art. 40 inc. 1), de allí que el *corpus iuris* de la infancia resulte también aplicable a quienes alcanzaron la mayoría de edad durante el transcurso del proceso. En este marco, y en concordancia con los principios contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, reconoce al joven como un sujeto pleno de derechos

1. Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:
   1. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.
   2. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.
   3. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio (Ley N° 48, art. 14).

que exige ser tratado con todas las garantías constitucionales reconocidas a los adultos, más un plus en razón de encontrarse en un proceso de formación y evolución intelectual, emocional y moral.

Lo que caracteriza a la justicia penal juvenil es la finalidad educativa y sancionadora de la pena, que permite la reparación del daño causado en cualquier fase del procedimiento (de allí, el establecimiento de mecanismos alternativos de resolución del conflicto) y, consecuentemente, el archivo de la causa de los adolescentes a quienes se acuse de haber participado en la comisión de un delito. A diferencia de aquellos sectores de la doctrina que vislumbran en esta postura una suerte de trato paternalista o proteccionista, lo cierto es que la mayoría de edad coincide con la edad requerida para la imposición de la pena, por lo que la figura tutelar no se aplica en este tipo de situaciones; de hecho, existe un gran número de documentos y normativas que se manifiestan en contrario (Ley N° 26601, arts. 33 y 40; Ley N° 114, arts. 36 y 45; Ley N° 2451, art. 2).

Pese a los argumentos hasta aquí expuestos y el avance normativo que la Ley N° 2451 supusiera, no debe olvidarse la persistencia, a más de diez años de la sanción de dicha norma, de una cierta distancia entre la especialidad penal juvenil enunciada en la ley y lo que efectivamente sucede en la práctica.

Al igual que aconteciera en otros países, el pasaje del paradigma de la situación irregular a la implementación del paradigma de la protección integral supuso una serie de avances y retrocesos, en el campo de tratamiento de la materia penal juvenil. A los cambios legislativos consagrados deben de sucederse otros cambios similares en las instituciones y en las prácticas, lo cual configura un proceso lento, pero que resulta de vital importancia transitar.

Vale destacar al igual que aconteciera en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si el gobierno nacional busca ser, efectivamente, respetuoso del paradigma de derechos es necesario que diseñe e implemente un sistema especializado en tratamiento de la problemática juvenil, que entienda integralmente la situación y, aún dentro de la lógica penal, instrumente respuestas innovadoras que tiendan a la integración completa del o la joven que es encontrado responsable de la comisión de un delito. No se trata tan solo de polemizar respecto de la baja, o no, de la edad de imputabilidad de los acusados, sino de desarrollar un debate más profundo, que incluya a los principios y nociones que,

asociados a los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes, fueron incorporados a la Carta Magna Nacional, pero sobre los que no se avanzó en su tratamiento práctico y en su sistematización.

Bibliografía[2]

Ley N° 10903, Patronato de Menores, BO Nº 7711 del 27/10/1919.

Ley N° 22278, Régimen Penal de Minoridad, BO Nº 24487 del 25/08/1980.

Ley N° 24430, Constitución Nacional Argentina, BO Nº 28052 del 03/01/1995.

Ley N° 26061, Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, BO Nº 30764 del 21/10/2005.

Ley N° 23984, Código Procesal Penal de la Nación, BO Nº 27215 del 09/09/1991.

Ley N° 27063, Código Procesal Penal Federal, BO Nº 33027 del 10/12/2014.

Ley N° 114, Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. BOCBA Nº 624 del 03/02/1999.

Ley N° 402, de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, BOCBA Nº del 985 del 08/06/2000.

Ley N° 2303, Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, BOCBA Nº 2679 del 08/05/2007.

Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. BOCBA Nº 2809 del 13/11/2007.

AA. VV., QUINTEIRO, Alejandra (coord.), *Justicia penal juvenil especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016.

BARTUMEU ROMERO, Marcelo y CAVALIERE, Carla, "Anexo II. Ley 2451. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en DE LANGHE, Marcela y OCAMPO, Martín, *Código*

2. N. del E.: Esta bibliografía pertenece a los Títulos X, XI y el presente (XII), que fueron escritos por los mismos autores: Karina Chavez y Juan Pablo Gallego. Se ubica en este título para evitar repeticiones.

Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

BENÍTEZ, Lissa; PLATÓN, Laura y ZORRILLA, Ruth, "Reinserción Social de Adolescentes Infractores: una tarea pendiente", Asunción, BASE Investigaciones Sociales, 2004.

CAMPOS GARCÍA, Shirley, "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia", en *Revista IDH*, Nº 50, 2009, pp. 351-377.

CARDOZO, Gisela y MICHALEWICZ, Alejandro, "El paradigma de la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 82, 2017.

CEVASCO, Luis. J., *Derecho Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en *Justicia y Derechos del Niño*, Nº 9, 2007, pp. 125-142.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63.

DE LA IGLESIA, Matilde; VELÁZQUEZ, María Eugenia y PIEKARZ, Walter, "Devenir de un cambio: del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes", en *Anuario de Investigaciones*, Nº 15, 2008, pp.323-327.

GARELLO, Silvana, "La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad", en *Revista Debate Público*, Año 2, Nº 4, 2012, pp. 163-174.

PINTO, Gimol y ROBLES, Raquel (eds.). *Procedimientos penales juveniles a nivel provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial*, Buenos Aires, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2011.

QUINTEIRO, Alejandra, *Los adolescentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: sus derechos y garantías*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2017.

VIEYTO, Alicia B.; DE LA IGLESIA, Matilde y VARELA, Osvaldo H., "Avances de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de penal juvenil" , VIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIII - Jornadas de Investigación XII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Psicología, 2016.

TÍTULO XIII:
CONTROL DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Mariano Kierszenbaum* y Federico Kierszenbaum**

Artículo 81. Definición
Se entiende por medida privativa de la libertad, toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al niño, niña o adolescente por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial.

Artículo 82. Derechos durante la ejecución de la medida
A recibir información sobre:

a. Sus derechos, en relación a las personas o funcionarios que lo tuvieren bajo su responsabilidad.
b. Las medidas y las etapas previstas para su cumplimiento.
c. El régimen interno de la institución o establecimiento en el cual se la resguarde, especialmente las medidas disciplinarias que puedan serle aplicadas.
d. A recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y condiciones, y a que se proporcionen por personas con la formación profesional requerida.
e. A comunicarse reservadamente con su Defensor/a, el/la Asesor/a Tutelar, el/la Fiscal Penal Juvenil y el/la Juez/a de Ejecución Penal Juvenil.
f. A presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta, y especialmente a promover incidentes y a apelar las medidas disciplinarias aplicadas ante el/la Juez/a de Ejecución Penal Juvenil.

* Ex Director General de Responsabilidad Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex Director Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal.
** Secretario de la Defensoría en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 3. Docente de la Universidad de Buenos Aires y Profesor de la Universidad de Palermo.

g. A comunicarse libremente con sus padres, tutores o responsables, y a mantener correspondencia por cualquier medio.
h. A que se le mantenga separado de los infractores mayores de dieciocho (18) años de edad.
i. A que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le corresponden, y respecto de la situación y los derechos de la persona privada de la libertad.
j. A no ser trasladado arbitrariamente del centro en el que cumpla la medida de privación de libertad; el traslado solo podrá realizarse por orden escrita del/la Juez/a competente.
k. A no ser incomunicado en ningún caso, ni sometido a régimen de aislamiento, ni a la imposición de penas corporales.
l. A que se le tramite la debida documentación identificatoria.
m. A ser ingresado solamente con orden previa y escrita de autoridad judicial competente.
n. A que existan separaciones respecto de la edad, sexo y según la privación de libertad sea provisional o definitiva.

Artículo 83. Centros especializados
Son establecimientos destinados al alojamiento de las personas sujetos de esta ley, que cumplen como mínimo con las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de libertad (Res. 45/113 #).

Artículo 84. Privación de libertad en centro especializado
La privación de libertad en centro especializado consistirá en el alojamiento en un establecimiento creado al efecto para el cumplimiento de los fines de la presente ley. La cantidad de personas alojadas deberá ser reducida, a fin de que el tratamiento pueda aplicarse con carácter individual.

Artículo 85. Funcionamiento de los centros especializados
Los centros especializados, deben funcionar en locales adecuados, con personal capacitado en el área social, pedagógica y legal. La escolarización, la capacitación profesional y la recreación, son obligatorias en dichos centros, donde también se prestará especial atención al grupo familiar de la persona menor privada de la

libertad, con el objeto de conservar y fomentar los vínculos familiares y su reinserción a su familia y a la sociedad. Los centros especializados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad deben contar con un grupo interdisciplinario de profesionales especializados. La dirección de estos centros será desempeñada por personal especializado y capacitado. En ningún caso podrá estar a cargo de personal policial, penitenciario o de las fuerzas de seguridad. Los centros deberán contar con los recursos necesarios para garantizar las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 86. Reglamento interno
Cada centro especializado contará con un reglamento interno, el que debe respetar los derechos y garantías reconocidas en esta ley, y contemplar como mínimo los siguientes aspectos:

- **a. Un régimen que determine taxativamente los derechos y deberes de las personas alojadas en dichos centros.**
- **b. Reglamentación taxativa de las sanciones que puedan ser impuestas durante el tiempo de alojamiento. En ningún caso se pueden aplicar medidas disciplinarias inhumanas o degradantes, incluidos los castigos corporales, el encierro en celdas oscuras y el aislamiento, y está prohibida la reducción de alimentos, la denegación del contacto con los familiares, las sanciones colectivas, y no se les debe sancionar más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Se limita la utilización de medios coercitivos y de fuerza física, solo a los casos necesarios.**
- **c. Regulación del procedimiento a seguir, para la imposición de las sanciones disciplinarias.**
- **d. Determinación de los mecanismos que permitan el cumplimiento eficaz de los derechos de las personas alojadas.**
- **e. Establecimiento de programas educativos, de capacitación, laborales, de salud, culturales, religiosos y de recreación.**
- **f. Al ingreso deben recibir copia del Reglamento Interno y un folleto que explique de modo claro y sencillo sus derechos y obligaciones. En caso de no saber leer, se les comunicará la información de manera comprensible; se deberá dejar constancia en el expediente personal de su entrega o de que se le ha brindado esta información.**

Artículo 87. Registro
Los centros especializados de privación de libertad deberán contar con un Libro de Registro foliado, sellado y autorizado por la autoridad de quien dependa el centro especializado; puede adaptarse otro sistema de registro siempre que este garantice el control de ingreso. En el libro se deberá consignar respecto de cada una de las personas ingresadas la siguiente información:

a. **Datos personales;**
b. **Día y hora de ingreso, así como la del traslado o salida del centro;**
c. **El motivo de su alojamiento en dicho centro especializado, y la autoridad que lo ordena;**
d. **Detalles de la notificación de cada ingreso, traslado, liberación y entrega de la persona privada de la libertad a los padres, tutores o responsables de él.**

Artículo 88. Expediente personal
En los centros especializados de privación de libertad se lleva un expediente personal de cada persona alojada, en el que además de los datos señalados en el registro, se consignarán los datos de la resolución que imponga la medida y los relacionados a la ejecución de la misma, los informes médicos, las actuaciones judiciales y disciplinarias. Los expedientes son confidenciales.

Artículo 89. Examen médico
Deberá ser examinado por un médico, inmediatamente después de su ingreso en un centro especializado de privación de libertad, con el objeto de comprobar malos tratos anteriores y verificar cualquier estado físico o mental que requiera tratamiento.

Artículo 90. Vigilancia y control
La vigilancia y control en la ejecución de las medidas señaladas en la presente ley, es ejercida por la autoridad judicial competente, quien tiene las atribuciones siguientes:

a. **Vigilar que no se vulneren los derechos de la persona privada de su libertad durante el tiempo de permanencia.**

b. Vigilar que las medidas de privación de libertad provisoria o definitiva se cumplan de acuerdo a lo dispuesto en la resolución que las ordena.
c. Revisarlas para modificarlas o sustituirlas cuando no cumplan con los objetivos por las que fueron impuestas, o por ser contrarias al proceso de inserción social y comunitaria de la persona privada de la libertad. En caso de que la persona menor de dieciocho (18) años no cumpliere con las condiciones que se fijen al revisar o sustituir las medidas señaladas, el/la Juez/a podrá disponer nuevamente su internación. Se garantiza la revisión de esa decisión por una instancia judicial superior. La reinternación no obstará a que se evalúe y otorgue una nueva sustitución de la medida.
d. Decretar la cesación de la medida privativa de libertad.
e. Las demás que establezcan esta y otras Leyes.

La autoridad judicial competente puede solicitar la colaboración a personas físicas o jurídicas, o entidades públicas o privadas para lograr la atención apropiada de la persona privada de la libertad.

Artículo 91. Requerimiento
Cuando a una persona privada de la libertad se le vulneren sus derechos por omisión del funcionario, en el cumplimiento de sus funciones o deberes, la autoridad judicial competente le ordenará que cumpla o subsane la omisión, y si no cumpliere en el plazo o forma que se le señale, le aplicará la sanción que corresponda, sin perjuicio de otras acciones a que hubiere lugar.

Medidas privativas de la libertad. Concepto y naturaleza jurídica

Las medidas de privación de la libertad aparecen definidas en el artículo 81 de la siguiente forma:

> Se entiende por medida privativa de la libertad, toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al niño, niña o adolescente por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial.

En este sentido, comparte en su generalidad lo dispuesto en la definición contenida en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana),[1] en cuanto refiere:

> Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

Esta definición se refiere solamente a la privación de la libertad ambulatoria y, más específicamente, se centra en que esa privación de la libertad implica que el adolescente no puede traspasar (a menos que ello le sea permitido, por ejemplo, para concurrir a un centro de salud, o por el otorgamiento de una licencia) los límites de la institución en la cual se cumple, pero así como todo límite, fija también el contenido de aquello que está permitido: (a) se pueden ejercer el resto de las libertades y, asimismo, (b) se puede ejercer la libertad ambulatoria dentro de los límites, fácticos y normativos, de la institución.

Es decir que, (a) por un lado, no se limitan otras formas de libertad, como por ejemplo la libertad religiosa, la libertad de pensamiento, la libertad de reunión, la libertad de expresión, entre otras. Todo ello aparece reafirmado no solo en el Derecho Internacional (*v. gr.* OG 24 del Comité de los Derechos del Niño), sino también en el reconocimiento de derechos que enuncia el artículo 82 de nuestro régimen procesal penal juvenil; y (b), por otro lado, no se habilita la limitación absoluta de la libertad ambulatoria: no sería admisible que el adolescente sea confinado a permanecer en su sector, habitación o celda de manera indefinida sin posibilidad de acceder a espacios tales como patio, escuela, comedor, entre otros. De manera expresa el inciso i del artículo 82 del RPPJ dice que el adolescente tiene derecho: "i. A no ser incomunicado en ningún caso, ni sometido a régimen de aislamiento, ni a la imposición de penas corporales" por su parte, el Comité de los Derechos del Niño señala en la OG N° 24, párrafo 95 b:

> Se debe proporcionar a los niños un entorno físico y un alojamiento que les permita alcanzar los objetivos de reintegración que tiene el internamiento. Se debe prestar la debida atención a sus necesidades de privacidad, de

1. Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución Nº 45/113, del 14/12/1990.

> estímulos sensoriales y de oportunidades para asociarse con sus iguales y participar en deportes, ejercicio físico, artes y actividades de ocio.

También señala el Comité en el mismo párrafo:

> g) Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del niño y con los objetivos fundamentales del tratamiento institucional. Deben prohibirse estrictamente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, como los castigos corporales, el encierro en una celda oscura, el régimen de aislamiento o cualquier otro tipo de castigo que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del niño de que se trate, y las medidas disciplinarias no deben privar a los niños de sus derechos básicos, como las visitas de un representante legal, el contacto con la familia, la alimentación, el agua, el vestido, la ropa de cama, la educación, el ejercicio físico o un contacto diario significativo con otras personas; CRC/C/GC/24 18 GE.19-15961 h) La reclusión en régimen de aislamiento no debe aplicarse a un niño. Toda separación del niño respecto de los demás debe ser lo más breve posible y utilizarse únicamente como medida de último recurso para proteger a dicho niño o a los otros. Cuando se considere necesario mantener separado a un niño, debe hacerse en presencia o bajo la estrecha supervisión de un miembro del personal debidamente capacitado, y deben registrarse los motivos y la duración.

Asimismo, la definición legal se circunscribe esencialmente al aspecto fáctico de su cumplimiento: que el adolescente no se pueda ir por su propia voluntad. Este dato nos indica, indefectiblemente, que deben ser cumplidas en un Centro Socioeducativo de Régimen Cerrado (en adelante, también CSRC), pues otras modalidades alternativas de cumplimiento de las medidas de coerción (como las Residencias Socioeducativas de Libertad Restringida) no garantizan ese nivel de sujeción, sino que dependen de la adherencia del adolescente a partir de su vinculación subjetiva con la obligación institucionalmente impuesta.

