



**Análisis del proyecto de ley de adecuación del procedimiento local
de intervención a la ley 26.061 - COMISIÓN MIXTA Ley 5292**

ASOCIACIÓN CIVIL PENSAMIENTO PENAL

(Comisión Ad Hoc integrada por Julian Axat, Pablo Barbirotto, Fabricio Gershani, Rodrigo Moravito y Carlos Reggiani)

INFORME

Presentación

El informe intenta realizar un aporte de la Asociación Civil Pensamiento Penal en el marco de discusión y tratamiento de la propuesta normativa provincial sobre la adecuación del procedimiento de intervención de la Ley 26.061 en el ámbito de la Provincia de Catamarca.

A los efectos de facilitar su lectura y contribuir de manera propositiva con la labor legislativa, el informe se estructura a partir de los artículos considerados merecedores de observaciones y, seguidamente, expresa la propuesta de redacción normativa acorde a éstas.

Al final del informe, se proponen regulaciones de otros institutos no contemplados en las disposiciones normativas analizadas.

Análisis en particular



1. Artículo 1º del proyecto

Artículo 1º - Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la provincia de Catamarca, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

Observación:

El proyecto sigue los lineamientos y, especialmente, la literalidad de la Ley 26.061. En este sentido, expresa un criterio de técnica legislativa adoptado entre otros posibles, tal como regular sólo sobre la estructura orgánica provincial, ya que la ley nacional reglamentaria de la CDN resulta ser de orden público, de observancia obligatoria de sus prescripciones en todo el país. En consecuencia, un apartamiento total o parcial de sus normas en la legislación provincial no afectaría la aplicación de sus preceptos.

En este sentido, en el artículo 1º del proyecto se verifica una omisión con respecto a su par de la ley 26.061, tomado como se dijo textualmente de la ley nacional, que adquiere relevancia en cuanto al control de los órganos gubernamentales y al involucramiento de la comunidad con la efectiva observancia de los derechos de los NNyA, ambas metas pretendidas por la ley nacional.

Propuesta:

Incorporar como último párrafo del artículo 1º, el párrafo final del artículo 1º y artículo 6 de la ley 26.061, que establecen:



"La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

La Comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes."

2. Artículo 6º del proyecto

Art. 6 - Interés superior. *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 legítimas la mayor parte de su existencia.**

Este principio rige en materia del dictado de medidas de protección de derechos y en materia de la autoridad parental -



patria potestad- pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Observación:

La legislación vigente, nacional y convencional, operó el cambio de paradigma fundacional del nuevo sistema legal: los NNYA dejaron de ser "objeto de protección" para constituirse en verdaderos "sujetos de derecho".

Una de las manifestaciones más nocivas de la vieja concepción tutelar, se materializó en la práctica extendida la privación de libertad justificada en el resguardo del "interés superior" del niño.

La legislación actual debe preocuparse por eliminar cualquier resabio que posibilite la tutela discrecional proteccionista y ratificar la vigencia y sistematización de los principios supranacionales, entre otros, la excepcionalidad y último recurso de la privación de libertad de los NNYA.

Propuesta:

Incorporar como último párrafo del artículo 6º:

"No podrá invocarse el interés superior del niño para justificar la privación de libertad del NNYA."

3. Artículo 47 del proyecto

Art. 47.- Funcionamiento. La Comisión se reunirá periódicamente, siendo su presidente el responsable de formular la convocatoria a las reuniones, que deben realizarse, como mínimo, una vez por



trimestre. El quórum será de un tercio de sus miembros. Las decisiones se tomarán por mayoría de la mitad más uno de los presentes.

Observación:

El nuevo sistema legal demanda del control y actividad permanente de la estructura orgánica instituida, debiendo reforzarse la inmediatez de las autoridades con los problemas y finalidades, evitando toda laxitud en los términos normativos que distiendan la responsabilidad directa de los funcionarios por el correcto funcionamiento del sistema. La ley local debe reglamentar en forma expresa la "periodicidad" de las reuniones de la comisión interministerial y regular las consecuencias del incumplimiento.

Propuesta:

Sustituir el artículo 47 por el siguiente texto:

"Funcionamiento.

La Comisión se reunirá cada ... días, siendo su presidente el responsable de formular la convocatoria a las reuniones.

El quórum será de un tercio de sus miembros. Si no se obtiene quórum en la reunión convocada, el presidente realizará una nueva convocatoria para celebrar la reunión dentro de los siete días siguientes. Si en la nueva reunión convocada tampoco existiese quórum, la reunión se celebrará válidamente con los miembros presentes.

Las decisiones se tomarán por mayoría de la mitad más uno de los presentes."

4. Artículo 97 del proyecto

Art. 97.- Prohibición. En ningún caso las medidas de protección podrán consistir en privación de la libertad, conforme lo



establecido en la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 19 de la Ley 26.061.

Observación:

En similar sentido al apuntado en el comentario del punto 2, la ley debe expresar con claridad indubitada que la privación de libertad no sólo es el último recurso disponible y excepcional, sino que además se encuentra exclusivamente en manos del juez penal especializado.

Al respecto, el artículo 33 de la ley 26.061 constituye una referencia legislativa importante: "MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

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

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

Asimismo, el artículo 99 del proyecto, que sigue la literalidad del artículo 41 de la ley nacional, omite el principio fundamental: "En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad" (Artículo 41, inciso e, Ley 26.061).

Propuesta:

Sustituir el artículo 97 por el siguiente texto:



"Prohibición.

Las medidas de protección de derechos, sean las comunes del artículo 98 o sean las excepcionales del artículo 99, en ningún caso podrán consistir en privación de la libertad, conforme lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 19 de la Ley 26.061."

5. Artículo 102 del proyecto

Art. 102. - Criterios para la adopción de las medidas de protección excepcionales. Las medidas de protección excepcionales se aplicarán conforme los siguientes criterios:

1. Se privilegiarán las formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen. En consecuencia, aún para la permanencia temporal en otros grupos familiares, deben buscarse e individualizarse personas vinculadas a los niños por líneas de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local.