Sin embargo, el hecho de que una medida sea cumplida en un CSRC aún no brinda demasiada información en cuanto a las condiciones jurídicas en las que esa medida es impuesta. Para ello, debemos explorar el sentido de su diferente naturaleza jurídica, pues según el momento procesal en el que se imponen, las medidas de privación de la libertad ambulatoria en el sistema penal juvenil pueden tener dife-

rente naturaleza jurídica. Por un lado, puede tratarse de penas y, por el otro, de medidas cautelares.

Las penas, según lo establecido por el artículo 4 de la Ley Nº 22278, solo pueden ser aplicadas cuando el joven ya ha cumplido los 18 años de edad; previo a ese momento sólo pueden aplicarse medidas cautelares.[2] En cuanto a las penas, de todos modos, sí es posible su cumplimiento en un dispositivo de niñez, a pesar de que su imposición demanda como requisito ineludible el cumplimiento de la mayoría de edad. A tales efectos, y en función de la extensión del principio de especialidad, funciona el CSRC Manuel Belgrano (este aspecto será abordado en el punto pertinente a los CSRC y al apartado sobre control jurisdiccional, por lo que a continuación nos referiremos brevemente a las medidas cautelares).

Las medidas cautelares: requisitos de procedencia y fundamentos

Las medidas cautelares en el sistema penal juvenil comparten por un lado los mismos puntos problemáticos que presentan las medidas cautelares de privación de la libertad para adultos (*v. gr.* ¿sobre la base de qué se funda su aplicación?, ¿cuánto tiempo pueden aplicarse?) y suman, a su vez, algunas complejidades (*v. gr.* ¿cuál es su contenido específico?). En el sistema penal juvenil, además de verificarse la existencia de elementos que permitan razonablemente concluir que, en principio, existe el hecho investigado y que el acusado participó en él, así como también la presencia de riesgos procesales y la necesidad y la proporcionalidad (lo cual se comparte con el régimen de adultos) se adiciona que

2. En este sentido, debe tenerse especialmente en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH para delimitar la naturaleza de una medida cautelar de una que tiene naturaleza punitiva. En primer lugar "[d]e lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva" (Corte IDH, "Suarez Rosero v. Ecuador", rta. 12/11/1997, cons. 77). En segundo lugar, "… la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional" (Corte IDH, Tibi Vs. Ecuador, cons. 106, rta. 07/09/2004). Fundamentalmente, debe considerarse que "…la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena" (Corte IDH, "Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez v. Honduras, cons. 103, sentencia del 21/11/2007).

la medida debe ser revisada con periodicidad[3] y que en su alojamiento el adolescente debe estar separado de los adultos, salvo que ello no contraríe el interés superior del niño. Asimismo, un punto relevante radica en que (tal como lo resolvió la Presidencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional con fecha 14 de julio de 2017) deben:

> 1°.- Incorporarse a las actuaciones que impongan una medida restrictiva de la libertad que implique la derivación a Centros de Régimen Cerrado, la calificación legal del hecho atribuido, una breve descripción del suceso imputado, los datos del Defensor asignado y toda otra información respecto a la situación del joven, que se considere relevante para el conocimiento del equipo que trabajará con la persona alcanzada por la medida; 2°.- Hacerse saber la fundamentación de toda resolución que ordene o deniegue la derivación de jóvenes a dispositivos de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil, a efectos de implementar la medida en ejecución de la manera más adecuada al caso concreto.

Este aspecto nos señala que el contenido de la medida no puede agotarse en el mero aseguramiento de la permanencia del adolescente para el cumplimiento de los objetivos procesales (*v. gr.* su comparecencia a los actos que así lo requieran), sino que el tiempo de permanencia del adolescente en el dispositivo deberá orientarse al desarrollo de una estrategia socioeducativa (sobre el contenido socioeducativo, ver el punto 2.2.b de este comentario) moldeada de acuerdo con las necesidades de cada adolescente.

3. La OG 24 del Comité de los Derechos del Niño reza: "87. La legislación debe establecer claramente los criterios para el uso de la detención preventiva, que debe aplicarse principalmente para asegurar la comparecencia en los procedimientos judiciales y cuando el niño represente un peligro inmediato para los demás. Si el niño es considerado un peligro (para sí mismo o para otros), se deben aplicar medidas de protección infantil. La prisión preventiva debe ser objeto de revisión periódica y su duración debe estar limitada por la ley. Todos los agentes del sistema de justicia juvenil deben dar prioridad a los casos de niños en prisión preventiva". 88. "En aplicación del principio de que la privación de libertad debe imponerse por el período de tiempo más breve que proceda, los Estados partes deben ofrecer periódicamente oportunidades para permitir la puesta en libertad anticipada, también respecto de la custodia policial, bajo el cuidado de los padres u otros adultos apropiados. Debe existir un criterio para la puesta en libertad con o sin condiciones, tales como presentarse ante una persona o en un lugar autorizado. El pago de una fianza monetaria no debería ser un requisito, ya que la mayoría de los niños no pueden pagar y es una condición que discrimina a las familias pobres y marginadas. Además, cuando se establece la libertad bajo fianza, ello significa que el tribunal reconoce en principio que el niño debe ser puesto en libertad, y se pueden utilizar otros mecanismos para asegurar la comparecencia".

En cuanto al tiempo de procedencia de la medida, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado en la OG 24:

> 90. Todo niño detenido y privado de su libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en el plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de dicha privación de libertad o la continuación de esta. El Comité también recomienda a los Estados partes que velen por que la prisión preventiva se revise periódicamente con el objetivo de ponerle fin. En los casos en que no sea posible conceder la libertad condicional al niño en la primera comparecencia o antes de que esta tenga lugar (en el plazo de 24 horas), se deberá presentar una imputación formal de los presuntos delitos y poner al niño a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial para que tramite la causa lo antes posible sin exceder el plazo de 30 días a partir de que se haga efectiva la prisión preventiva. El Comité, consciente de la práctica de aplazar las audiencias muchas veces y/o por largos períodos, insta a los Estados partes a que adopten límites máximos para el número y la duración de los aplazamientos e introduzcan disposiciones jurídicas o administrativas para asegurarse de que el tribunal u otro órgano competente adopte una decisión definitiva sobre los cargos a más tardar seis meses después de la fecha inicial de la reclusión; de lo contrario, el niño deberá ser puesto en libertad.

En cuanto a los motivos específicos que fundamentan la decisión, como es sabido, las medidas cautelares de privación de la libertad pueden obedecer a fundamentos procesalistas o sustantivistas.[4] Dentro de los fundamentos procesalistas, *que son los únicos* (absolutamente) *legitimados*, encontramos el riesgo de fuga y el riesgo de entorpecimiento de la investigación. Los argumentos sustantivistas se vinculan con el riesgo la reiteración delictiva, el riesgo de la alarma social, la autoprotección de la persona imputada o la protección de la persona imputada respecto agresiones por parte de la sociedad. En el sistema de adultos, las tesis sustantivistas que suelen aplicarse (a pesar de su contrariedad a los principios constitucionales que conforman la garantías de seguridad individual de los imputados) son la del riesgo de reiteración delictiva o el riesgo de alarma social.[5] Particularmente, en lo que respecta a fundamentos sustantivistas de la medida, en los

4. Solimine, Marcelo, "Excarcelación. Discurso legitimador de la reiteración delictiva y la alarma social", en *La Ley*, Nº 2013–D, 05/07/2013, p. 789 (Referencia: AR/DOC/2319/2013).

5. Ídem.

casos en los que el niño sea considerado "un peligro para sí mismo o para otros" debe recurrirse a medidas de protección.[6]

En este último punto, y por los resabios del sistema tutelar que aún superpone las intervenciones penales con las del sistema de protección, es que adquieren singular trascendencia las posturas que fundan las restricciones cautelares a la libertad ambulatoria basadas en la autoprotección de la persona imputada o de la protección de la persona imputada frente a agresiones de la sociedad.[7] De tal suerte que en muchísimas ocasiones la medida de privación de la libertad ambulatoria dispuesta por el juzgado interviniente, si bien se aplica *a partir de* la presunta comisión de un delito, tiene como *fundamento* conjurar un riesgo basado en la vulneración de derechos, como por ejemplo intentar asegurar que el adolescente realice un tratamiento para superar el consumo problemático de estupefacientes. En supuestos como el mencionado, la intervención penal puede resultar absolutamente negativa para el adolescente. Por un lado, porque los dispositivos penales, si bien aseguran derechos

6. En este sentido, el ya citado párrafo 88 de la OG 24 del Comité de los Derechos del Niño señala: "Si el niño es considerado un peligro (para sí mismo o para otros), se deben aplicar medidas de protección infantil."

7. Nuestra CSJN ha criticado severamente este tipo de prácticas en "Maldonado". Allí dijo que "... otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son 'dispuestos', 'internados' o 'reeducados' o 'sujetos de medidas tutelares'. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la 'libertad ambulatoria', aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias" (Cons. 26).
En el fallo "Arias, Patricia (Def. de Menores e Incapaces) s/ hábeas corpus preventivo/ casación" de la CSJN (CSJ 1586/2016/RH1, del 29/03/2022) se resolvió, al compartir y hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General, "hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado". En este caso se había discutido la práctica de la policía de Río Negro de detener NNyA con fines de protección. En el caso, la Corte dejó sin efecto el fallo del Tribunal Superior de la Provincia de Río Negro que había, su vez, revocado el fallo del tribunal inferior que había hecho lugar al hábeas corpus colectivo y había ordenado "a la policía local el cese de la práctica de privar de la libertad a niños y niñas bajo el amparo del artículo 5, inciso 'a' de la Ley Provincial N° 4109" (de la reseña de los hechos que realiza el Procurador General en su dictamen), ese artículo se refiere a la protección de NNyA.

de protección, no están diseñados en su intervención para esos fines terapéuticos. Por otro lado, aun cuando la medida diera resultado en cuanto a la superación de la situación de vulnerabilidad, podría resultar en una intervención iatrogénica, pues el adolescente se identificaría positivamente con el sistema penal introyectando que solo es persona y sujeto de derechos dentro de él. Asimismo, dado que la intervención penal no cesa de manera automática con la superación del motivo que en esos casos le dio origen, sino que sigue ligada a una causa penal a partir de la cual el magistrado puede mantener la disposición, podría suceder que el tiempo transcurrido se torne excesivo.

Según nuestra opinión, las medidas cautelares del sistema penal juvenil deberían gozar de los mismos límites constitucionales que respecto de los adultos, y, a su vez, presentar un contenido específico socioeducativo. En definitiva, que un adolescente no sepa leer, no tenga lugar donde vivir y/o alimentarse no es fundamento válido para dictar o mantener la medida de privación de la libertad, aún cuando efectivamente el adolescente aprenda a leer, tenga lugar donde vivir y/o alimentarse en el CSRC, pero la obligación del sistema será enseñarle a leer, brindarle condiciones dignas de vida y alimento adecuado mientras cumple la medida. En síntesis: aquello que da contenido a la medida, el eje socioeducativo, no puede ser utilizado en perjuicio del adolescente para disponer o mantener la medida, la cual solo puede fundarse en los riesgos procesales.

Centros especializados

Introducción

Dentro del sistema penal juvenil ocupa un rol esencial, junto con los organismos del Poder Judicial, el Poder Ejecutivo. Mientras que la función del Poder Judicial es "el conocimiento y decisión" de las causas,[8] el poder administrador lleva a cabo la ejecución de las medidas dispuestas.[9] A esos fines existen programas y dispositivos que tienen esa tarea.

8. Constitución Nacional, art. 116.

9. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en el fallo "Badin" (318:2002) la cláusula constitucional que establece que "las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas [...] impone al Estado,

El andamiaje normativo: la relevancia de las resoluciones y disposiciones

En cuanto a los aspectos normativos, los sistemas jurídicos de los modernos estados de derecho se componen de un orden conformado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional nacional y el Derecho Común nacional,[10] al cual puede sumarse en los estados federales ,como es nuestro caso, el derecho provincial o local. Asimismo, en cuanto a las materias que conforman competencias del poder administrador, integran este andamiaje normativo las resoluciones y disposiciones del Poder Ejecutivo. En general, suelen ser muy referenciados y conocidos los principios y las reglas que surgen del derecho internacional de los derechos del niño[11] (los cuales por esa

por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral".

10. Guibourg, Ricardo, "Sobre los derechos", en *Análisis filosófico*, Argentina, Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, Vol 33, N° 1, 2013, pp. 67-80; sobre el triple orden de los derechos fundamentales (Derechos Humanos, Derecho Internacional y constituciones nacionales), véase Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, edición *eBook*, pp. 168-204.

11. En este sentido, el Derecho Internacional en materia de niñez privada de libertad se integra por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de La Habana, así como también los instrumentos generales de derechos humanos y derechos de las personas privadas de la libertad que también son aplicables a los adolescentes; pero también por las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño como así también de las decisiones contenciosas y consultivas de la Corte IDH. De esta forma, es fundamental la Observación General N° 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño, que refiere en el punto que nos ocupa lo siguiente: "92. Todo niño privado de libertad debe ser separado de los adultos, también en las celdas de la policía. Un niño privado de libertad no debe ser internado en un centro o una prisión para adultos, ya que existen abundantes pruebas de que esto pone en peligro su salud y su seguridad básica, así como su capacidad futura para mantenerse al margen de la delincuencia y reintegrarse. La excepción al respecto contemplada en el artículo 37 c) de la Convención, en el sentido de que la separación deberá efectuarse "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", debe interpretarse de manera restrictiva, y la conveniencia de los Estados partes no debe primar sobre el interés superior. Los Estados partes deben establecer instalaciones separadas para los niños privados de libertad que cuenten con personal debidamente capacitado y que funcionen de conformidad con políticas y prácticas que respondan a las necesidades de los niños.
93. Esta norma no significa que una persona internada en un centro para niños deba ser trasladada a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir 18 años, sino que debería poder permanecer en dicho centro si ello redunda en su interés superior y no atenta contra el interés superior de los niños internados en el centro.

94.Todo niño privado de libertad tiene derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas. Para facilitar estas últimas, se internará al niño en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia. Las circunstancias excepcionales en que pueda limitarse ese contacto deberán estar claramente establecidas por ley y no quedar a la discreción de las autoridades.
95. El Comité destaca que, en todos los casos de privación de libertad, han de observarse, entre otros, los siguientes principios y normas:

a. No se permite la detención en régimen de incomunicación de los menores de 18 años;
b. Se debe proporcionar a los niños un entorno físico y un alojamiento que les permita alcanzar los objetivos de reintegración que tiene el internamiento. Se debe prestar la debida atención a sus necesidades de privacidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades para asociarse con sus iguales y participar en deportes, ejercicio físico, artes y actividades de ocio;
c. Todo niño tiene derecho a una educación adaptada a sus necesidades y capacidades, también en lo que respecta a la realización de exámenes, y concebida con el fin de prepararlo para su regreso a la sociedad; además, siempre que sea posible, debe recibir formación profesional que lo prepare para ejercer un empleo en el futuro;
d. Todo niño tiene derecho a ser examinado por un médico o un profesional de la atención de la salud tras su ingreso en un centro de detención o una institución penitenciaria y debe recibir una atención de la salud física y psíquica adecuada durante su estancia en el centro, prestada, cuando sea posible, en los servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad;
e. El personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del niño con la comunidad en general, incluidas las comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas, como representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la posibilidad de visitar su hogar y a su familia. No se debe imponer ninguna restricción a la posibilidad de que el niño se comunique confidencialmente y en cualquier momento con su abogado u otro asistente;
f. Se recurrirá a la coerción o a la fuerza únicamente cuando exista el peligro inminente de que el niño se lesione o lesione a otros, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. La coerción no debe usarse para asegurar la docilidad y nunca debe implicar que se inflija dolor deliberadamente. Nunca se utilizará como forma de castigo. El uso de la coerción o de la fuerza, incluidos los medios de coerción físicos, mecánicos y médicos o farmacéuticos, deberá ser objeto de una supervisión estrecha, directa y permanente a cargo de un médico y/o un psicólogo. Deberá formarse al personal del centro sobre las normas aplicables y se sancionará adecuadamente a quienes hagan uso de la coerción o la fuerza incumpliendo esas normas. Los Estados deben registrar, vigilar y evaluar todos los casos de coerción o uso de la fuerza y asegurarse de que se reduzcan al mínimo;
g. Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del niño y con los objetivos fundamentales del tratamiento institucional. Deben prohibirse estrictamente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, como los castigos corporales, el encierro en una celda oscura, el régimen de aislamiento o cualquier otro tipo de castigo

razón daremos en su mayoría por reproducidos en este comentario), pero no lo son tanto las disposiciones internas que regulan los aspectos específicos de la ejecución de las medidas. Por nuestra parte, creemos que es fundamental destacar la importancia que adquieren en este punto las resoluciones y disposiciones del órgano administrador, en la medida en la que determinan la creación y el funcionamiento de los pro-

---

que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del niño de que se trate, y las medidas disciplinarias no deben privar a los niños de sus derechos básicos, como las visitas de un representante legal, el contacto con la familia, la alimentación, el agua, el vestido, la ropa de cama, la educación, el ejercicio físico o un contacto diario significativo con otras personas;

h. La reclusión en régimen de aislamiento no debe aplicarse a un niño. Toda separación del niño respecto de los demás debe ser lo más breve posible y utilizarse únicamente como medida de último recurso para proteger a dicho niño o a los otros. Cuando se considere necesario mantener separado a un niño, debe hacerse en presencia o bajo la estrecha supervisión de un miembro del personal debidamente capacitado, y deben registrarse los motivos y la duración;

i. Todo niño tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta. Los niños necesitan conocer sus derechos y los mecanismos de solicitud y denuncia, y tener fácil acceso a estos;

j. Deberá facultarse a inspectores independientes y cualificados para que efectúen visitas periódicas y las hagan por propia iniciativa sin previo aviso; dichos inspectores deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones confidenciales con los niños en los centros;

k. Los Estados partes deben velar por que no existan incentivos para privar a los niños de su libertad ni posibilidades de corrupción en relación con el acogimiento, el suministro de bienes y servicios o el contacto con la familia".

Asimismo, la Corte IDH también ha tenido oportunidad de expedirse al respecto. Como lo explica Mary Beloff, "en el caso 'Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay" la Corte IDH condenó a Paraguay como responsable de la violación de una cantidad de derechos de los jóvenes detenidos, todos en función del art. 19 de la CADH. Se sostuvo allí [...] que el deber de prestación positiva que el Tribunal había establecido en el precedente 'Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala' se acentuaba respecto de niños que se encuentran bajo la custodia del Estado y que, además, están en especial situación de vulnerabilidad, como lo eran los niños detenidos en el centro conocido como 'Panchito López'. En general, en relación con las personas privadas de libertad, mayores o menores de edad, la Corte IDH conectó la posición especial de garante que tiene el Estado respecto de las personas detenidas, con la obligación de garantizar las condiciones necesarias para una vida digna...". (Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales.* Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 182). Asimismo, destaca Beloff que la Corte IDH "dio prevalencia [a los deberes] de proveerlos de salud y educación, para asegurarse que la detención no destruirá los proyectos de vida de los niños" (Ibídem, p. 184).

gramas y dispositivos,[12] y se ocupan de aspectos sumamente sensibles en materia de protección de derechos, como por ejemplo los procedimientos de registro e inspección, los reglamentos de los dispositivos, los protocolos disciplinarios, los proyectos institucionales, entre muchos otros. De manera que a lo largo del comentario –que tiene una finalidad eminentemente práctica por sobre los aspectos teóricos– citaremos y reseñaremos las diferentes disposiciones y resoluciones.

En definitiva, el andamiaje normativo del funcionamiento de los dispositivos se compone por:

- Normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos del niño
- Leyes nacionales y de la Ciudad de Buenos Aires
- Resoluciones y disposiciones del organismo especializado (CDNNyA)

En la pirámide normativa, las normas de mayor jerarquía tienen un contenido mucho más general y valorativo, pero poco dicen respecto de qué ha de hacerse en concreto. Es por ello que las normas dictadas por el organismo administrador adquieren un carácter imprescindible, porque reglamentan con precisión cada uno de los aspectos que se derivan de esos principios. De este modo, mientras que las normas fundamentales pueden redactarse en unos pocos artículos –así como también las leyes–, las resoluciones y disposiciones tienen una extensión inconmensurablemente mayor, y, en el caso de los dispositivos penales juveniles, de cientos de páginas. Ello es así porque desarrollan al detalle el *cómo*, el *qué*, el *cuándo*, el *quién* y el *para qué* de cada una de las intervenciones. En este comentario haremos una muy apretada síntesis de los aspectos centrales, e indicaremos las resoluciones y disposiciones correspondientes, que son de lectura obligada para comprender cabalmente el funcionamiento del sistema.

12. Al respecto, Cassagne señala que "[l]os reglamentos de autoridades subordinadas al Poder Ejecutivo (ministros, secretarios de Estado, directores, etc.), se denominan resoluciones o disposiciones, aun cuando con el mismo nombre también se designa a los actos de alcance particular dictados por las mismas autoridades. Con el término ordenanzas se denomina a los reglamentos o actos de alcance particular dictados por los órganos representativos municipales (Concejo Deliberante, Sala de Representantes, etc.); el concepto es utilizado también para las disposiciones normativas de índole militar, aduanero o impositivo. La terminología correcta es, en todos los casos, 'Reglamento', cualquiera sea el órgano o ente estatal que los produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos" (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 7ª edición, T. I, p. 142).

Las competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial

Un aspecto que se relaciona íntimamente con la vasta densidad regulativa de las disposiciones y resoluciones del organismo administrador es el de la diferenciación de competencias entre los dos poderes (Ejecutivo y Judicial). Es importante señalar que cada uno de ellos tiene un rol fundamental y deben funcionar de manera articulada, sin intromisiones indebidas de uno por sobre el otro. En esta articulación, existen importantes decisiones que son competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, cuando un juzgado decide aplicar una medida de privación de la libertad sobre un adolescente, es al Poder Ejecutivo a quien le corresponde decidir el lugar específico y el sector en donde se lo alojará y definir la estrategia de intervención con la que se realizará el abordaje.[13] El respeto por las competencias de cada uno de los intervinientes del sistema genera mejores dinámicas en la intervención sobre los adolescentes. Por eso es fundamental que cada uno conozca y respete el trabajo del otro.

En el antiguo sistema tutelar, las funciones de los jueces de menores no encontraban limitaciones claras, y su incidencia en decisiones eminentemente administrativas eran mayores,[14] lo cual conduce a la arbitrariedad y a la falta de rigor técnico en las intervenciones. Así, las cuestiones operativas que hacen a la cotidianeidad de la vida en los centros, deben ser gestionada por los equipos técnicos, dada su especificidad, tanto en la formación como en la función. Nuestro sistema penal prevé discrecionalidad de la autoridad administrativa, con control judicial. Este control debe limitarse a evitar un menoscabo intolerable de derechos por conducir a una privación manifiestamente excesiva de la que

13. En el caso "Schiffrin s/ hábeas corpus" (Fallos: 320:2729), la Corte señaló que las "... disposiciones legales que dejan librado el traslado y distribución territorial de los internos a la discreción de la autoridad penitenciaria, con control de los jueces de las causas que tuvieran en trámite" y que no deben confundirse "... los institutos del egreso definitivo –la libertad– que obviamente requiere la orden del juez de la causa o del de ejecución, con el del traslado a otra unidad, que es dispuesto por la autoridad administrativa con control judicial".

14. Sobre el sistema tutelar y el rol del juez de menores, véase: Platt, Anthony M., *"Los salvadores del niño" o la invención de la delincuencia* (traducción de Félix Blanco), México, Siglo XXI , 1982.

toda pena importa[15] o a un agravamiento de las condiciones de privación de la libertad que exceda las precauciones exigidas por la seguridad.[16]

Los principios constitucionales y el derecho internacional de los derechos del niño: su aplicación en los dispositivos

Los principios constitucionales y del Derecho Internacional tienen aplicación directa en la estructura y la intervención de los dispositivos penales juveniles. Ellos son referencia permanente y constante en las resoluciones y disposiciones del organismo, que constituyen verdaderas reglamentaciones de esos principios. Mencionaremos, de ellos, los tres que constituyen los pilares del sistema, y su derivación concreta.

a) El principio de especialidad

El artículo 84 del RPPJ se refiere a la *privación de libertad en centro especializado*. Este artículo regula el así llamado principio de especialidad –concretamente en su faz orgánica– que implica que los programas y dispositivos encargados de intervenir con los adolescentes y jóvenes deben depender de un organismo especializado en niñez. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los dispositivos dependen del Consejo de los Derechos de Niñas, Niñas y Adolescentes, que cuenta con una Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil (creada por RESOL-2016-942-CDNNYA).[17] Asimismo, la especialidad está dada por el modo de abordaje: la intervención socioeducativa.

15. Fallos: 303:256.

16. Fallos: 308:2563.

17. Ello es así desde el año 2016. Previamente, los dispositivos dependían de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Sennaf), que cuenta con la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal (Dinai). La transferencia operó a partir de lo establecido en el Decreto PEN N° 873/2016 que tuvo su correlato en la Ciudad a través del Decreto N° 492/GCABA/2016 y su modificatorio el Decreto N° 495/GCABA/2016, que instruyó a la titular del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para celebrar los convenios y realizar las gestiones necesarias para el traspaso de los programas de asistencia directa y los dispositivos gubernamentales de intervención con adolescentes infractores a la Ley Penal que dependieran de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. En ese marco, el 20 de septiembre de 2016 se suscribió el "Convenio de Transferencia de Servicios de Atención Directa de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", celebrado entre la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), en representación del Estado Nacional, y el Consejo de los De-

En este sentido,

> ... el principio de especialidad en materia penal juvenil implica la creación de un sistema especializado con normas, procedimientos y establecimientos diferentes al de los adultos. El niño, niña y/o adolescente (en adelante NNy/oA), como sujeto en formación, en esta etapa crucial de su vida, gozan de un plus de derechos que nos obliga a pensar las políticas públicas destinadas a abordar su situación desde una óptica socioeducativa que posibilite un proceso de integración comunitaria, desde el efectivo ejercicio de la ciudadanía, superando la concepción punitiva de la medida impuesta.[18]

b) El principio socioeducativo

El artículo 85 del RPPJ dice, en lo aquí pertinente:

> ... La escolarización, la capacitación profesional y la recreación, son obligatorias en dichos centros, donde también se prestará especial atención al grupo familiar de la persona menor privada de la libertad, con el objeto de conservar y fomentar los vínculos familiares y su reinserción a su familia y a la sociedad....

El principio socioeducativo es fundamental en la intervención de los dispositivos penales juveniles y –como lo señalamos– se relaciona íntimamente con el principio de especialidad, en la medida en la que un dispositivo es especializado no solo porque depende de un organismo especializado, sino también porque realiza una intervención especializada.[19] Esta intervención especializada se denomina socioeducativa y abarca cinco aspectos fundamentales: La responsabilización, la promo-

rechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en representación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el cual se dispuso el traspaso de los dispositivos.

18. RESOL-2019-1095-GCABA-CDNNYA, Anexo 1.

19. "En cuanto a la dependencia institucional, la mayoría de los dispositivos del Sistema Penal Juvenil (91,5%), depende de áreas gubernamentales especializadas, es decir, se diferencian de aquellas destinadas a personas mayores de 18 años y no pertenecen a las Fuerzas de Seguridad ni al Servicio Penitenciario de cada jurisdicción. En los últimos años se ha avanzado en el traspaso de los dispositivos hacia áreas especializadas. Solo en el caso de los establecimientos de privación de libertad, se encuentran algunos cuya dependencia corresponde al área no especializada. A pesar de los esfuerzos realizados en estos últimos años para traspasar la gestión de los dispositivos a áreas especializadas en la materia, 3 de los establecimientos informados dependen de los Servicios Penitenciarios y 7 continúan bajo la dependencia de las Policías Provinciales" (SENNAF–UNICEF, "Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal. Año 2015" , p. 14).

ción de derechos, el desarrollo de capacidades sociales, el desarrollo de capacidades y destrezas laborales, y la integración social.[20] A su vez, se interviene en el aspecto individual, familiar, y sociocomunitario.

c) El principio de ultima ratio

En cuanto al principio de *ultima ratio*, abarca dos aspectos. En primer lugar, impone que el Derecho Penal funcione como la última instancia posible. Ello quiere decir que los conflictos protagonizados por personas adolescentes sean abordados primeramente mediante programas y dispositivos del sistema de protección de derechos, por fuera de la instancia penal. En segundo lugar, se refiere a que, dentro del sistema penal, la medida de privación de la libertad sea la última instancia a la que se debe recurrir solo cuando las otras posibilidades (medidas en territorio o medidas de restricción de la libertad)[21][22] hubieran fracasado. A su vez, esta medida de privación de la libertad debe proceder por el menor tiempo posible.

Estructura del organismo encargado de la ejecución de las medidas, dispositivos y programas

Para desarrollar cómo es el funcionamiento y cuáles son las características de los distintos dispositivos y programas a través de los cuales se da cumplimiento a las medidas del sistema penal juvenil, es fundamental explicar la estructura sobre la cual se constituyen.

20. RESOL-2019-1095-GCABA-CDNNYA, Anexo 1.

21. Más adelante, en los puntos 3 y 4, explicaremos la distinción entre los tres tipos de medida: de privación, en territorio y de restricción de la libertad.

22. En el fallo "Maldonado" de la CSJN se dijo expresamente que "... los principios que sin lugar a dudas diferencian el sistema penal de adultos del de responsabilidad penal juvenil en el contexto del modelo de la protección integral de los derechos del niño, pauta determinante de los alcances de la nueva imagen o perspectiva que debe informar todo el régimen especial aparejan para este último la necesidad de una amplia variedad de medidas y la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad. Su carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiologicistas. Antes bien, supone atender a los efectos de la pena –adecuada a la culpabilidad por el hecho como punto de referencia superior– que resulte necesaria imponer" (Fallos: 328:4343, del voto del juez Fayt).

a) La estructura de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil (DGRPJ)

La DGRPJ es, junto con la Dirección de Servicios de Atención Permanente (DGSAP), la Dirección General de Gestión de Políticas y Programas (DGGPP), y la Dirección General Legal Técnica y Administrativa (DGTAL), una de las Direcciones Generales que componen el CDNNyA y responden jerárquicamente a la Presidencia del organismo, junto a ellas se encuentra la Dirección General de Programas Descentralizados (DGPDES), que responde jerárquicamente a la Vicepresidencia del organismo.[23]

En su estructura, la DGRPJ[24] cuenta con dos Subdirecciones Operativas que dependen jerárquicamente de la DG, que son:

a) la Subdirección Operativa de Control y Aplicación de Normas para la Protección de Derechos (SOCANPD); y

b) la Subdirección Operativa del Centro de Admisión y Derivación (SOCAD).

Asimismo, cuenta con tres Direcciones Operativas:

1. La Dirección Operativa de Centros Socio-Educativos de Privación de Libertad Ambulatoria (DOCSEPLA), de la cual dependen tres subdirecciones operativas:
    a) la Subdirección Operativa del Centro de Régimen Cerrado José de San Martín;
    b) la Subdirección Operativa del Centro de Régimen Cerrado Manuel Rocca;
    c) la Subdirección Operativa del Centro de Régimen Cerrado Manuel Belgrano.

2. La Dirección Operativa de Dispositivos Alternativos a la Privación de la Libertad Ambulatoria (DODAPLA), de la cual dependen:
    a) la Subdirección Operativa de Residencias Socio-Educativas de Libertad Restringida;

23. CDNNYA, Resol-2016-942.

24. Ibídem, Resol-2018-947.

b) la Subdirección Operativa de Dispositivos de Seguimiento y Monitoreo de Jóvenes en el Ámbito Sociocomunitario.

3. La Dirección Operativa de Asuntos Judiciales y Administrativos (DOAJA), de la cual dependen:
   a) la Subdirección Operativa de Asuntos Judiciales;
   b) la Subdirección Operativa Administrativa.

b) Los dispositivos y programas

Las medidas que pueden disponerse en el marco del proceso penal juvenil no se agotan en la privación de la libertad, sino que existen alternativas a ella. De tal forma que los dispositivos pueden clasificarse de la manera que sigue:[25]

En primer lugar, un dispositivo de admisión, en el cual ingresan los adolescentes a disposición de un juzgado interviniente, es decir que cuando un adolescente es aprehendido por la fuerza de seguridad en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, por disposición del órgano judicial competente, es trasladado al Centro de Admisión y Derivación (CAD).

Luego, si el juez decide disponer una medida dentro del sistema penal, existen tres alternativas que, en función del principio de *ultima ratio*, deberían considerarse en el siguiente orden de prelación:

1. Medida penal en territorio.
2. Medida de restricción de la libertad ambulatoria.
3. Medida de privación de la libertad ambulatoria.

Las diferentes medidas se pueden disponer desde el momento de la aprehensión, y durante la tramitación del proceso. Cabe recordar, como ya lo hemos señalado, que en el proceso penal juvenil la pena solo puede ser aplicada cuando el adolescente cumple los dieciocho años de edad,[26] de manera que antes de esa instancia, se trata de medidas de coerción procesal.

25. Sobre este punto, puede consultarse también UNICEF-SENNAF, *op. cit*, p. 38 y ss.
26. Ley Nº 22278, art. 4.

c) La DGRPJ como parte del sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes

La conjunción del principio de especialidad con el principio socioeducativo determina que el organismo que se ocupa de la ejecución de las medidas del sistema penal juvenil sea también un organismo que conforma el amplio sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. En este sentido, la tarea del organismo se ve regulada tanto por los derechos y garantías propias del sistema penal, como también por los pilares del sistema de protección.