2. Sólo en forma subsidiaria, y por el más breve lapso posible, puede recurrirse a una forma de convivencia alternativa a la del propio grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de los niños, niñas y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario.

3. Se prestará especial atención a la continuidad en la educación y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

4. Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia o, como mínimo, la permanencia de los lazos afectivos.

5. En todos los casos se deberá tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes.



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

Observación:

En su inciso 4 se flexibiliza un estándar de satisfacción de derechos de NNyA como lo es el derecho a la convivencia entre hermanos al incorporar la expresión: "o, como mínimo, la permanencia de los lazos afectivos". Ello no ocurre en el artículo 41, inciso d), de la ley 26.061.

Propuesta:

Sustituir el inciso 4 del artículo 102, por el siguiente texto:

"4. Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia."

6. Artículo 272 del proyecto

Art. 272.- Creación del fuero especial Penal y Contravencional de la Niñez. Créase en el ámbito de la primera circunscripción judicial el Fuero Penal y contravencional de la Niñez, el que estará integrado por:

- a) Dos Juzgados de Control de Garantías para la Niñez unipersonales;***
- b) Dos Fiscales de Instrucción de la Niñez;***
- c) Dos Defensores Oficiales de la Niñez.***

Las demás circunscripciones judiciales mantendrán, por el momento y hasta disposición en contrario, su esquema actual de funcionamiento.-

Los requisitos para ser juez de control de garantías de la Niñez, fiscal de instrucción de la minoridad y defensor oficial de la



Niñez, son los establecidos para ser juez de primera instancia, fiscal de instrucción y defensor oficial respectivamente.-

Observación:

Otro de los principios fundamentales que informan el sistema penal juvenil es el Principio de Especialidad (consagrado no solo en la CDN -40.2.3-, sino que también por las Reglas de Beijing -2.3, 6.1, 6.2, 6.3 y 22).

El derecho a tratamiento especial que gozan los NNYA en conflicto con la ley penal no se limita a la institución de órganos especializados sino que se extiende a que los funcionarios y magistrados, es decir, a la formación y examen de los jueces penales de NNYA.

Todo ello implica que los órganos judiciales (jueces, fiscales, defensores oficiales) se encuentren capacitados y tengan competencia específica para actuar en el caso que los delitos sean cometidos por NNYA.

En particular, cuanto al juez penal de NNYA, la CDN demanda un perfil muy especial, y por eso el proceso de reforma y modernización de la justicia juvenil debe incorporar jueces especialistas.

En la opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, este mandato significa que el juez no solo debe conocer el derecho penal, sino que debe manejar adecuadamente el Derecho Penal Juvenil, con todas sus peculiaridades. En nuestro país toda la doctrina especializada en la temática penal juvenil que se consulte, recomienda la necesidad de exigir el respeto y cumplimiento del Principio de Especialidad y, por ende, exhorta a la designación de magistrados especialistas.

Una de las consecuencias de la ausencia de especialización de los juzgadores, se ha manifestado en las sendas condenas a prisión perpetua a NNYA dictadas tristemente en nuestro país, que motivaron la intervención de organismos internacionales.

La competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de facultades discrecionales de los



jueces. Por ello, debe hacerse especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de NNyA en conflicto con la ley penal.

Propuesta:

Sustituir el artículo 272 por el siguiente texto:

"Creación del fuero especial Penal de la Niñez

Créase en el ámbito de la primera circunscripción judicial el Fuero Penal de la Niñez, el que estará integrado por:

- a) Dos Juzgados de Control de Garantías para la Niñez unipersonales;*
- b) Dos Fiscales de Instrucción de la Niñez;*
- c) Dos Defensores Oficiales de la Niñez.*

Las demás circunscripciones judiciales mantendrán, por el momento y hasta disposición en contrario, su esquema actual de funcionamiento.

Los requisitos para ser juez de control de garantías de la Niñez, fiscal de instrucción de la minoridad y defensor oficial de la Niñez son los establecidos para ser juez de primera instancia, fiscal de instrucción y defensor oficial respectivamente y además, en todos los casos, deben poseer especialidad acreditada en materia de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal."

7. Artículos 274, 275 b y Capítulo IV (arts. 296/301) del proyecto

Art. 274.- Aplicación supletoria del Código Procesal Penal. Es de aplicación supletoria a la presente normativa, el ordenamiento procesal penal vigente en la provincia en todo lo que no esté específicamente reglamentado en esta ley, en la medida que aquella legislación procesal no contradiga o entre en conflicto con los principios y bases fundamentales del sistema de



promoción y protección integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes -NNyA- consagrados en esta ley. En igual sentido lo será el Código Contravencional de la Provincia.-

Art. 275.- Competencia. El Fuero Penal y Contravencional de la Niñez será competente para entender:

... b) En la investigación y juzgamiento de los hechos calificados por la ley como contravenciones, cometidos por NNyA que no hubiesen alcanzado la edad de dieciocho (18) años al tiempo de cometida la contravención...

Capítulo IV - Del procedimiento contravencional

Art. 296.- Cuando un adolescente de dieciséis (16) a dieciocho (18) años fuere hallado in fraganti en la comisión de un hecho calificado como contravención, deberá ser conducido a la Unidad especial para la Niñez y Adolescencia, debiendo dar aviso inmediato a sus padres o responsables, al Juez de Control de Garantías de la Niñez, al Fiscal de Instrucción de la Niñez y al abogado defensor.

El Juez hará entrega del adolescente de manera inmediata a los adultos responsables del mismo y fijará una audiencia para el niño y sus progenitores o responsables, el Fiscal y el defensor, dentro del plazo de 72 horas.