El rol de la DGRPJ no puede desarrollarse adecuadamente sin la debida articulación con el resto de los efectores que componen el sistema de protección integral, tanto respecto de las otras DG del CDNNyA como también de organismos externos, como lo son la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, el Ministerio de Salud o el Ministerio de Educación.

d) Los equipos de trabajo

El artículo 85 del RPPJ se refiere al "funcionamiento de los centros especializados", y señala que

> … deben funcionar en locales adecuados, con personal capacitado en el área social, pedagógica y legal. […] Los centros especializados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad deben contar con un grupo interdisciplinario de profesionales especializados. La dirección de estos centros será desempeñada por personal especializado y capacitado. En ningún caso podrá estar a cargo de personal policial, penitenciario o de las fuerzas de seguridad…

En tal sentido, los equipos de trabajo dentro de un dispositivo de la DGRPJ se componen de diversos perfiles entre los que se cuentan: (1) equipo técnico interdisciplinario (psicólogos, trabajadores sociales, abogados), (2) equipo de salud (enfermeros, médicos), (3) operadores sociales, (4) referentes pedagógicos, (5) talleristas, (6) instructores de educación física, (7) cuerpo especial de seguridad y vigilancia (se rige por el Decreto 210/89).

Los dispositivos están a cargo de un funcionario, el Subdirector Operativo.

Los distintos proyectos institucionales de los dispositivos establecen los roles específicos de cada uno de los perfiles en cuanto a cada una de las estrategias de intervención con los adolescentes.

El Centro de Admisión y Derivación (CAD) "Úrsula Llona de Inchausti"

a) Función y marco institucional

El 18 de septiembre de 2003, la Corte IDH, en el marco del caso "Bulacio v. Argentina", condenó al país y ordenó que

> ... el Estado adopte las medidas de hecho y de derecho necesarias para que los lugares de detención sean adecuados y cuenten con el debido control permanente. En este sentido, señalaron que, los menores de edad quedan alojados en comisarías cuando son detenidos, lugares donde también se ubica a los detenidos mayores de edad. Con el fin de garantizar la integridad física y las condiciones dignas de alojamiento en casos de detención de niños y adolescentes, es necesario que se prohíba alojarlos con mayores de edad y se especifique que los lugares de detención deben ser establecimientos especialmente designados a tal efecto, que cuenten con permanente control de funcionarios especialmente capacitados.

En consonancia con esa obligación del Estado, el Centro de Admisión y Derivación[27] es un dispositivo que funciona con intervención interministerial mediante el Convenio de Cooperación entre el CDNNYA y el Ministerio de Seguridad (s/ funciones en el CAD)[28] porque en él funciona la División Enlace Institutos de Menores de la Policía de la Ciudad.

Es importante señalar que en la Ciudad de Buenos Aires está prohibido el alojamiento de personas menores de edad en dependencias policiales.[29] De esta forma, cuando un adolescente es aprehendido en la

27. Creado en el año 2012 mediante la Resolución Nº 927/2012 de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, que era el organismo que en ese momento administraba los dispositivos en la Ciudad de Buenos Aires, actualmente bajo la órbita del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se rige por la Resol-2018-25-CDNNYA.

28. GCABA-CDNNYA, Resolución N° 2018-901.

29. El 29 de diciembre de 2008, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 7 dictó sentencia en el caso judicial N° 42117/08 caratulado "Ministerio Público Fiscal, Justicia Penal, Contravencional y de Faltas s/ inf. Art. 23.098 L.N. *(hábeas corpus*)" y ordenó el cese de la restricción de libertad en sede policial, de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. A raíz de ello

Ciudad de Buenos Aires por alguna fuerza de seguridad, a disposición de un juez/fiscal con competencia en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires (Juzgados o Fiscalías Penales, Contravencionales y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, Juzgados Nacionales de Menores, Juzgados Federales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires) es trasladado al CAD.

b) ¿Cómo es el procedimiento?

El procedimiento dentro del CAD está regulado detalladamente por la Resolución N° 1401 del 2019,[30] que en su Anexo 1 aprueba el Protocolo de Actuación del Centro de Admisión y Derivación "Úrsula Llona de Inchausti" (CAD).

En líneas muy generales, se divide en los siguientes tres pasos: 1) Ingreso (ver Capítulo I del mencionado protocolo), 2) Estadía (ver Capítulo II del protocolo), y 3) Egreso/Derivación (ver Capítulos III y V del protocolo).

1) Al momento del ingreso del adolescente al CAD, destacan como fundamentales los siguientes pasos:

(a) el NNoA es revisado por personal del Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia mediante *scanner* portátil.

(b) El NNoA es revisado por un médico legista de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires (ello cumple con lo normado por el art. 89 del RPPJ). En caso de que este rechace su ingreso por motivos de salud, el adolescente debe ser trasladado a un centro hospitalario por parte de la fuerza de seguridad preventora, quien también realizará la custodia durante la estadía del adolescente en hospital. En ese caso, una vez obtenida el alta hospitalaria y médica, el adolescente estará en condiciones de ingresar al CAD. Si el médico legista admite el ingreso, el adolescente es revisado nuevamente por un equipo de salud dependiente del CDNNyA.

(c) Luego, un agente del Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia toma una foto y las huellas dactilares por medio del sistema dac-

se creó, mediante Resolución N° 329/MJYSGC/2009 el Programa de Identificación y Alojamiento Provisorio de Niños, Niñas y Adolescentes, para la implementación de los procedimientos a observar en los casos de detención de niños, niñas y adolescentes imputados de la comisión de un delito en la Ciudad de Buenos Aires.

30. GCABA-CDNNYA, Resolución N° 2019-1401.

tiloscópico de Unidades de Expedición y Recepción de antecedentes penales y/o a través del Sistema de Captura de Datos Biométricos.

(d) La División Enlace de la Policía de la Ciudad recibe el acta de remisión de la dependencia o fuerza preventora, efectúa la lectura de derechos al NNAy/oJ, quita la medida de sujeción al NNoA (si la tuviere), y solicita la firma del acta de remisión por parte de los operadores (que acompañan todo el procedimiento), a quienes les entrega una copia de la misma.

2) Luego del ingreso, el NNoA es alojado según su edad y género auto-percibido, ya sea en sector masculino o en sector femenino, o en sector punibles o no punibles. Sobre este último punto es importante señalar que el ingreso al CAD corresponde a toda persona menor de dieciocho años aprehendida por una fuerza de seguridad en el territorio de la Ciudad y dispuesta por un juzgado con competencia en el territorio. No existe una edad mínima de ingreso. Por esa razón, en el CAD pueden ingresar personas que estén por debajo de la edad mínima de punibilidad (dieciséis años). En estos casos, como lo señalamos, son alojados en un sector específico y la intervención sobre ellos es siempre por fuera del sistema penal, es decir que se articula con el juzgado interviniente para que pueda disponer su pronto egreso (al cabo de un máximo de doce horas)[31] con su familia o referente adulto, o a un efector del sistema de

31. CSJN, Fallos: 331:2691, "García Mendez" señaló que "nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a las normas del bloque de constitucionalidad del que se ha hecho mérito en esta sentencia y, en cuanto fuere apropiado, a la ley 26.061. No ofrece dudas que entre las 'medidas de otra índole' que el Estado debe arbitrar 'para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención' (Convención, art. 4; en sentido análogo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2), se inscriben las sentencias judiciales. Los 'tribunales', al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una "supervisión adecuada" (ídem, art. 3), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que "garantizar" los derechos humanos implica para el Estado el deber 'de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar' de aquellos ('Giroldi y otro", Fallos: 318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lo cual comprende el ejercicio del 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional ('Mazzeo', Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es

protección especial de derechos o el sistema de salud, de corresponder. Durante la estadía en el CAD destacan dos grandes aspectos:

(a) Por un lado, se garantizan los derechos fundamentales, en cuanto a que el NNoA recibe los elementos de higiene, alimento, muda de ropa, vinculación familiar, realiza actividades lúdicas y recreativas, comunicación con su abogado defensor, todo ello con acompañamiento constante por parte de operadores sociales. Asimismo, reciben contención desde el punto de vista técnico-profesional.

(b) Por otro lado, se prepara la estrategia de derivación/egreso a los efectos de realizar la sugerencia técnica al juzgado interviniente. A esos fines, el equipo técnico evaluador realiza una entrevista con el NNoA, contacta a las instituciones que ya están interviniendo con el NNoA, elabora un informe, y se realiza una entrevista con los referentes familiares y/o afectivos.

3) De acuerdo con la decisión que el juzgado interviniente adopte sobre la base de la sugerencia técnica del CAD, el adolescente puede:

(a) egresar con (1) los padres, (2) la familia o (3) referentes afectivos, (4) de manera autónoma, (5) a una institución del sistema de protección, (6) a una institución de salud, o

(b) ser derivado a una medida del sistema penal. En este caso, puede tratarse de (1) una medida penal en territorio (Programa de Acompañamiento e Inserción en el Ámbito Sociocomunitario –PAIAS–), de (2) una medida de restricción de la libertad ambulatoria (alojamiento en una Residencia Socioeducativa de Libertad Restringida) o (3) una

---

función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio. Valga la presente, en consecuencia, como recordatorio e instrucción en tal sentido (doctrina de 'Verbitsky', citado, pp. 1203/1204). Otro tanto cabe predicar, en su medida, del Ministerio Público de la Defensa" (del voto de Santiago Petracchi). Sobre la intervención con adolescentes no punibles, la CSJN resolvió en el precedente "H., A. O. s/ infracción ley 23.737", del 24/06/2021, que ella debía mantenerse por fuera de la causa penal (en el caso, se cuestionaba la citación a prestar declaración indagatoria de un adolescente no punible en razón de la edad). Véase al respecto el comentario al fallo de Martiniano Terragni y Mariano Kierszenbaum titulado "Una vez más acerca de la pregunta: ¿qué hacer con los adolescentes inimputables en razón de la edad?", en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, febrero 2022. Disponible en: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/REVDFAMAP/2022/v1/document/0177DFB7-CF6D-650C-A33B-816FC17C7FB3-802771/anchor/4663444690874668485

medida de privación de la libertad ambulatoria (alojamiento en un Centro Socioeducativo de Régimen Cerrado).

Estas denominaciones se adecúan al relevamiento efectuado por la SENNAF y el UNICEF realizada de forma simultánea en todas las jurisdicciones del país, el 04 de marzo de 2015.[32]

c) El Programa Derechos y Alianzas Territoriales

Dentro del CAD funciona un programa que sirve a los fines de oficiar de puente a partir de la intervención que tiene un origen en el sistema penal– porque el adolescente es aprehendido por una fuerza de seguridad– pero que debe necesariamente salir de él y derivar en el sistema de protección especial de derechos. Este programa se denomina Derechos y Alianzas Territoriales, creado mediante la Resolución Nº 1118 del 2018[33] y tiene como misión:

> Generar acciones que promuevan el acceso de las niñas, niños y adolescentes a las condiciones de vida necesarias que le permitan reconstituir y/o construir una nueva red vincular familiar, social y comunitaria para poder asumir con protagonismo un proyecto alternativo de vida.[34]

32. "En primer lugar, el término dispositivo penal juvenil se refiere a una modalidad particular de organización de las intervenciones del Estado para implementar una medida judicial como respuesta a la infracción, o presunta infracción, de la ley penal por parte de una persona menor de edad. La aplicación de medidas judiciales requiere coordinar elementos heterogéneos en el momento de la intervención, instituciones, saberes y discursos disciplinarios, elementos arquitectónicos, normativas administrativas y prácticas específicas, entre otros. En este sentido, un establecimiento y un programa se consideran dispositivos penales, pero de distinto tipo, ya que si bien su propósito es el mismo, difieren en la organización y articulación de los elementos mencionados. Con respecto a la implementación de las medidas judiciales de carácter penal, se ha identificado tres tipos de dispositivos: A. Programas de supervisión en territorio, incluyen a adolescentes y jóvenes infractores o presuntos infractores a la ley penal, y son dispositivos de aplicación de una medida restrictiva de la libertad en ámbitos socio-comunitarios, como los Programas de Supervisión y Monitoreo, Libertad Asistida y Sistemas de Acompañamiento. B. Establecimientos de restricción de libertad, alojan a adolescentes y jóvenes infractores o presuntos infractores a la ley penal. En general, estos dispositivos se denominan Residencias Socio-educativas. C. Establecimientos de privación de libertad, albergan adolescentes y jóvenes infractores o presuntos infractores a la ley penal, la mayoría son Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado, aunque en menor medida, también existen Centros de Admisión y Derivación, Alcaidías y Comisarías" (SENNAF – UNICEF, *op.cit.* , p. 11).

33. CDNNYA, Resol-2018-1118.

34. Ídem.

En cuanto a su intervención,

> … el Programa está conformado por un equipo interdisciplinario para el abordaje de las situaciones singulares de los destinatarios previstos. Se prioriza la creación de un ámbito en el que la niña, niño, adolescente y joven pueda abordar su historia y construir un proyecto de vida personal.[35]

Las medidas penales en territorio

Estas medidas han sido definidas como aquellas que

> … comprenden el monitoreo, acompañamiento y la supervisión del adolescente en territorio, dentro de su red social, familiar y comunitaria, en el marco de la aplicación de una medida judicial restrictiva de la libertad, dispuesta por juzgados o tribunales con competencia en la materia. El objetivo principal de estos dispositivos es acompañar al joven en la elaboración de un proyecto de vida que lo aleje de su vinculación con el ámbito penal y promueva su inclusión en la comunidad, a partir del ejercicio de la ciudadanía.[36]

Implican un abordaje interinstitucional, con intervención tanto de áreas gubernamentales como no gubernamentales.

La medida penal en territorio se lleva adelante en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires a través del Programa de Acompañamiento e Inclusión en el Ámbito Sociocomunitario (PAIAS) que depende de la Subdirección Operativa de Dispositivos de Seguimiento y Monitoreo de Jóvenes en el Ámbito Sociocomunitario:[37]

> El programa de acompañamiento e inclusión en el ámbito sociocomunitario, es una medida penal con implementación en el centro de vida de las/los adolescentes –punibles e imputables– que se erige como primera opción frente a una medida de restricción o privación de la libertad o también como medida de acompañamiento en las instancias de egreso de otros dispositivos de mayor restricción.[38]

35. Ídem.
36. SENNAF – UNICEF, *op. cit.* , p. 11.
37. CDNNYA, Resolución N° 2018-525.
38. Ibídem, Anexo 1.

El Programa cuenta con un proyecto institucional (aprobado mediante la Disposición 83 del 2019 -DI-2019-83-GCABA-DGRPJ-). Se desempeña en todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, a la cual divide en cuatro áreas programáticas: Área Programática 1 (Comunas 8 y 9), Área Programática 2 (Comunas 1-2-12-13-14 y 15), Área Programática 3 (Comunas 3-5-6-7-10 y 11), y Área Programática 4 (Comunas 1 y 4).

Las medidas de restricción de la libertad ambulatoria

Las medidas de restricción de la libertad ambulatoria se cumplen en las Residencias Socioeducativas de Libertad Restringida –RSLR– (reguladas mediante la Resolución Nº 27 del 2018).[39] En esta modalidad, el adolescente se aloja en un dispositivo residencial (desde su estructura edilicia, una casa) y una de las características esenciales de la medida radica en que las actividades (educativas, recreativas, etc.) se realizan en el exterior. Se trata de un ámbito convivencial en el cual los adolescentes adquieren responsabilidades. Esta modalidad de medida de coerción es altamente preferible respecto de las medidas de privación de la libertad, porque disminuyen notoriamente los riesgos de que el adolescente se desocialice como consecuencia de la institucionalización y, al propio tiempo, fomentan la creación de hábitos de conducta más acordes con la vida en sociedad. En este sentido, el medio de vida de algún modo "artificial" que se genera en un centro de régimen cerrado (el adolescente tiene horarios establecidos y hetero-controlados para todas sus actividades tales como descanso, hora de despertarse, de desayunar, de patio, de escuela, etc.), que al extenderse en el tiempo puede generar efectos sumamente negativos en ellos para su posterior inserción comunitaria, no se verifica en las medidas de restricción de la libertad en función de que ellas demandan una fuerte auto-organización por parte de los adolescentes. Este mayor grado de autonomía en cuanto al desarrollo de actividades y circulación por fuera de la institución, evidentemente, ofrece menos garantías de aseguramiento de la coerción impuesta, y, por este motivo, ante situaciones en las cuales el juzgado quiere asegurar al máximo

39. CDNNYA, Resolución N° 2018-27.

la comparecencia del adolescente a proceso, y/o cuando el adolescente no demuestra pautas de conducta que permitan suponer en una prognosis ex ante que cumplirá las reglas impuestas por el tribunal (o incluso ex post cuando el adolescente ya ha fracasado en una intervención previa, porque ha hecho abandono de la medida), los juzgados deciden por una opción coercitiva más severa, como lo son los CSRC.

En la Ciudad de Buenos Aires hay tres RSLR: Almafuerte, Simón Rodríguez y Juana Azurduy. Cada una de ellas cuenta con un proyecto institucional ,aprobado mediante la Disposición N° 82 del 2019.[40]

Las residencias Almafuerte y Simón Rodríguez están destinadas al alojamiento de adolescentes varones, mientras que la residencia Juana Azurduy, mujeres.

Como lo señala su Proyecto Institucional,

> ... la Residencia Socioeducativa de Libertad Restringida Almafuerte es un ámbito de cumplimiento de medidas de restricción de libertad ambulatoria para los/las adolescentes punibles entre 16 y 17 años de edad, así mismo, cabe aclarar que se admite el ingreso de aquellos que alcancen la mayoría de edad cuando estén en el curso de cumplimento de medida, en algún ámbito dependiente de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil. Todos ellos, dispuestos por los Juzgados Nacionales de Menores, los Tribunales Orales de Menores y/o los Juzgados Criminales y Correccionales Federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[41]

La RSLR Simón Rodríguez señala en su Proyecto Institucional:

> ... el universo de destinatarios de las intervenciones está compuesto por adolescentes sujetos de derechos a los que se les presume una infracción a la ley, cuyas edades están comprendidas entre los 16 y 17 años de edad. Solamente se admite el ingreso de adolescentes que alcancen la mayoría de edad cuando se hallen en curso de cumplimiento de medida penal en algún ámbito dependiente de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil. En la especificidad de la labor se contemplan las singularidades de la población con la que se interviene, cuyas historias de vida se ven fuertemente atravesadas por problemáticas sociales, culturales, históricas, económicas y políticas que operan limitando sus posibilidades de acceso a derechos. El ingreso y egreso a y de la Residencia, respectivamente, están dados por orden expresa de autoridad judicial competen-

40. GCABA-DGRPJ, DI-2019-82.

41. Ibídem, Anexo II.

> te: Juzgados Nacionales de Menores, Tribunales Orales de Menores y/o Juzgados Criminales y Correccionales Federales con asiento en Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).[42]

La RSLR Juana Azurduy, por su parte, refiere en su Proyecto Institucional:

> … La Residencia Socioeducativa de Libertad Restringida (RSLR) Juana Azurduy es un dispositivo convivencial de libertad morigerada, destinado al ingreso de adolescentes mujeres de entre 16 y 18 años de edad, que se encuentren en conflicto con la ley penal, dentro del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. […] Las adolescentes residentes son derivadas mediante oficio judicial expedido por un Tribunal Oral de Menores (TOM), como así también de Juzgados Nacionales de Menores (JNM). Además, existe un mecanismo interno de solicitud de ingreso (también por oficio) de otros dispositivos pertenecientes a la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil (DGRPJ), como el Centro de Régimen Cerrado San Martín y el Centro de Admisión y Derivación (CAD).

Los Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado (CSRC)

a) Concepto, función y marco institucional

Los Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado son dispositivos para el cumplimiento de medidas de privación de la libertad ambulatoria para adolescentes punibles e imputables. Están regulados mediante la Resolución Nº 1095 del 2019,[43] que contiene diversos protocolos: (1) el Protocolo de Ingreso, Egreso y Derivación (en su Capítulo I), (2) el Protocolo para Garantizar el Derecho a la Vinculación (en su Capítulo II), (3) el Protocolo Disciplinario (en su Capítulo III), (4) el Protocolo de Actuación frente a Conflictos entre Adolescentes (en su Capítulo IV).

En el fallo conocido como "Panchito López", la Corte IDH estableció que

> … los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar 'en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño'. El Comité de

42. Ibídem, Anexo I.

43. GCABA-CDNNYA, Resolución N° 2019-1095.

> Derechos del Niño ha interpretado la palabra 'desarrollo' de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen que: '13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad'.[44]

b) ¿Cuáles son?

Para el cumplimiento de esos objetivos, en la Ciudad de Buenos Aires hay tres (3) CSRC: el San Martín, el Manuel Rocca y el Belgrano. Cada uno de ellos cuenta con su Proyecto Institucional, aprobados por la Disposición Nº 80 del 2019[45] y tiene un perfil específico de alojamiento de adolescentes y jóvenes. La máxima autoridad de cada uno de los CSRC es el Subdirector Operativo.

El CSRC San Martín es un dispositivo mixto, que aloja adolescentes varones y mujeres, en sectores separados, pero que comparten actividades educativas, recreativas y deportivas. En cuanto a la edad, se alojan adolescentes de dieciséis (16) o diecisiete (17) años. Como lo señala su Proyecto Institucional,

> … se erige como ámbito de cumplimiento de medida procesal penal, para adolescentes de ambos sexos, de entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años de edad, respecto de quienes la Justicia Especializada impuso medida de privación de libertad ambulatoria. De esta forma comparte el destinatario previsto (masculino) con el CSRC Manuel Rocca, por lo que se establecen criterios comunes para su inclusión, a saber: a) si bien de acuerdo al circuito lógico establecido para el cumplimiento de medidas privativas de la libertad ambulatoria, en una primera instancia la inclusión procede en este Centro, se evalúan causales de orden individual o socio – comunitario que podrían imponer la necesidad de derivación al CSRC Manuel Rocca en un

44. Corte IDH, "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", rta. 02/09/04, Cons. 161.

45. GCABA-DGRPJ,DI-2019-80.

> primer tránsito institucional; b) inscripta en una propuesta, la derivación al CSRC Manuel Rocca puede operar por requerirse de un abordaje diferenciado, principalmente en lo relacionado a la convivencialidad, debido a las particularidades edilicias que presentan ambos centros que comparten la población destinataria; y además, c) se procede a la derivación al CSRC Manuel Rocca atendiendo a las características y/o perfil del adolescente concomitantemente con el proceso contenido en el expediente judicial, en tanto que ofrece en materia convivencial pautas más apegadas a la condición que va a transitar el joven adulto en caso en que la medida penal se extienda una vez alcanzada la mayoría de edad.[46]

El CSRC Manuel Rocca aloja adolescentes varones de dieciséis (16) o diecisiete (17) años. En su Proyecto Institucional (al igual que en el CSRC San Martín) se señala:

> Compartiendo con el CSRC San Martín la población destinataria, se establecen criterios comunes para su inclusión, a saber: a) si bien de acuerdo al circuito lógico establecido para el cumplimiento de medidas privativas de la libertad ambulatoria, en una primera instancia la inclusión procede en el CSRC San Martín, se evalúan causales de orden individual o socio–comunitario que podrían imponer la necesidad de derivación a este Centro en un primer tránsito institucional; b) inscripta en una propuesta, la derivación del CSRC San Martín a este puede operar por requerirse de un abordaje diferenciado, principalmente en lo relacionado a la convivencialidad, debido a las particularidades edilicias que presentan ambos centros que comparten la población destinataria; c) cuando el adolescente registra tránsitos anteriores en la modalidad es derivado desde Centro de Admisión y Derivación al CSRC Manuel Rocca; y d) cuando desde el expediente judicial y de acuerdo al perfil del adolescente se impone, en tanto que el CSRC Manuel Rocca ofrece en materia de tránsito convivencial pautas más apegadas a la condición que va a transitar el joven adulto en caso en que la medida penal se extienda una vez alcanzada la mayoría de edad.[47]

Asimismo, en cuanto a la modalidad convivencial, el Proyecto Institucional señala:

> Al ser incluidos en el CSRC Manuel Rocca, los adolescentes son alojados en sectores de convivencia. El Centro cuenta con tres sectores convivenciales:

46. Ibídem, Anexo I.

47. Ibídem, Anexo II.

> Sanidad (Etapa I), Dormitorio (Etapa II) y Sarmiento (Etapa III). Cada etapa tiene objetivos y un encuadre distinto, siendo la Etapa III el sector que presenta accesibilidad inmediata a recursos materiales y posibilita mayores niveles de autonomía, atento a las particularidades físicas del espacio y la lógica comunitaria que implica. La promoción de las diferentes etapas es evaluada por los equipos de trabajo en función del cumplimiento de los objetivos pautados con cada adolescente en su plan de trabajo.[48]

El CSRC Manuel Belgrano, por su parte, es un dispositivo destinado a extender el principio de especialidad por encima de la mayoría de edad, por lo tanto, en él se alojan jóvenes que han cumplido los dieciocho (18) años mientras se encontraban cumpliendo una medida en el ámbito de la DGRPJ (generalmente, en el CSRC Rocca). En este sentido, su proyecto institucional señala:

> … es un dispositivo destinado al cumplimiento de medidas privativas de la libertad ambulatoria para jóvenes mayores de edad que al momento de haber alcanzado tal condición, se hallaren en curso de cumplimiento de medida en algún ámbito dependiente de la DGRPJ y al solo efecto de no interrumpir la estrategia de abordaje implementada cuando esta así lo amerite, ya sea en cumplimiento de prisión preventiva o de ejecución de condena…[49]

Es importante señalar que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado expresamente en su Observación General N° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil:

> Continuación de las medidas de justicia juvenil 35. El Comité recomienda que los niños que cumplan 18 años antes de completar un programa de medidas extrajudiciales o bien una medida no privativa de la libertad o privativa de la libertad puedan finalizar el programa, la medida o la sentencia, y no sean enviados a centros para adultos.

Asimismo, señala que con relación a la norma que impone la separación de niños y adultos en las medidas de privación de la libertad:

> Esta norma no significa que una persona internada en un centro para niños deba ser trasladada a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir 18 años, sino que debería poder permanecer en

48. Ídem.

49. Ibídem, Anexo III.

> dicho centro si ello redunda en su interés superior y no atenta contra el interés superior de los niños internados en el centro.[50]

Sobre este punto ampliaremos en el apartado sobre control jurisdiccional de las medidas.

c) Derechos y responsabilidades de los adolescentes en los dispositivos

Un aspecto fundamental de la medida en un CSRC –y tal como lo señala la Resolución 1095– radica en que "la privación de la libertad no implica la vulneración, desconocimiento o cercenamiento de los derechos de los adolescentes, a excepción de la libertad ambulatoria en sí misma". En tal sentido, la totalidad de los derechos de los adolescentes alojados en los dispositivos debe ser garantizada. Entre ellos, son particularmente importantes: el derecho a la identidad (*v. gr.* tramitación de DNI), a la educación, a realizar actividades deportivas y recreativas (tanto al aire libre como en espacios cerrados), a la salud, a la alimentación (se contemplan también necesidades de dietas específicas, supervisadas por un profesional), a la vinculación (se garantizan como mínimo dos días de visitas semanales), al contacto con la comunidad y a la comunicación (se realizan contactos con la sociedad civil para que realicen actividades en los centros), al acceso a la justicia (los adolescentes tienen derecho a la comunicación con sus defensores oficiales, abogados particulares y organismos judiciales), a ser escuchado y peticionar (tanto a la conducción del Centro como autoridades superiores y juzgados o defensores), a la participación (*v. gr.* participar en el diseño de la estrategia de abordaje individual), a la vestimenta (los dispositivos suministran la vestimenta adecuada al clima), a la posesión de objetos personales (siempre que no sean riesgosos para sí o terceros), a profesar su religión, a recibir trato digno (en caso de malos tratos, el Subdirector Operativo realiza los procedimientos correspondientes).

Asimismo, junto con los derechos, la Resolución Nº 1095 regula las responsabilidades de los adolescentes:

> Respetar las pautas y horarios institucionales notificados al momento de su ingreso, y cumplir con las indicaciones que el personal, en el marco de sus funciones, le impartan. –Asistir a la escuela y a las actividades educativas y recreativas a las que se comprometen. –Mantener su higiene

50. OG 24, párr. 93.

> personal y la de su espacio. –Cuidar de los espacios y los elementos que se entreguen para el desarrollo de las actividades. –Respetar el marco de convivencia y abstenerse de realizar acciones consideradas como faltas en el Capítulo III –Protocolo Disciplinario del presente documento. –Mantener un trato respetuoso con sus pares y con el personal del Centro. –Participar de las asambleas convivenciales.

d) La educación

Particular atención merece el derecho a la educación. El artículo 85 del RPPJ dice "... La escolarización, la capacitación profesional y la recreación, son obligatorias en dichos centros...". Por su parte, el artículo 86 del RPPJ dice –en lo aquí pertinente–:

> Reglamento interno. Cada centro especializado contará con un reglamento interno, el que debe respetar los derechos y garantías reconocidas en esta ley, y contemplar como mínimo los siguientes aspectos: [...] e. Establecimiento de programas educativos, de capacitación, laborales, de salud, culturales, religiosos y de recreación...

La Resolución Nº 1095 se refiere a este aspecto como fundamental, en cuanto dice:

> Se debe garantizar el desarrollo y fortalecimiento de actividades educativas, recreativas, formativas, artísticas, deportivas, laborales y de ocio, en un sistema organizado en forma diaria, que asegure la participación de todos los adolescentes, la ocupación de los espacios físicos disponibles y la reducción al mínimo del tiempo de permanencia en los sectores de descanso. Cada Centro debe contar con un cronograma de actividades diarias con las pautas, horarios y grupos de adolescentes que participan de las mismas.

En cuanto a las actividades educativas, en los CSRC se dictan clases de educación primaria y secundaria –según corresponda a cada adolescente– diariamente por la mañana, las cuales están a cargo del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires. En su interior hay aulas destinadas a tales fines. Asimismo, por la tarde se desarrollan diversos talleres, dictados tanto por personal externo a la institución (entre los que se incluyen los centros de formación profesional –CFP–, talleres dictados por universidades, organizaciones), como por personal interno (talleristas). Las actividades educativas son de carácter obligatorio, en este sentido, la Resolución Nº 1095 establece:

> Las actividades educativas (formales y no formales) son siempre obligatorias. En el caso de las actividades educativas que no pertenezcan a la escolaridad obligatoria, según la Ley de Educación Nacional N° 26206 o la que en el futuro la reemplace, adquieren carácter obligatorio al momento en que el adolescente asume el compromiso de realizarlas a partir de la oferta existente, de acuerdo a sus gustos y de sus intereses.

Un aspecto importante en cuanto a las certificaciones obtenidas radica en que

> … los diplomas y/o certificados extendidos a los adolescentes durante su permanencia en los Centros, no deben contener referencia alguna respecto a que fueron obtenidos durante su condición de privación de libertad ambulatoria, ni hacer mención al establecimiento donde se obtuvieron.

e) Ingreso, egreso y derivación

Los CSRC cuentan con un Protocolo de Ingreso, Egreso y Derivación.[51] El protocolo establece minuciosamente cada uno de los pasos que se deben seguir y quién, dentro de la estructura del dispositivo, debe realizar cada una de las tareas.

1) Entre los aspectos fundamentales en el ingreso (que procede por orden judicial), (a) el adolescente debe ser revisado por un médico, (b) se realiza un registro sobre el adolescente y sus pertenencias, (c) el adolescente tiene derecho a realizar una llamada telefónica con un familiar, referente afectivo o sociocomunitario dentro de las doce horas desde el ingreso, (d) dentro de las 24 hs. un médico (o provisoriamente un enfermero, sujeto a posterior ratificación por el médico en las 24 hs.) evalúa al adolescente a los efectos de su inclusión en las actividades institucionales, (e) se le asigna al adolescente una dupla profesional referente (psicólogo y trabajador social), (f) se notifica al juzgado el ingreso del adolescente y se acompaña copia del acta suscripta por éste notificándose de la normativa institucional, (g) dentro de los quince días el equipo interdisciplinario realiza el informe inicial a los efectos de ser enviado al juzgado.
2) En el egreso (que procede por orden judicial), (a) se realiza un acta de entrega de la documentación, (b) se realiza un

51. Resolución Nº 1095, Capítulo II, Anexo 1.

informe de salud del adolescente, (c) se remite el legajo integral (LINNA) al CAD. El egreso puede proceder (a) desde los estrados judiciales, (b) desde el CSRC, (c) en domicilio, (d) en sede de la institución de destino (*v. gr.* Comunidad terapéutica, hogares convivenciales).

3) La derivación se produce cuando se cambia el lugar de alojamiento dentro de los dispositivos de la DGRPJ o se produce el egreso con intervención de una medida territorial. La derivación, entonces, puede ser (a) entre CSRC, en este caso, al no haber una modificación en la medida de coerción, no se requiere autorización judicial, sino que la autoriza la DOCSPLA; (b) a una RSLR, o (c) a un programa territorial (PAIAS o DyAT), en los supuestos (b) y (c) se requiere autorización judicial, porque implica una modificación de la medida de coerción.

f) El derecho a la vinculación

Un derecho fundamental dentro de un CSRC es el de la vinculación. Por ello, la Resolución Nº 1095 regula en su Capítulo II el Protocolo para garantizar el Derecho a la Vinculación.