La autoridad policial interviniente elevará las actuaciones al Juez de Control de Garantías de la Niñez de manera inmediata.-

Art. 297.- Recibidas las actuaciones, el Juez dispondrá la realización de las medidas probatorias que fueren pertinentes. Las actuaciones quedarán a disposición de las partes por un término conjunto no menor de veinticuatro (24) horas.

El día y hora indicados, el Juez oír a los comparecientes y resolverá sin más trámite.



Art. 298.- La resolución a que alude el artículo anterior podrá ser apelada por las partes en el plazo de veinticuatro (24) horas de notificada, ante la Cámara de Apelaciones y Exhortos.

Art. 299.- Concedido el recurso y dentro de las veinticuatro (24) horas hábiles posteriores a la apelación, el Juzgado de Control de Garantías de la Niñez elevará las actuaciones a la Cámara de Apelaciones, la cual deberá expedirse en el término de tres (3) días, previa vista al Fiscal de Instrucción de la Niñez, a la defensa del menor y al Asesor de familia.-

Art. 300.- Asimismo y durante la sustanciación del recurso, en caso de haberse privado cautelarmente de la libertad al adolescente, el mismo deberá ser puesto en libertad hasta tanto se resuelva la impugnación planteada.

Art. 301.- En caso de condena, el Juzgado de Control de Garantía de la Niñez podrá ordenar la aplicación de alguna de las siguientes medidas u otras similares, adecuadas al caso:

- a) Llamado de Atención.**
- b) Pedido formal de disculpas al ofendido, si estuviera identificado.**
- c) Multa adecuada a la capacidad económica del sancionado o de sus progenitores o responsables.**
- d) Realización de un curso educativo o de capacitación laboral.**
- e) Sometimiento a un tratamiento médico o psicoterapéutico, si el caso lo requiere y previo informe del Equipo Técnico Interdisciplinario;**
- f) Abstención de frecuentar determinados lugares o personas;**
- h) Abstención de ingesta de bebidas alcohólicas;**

La duración de la medida no podrá exceder del plazo de tres (3) meses, quedando a cargo de los miembros del Equipo Técnico Interdisciplinario controlar el cumplimiento de la misma y



evaluar su resultado, debiendo elevarse al Juzgado los informes de rigor en los términos en que éste los solicite.

La medida impuesta podrá suspenderse o sustituirse por otra si los informes así lo aconsejaren y el Juez lo considerare adecuado. De la misma se dará inmediata comunicación a la Autoridad de aplicación administrativa de esta ley.

Observación:

En los artículos de referencia se incorporan a las contravenciones como materia procesal penal juvenil.

La materia contravencional resulta absorbida por la creación de un Sistema de Promoción y Protección de Derechos, es decir, es materia de competencia de los órganos administrativos, no de los jueces penales.

Resulta irrazonable y de imposible articulación, la coexistencia de un sistema contravencional juvenil provincial, con los principios de lesividad, mínima intervención y subsidiariedad (art. 37 b, 40.4 de la CDN) que gobiernan el sistema de responsabilidad penal juvenil.

Y más, la aplicación de un sistema que pretenda la punición de las contravenciones cometidas por NNyA resulta un absurdo frente a la ley penal -de fondo- que consagra la no punición de todos los delitos de acción privada y los reprimidos con pena privativa de la libertad que no excedan de dos años -amenazas, lesiones leves, resistencia a la autoridad, por citar ejemplos-, con multa o inhabilitación (artículo 1 del Decreto-Ley N° 22.278/80). Forjar un régimen legal para la punición de infracciones no típicamente penales vulnera el principio de legalidad penal juvenil (artículo 18, 75 inciso 22, CN y 40 CDN).

Propuesta:

Suprimir el inciso b) del artículo 275 y el Capítulo IV del proyecto.

Sustituir el artículo 274 por el siguiente texto:



"Aplicación supletoria del Código Procesal Penal

Es de aplicación supletoria a la presente normativa, el ordenamiento procesal penal vigente en la provincia en todo lo que no esté específicamente reglamentado en esta ley, en la medida que aquella legislación procesal no contradiga o entre en conflicto con los principios y bases fundamentales del sistema de promoción y protección integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes -NNyA- consagrados en esta ley."

8. Artículos 275 y 278 del proyecto

Art. 275.- Competencia. El Fuero Penal y Contravencional de la Niñez será competente para entender:

a) En el control de legalidad y la investigación de procesos penales en causas iniciadas por hechos calificados por la ley como delito, cometidos por NNyA años al tiempo de cometido el hecho.-

b) En la investigación y juzgamiento de los hechos calificados por la ley como contravenciones, cometidos por NNyA que no hubiesen alcanzado la edad de dieciocho (18) años al tiempo de cometida la contravención.-

c) En la implementación y control de medidas de protección en NNyA de 18 años que estén sometidos a proceso en la justicia penal ordinaria por haber participado en causas junto a mayores.-

Art. 278.- La Justicia Penal Ordinaria será competente para entender en la investigación de un hecho delictivo en el cual habrían participado conjuntamente mayores y menores de 18 años. Corresponde al Fiscal de Instrucción de la Niñez la implementación y control de medidas protectoras en este supuesto-



Observación:

Las normas proyectadas resultan inconstitucionales en la medida que implican otorgar resabios de facultades asistenciales “por medidas de protección” a los jueces penales, posibilitando que el sistema penal pueda hacer política social.

En particular, se afecta la ley 26.061, el artículo 18 y 75 inc. 22 CN, en relación con los artículos 37 y 40 CDN.

Existe la misma potestad o competencia en razón de la materia del juez de familia (artículos 127, 136, 137), la solución es remitir de inmediato estos casos al juez de familia y a los servicios de protección, evitando la anticonvencionalidad de mantener la confusión penal-asistencial (que tanto mal ha hecho) en cabeza del nuevo juez penal.