1) Este derecho se garantiza en los dispositivos en tres modalidades: (1) las visitas, que se realizan con un mínimo de dos veces a la semana (los miércoles de 14:00 a 17:00 y los domingos de 9:00 a 12:00 hs.), (2) la correspondencia, y (3) los llamados telefónicos, que se realizan diariamente con llamadas de diez minutos de duración, deben realizarse antes del horario de la cena.

g) El marco normativo convivencial y el Protocolo Disciplinario

Un aspecto fundamental del funcionamiento de los dispositivos es el abordaje de situaciones de conflicto que pueden constituir infracciones a los regímenes de comportamiento interno. La Resolución Nº 1095 establece en tal sentido:

> El marco normativo convivencial y disciplinario debe ser entregado y explicado al adolescente al momento de su ingreso y estar publicado en un lugar visible del Centro, al igual que los números telefónicos de organismos externos de supervisión y/o contralor y de derechos humanos.

Los regímenes disciplinarios de los centros constituyen reglamentos delegados.[52] El RPPJ lo menciona en su artículo 86, en cuanto refiere:

52. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no hace mención expresa a los reglamentos delegados, sin embargo. En el fallo "Unión Cívica Radical c/ GCBA s/ Electoral – otros", rta. 23/01/2015, del TSJ; se dijo que "… desde antaño la CSJN ponderó que 'siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno' (caso 'Ríos Ramos y otros', Fallos 1:32 de 1863).
En esta inteligencia, posteriormente clarificó la diferencia entre la delegación de materia propia del Poder Legislativo en el Ejecutivo y la potestad reglamentaria de este último órgano supremo del Estado respecto de las normas dictadas por el primero cuando la Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, no reconocía ni hacía mención en su texto sobre los denominados "reglamentos delegados" situación análoga a la que refleja el texto vigente de la CCBA, salvo claro está para determinar la nulidad de la delegación legislativa en materia tributaria (v. art. 51).
Así en el caso "Delfino" (Fallos: 148:430 de 1927), el Alto Tribunal destacó con claridad meridiana en sus considerandos 5 y 6 que "… ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos. Es este un principio uniformemente admitido como esencia para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución…"; agregando: "Existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aún en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución".
Esta doctrina es aplicada sobre una cuestión de naturaleza penal en la causa "Mouviel" (Fallos 237:636 de 1957); el dictamen del Procurador Sebastián Soler en este pronunciamiento ponderó que "La diferencia entre una indebida delegación de atribuciones legislativas y una simple remisión al poder reglamentario del Presidente de la República para reglar pormenores y cuestiones de detalle, se estableció con toda claridad en el […] caso de Fallos: 148:430 [citando textualmente el considerando 6 de este pronunciamiento *supra* transcripto]".
En el dictamen ejemplifica adecuada y gráficamente los parámetros necesarios para definir la delegación legislativa en lo que al caso en estudio se refieren.
En esta inteligencia y *mutatis mutandi*, puede concluirse que la delegación legislativa se presentará –esencialmente– (i) cuando existe un traspaso o transferencia de una porción de facultades o atribuciones que resultan propias del Poder Legislativo en tanto le fueron conferidas -en forma expresa o razonadamente implícita- por la Constitución, y (ii) cuando dicho traspaso se presenta ilimitado, sin ofrecer adecuados taludes que impidan su desborde. Esto es lo que prohíbe la Constitución local en cuanto su artículo 84 establece lisa y llanamente "La legislatura no puede delegar sus atribuciones" en consonancia con

> Reglamento interno. Cada centro especializado contará con un reglamento interno, el que debe respetar los derechos y garantías reconocidas en esta ley, y contemplar como mínimo los siguientes aspectos: a. Un régimen que determine taxativamente los derechos y deberes de las personas alojadas en dichos centros. b. Reglamentación taxativa de las sanciones que puedan ser impuestas durante el tiempo de alojamiento. En ningún caso se pueden aplicar medidas disciplinarias inhumanas o degradantes, incluidos los castigos corporales, el encierro en celdas oscuras y el aislamiento, y está prohibida la reducción de alimentos, la denegación del contacto con los familiares, las sanciones colectivas, y no se les debe sancionar más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Se limita la utilización de medios coercitivos y de fuerza física, sólo a los casos necesarios. c. Regulación del procedimiento a seguir, para la imposición de las sanciones disciplinarias. [...] Al ingreso deben recibir copia del Reglamento Interno y un folleto que explique de modo claro y sencillo sus derechos y obligaciones. En caso de no saber leer, se les comunicará la información de manera comprensible; se deberá dejar constancia en el expediente personal de su entrega o de que se le ha brindado esta información.

La Ley Nº 114, a su vez, establece limitaciones adicionales a la potestad reglamentaria. En primer lugar,

> ... todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona.[53]

Respecto de la sustancia de las sanciones,

> ... estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cual-

lo dispuesto por vía de principio por la primera parte del artículo 103: "El Poder Ejecutivo no puede, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo...".
El Poder Legislativo determina -siempre dentro del marco de sus atribuciones- el rumbo y los límites, decisión que no puede delegar. Por su parte el Administrador será el encargado de la ejecución de la manda..." (del voto de la jueza Weinberg de Roca).

53. Ley Nº 114, art. 66.

> quiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas.[54]

También, la Ley Nº 114 establece restricciones a la potestad reglamentaria respecto de los elementos de la prohibición. Así:

> … las leyes o reglamentos aprobados por la autoridad administrativa competente deberán establecer normas relativas a los siguientes elementos, teniendo plenamente en cuenta las características, necesidades y derechos fundamentales del menor: a) La conducta que constituye una infracción a la disciplina; b) El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se pueden aplicar; c) La autoridad competente para imponer esas sanciones; d) La autoridad competente en grado de apelación.[55]

A esos fines existe un protocolo disciplinario de los CSRC que está regulado en el Capítulo III del Anexo 1 de la Resolución Nº 1095. En función del control jurisdiccional de las sanciones administrativas aplicadas en los dispositivos, el TOM 1, en la Causa Nº 9579 –inc. de sanción disciplinaria–, del 27 de julio de 2020, en oportunidad de un planteo defensista en contra de la constitucionalidad del régimen disciplinario interno, se expidió en el siguiente sentido, a favor de la constitucionalidad:

> … en relación al planteo de inconstitucionalidad, habremos de expedirnos en sentido negativo debido a que a nuestro entender el Protocolo disciplinario cuestionado no resulta violatorio del principio de legalidad penal y debido proceso legal, por cuanto el procedimiento de medidas disciplinarias impuesto por la Resolución 1095/19 del CDNNyA se vincula de manera concordante con la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Nº 24660. […] De esta forma, en lo relativo a la supuesta violación al principio de legalidad consideramos que la tacha de inconstitucionalidad de la Resolución Nº 1095 del CDNNyA alegada por la Defensa Oficial debe ser rechazada toda vez que no se ha demostrado ni se advierte de qué modo se han vulnerado el principio mencionado atento a que ha sido el propio legislador el que ha dejado fuera del

54. Ibídem, art. 67.

55. Ibídem, art. 68.

> contenido regulado por la Ley Nº 24660 la tipificación de las conductas consideradas faltas leves y medias, materia que le fue encomendada a la administración conforme el art. 85, párrafo tercero, del citado cuerpo normativo y aquellas faltas graves mencionadas en la Resolución Nº 1095 coinciden con aquellas establecidas en la ley de ejecución. A ello debe necesariamente agregarse que a nuestro entender la Resolución Nº 1095 del CDNNyA fue dictada conforme a las previsiones de la Ley Nº 26061 de 'Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes'.

El protocolo es un verdadero cuerpo normativo que contiene tanto aspectos (1) de fondo: (a) define qué comportamientos constituyen infracciones, (b) establece las sanciones pertinentes; como (2) de forma: (a) regula los procedimientos (entre ellos, medios recursivos) y (b) designa los actores institucionales encargados de llevarlos a cabo.

Los lineamientos generales se estructuran sobre la base del principio socioeducativo y se enfocan preponderantemente hacia las acciones restaurativas, de manera de solucionar los conflictos, favorecer la convivencia y generar responsabilidad y respeto por los derechos propios y de terceros. En este sentido:

> Las medidas y los procedimientos disciplinarios están destinados a contribuir al orden, a la seguridad y a una vida institucional ordenada, además de propender a la asunción de una actitud constructiva y responsable por parte del adolescente, por lo que toda medida restaurativa o disciplinaria debe aplicarse considerando su fin socioeducativo, infundiendo un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona, respetando la dignidad del adolescente. (art. 1 del Protocolo).

Se estructura sobre la base de la responsabilidad individual (en tanto que prohíbe la aplicación de sanciones colectivas), del principio de proporcionalidad, del *ne bis in idem* y el *in dubio pro reo*. En este sentido, el artículo 5 del Protocolo dice:

> … Se encuentra prohibida la aplicación de sanciones colectivas. La acción disciplinaria impuesta debe ser proporcional a la falta cometida, no pudiéndose sancionar al adolescente más de una vez por la misma falta. En caso de duda, se estará a lo que resulte más favorable al adolescente.

En cuanto a los aspectos de fondo, las faltas pueden ser leves, moderadas graves y gravísimas (art. 10 del Protocolo), mientras que las sanciones pueden tratarse de medidas disciplinarias o medidas

restaurativas. Las medidas restaurativas son: "a) Mediación. b) Reparación del daño causado. c) Realización de actividad de colaboración educativa y/o recreativa. d) Relectura del marco normativo convivencial, incluido el listado de elementos permitidos y prohibidos, y elaboración de material de difusión." (art. 11.I del Protocolo).

Por su parte, las medidas disciplinarias pueden consistir en:

> a) Apercibimiento verbal. b) Suspensión de concesiones que no impliquen limitación al ejercicio de sus derechos. c) Restricción del uso de elementos y/o participación de actividades no indispensables para la vida cotidiana. d) Restricción de actividades recreativas y deportivas. e) Impedimento de participar en actividades especiales extraordinarias. f) Pérdida de la recreación grupal. g) Restricción parcial de comunicaciones telefónicas. Dicha restricción puede implicar la disminución del tiempo o restricción de los destinatarios de las comunicaciones, siempre que estos no pertenezcan a la familia nuclear del adolescente. h) Restricción parcial de visitas. Dicha restricción puede implicar la disminución del tiempo o restricción de las personas autorizadas a ingresar, siempre que estas no pertenezcan a la familia nuclear del adolescente. (art. 11.II del Protocolo).

Asimismo, existen sanciones prohibidas, en este sentido, el Protocolo dice en el último párrafo de su artículo 5: "En ningún caso, la medida disciplinaria puede implicar restricción de actividades educativas formales, la reducción de alimentos, la restricción en la posesión de objetos personales o la denegación de la vinculación con referentes familiares y/o afectivos".

En cuanto a los aspectos orgánicos y procedimentales, la autoridad de aplicación es la Subdirección Operativa Control y Aplicación de Normas para la Protección de Derechos (SOCANPD) a través de la Comisión de Auxiliares Legales (art. 2 del Protocolo); y las impugnaciones deben ser resueltas por la Dirección Operativa de Asuntos Judiciales y Administrativos (DOAJyA) (art. 3 del Protocolo).

Las medidas impuestas deben ser notificadas al juzgado respecto del cual el adolescente está dispuesto: "Las medidas deben ser notificadas al adolescente inmediatamente que fueran dispuestas, a los fines de su cumplimiento, y en un plazo no mayor a veinticuatro (24) horas hábiles al juzgado competente" (art. 8 del Protocolo).

La Resolución Nº 1095 regula también el Protocolo de Actuación frente a conflictos entre adolescentes (Capítulo IV del Anexo 1). El protocolo establece acciones que deben realizarse cuando ocurra alguna

situación de lesiones o malos tratos entre los propios adolescentes. Dentro de las acciones, podemos señalar: se debe realizar la atención sanitaria y constatar el estado de salud, se deben tomar las medidas para que cese la situación que generó el conflicto y adoptar las medidas preventivas necesarias, se debe esclarecer el hecho, se debe evaluar si corresponde iniciar acciones disciplinarias o, en caso de que hubiera ocurrido un delito, realizar la denuncia correspondiente, las actuaciones labradas deben remitirse a la SOCANPPD, a la DOCSPLA y a la SOAJ dentro de las 72 hs.

El Legajo Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (LINNA)

El artículo 88 del RPPJ se refiere al "Expediente personal", y dice:

> En los centros especializados de privación de libertad se lleva un expediente personal de cada persona alojada, en el que además de los datos señalados en el registro, se consignarán los datos de la resolución que imponga la medida y los relacionados a la ejecución de la misma, los informes médicos, las actuaciones judiciales y disciplinarias. Los expedientes son confidenciales.

Este aspecto está regulado en los dispositivos de la DGRPJ mediante el Legajo Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (LINNA), aprobado en el Anexo II de la Resolución N° 1401 del 2019.[56]

El Legajo Integral de Niñas, Niños y Adolescentes:

> ... es el registro único e irrepetible que contiene el historial institucional y de las acciones realizadas con el/la niño, niña, adolescente y/o joven (NNAy/oJ), a partir de la intervención de los dispositivos y programas pertenecientes a la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil...[57]

El LINNA se abre en el CAD cuando ingresa un adolescente (si no es que ya hubiera un legajo respecto de ese adolescente, en cuyo caso se procede a recuperarlo del archivo). Cuando el adolescente es derivado a un dispositivo de la DGRPJ, se remite el LINNA al dispositivo en cuestión. Cuando la intervención finaliza (porque cesa la intervención o porque el

56. GCABA-CDNNYA, Resol-2019-1401.

57. Ibídem, Anexo II.

adolescente es derivado a una institución externa a la DGRPJ), el legajo retorna al CAD. El LINNA contiene (1) una carátula, (2) una contra-carátula, (3) documentación individual-familiar, (4) documentación judicial, (5) intervenciones técnico-profesionales interdisciplinarias, (6) aspectos pedagógicos, (7) aspectos de salud-anamnesis.

El procedimiento de registro e inspección

En el fallo "Dessy",[58] la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció como principio rector que "[e]l ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional". Es decir que, en palabras de la Corte IDH:

> … la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa.[59]

El procedimiento de registros e inspecciones está regulado mediante la Resolución Nº 217 del 2018.[60] Se trata de un aspecto fundamental en cuanto a la regulación de los derechos de los adolescentes, que procura lograr estándares idóneos de seguridad al tiempo que garantiza los derechos fundamentales de las personas alojadas y de quienes visitan las instituciones. En este sentido, el artículo 2 del reglamento reza:

> Los procedimientos de control de seguridad y registro en las personas y las cosas son prácticas dirigidas a mantener el orden y la seguridad de los establecimientos de privación y restricción de la libertad, así como la integridad física de las personas y sus derechos. Deberá conducirse guardando la debida proporcionalidad entre la intensidad de la afectación de la persona sometida a él y la finalidad perseguida en su realización, resguardando la privacidad, la intimidad, la confidencialidad y la dignidad de la persona.

58. Fallos: 318:1894.

59. Corte IDH, "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", rta. 02/09/04, Cons. 154.

60. CDNNYA, Resol-2018-217 y su modificatoria Resol-2018-258-CDNNYA.

Los procedimientos se llevan a cabo por parte del personal del Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia (art. 6 del Reglamento).

El procedimiento de registro puede ser: (1) sobre las personas, ya sean (1.1) visitantes, (1.2) adolescentes alojados, (1.3) funcionarios; o (2) sobre las cosas –elementos, correspondencia y encomiendas, pertenencias de los adolescentes– o lugares –sectores de alojamiento–.

El registro sobre los adolescentes alojados puede ser (a) superficial o (b) minucioso.

(a) El registro superficial "consiste en una revisión corporal, mediante la utilización de equipos detectores electrónicos no invasivos" (art. 28 del Reglamento); mientras que (b) el registro minucioso "consiste en la inspección ocular del cuerpo de la persona, y de la ropa y objetos que portare consigo, y solo podrá llevarse a cabo si previamente se efectuó el registro superficial" (art. 33 del Reglamento), cuando este "no resultare suficiente y existiendo indicios fehacientes de la presencia de elementos prohibidos que no puedan ser detectados mediante este tipo de registro" (art. 31 del Reglamento).

El registro sobre los sectores de alojamiento o pertenencias de los adolescentes puede ser (a) de vista u (b) ordinario.

(a) Los procedimientos de vista "consisten en el recorrido de los sectores del establecimiento, por parte del personal de seguridad, verificando *de visu* las condiciones de los/las adolescentes, y de las instalaciones donde estos se encuentran…" (art. 49 del Reglamento). Por su parte, (b) el procedimiento ordinario es más minucioso (art. 50 del Reglamento) y "previo a su realización, será puesto en conocimiento de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil, detallando la modalidad de ejecución de la misma para su autorización" (art. 51 del Reglamento).

Control judicial

Tal como señalamos, las medidas privativas de la libertad son efectivizadas por el Poder Ejecutivo. Ello implica que su desarrollo se produce en el ámbito de la administración y, por tanto, sigue los principios del derecho administrativo.