Asimismo, se viola el Principio de Especialidad desarrollado anteriormente, en cuanto remiten a la justicia ordinaria las causas con mayores y menores de edad (CADH, art. 5.5; CDN, art. 40, inc. 3; Reglas de Beijing, Regla 2.3; Directrices de Riad, Directriz 52; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directrices 13 (d) y 14 (a) y (d).

En el sentido contrario al criticado optaron otras leyes provinciales, por ejemplo, la ley 2451 de la Ciudad de Buenos Aires (Artículo 6º. 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).

Propuesta:

Suprimir el artículo 278 del proyecto.

Sustituir el artículo 275 por el siguiente texto:

"Competencia



El Fuero Penal de la Niñez será competente para entender:

a) En el control de legalidad y la investigación de procesos penales en causas iniciadas por hechos calificados por la ley como delito, cometidos en la jurisdicción de la Provincia de Catamarca por NNyA punibles al tiempo de cometido el hecho.

b) En el control de legalidad y la investigación de un hecho delictivo en el cual habrían participado conjuntamente mayores de edad y NNyA.”

9. Artículos 276 y 277 del proyecto

Art. 276.- Tribunal de Juicio. Las Cámaras en lo Criminal y los Juzgados Correccionales serán competentes en el juzgamiento y decisión de los procesos tramitados inicialmente por ante el fuero penal y contravencional de la Niñez en los casos previstos en el inciso a) del artículo 2º.-

Art. 277.- Apelación. La Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Exhortos entenderá en la resolución de las apelaciones a las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías de la Niñez.

Observación:

Resultan inconstitucionales, en violación del Principio de Especialidad (artículo 40.2.3 CDN), ya desarrollado precedentemente. La etapa de juzgamiento se pone en cabeza de una jurisdicción común, es decir, bajo el sistema procesal común, y no se prevén reglas procesales específicas sobre cómo se desarrollará el juicio, ofrecimientos de pruebas, reserva del juicio, reglas sobre trato en el juicio, entre otras.

Propuesta:

Suprimir los artículos 276 y 277 y rediseñar es esquema jurisdiccional con un tribunal de juicio especial para la niñez.



10. Artículo 279 del proyecto

Art. 279.- Procedencia. La aprehensión de un NNyA sin orden judicial solo procederá en los siguientes casos:

a) Cuando fuere sorprendido in fraganti en la comisión de un hecho calificado por la ley como delito o contravención "grave"; o mientras fuere perseguido por el ofendido o el clamor público; o mientras tuviere objetos o presentare rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito;

b) Cuando hubiere fugado, estando legalmente detenido.

La aprehensión tendrá lugar al sólo efecto de conducir al niño o adolescente de inmediato ante el Fiscal de Instrucción de la Niñez para que resuelva sobre su situación. Hasta tanto ello suceda el NNyA deberá permanecer en la Unidad especial para la Niñez y Adolescencia

Observación:

El artículo en análisis regula un aspecto de alta sensibilidad como lo es la detención sin orden judicial de los NNyA, por lo que el legislador debe bregar por la máxima rigurosidad taxativa de las prescripciones, que evite la incursión de la discrecionalidad de los operadores del sistema.

La norma en el inciso a) utiliza términos vagos que luego no se precisan, atentando contra el principio de taxatividad procesal juvenil.

Por un lado, la idea "grave" (en la Pcia. de BA, la ley 13634 estableció en el art 27 un concepto de gravedad incluyendo determinado tipo de delitos, esto es lo que pueden juzgarse por Tribunal penal Juvenil: homicidios agravados, abusos sexuales, etc) habilita a una interpretación sin límites por parte de jueces y fiscales de lo que debería entenderse por esa locución, pudiendo generarse en la práctica muchas dificultades.



Por otro, la idea de “clamor público” que es ajena a la flagrancia y al peligro procesal, y potencialmente puede terminar derivando en fundamento para el dictado de una medida de coerción que proteja al niño de las turbas populares, algo que desnaturaliza el sentido constitucional que debiera tener toda medida cautelar, con la potencialidad de retroceder a la idea de protección-represión.

Asimismo, la imprecisión normativa de la expresión “mientras tuviere objetos o presentare rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito”, abre también el camino de la discrecionalidad policial para proceder a la aprehensión de NNyA sin orden judicial.

En cuanto a la norma del inciso b) también requiere de precisión la expresión “de inmediato”, siendo preferible la fijación de un plazo para evitar una zona de penumbra entre la policía y la justicia, limitando que durante traslado y custodia puedan producirse todo tipo de abusos con la imposición del menor lapso de tiempo posible. En tal sentido, puede verse el último informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – relatoría sobre derechos de la niñez- Párrafo 257, con respecto a la República Oriental del Uruguay: “La Comisión mira positivamente que Uruguay haya implementado legislación que prevé un plazo máximo de 12 horas para la permanencia de los niños en las dependencias policiales y un plazo máximo de dos horas para que la autoridad policial comunique al juez la detención”.

En consecuencia, resulta aconsejable otorgar mayores precisiones normativas para que los NNyA solo puedan ser detenidos en caso de flagrancia y solo en relación a delitos que permiten su punibilidad.

Propuesta:

Sustituir el artículo 279 por el siguiente texto:

"Procedencia



La aprehensión de un NNyA sin orden judicial solo procederá excepcionalmente en los siguientes casos:

a) Cuando fuere sorprendido in fraganti en la comisión de un hecho calificado por la ley como delito y sancionado con una pena máxima privativa de libertad mayor a diez años, y sólo cuando fuere absolutamente indispensable para hacer cesar los efectos del delito o para asegurar su comparencia ante actos procesales esenciales, siempre que se constatare la plena existencia del hecho y la probabilidad de participación responsable del NNyA.

b) Cuando hubiere fugado, estando legalmente detenido.

La aprehensión del NNyA tendrá lugar al sólo efecto de conducir en forma inmediata y continua al acto de aprehensión al niño o adolescente ante el Fiscal de Instrucción de la Niñez para que resuelva sobre su situación. Si resultare imposible efectuar este traslado con la inmediatez requerida, el NNyA deberá permanecer en la Unidad Especial para la Niñez y Adolescencia, hasta tanto pueda ser trasladado, sin superarse en ningún caso el plazo máximo de 12 horas desde la aprehensión.”

11. Artículo 282 del proyecto

Art. 282.- El Fiscal de Instrucción de la Niñez, en el plazo perentorio de 24 horas, desde que un NNyA es puesto a su disposición deberá decidir respecto de la situación del mismo disponiendo su entrega a los progenitores o responsables o bien solicitar medida concreta al Juez de Control de Garantías de la Niñez.

El Juez de control de garantías de la Niñez deberá resolver en el plazo perentorio de 24 hs., en audiencia con el NNyA, sus progenitores o responsables, su abogado defensor y el Fiscal de Instrucción de la Niñez, la situación del niño y la medida solicitada.



La medida será apelable por las partes.-

Observación:

Atento a la excepcionalidad de la privación de libertad como recurso de los operadores del sistema penal juvenil, los plazos previstos resultan excesivos en esta instancia para decidir sobre la situación de libertad del NNyA, sobre todo, computados los plazos conjuntamente desde la aprehensión del NNyA hasta la decisión judicial. Debe evitarse que el sistema procesal sea laxo y genere zonas penumbrosas propicias a los abusos y a la discrecionalidad policial-judicial.

En este sentido, es menester citar el último informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de este año, relatoría sobre derechos de la niñez, párrafo 257: "La Comisión mira positivamente que Uruguay haya implementado legislación que prevé un plazo máximo de 12 horas para la permanencia de los niños en las dependencias policiales y un plazo máximo de dos horas para que la autoridad policial comunique al juez la detención."

Propuesta:

Sustituir el artículo 282 por el siguiente:

"Situación del niño

El Fiscal de Instrucción de la Niñez, en el plazo máximo perentorio de 12 horas desde que el NNyA es puesto a su disposición, deberá decidir respecto a su situación, sea disponiendo su entrega inmediata a sus progenitores o responsables, sea solicitando una medida cautelar concreta al Juez de Control de Garantías de la Niñez. En este caso, el Juez deberá resolver sobre la situación del NNyA y la medida solicitada en el plazo perentorio de 12 horas, en audiencia con el NNyA y su defensor, sus progenitores o responsables en caso de ser solicitado por éstos, y el Fiscal de Instrucción de la Niñez.



La medida podrá ser apelada por las partes.”

12. Artículo 287 del proyecto

Art. 287.- Durante la investigación penal preparatoria, el NNyA imputado prestará declaración ante el Fiscal de Instrucción de la Niñez cuando existieren motivos bastante de sospecha de su participación en un hecho punible, contando para ello, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus progenitores o responsables, de su abogado defensor -y/o Defensor Oficial de la Niñez-y al Asesor de Familia.-

Los progenitores o responsables del niño, o el Abogado defensor de aquél podrán solicitar que su declaración se reciba en presencia del Juez de Control de garantías de la Niñez, en cuyo caso éste podrá interrogarlo sólo para aclarar sus respuestas.

Observación:

Se establecen intervenciones superpuestas y con resabios tutelares, como lo es la presencia del Asesor de Familia allí donde no existe una vulneración de derechos. Tampoco una remisión al Juez de Familia parece oportuna, todo lo que abona el criterio abandonado de que la cuestión penal siga siendo asistencial.

Asimismo, la presencia de los progenitores o responsables no debe ser necesariamente obligatoria -y mucho menos, su ausencia, nulificante- desde que los intereses son distintos y los NNyA ya se encuentran representados por su defensor.

Al respecto, pueden citarse como estándares internacionales en la materia las Reglas de Beijing, que disponen: “15. Asesoramiento jurídico y derechos de los padres y tutores. 15.1 El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha



ayuda en el país. 15.2 Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor”, y la solución adoptada por otras leyes locales, como la Ley 2451 de la Ciudad de Buenos Aires: “Artículo 35. 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”.

En otro orden, la norma omite el resguardo de nulidad absoluta de la “autoincriminación espontánea-judicial-policial- o ante terceros” (así lo regula con respecto a la sede policial la Ley 13.634 de la Provincia de Buenos Aires, Artículo 38).

Y finalmente, declaración del NNyA pareciera estar impuesta como una carga u obligación que pesa sobre él (“...prestará declaración ante...”), cuando el verdad declaración del NNyA imputado o acusado de un delito es un medio de defensa material y no una fuente de información privilegiada y absoluta para el fiscal o el juez. La garantía procesal de expresarse libremente, implica el derecho de prestar declaración en el proceso penal exclusivamente en caso de ser solicitado en forma expresa por el NNyA, es decir, es un DERECHO y no una obligación o carga procesal, y como tal, tiene derecho a no declarar si así lo quisiera, o a brindar su declaración en cualquier momento del proceso, en forma verbal o escrita, debiendo ser ella recibida por el juez en forma directa si así lo quisiera.

La ley 9.861 de Entre Rios, Artículo 22, inciso h), establece: “El Estado Provincial garantizará a todo niño o adolescente imputado de la comisión de un hecho que la ley tipifica como delito, los siguientes derechos y garantías:... h) A no declarar durante todo el proceso y a no ser llamado a tal fin por ninguna autoridad, pudiendo ser oído personalmente sólo por el juez interviniente y únicamente en caso de ser expresamente solicitado por



el niño o adolescente. También tendrá derecho a presentar su descargo por escrito. El niño y adolescente podrá prestar declaración, verbal o escrita, en cualquier instante del proceso, debiendo ser ella recibida, bajo pena de nulidad, previa asistencia técnica. La autoridad policial no podrá recibir declaración al niño y adolescente en ningún caso.”