Cobra vital importancia, entonces, el control judicial de dichas medidas para el efectivo aseguramiento de los derechos de las personas privadas de libertad. La Corte IDH ha señalado que si bien, las garantías del artículo 8 CADH se refiere a las garantías *judiciales*, "... cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".[61] Es decir que cualquier manifestación estatal que contenga un carácter punitivo debe observar esas garantías.

Respecto del control judicial, específicamente, nuestra Corte Suprema de Justicia desde hace mucho tiempo, a partir del fallo "Fernández Arias",[62] estableció la necesidad de un *control judicial suficiente* de tales actos administrativos.

En cuanto a las medidas privativas de la libertad, el fallo "Romero Cacharane",[63] dejó en claro que las medidas privativas de la libertad se encuentran sujetas a la garantía del debido proceso, que deben contar con un control judicial suficiente y que

> ... uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía.

En este sentido, un aspecto sumamente relevante con relación al control jurisdiccional respecto de las medidas aplicadas es el de su sustitución. La práctica indica que el camino siempre ha de ser progresivo, en tal sentido, es algo muy poco usual que desde una medida de restricción de la libertad se pase a una medida de privación de la libertad sin que medie un hecho delictivo nuevo. En cambio, es una derivación usual aquella en la cual un adolescente que cumple medida en un dispositivo de privación de la libertad es incluido en una medida de restricción de libertad (Residencia Socioeducativa de Libertad Restringida) o en una medida penal en territorio. Es de señalar que tal derivación puede ocurrir a partir de la sugerencia técnica de los

61. Corte IDH, "Baena, Ricardo v. Panamá", rta. 02/02/2001, Cons. 124.

62. Fallos: 247:646.

63. Fallos: 327:388.

equipos que intervienen con el adolescente en el dispositivo en el que se encuentra alojado, y, asimismo, la defensa está facultada no solo a pedir tal derivación, sino también a recurrir el fallo que la rechace. En esta línea, podemos mencionar lo resuelto por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Penal en el precedente CCC 31.862/2017/TO1/5/CNC1, caratulada "D., M. s/ rechazo de incorporación a residencia educativa", Reg. n° 937/18, resuelta el 10 de agosto de 2018, en donde se observan varios de los puntos centrales que hemos mencionado (sustitución de medida por medida más y menos gravosa, y posibilidad de recurrir). Sintéticamente, el Tribunal Oral de Menores había decidido el traslado de un adolescente alojado en una RSLR hacia un CSRC, luego de eso, había resuelto la continuidad del adolescente en el CSRC, y contra esa decisión que mantenía la medida de privación de la libertad, la defensora pública de menores interpuso recurso de casación, el cual al ser denegado motivó un recurso de queja que fue concedido. Respecto de la admisibilidad, el juez Niño observó que

> … debe señalarse que el recurso de casación es admisible pues se dirige contra una sentencia equiparable a definitiva. Por lo demás, el recurso interpuesto se inscribe dentro de los motivos de casación estipulados en el artìculo 456 del citado cuerpo legal.

Para así decidir, utilizó como apoyo la normativa que emana del amplio *corpus iuris* de los derechos del niño.

En cuanto a la conveniencia de aplicar la medida menos gravosa, luego de reseñar la situación del adolescente, que según los informes técnicos vería positiva su inclusión en la RSLR, el juez Niño señaló:

> Este panorama permite aseverar que el alojamiento del adolescente en la Residencia Socioeducativa [...] resultaría, posiblemente, la medida más adecuada en miras de garantizar su interés superior, con especial atención a la excepcionalidad que debe regir las medidas de restricción de derechos ambulatorios en estos casos, y la progresividad de su disposición tutelar.

Respaldó su afirmación, nuevamente, en el vasto entramado normativo del *corpus iuris* de los derechos del niño. Sostuvo Niño que

> … en definitiva, la Convención del Niño, los documentos internacionales relacionados con la materia mencionados precedentemente y la doctrina de nuestro máximo órgano colegiado, determinan la aplicación ultra

> restrictiva de la privación de la libertad, su imposición por el tiempo más breve que proceda y la garantía del derecho de los jóvenes en punto a su reintegración y asunción de una función constructiva de la sociedad.

Finalmente, respecto del traslado inicial del adolescente desde la medida menos gravosa (la RSLR) hacia el CSRC, señaló:

> Finalmente, quiero advertir mi preocupación por las circunstancias en las cuales se dispuso el traslado del adolescente al Centro Socioeducativo de Régimen Cerrado [...]. En este sentido, no puede soslayarse que se ordenó a la Comisaría 38 de la Policía Federal Argentina que retirara al adolescente de la Residencia Socioeducativa [...]. Ello configura una afectación a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Verbitsky" y, por ello, los magistrados y funcionarios del tribunal a quo deberán tener en cuenta esta advertencia a fin de evitar su reiteración lo que podría hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

Por su parte, en el mismo precedente, la magistrada Llerena señaló:

> ... dado que los lugares de alojamiento en pugna en el caso de autos poseen regímenes distintos, aquello que viene discutido versa, en definitiva, sobre la libertad ambulatoria del menor y merece el tratamiento y estándar precedentemente fijado. Por otra parte, en tanto constituye una decisión que posee consecuencias sobre M.D., merece ser revisada por un tribunal superior independiente, en los términos dispuesto del art. 40.2.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, señaló:

> Por lo demás, adhiero también a la advertencia formulada por el juez Niño en el punto 6 de su voto, dado que la orden de trasladar al menor en un patrullero, además de ser una práctica que desconoce los derechos y estándares fijados por la CSJN en el fallo 'Verbitsky'.

El control jurisdiccional y la extensión del principio de especialidad en el CSRC Belgrano

Si bien es decisión del organismo administrativo determinar el lugar específico en el que una medida se cumplirá, existe una particular situación cuando el imputado alcanza la mayoría de edad durante el cumplimiento de la medida, pues aquí se abren tres caminos posibles que requieren de una decisión jurisdiccional. Por un lado, (a) podría

decidirse su egreso, por el otro, (b) se podría decidir mantener la medida penal en un dispositivo del organismo de niñez (que en el caso de la Ciudad de Buenos Aires es el CSRC Manuel Belgrano) y, finalmente, (c) podría decidirse su traslado a una unidad penitenciaria.

Este tipo de decisiones requieren la intervención de la defensa y son, en cualquier caso, recurribles. En tal sentido, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha resuelto en la causa 64719/2018/TO1/4/1 caratulada "S., I. D. F. s/ Legajo de Casación", reg. n° 853/2019 del 01 de julio de 2019, "el inmediato cese del alojamiento de [un joven] en una unidad dependiente del Servicio Penitenciario Federal, debiendo decidir el Tribunal Oral de Menores N° 1 sobre la situación del joven, conforme el marco normativo que rige su situación...". La particularidad que había tenido este caso radicó en que el TOM había decidido el traslado del joven al SPF, pero en forma previa a que esa decisión quedara firme se procedió a realizar el traslado. Lo cual tornó aún más compleja la resolución de su situación, pues, como lo señaló el magistrado Jantus:

> ... el resultado de esa ejecución inmediata fue que se vació de contenido el derecho al recurso con relación al arbitrario traslado, puesto que ahora nos encontramos que el instituto Belgrano, por las normas que surgen del convenio de transferencia de los institutos a la Ciudad de Buenos Aires, no estaría en condiciones de recibir nuevamente al joven...

Los criterios respecto de los motivos que pueden llevar a tomar alguna de las decisiones entre las tres posibilidades son variables y, de algún modo, dependen del caso a caso, pero entre las circunstancias posibles, el voto del magistrado Jantus en el fallo de mención permite extraer lineamientos. En primer lugar, en cuanto a la decisión de mantener una medida de coerción, el magistrado Jantus señala:

> ... para decidir sobre las medidas de coerción personal que pueden imponerse a las personas que han cometido delitos antes de cumplir los dieciocho años de edad, deben tenerse en cuenta los siguientes parámetros: 1) En los casos de delitos leves, dado que la base del sistema de menores es el de adultos, en cuanto a la tutela de derechos, los jóvenes deben tener, al menos, igual tratamiento que los mayores, de manera tal que corresponde ordenar la libertad si, ante la misma situación, una persona mayor hubiese estado excarcelada. 2) En los casos de delitos graves, o en los supuestos de reiteración de imputaciones por ilícitos para los que se prevé una sanción menor, respecto de los cuales no resultaría probable que se

> otorgase la excarcelación a una persona mayor [...] a la hora de decidir la externación de un menor, o el otorgamiento de un régimen de licencia, la opinión del equipo técnico tratante o de otros especialistas a los que se acuda en caso necesario constituye una fuente insustituible para definir cuál es el mejor camino que permita dar efectiva vigencia al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. 3) En esta tarea no rigen los parámetros de proporcionalidad que sí imperan en el sistema de mayores y que, la gravedad del hecho, no puede tener una incidencia primordial para definir la medida cautelar más adecuada. La correcta aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por ende, de la Constitución Nacional, exige, de tal forma, que se comprenda que el menor es un sujeto de derechos al que se le ha reconocido (entre otros) el derecho a la libertad ambulatoria y que este derecho solo puede ser restringido legalmente si se dan las condiciones demarcadas por la citada convención y, en la medida que sea compatible con el derecho de superior jerarquía, por la legislación interna. Asimismo, que por las particulares características de las personas menores de 18 años, el sistema jurídico de menores debe constituir un plus por sobre el sistema de adultos, de manera tal que un joven sometido a proceso no puede recibir un trato más gravoso del que tendría si hubiese cumplido los 18 años y que, en toda decisión, debe haber una consideración clara y motivada de que se ha tomado en cuenta el interés superior del joven, de acuerdo a las circunstancia de cada caso en concreto.

Por otro lado, en cuanto a la decisión del traslado al SPF o el mantenimiento en el dispositivo de niñez (el CSRC Manuel Belgrano), el voto señala:

> Encuentro no solo arbitraria la decisión porque fue tomada por el tribunal como un acto de pura voluntad sin que nadie hubiese considerado que era necesario para la mejor situación del joven, o porque tenía un mal comportamiento que impedía su permanencia en el instituto, sino porque, además, se utilizó como argumento que "se había resuelto su situación procesal" haciendo alusión a que el tribunal oral había dictado una sentencia de condena, que no estaba firme y que iba a ser recurrida, con lo que en nada se modificaba su situación procesal...

De allí, a contrario sensu, pueden extraerse dos criterios nítidos para la toma de la decisión respecto del mantenimiento,o no, en el sistema de niñez: (1) la firmeza en la situación procesal del condenado, y (2) el comportamiento del imputado en el dispositivo. Este segundo criterio va de la mano, asimismo, con lo establecido en la normativa

interna del dispositivo Manuel Belgrano, en cuanto a que su proyecto institucional[64] refiere que

> … el Centro Socioeducativo de Régimen Cerrado (CSRC) Gral. Manuel Belgrano, dependiente de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil (DGRPJ), es un dispositivo destinado al cumplimiento de medidas privativas de la libertad ambulatoria para jóvenes mayores de edad que al momento de haber alcanzado tal condición, se hallaren en curso de cumplimiento de medida en algún ámbito dependiente de la DGRPJ y ***al solo efecto de no interrumpir la estrategia de abordaje implementada cuando esta así lo amerite***, ya sea en cumplimiento de prisión preventiva o de ejecución de condena … (el destacado nos pertenece).

En tal sentido, el proyecto institucional del dispositivo de mención no implica un tránsito automático en el CSRC Manuel Belgrano de la totalidad de los jóvenes que cumplen la mayoría de edad respecto de los cuales se ha dictado la prisión preventiva o la condena, sino solo la de aquellos casos en los cuales la estrategia de abordaje lo amerite. Tal situación demanda no solo de una estrategia formulada por los equipos técnicos, sino además de un fuerte compromiso y voluntad por parte de los jóvenes de continuar con el proceso socioeducativo en curso, todo lo cual debe ser valorado por el magistrado al momento de tomar la decisión.

En igual sentido, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Penal reafirmó estos criterios al sostener en la causa n° 67139/2018/TO1/3/CNC1, caratulada "G., A. R. s/ Robo en tentativa", reg. n° 924 /2019, resuelta el 15 de julio de 2019:

> El holding del caso S., en definitiva, podría resumirse en que resulta arbitrario el traslado, con carácter automático, a una unidad del servicio penitenciario de aquellos jóvenes que ya se encontraban institucionalizados, en oportunidad de adquirir la mayoría de edad, sin un análisis previo de su interés personal (esto es, de las posibilidades de continuar desarrollándose en las distintas áreas que hacen a su tratamiento y formación) como así también del interés superior de los restantes niños, niñas y adolescentes también alojados en ese centro. Para ello, necesariamente, deben efectuarse las consultas pertinentes y darse participación a todas las partes del proceso. En otros términos, el hecho de cumplir 18 años, por sí, no puede acarrear el traslado de un joven alojado en un instituto a una unidad dependiente del Servicio Penitenciario. (voto de los magistrados Llerena y Rimondi).

64. GCBA-DGRPJ, DI-2019-80, Anexo III.

PROYECTO DE LEY

¿Es la Justicia Penal Juvenil restaurativa? Propuesta legislativa*

Deborah Dobniewski**

En octubre del año 2007 la Legislatura porteña sancionó la Ley N° 2451 llamada Régimen Penal Procesal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que reglamenta el procedimiento a seguir ante la comisión de presuntos delitos cometidos por parte de adolescentes entre 16 y 18 años de edad en el ámbito de la Ciudad.

De tal modo, la Ciudad avanzó en el cumplimiento de los preceptos establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Infancia en lo que respecta a los adolescentes presuntamente infractores.

Dio pasos importantes en cuanto a la obligación de garantizar un sistema de justicia diferente al de adultos y especializado, que respete los derechos de niños, niñas y adolescentes y que ofrezca las debidas garantías de un proceso penal, prestando especial atención al

* Proyecto de Ley. Modificación al Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA. Expediente: CABA-1982-D-2020. Presentado por Manuela Thourte el 01/09/2020 en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: https://dequesetrata.com.ar/proyecto/legislatura-caba/CABA-1982-D-2020-32590

** Abogada penalista egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Asesora en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex responsable de la iniciativa "Justicia penal Juvenil" creada en la órbita del Ministerio de Justicia y DD. HH. de la Nación. Integrante de la Delegación Argentina en el 79 Período de Sesiones Plenarias ante el Comité de los Derechos del Niño, Ginebra. Integrante de la Comisión Redactora y de las Comisiones de Trabajo para un nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil creada en el ámbito del Ministerio de Justicia y DD. HH. de la Nación mediante Resolución N° 21/17. Certificada en Estudios Avanzados y Formación Continua en Justicia Juvenil, Universidad de Ginebra e Instituto Internacional sobre Derechos del Niño. Docente en UBA y en Universidad de San Isidro.

tratamiento que debe brindarse a sujetos en desarrollo, y que promueva sus posibilidades de crecimiento.

La justicia penal juvenil no solo debe ser especializada, sino que además debe considerar el Derecho Penal como última opción.

El principio de desjudicialización es una dimensión central a una justicia adaptada a niños, niñas y adolescentes que supone la posibilidad de que el Estado permita soluciones por fuera del proceso judicial tradicional.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue pionera en la previsión normativa del principio de oportunidad y de la mediación, la remisión y la suspensión del juicio a prueba como mecanismos alternativos a la pena y al proceso penal –Títulos VIII y IX–.

También avanzó, de manera satisfactoria, al prever normativamente que la prisión será el último recurso a utilizar, por el menor tiempo posible, y en la creación de un Centro de Admisión y Derivación que, más allá de las modificaciones edilicias y ajustes que lo apremian, trabaja en el marco de un paradigma interdisciplinario que es pionero a nivel federal, como lo establecen los artículos 27, 28 y 50 de la Ley N° 2541; como así también lo hace el Decreto N° 388/GCABA/2018 y la Resolución N° 1359 2018 F/N del CDNNyA, por los que se transfiere el Centro de Identificación y Alojamiento Provisorio de Niños, Niñas y Adolescentes y el Programa de Identificación y Alojamiento Provisorio de Niños, Niñas y Adolescentes al ámbito del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, por el que se determina que funcionarán dentro de la órbita del Centro de Admisión y Derivación, dependiente de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil del CDNNyA, respectivamente.

En la actualidad, la Ciudad destaca un índice promedio de adolescentes privados de libertad que no supera las 50 personas.[1]

Ahora bien, ¿es restaurativa la Justicia Penal Juvenil de la CABA?