Propuesta:

Sustituir el artículo 287 por el siguiente:

"Derecho a declarar

Durante la investigación penal preparatoria, el NNyA imputado tendrá derecho a declarar ante el Fiscal de Instrucción de la Niñez, contando para ello, bajo pena de nulidad, con la presencia de su abogado defensor y/o Defensor Oficial de la Niñez.

El NNyA y su defensa podrán solicitar que la declaración se reciba en presencia del Juez de Control de garantías de la Niñez.

En ningún caso el NNyA será sujeto a interrogatorio por parte de autoridades policiales, judiciales o administrativas acerca de su participación en los hechos investigados, ni se dejará constancia alguna de manifestaciones sean espontáneas o requeridas por esas autoridades.

El incumplimiento de esta disposición implica la nulidad absoluta de lo actuado.”

13. Artículo 289 del proyecto

Art. 289.- Cuando el Fiscal de Instrucción de la Niñez estimare que no existe fundamento para solicitar la apertura a juicio, requerirá que se dicte el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones, en los términos previstos por el ordenamiento procesal penal vigente.

Observación:



Debería suprimirse el término sobreseimiento y dejar solamente archivo, pues si no se abre la causa, no habría investigación.

Propuesta:

Sustituir el artículo 289 por el siguiente:

"Archivo de las actuaciones

Quando el Fiscal de Instrucción de la Niñez estimare que no existe fundamento para solicitar la apertura a juicio, requerirá que se dicte el archivo de las actuaciones, en los términos previstos por el ordenamiento procesal penal vigente."

14. Artículo 290 del proyecto

Art. 290.- Si el Fiscal de Instrucción de la Niñez solicitare el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones y el Juez de Control de Garantías no estuviere de acuerdo, se elevarán los autos al Fiscal General. Si éste coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido.

En caso contrario, el Fiscal General si está en condiciones la causa, formulará requerimiento con arreglo a lo normado en la presente, y si lo rechazado es el archivo, deberá remitir la causa al otro Fiscal de instrucción de la Niñez para que continúe instruyendo la misma.-

Observación:

Se regula el supuesto de que el fiscal -titular exclusivo de la acción penal- considera que no hay delito. No parece ajustado al sistema acusatorio darle oportunidad al juez de mantener al NNyA en el proceso penal. En todo caso, podría pensarse en dar la oportunidad de apelar al querellante, si lo hubiere.



Propuesta:

Suprimir el artículo 290 del proyecto.

15. Artículo 291 del proyecto

Art. 291.- La investigación penal preparatoria deberá practicarse en un plazo de dos (2) meses a contar desde la declaración del niño imputado.

Si aquél resultare insuficiente, el Fiscal solicitará prórroga al Juez de Control de Garantías de la Niñez, el que podrá acordarla hasta por dos (2) mes más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

En los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación la prórroga otorgada podrá exceder excepcionalmente de dicho plazo y será acordada por el Fiscal General hasta por un plazo máximo de cuatro (4) meses más.

Observación:

Puede resultar contraproducente concederle facultades al Fiscal General (jefe de los fiscales de instrucción) para conceder prórroga extraordinaria de la IPP, toda vez que al estar en juego una garantía constitucional y supranacional como lo es el derecho a un plazo razonable de duración del proceso, la prórroga extraordinaria debe ser concedida por el juez de control de garantías de la niñez, máxime cuando es éste funcionario quien controla que los derechos y garantías de las partes no sean vulneradas y aún más, cuando es quien concede prórroga ordinaria de la IPP. La posibilidad de que la concesión de la extensión del plazo investigativo (en los casos que así se decidiere) quede en manos del Ministerio Público afectaría, lisa y llanamente, el derecho de todo niño imputado a un plazo razonable de duración del proceso, y tergiversa el sistema acusatorio, ya



que son los jueces quienes velan por las garantías de las personas sometidas a proceso penal.

Además, más allá del plazo de duración para la IPP, debe hacerse referencia al plazo de todo el proceso. Cuando se hace referencia a NNyA sindicados como autores de un delito, el tiempo de duración del proceso debe respetar los principios de máxima brevedad y celeridad: tienen el derecho a ser juzgados en un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas o indebidas. Para cumplir cabalmente con esta exigencia, es necesario fijar un plazo máximo de duración del proceso penal juvenil que no debería superar un año desde el inicio de las actuaciones hasta el dictado de la sentencia y, claro está, en caso de flagrancia, ese plazo deberá reducirse por lo menos a la mitad. Y finalmente, para completar la exigencia, debe preverse la consecuencia de su término, considerándose extinguida la acción penal.

Propuesta:

Sustituir el artículo 291 por el siguiente:

"Plazos perentorios

La investigación penal preparatoria deberá practicarse en un plazo de hasta dos (2) meses a contar desde su inicio. El Fiscal podrá solicitar prórroga del plazo al Juez de Control de Garantías de la Niñez, el que podrá acordarla hasta por cuatro (4) mes más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

El proceso penal, desde la primera actuación producida hasta el dictado de sentencia, tendrá un plazo máximo de duración de un (1) año y, en los supuestos de flagrancia, este plazo se reduce a la mitad. Cumplido el plazo fijado de duración máxima para cada proceso, queda extinguida la acción penal."

16. Artículo 292 del proyecto



Art. 292.- Iniciada la investigación tendiente a la comprobación de un delito imputado a un niño o adolescente e individualizado el mismo, en caso entender que media peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, el Fiscal de Instrucción de la Niñez solicitará al Sr. Juez de control de garantías de la Niñez dentro del plazo perentorio de diez (10) días desde la declaración del niño imputado, que adopte alguna medida de coerción personal de las previstas en esta normativa.-

Observación:

El plazo para decidir la imposición de una medida de coerción resulta excesivo (la ley de la Provincia de Buenos Aires estableció la mitad de tiempo). Además, falta destacar la excepcionalidad de su imposición, en tanto afectan la presunción de inocencia.

Propuesta:

Sustituir el artículo 292 por el siguiente:

"Coerción personal

Las medidas de coerción personal tendrán carácter excepcional.

La libertad personal del niño o adolescente sólo podrá ser restringida en forma fundada, bajo pena de nulidad, cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley, y sólo podrá ordenarse judicialmente la privación de libertad provisional cuando el hecho imputado pudiere ser sancionado con privación de libertad.

Iniciada la investigación de un delito imputado a un niño o adolescente e individualizado el mismo, en caso entender que media peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, el Fiscal de Instrucción de la Niñez podrá solicitar al Juez de control de garantías de la Niñez, dentro del plazo



perentorio de cinco (5) días desde iniciada la investigación, que adopte alguna medida de coerción personal de las previstas en esta normativa.”

17. Artículo 293 del proyecto

Art. 293.- Las medidas de coerción personal podrán consistir en:

- a) Obligación de concurrir periódicamente a la sede del Juzgado, Fiscalía, Unidad Judicial o autoridad que se disponga, acompañado por sus padres o responsables;***
- b) Abstención de frecuentar determinados lugares y personas;***
- c) Abstención de ingesta de alcohol u otras sustancias tóxicas;***
- d) Arresto domiciliario supervisado;***
- e) Régimen de semilibertad bajo modalidad de privación de tiempo libre o bajo permisos de salidas laborales y educativas;***
- f) Privación de la libertad durante el proceso en establecimiento para adolescentes, sólo con carácter excepcional y para casos en los que se investigan hechos graves.-***

En todos los casos el Juez de Control de garantías de la Niñez fijará la duración máxima de las medidas precedentes, que no deberán exceder de ocho (8) meses en ningún caso y podrán ser establecidas por un plazo menor de tiempo y ser prorrogadas a su vencimiento por decisión fundada y previo dictamen del Fiscal, Defensor del niño y del Equipo Técnico Interdisciplinario.

Observación:

En particular, el inciso e) establece “régimen de semilibertad” como medida de coerción, éste no es más que una modalidad de cumplimiento de la pena conforme a la Ley 24.660. Plantear la semilibertad como medida de coerción obedece a un grave error conceptual que conlleva a generar un adelanto de punición sin juicio previo.



Asimismo, en el inciso f) se vuelve a emplear la expresión “hechos graves” sin que exista conceptualización al respecto, como fuera expresado anteriormente.

En cuanto a los ocho meses de duración previsto, resulta ser un plazo excesivo y termina constituyendo un verdadero adelanto de castigo, en tanto violenta el artículo 37 b de la CDN que establece “el menor tiempo que proceda para la privación de libertad” (en la Provincia de Buenos Aires, el plazo ordinario es de 6 meses; en Chubut, de sólo 1 mes).

Propuesta:

Sustituir el artículo 293 por el siguiente:

“Medidas de coerción personal

Durante la tramitación del proceso, el Juez de Garantías podrá imponer, siempre que exista plena prueba del delito y probabilidad de participación responsable en él, algunas de las siguientes medidas de coerción personal que tengan relación con la problemática del caso investigado, las que podrán consistir en:

- a) Obligación de concurrir periódicamente a la sede del Juzgado, Fiscalía, Unidad Judicial o autoridad que se disponga, acompañado por sus padres o responsables;*
- b) Abstención de frecuentar determinados lugares y personas;*
- c) Abstención de ingesta de alcohol u otras sustancias tóxicas;*
- d) Arresto domiciliario supervisado;*
- e) Privación de la libertad durante el proceso en establecimiento para adolescentes. Esta medida será impuesta en forma absolutamente excepcional y solo procederá en los casos en que se investigan hechos reprimidos con pena máxima superior a 10 años de prisión.*

En todos los casos el Juez de Control de garantías de la Niñez fijará la duración máxima de las medidas precedentes, que no deberán exceder de tres (3) meses en ningún caso, pudiendo ser establecidas por un plazo



menor, prorrogables a su vencimiento por igual plazo máximo y única vez, fundando la decisión y previo dictamen del Fiscal, Defensor del niño y del Equipo Técnico Interdisciplinario.

El NNyA y su defensor podrán, en todo momento, solicitar al Juez de Control de Garantías la sustitución la medida del inciso e) por otra menos gravosa.

Serán nulas todas las medidas que se adopten cuando se probare la inexistencia del hecho o no hubiere plena prueba sobre su existencia, se probare que el hecho no constituye delito punible o no hubiere pruebas de autoría o participación del NNyA en el delito.”

18. Artículo 294 del proyecto

Art. 294.- El Juez de Control de Garantías resolverá la medida de coerción personal tras haber tomado conocimiento directo del adolescente en audiencia a la que deberán asistir, bajo pena de nulidad, el Fiscal de Instrucción de la Niñez, el niño imputado, sus progenitores o responsables y su defensor.

Observación:

Se insiste con la idea de la obligatoriedad de la participación de la familia. A lo ya apuntado anteriormente al respecto, debe notarse que por ser usual que los NNyA en conflicto con la ley penal no sean acompañados por la familia, justamente debe evitarse que esta ausencia pueda constituirse como excusa para una privación de la libertad.

Propuesta:

Sustituir el artículo 294 por el siguiente:

"Audiencia

El Juez de Control de Garantías resolverá la medida de coerción personal tras haber tomado conocimiento directo del adolescente en audiencia a la



que deberán asistir, bajo pena de nulidad, el Fiscal de Instrucción de la Niñez, el niño imputado y su defensor.”

19. Artículo 302/307 del proyecto

Art. 302.- Comprobada la existencia de un hecho calificado por ley como delito y presumida la intervención de un niño o adolescente inimputable, el Fiscal de Instrucción de la Niñez determinará el grado de participación de éste y coleccionará a tales fines la prueba que considere pertinente y los informes de evaluación del Equipo Técnico Interdisciplinario.