1. Ver Defensoría del Pueblo de CABA, Centros Socioeducativos, "Informe sobre los centros socioeducativos de régimen cerrado y semi cerrado para NNyA en conflicto con la ley penal en el contexto de la pandemia de COVID-19". Disponible en: https://defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2020/10/PENALES-JUVENILES.pdf; ver también: https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2019/08/Reporte-NNyA-CABA-junio-2017.pdf; y Procuración Penitenciaria de la Nación, "Detenciones de niños, niñas y adolescentes en la ciudad", Equipo de Estadística y Bases de Datos. Disponible en: https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/NNyA/Infograf%C3%ADa%20detenciones%20NNyA.pdf

En términos amplios se define a la Justicia Restaurativa como "un proceso en el que todas las partes implicadas en un conflicto (ofensor, víctima y comunidad), resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro".[2]

La Justicia Restaurativa es entendida como "una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades".[3]

Es un enfoque de pensamiento participativo y alternativo al tradicional de adultos; tanto para el abordaje del delito como para considerar a los sujetos involucrados, busca reparar las relaciones dañadas por el delito. Parte de comprender a los individuos como seres autónomos con capacidad para resolver pacífica y eficazmente las consecuencias del delito. Además, define el crimen en términos relacionales, interpretándolo como la ruptura y daño del lazo social. Señala la importancia de atender a la capacidad y responsabilidad del agresor en la acción que generó el conflicto, como a las expectativas de reparación del daño sufrido por parte de la víctima y la comunidad.

La Justicia Restaurativa establece espacios de diálogo grupales en los que prima la escucha y se permite a las víctimas o los ofendidos por el ilícito penal expresarse y que su opinión y necesidades sean tenidas en cuenta. La filosofía de este modelo presenta una visión compleja del conflicto en la que tienen lugar una serie de "restauraciones". Estas se resumen en las "tres R": responsabilidad, restauración y reintegración.

Los espacios de diálogo restaurativos fomentan la reflexión en la que se trabaja la responsabilidad subjetiva –a diferencia de la responsabilidad penal por el delito–, intentando desarrollar un nuevo entendimiento de la situación.

En esa línea es que, más allá de la efectiva reparación, la Justicia Restaurativa propone incluir de un modo más cabal como respuesta al delito el restablecimiento del vínculo entre las partes y la comunidad.

2. UNICEF, "Justicia juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad y alternativas al proceso judicial en Argentina", Buenos Aires, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2018.

3. UNDOC, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York, cap. 1, 2006, p. 7. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

Las estrategias restaurativas habitualmente más utilizadas son: la mediación, las conferencias de conciliación y los círculos restaurativos.

Este tipo de respuestas le devuelven la voz a las víctimas en el proceso penal, un espacio que le ha sido negado históricamente, e involucra tanto a ella como a representantes de la comunidad en la resolución de los conflictos para recuperar su confianza en el sistema de justicia.

La implementación de encuentros cara a cara entre ofensor y víctima incide en el cambio de percepción sobre el infractor y propicia una mirada más comprensiva y menos vengativa hacia los jóvenes ofensores.[4] A su vez, puede tener efectos en la "disminución de la violencia interpersonal o la justicia por mano propia".[5]

Los segundos delitos son menos probables cuando los jóvenes expresan arrepentimiento y atraviesan un consenso genuino. Una menor reiterancia se observa si los delincuentes jóvenes no son avergonzados ni estigmatizados; así también, cuando están involucrados en la toma de decisiones, cumplen con los acuerdos, se reúnen, piden disculpas a las víctimas y sienten que han reparado el daño.[6] La justicia restaurativa tiene el efecto positivo de reducir la frecuencia y la severidad de los segundos delitos.[7]

A nivel regional la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, el Organismo Internacional de Juventud para Iberoamérica y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados refleja el trabajo, articulación y toma de conciencia que, a lo largo de los últimos años, han venido realizando los Estados en aras de concretar un cambio de paradigma que privilegie la implementación de medidas restaurativas. A su vez, promueve la responsabilidad pública –al favorecer la inclusión de la comunidad en la solución de los conflictos de naturaleza penal–, la desjudicialización

4. Bolívar, Daniela, "La víctima en la justicia restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social", en Olaizola, Inés y Francés, Paz (eds.), *Justicia Restaurativa y Mediación*, Navarra, Ediciones Universidad Pública de Navarra, 2011.

5. Medan, Marina, "Justicia restaurativa y mediación penal con jóvenes: una experiencia en San Martín", en *Delito y Sociedad*, vol. 1, N° 41, Buenos Aires, 2016, pp. 77-106.

6. UNDOC, "Monitoreo y evaluación del programa", en *Manual..., op. cit.*, cap. 7, 2006, p. 85.

7. Ibídem, p. 86.

de infracciones de menor potencial ofensivo y la evaluación de los impactos de las medidas privativas y no privativas de libertad mediante informes biopsicosociales que permiten su revisión periódica.

Es una musa inspiradora también la "Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes" texto –Ley DOF 16-06-2016– vigente desde 2016 en el Estado de México; normativa que crea expresamente, como primera respuesta al delito adolescente, los procesos restaurativos a través de reuniones, conferencias y juntas con la víctima y la comunidad.

En la República Argentina, el Protocolo de Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos aprobado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante Resolución N° 813/2018, promueve el trabajo interdisciplinario como base de los modelos restaurativos en justicia penal juvenil. Este es entendido como trabajo de comediación y de facilitadores no mediadores, desarrollado por equipos interdisciplinarios con autonomía técnica, quienes deben estar capacitados en Justicia Restaurativa, Mediación Penal Juvenil, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aspectos psicológicos, educacionales y socioculturales de la infancia. Además deben trabajar articuladamente y en red con otros organismos estatales judiciales, policiales o de la sociedad civil; promover la participación voluntaria de víctimas, de representantes de la comunidad y de referentes de las partes, con el objetivo de buscar reducir los impactos relativos a la estigmatización y de la victimización de los protagonistas dentro de un espacio humanizado, y de un acuerdo flexible, creativo, acorde con las expectativas y emociones de víctima, victimario y la comunidad presente.

En la Ciudad de Buenos Aires existen artesanales intervenciones restaurativas gestadas por específicos operadores judiciales especializados en la justicia penal juvenil restaurativa, tales como círculos restaurativos o mediaciones restaurativas con adolescentes infractores, víctimas y representantes de la comunidad.

Sin embargo, el abordaje restaurativo no está expresamente previsto en la normativa, y la falta de especialización del Ministerio Público Fiscal es determinante también en este acotado abordaje actual.

Aún hoy es pequeño el porcentaje de causas con adolescentes infractores a la ley penal en el marco de las cuales se realizan abordajes

participativos, restaurativos de resolución de conflictos, preventivos y que promuevan pacificaciones sociales.

En líneas generales, un relevamiento a las prácticas jurisdiccionales a nivel federal, y a su *aggiornamiento* al nuevo paradigma de la protección integral de derechos, permite concluir que, pese a los enormes avances de los últimos años, las medidas alternativas suelen practicarse sin la inclusión de la víctima y de la comunidad. Aún estamos a mitad de camino sobre un profundo abordaje de la responsabilidad subjetiva, que esté desprovisto de reminiscencias punitivas, moralizantes, con bajadas de línea; mientras que, por su parte, los programas existentes de Justicia Restaurativa suelen limitarse a delitos leves y a casos reducidos, incluso sin desjudicializar el conflicto.[8]

El 31 de agosto de 2020, junto a la legisladora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Manuela Thourte, desarrollamos y presentamos ante la Legislatura de la Ciudad un proyecto legislativo de modificación a la Ley N° 2451, conocido como Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Ley N° 2451 –Proyecto de Ley N° 1982/2020–, que procura incorporar, fortalecer y sistematizar las respuestas restaurativas al delito adolescente en el ámbito de la CABA.

Las reformas a la justicia penal ocurridas en América Latina en las últimas décadas, tanto en adultos como en adolescentes, generaron un escenario alternativo al proceso tradicional que se consolidó como una tendencia general en la región, a partir de la consagración de estas nuevas "modalidades alternativas" (en adelante MA) al proceso penal y a la pena privativa de libertad. Ellas parten de reconocer la existencia de conflictos sociales y la consiguiente reducción de violencia estatal para su tratamiento.

Sin embargo, la aplicación de MA dista de significar *per se* la implementación de un abordaje restaurativo por parte de los operadores a cargo.

La importancia de esta reforma reside también en superar la concepción de la mediación penal como herramienta básica de los programas restaurativos; no solo añadiendo otras, como los círculos o las conferencias, sino brindando herramientas a los operadores de

8. Es cierto que esta última aseveración es más propia de jurisdicciones ajenas a la CABA, donde la remisión mayormente, y la mediación como segunda opción, son las figuras que están permitiendo una correcta aplicación de la Justicia Restaurativa.

la justicia para que, basados en un análisis sistémico, utilicen cualquier herramienta que sea apta para la consecución de los objetivos de los programas.

El proyecto engloba en el término "juntas restaurativas" a las distintas modalidades de espacios restaurativos, diversas a la mediación, que podrían ser guiadas por facilitadores, a saber: juntas, círculos, conferencias, audiencias multipartes, reuniones, citaciones y notificaciones. Esto denota que es la transversalidad de este enfoque a lo largo de todo el proceso lo que permitiría hablar de un proceso íntegramente restaurativo.

En tal sentido, el proyecto de ley propone adicionar a las atribuciones centrales del Ministerio Público Fiscal, previstas en el artículo 38 de la Ley N° 2451, la de procurar la realización de juntas restaurativas; a la vez que incorpora, dentro de los métodos de resolución de conflictos, a estas últimas y a la suspensión del juicio a prueba.

De tal modo un nuevo capítulo en el Título VIII del Anexo A define a las "Juntas Restaurativas" como aquellos mecanismos mediante los cuales, en cualquier etapa del proceso, la víctima, el adolescente infractor, la comunidad afectada, el Ministerio Público Fiscal o el/la juez/za, podrán proponer círculos y conferencias de diálogo grupales con el objeto de solucionar la controversia motivo del delito denunciado, *lograr la integración de la víctima u ofendido, y de la persona adolescente en la comunidad*, y arribar a un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas. Para ello, es central que las respuestas socioeducativas al delito adolescente fomenten la posibilidad de que el involucrado tenga un espacio participativo en el marco del proceso.

El proyecto incorpora al texto de la ley la propuesta de que la impronta de diálogo que se agrupa en el término "Juntas Restaurativas" tenga como norte fortalecer el lazo social mediante la construcción de ciudadanía, el reconocimiento de responsabilidades, una genuina reparación de las ofensas, el fomento de la autonomía de la voluntad y la internalización de responsabilidad y protagonismo del ofensor en la autocomposición del conflicto con un importante contenido educativo, pedagógico y de prevención, a partir de un espacio de diálogo y escucha acorde con su grado de madurez y desarrollo. Todo ello acompañado de los principios ya receptados, como finalidad de la

mediación en cuanto a pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes y posibilitar la reparación voluntaria del daño causado.

A su vez, tomando en consideración uno de los consensos obtenidos en el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos, aprobado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (mediante Resolución MJ N° 813/2018), se propone que aquellos casos en los que no existan víctimas identificadas, o aquellas expresen su negativa a participar, o sean delitos de peligro, se pueda trabajar en forma indirecta con el adolescente y con representantes de la comunidad, pudiéndose firmar un acta compromiso de reparación que, a diferencia de un acuerdo, no será suscripta por la víctima.

Párrafo aparte merece destacar que hoy en día existe un común acuerdo de que la referencia a la *resolución alternativa de conflictos* denota que lo "principal" es el proceso ordinario punitivo; cuando, en rigor, lo principal en la especialidad de niñez debe ser lo compositivo y restaurativo, por lo cual sería más adecuado, en lugar de la actual redacción del Título VIII titulada "Vías Alternativas de Resolución del Conflicto", hacer referencia a los *Procesos participativos de resolución de conflictos*.

En esa línea el proyecto de ley incorpora la figura del facilitador; figura que tiene a su cargo el rol de guiar a los y las participantes y mantener el círculo o la conferencia como un espacio seguro a través de todo el proceso.

El facilitador puede ser indistintamente una persona de la comunidad que tiene experiencia en facilitación de círculos y o conferencias y está dispuesto a recordar a la comunidad la forma en que han acordado que resolverían sus conflictos; grupos o agencias comunitarios; comediadores o bien operadores judiciales especializados.

Ahora bien, en estos momentos en que las prácticas restaurativas no están todavía muy extendidas, se hace necesario que el facilitador reciba una formación específica por parte de personas con experiencia en facilitación o hayan sido capacitados(as) para su manejo.

El proyecto de ley propone incorporar dentro del artículo 56, que define los principios del procedimiento, a la figura del facilitador y a los principios de flexibilidad, especialidad y especificidad, mínima intervención y concentración, oportunidad, proporcionalidad, claridad de la información; así como también el interés superior del niño y su protección integral, y el derecho del adolescente a ser escuchado.

A su vez, se prescribe que la reparación no se limitará a una compensación material o económica, pudiendo consistir también en todas aquellas vías que representen para las partes una forma de reparación del conflicto, entre ellas la adopción de un proyecto personal de carácter socioeducativo asociado con la comunidad de la que el adolescente es parte.

El proyecto establece que el proceso de mediación estará conducido por un mediador o dos en comediación, mientras que las juntas restaurativas podrán ser facilitadas por el fiscal y/o juez especializado o los facilitadores profesionales que el juez designe.

El proyecto legislativo exige que mediadores y facilitadores deberán estar capacitados en Justicia Restaurativa, victimología, Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la infancia, el trabajo con adolescentes en sus aspectos psicológico, educacional, sociocultural y económico, así como en el trabajo articulado con un equipo interdisciplinario.

Importante reforma se propone al artículo 58 actual que define el modo de inicio del procedimiento, al exigir que el Ministerio Público Fiscal y el juez/za promoverán la resolución alternativa de conflicto como primera respuesta ante la posible comisión de un delito, a la vez que se quita la caducidad del plazo que estaba limitada hasta el inicio del debate.

En cuanto a las citaciones de las partes, además de la convocatoria de la oficina de Mediación que establece la Ley, el proyecto prevé la posibilidad de que sea un facilitador ajeno a dicha oficina quien esté a cargo de la resolución del conflicto, incorporando consecuentemente en su cabeza la citación a las partes, a la vez que se exige citar a los representante/s de la comunidad afectada.

Por último, el proyecto de ley, en lo que respecta al instituto de la suspensión del juicio a prueba, elimina la posibilidad que hoy da la ley de que el fiscal se oponga a su aplicación fundamentado en razones de política criminal.

Ello así puesto que la especialidad de la Justicia Penal Juvenil en modo alguno puede permitir que razones de política criminal abstractas puedan justificar judicializar los conflictos, o considerar necesario que el caso se resuelva en juicio.

En el mismo sentido, toda decisión judicial que deniegue una medida alternativa al proceso o a la pena (que conforme los argumentos premencionados debiera ser la regla en la justicia especializada) también como mínimo recurrible, lo que así se propone.

La aplicación de abordajes restaurativos nos exige la tarea de salirnos de nuestros habituados roles burocráticos, sesgados y judiciales en cada acto procesal desarrollado.

A su vez, abordar la responsabilidad subjetiva desde una mirada interdisciplinaria nos obliga a prestar atención a las particularidades del ser adolescente, a la interacción entre los impulsos derivados de los instintos y las imposiciones sociales y a sus *mecanismos de defensa, los cuales pueden conducir a disfunciones de la personalidad,* una de cuyas manifestaciones es la conducta delictiva.

La forma en que nos comportamos se encuentra influenciada en gran parte por nuestros *impulsos inconscientes. Por ello es preciso tener presente que no es suficiente una mediación que opere sobre la culpa consciente y desconozca la culpa inconsciente*.

La interdisciplina, para ser tal, debe encontrar con igual poder de decisión y horizontalidad al Derecho Penal que al resto de las disciplinas convocadas. No puede llamarse así sin caer en un arbitrio, el mero envío de un oficio judicial para que un psicólogo o un asistente social realicen una entrevista diagnóstica o pericial al adolescente infractor sobre cuyo texto luego el juez o fiscal decidirán su futuro procesal.

Al contrario, se la define como "el conjunto de disciplinas conexas entre sí y con relaciones definidas, a fin de que sus actividades no se produzcan en forma aislada, dispersa y fraccionada".[9]

Para ello juez, fiscal y defensor debieran centrar los procesos desde un inicio con intervenciones interdisciplinarias, que no es lo mismo que acciones multidisciplinarias descoordinadas, a cargo del diseño de un plan individualizado para cada medida a aplicar al adolescente que lo acompañe durante el proceso.

La necesidad de enmarcar y ampliar este tipo de respuestas especializadas al delito adolescente no solo encuentra sustento en la situación actual del fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad

9. Tamayo y Tamayo, Mario, *La interdisciplinariedad*, Cali, Icesi, 1995.

Autónoma de Buenos Aires, sino también, y sobre todo, en los nuevos delitos pendientes de transferencia desde el fuero nacional de menores.

Lo expuesto da fundamento a las reformas que se proponen, poniendo el centro en el compromiso asumido de dar cumplimiento al ODS 16: "Paz, justicia e instituciones sólidas", de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, en cuanto persigue el fortalecimiento del Estado de derecho y la promoción de los Derechos Humanos, así como la búsqueda de soluciones duraderas a los conflictos e inseguridad.