Reunido dicho material y en un plazo que no exceda de dos (2) meses, a contar desde la audiencia en la que el menor es oído, deberá elevar las actuaciones ante el Juez de Control de Garantías de la Niñez, expidiéndose respecto de la existencia del hecho, calificación legal, intervención que le cupo en el mismo y si corresponde o no aplicar medidas de protección, previa vista al letrado defensor del menor en cuestión. En caso contrario el niño será entregado a su familia

En el caso que resultaren aplicables medidas de protección se comunicará inmediatamente a la Autoridad de aplicación administrativa de esta ley.

Art. 303.- El niño o adolescente inimputable gozará del derecho a ser oído, a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o adulto responsable y el asesoramiento y asistencia de un defensor técnico oficial o de confianza desde el inicio mismo de su actuación.

La audiencia se celebrará ante el Fiscal de Instrucción de la Niñez quién deberá fijarla dentro del plazo de 24 horas desde



que el niño es puesto a su disposición o este individualizado en la causa

Art. 304.- Recibidas las actuaciones por el Juzgado, el Juez ordenará la notificación de lo actuado por el Fiscal, al niño o adolescente, a su defensor y al Equipo Técnico Interdisciplinario; a éstos dos últimos por el término de tres (3) días.

Cumplido ello, en igual plazo, se celebrará una audiencia en la que los anteriormente nombrados se expedirán sobre la necesidad de aplicar medidas de protección, tomando como base las constancias de la causa, y, en su caso, sugerirán las mismas y su duración.

En caso de decidirse medidas de protección el Juez comunicará a la Autoridad administrativa de Aplicación de esta ley en el plazo de 24 hs. las mismas.

Art. 305.- Cumplida la audiencia del artículo anterior, el Juez dictará sin más trámite resolución de aplicación de medidas de protección, y en caso de que la complejidad del asunto así lo requiera, podrá diferirse su dictado hasta un plazo máximo de tres (3) días.

En este último caso, citará a las partes y a los equipos técnicos a fin de notificar fehacientemente la resolución recaída.

Art. 306.- Si el Juez resolviere no aplicar medidas de protección dispondrá el archivo de la causa sin más trámite.

Art. 307.- La resolución prevista en el presente Capítulo, será recurrible ante la Cámara de Apelaciones, la que deberá expedirse en el plazo de diez (10) días.

Observación:

En cuanto a la regulación del Capítulo V – De los niños, niñas y adolescentes inimputables – se abona el pretendidamente abandonado



sistema tutelar con posibilidad de aplicarle medidas a quien no es punible y previendo el trámite de un proceso investigativo penal.

Sobre el particular, deben activarse los mecanismos de la Ley 26.061 y la autoridad de aplicación administrativa local.

Propuesta:

Sustituir el artículo 302 por el siguiente:

"Inimputables

Comprobada la existencia de un hecho calificado por ley como delito y presumida la intervención de un niño o adolescente inimputable, el Fiscal de Instrucción de la Niñez, deberá elevar inmediatamente las actuaciones ante el Juez de Control de Garantías de la Niñez, quién las comunicará en forma urgente a la autoridad de aplicación administrativa de esta ley a los efectos de asumir la intervención, cesando la actuación judicial penal."

Sustituir el artículo 303 por el siguiente:

"Derechos

Durante el sumarísimo trámite previsto en el artículo 302, el niño o adolescente inimputable tiene derecho a ser oído en todo momento, a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, y a contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o adulto responsable y el asesoramiento y asistencia de un defensor técnico oficial o de confianza desde el inicio mismo de la actuación."

Suprimir el artículo 304 del proyecto

Suprimir el artículo 305 del proyecto

Suprimir el artículo 306 del proyecto

Suprimir el artículo 307 del proyecto

20. Artículo 308 del proyecto

Art. 308.- En los casos en que se determine la responsabilidad de un adolescente en la comisión de un hecho calificado por la ley



como delito, la Cámara del Crimen o el Juez Correccional deberán resolver acerca de la aplicación de medidas socio-educativas, pudiendo optar entre las siguientes:

a) Amonestación severa en presencia de sus padres, tutor o guardador y el defensor;

b) Disculparse con la víctima o sus representantes a opción de estos, del daño o lesión ocasionados por el delito;

c) Adopción de oficio o profesión;

d) Realizar el trabajo que se le ordene, en beneficio de la comunidad de acuerdo a su edad, desarrollo físico y capacidad;

e) Realizar el trabajo que se le ordene a través de la prestación de servicios a la comunidad de acuerdo a su edad, desarrollo físico y capacidad;

f) Inclusión en un Programa de Libertad Asistida;

g) Régimen de semilibertad;

h) Privación de libertad en un establecimiento para adolescentes. En los casos de los incisos d); e); f); g) y h) el Tribunal fijará la duración de las medidas, pudiendo ser modificadas, sustituidas o revocadas de oficio o a instancia de parte. En todos los casos deberá intervenir el Equipo Técnico Interdisciplinario y se comunicará la decisión a la autoridad de aplicación.

En la aplicación de la medida prevista en el inciso h) del presente, deberá observarse lo dispuesto en el artículo 17 de esta ley.

Las medidas a aplicar deberán ser proporcionales a la gravedad del hecho cometido.

Observación:

Existe, en los incisos f), g) y h) una severa confusión técnica y teórica en la idea de "medida socioeducativa" -propia del derecho penal juvenil- con la



idea de “penas”. Esto genera un eufemismo legal muy grave, pues allí donde se busca promover o proteger situaciones vinculadas a la prevención especial positiva, se introducen dispositivos negativos o de disminución, de índole retributiva. Nunca una medida socioeducativa puede implicar privación de la libertad, sostener lo contrario es un contrasentido. No puede confundirse lo educativo con el encierro por intolerancia constitucional y convencional.

Asimismo, la reciente elevación de la edad mínima de admisión al empleo a los 16 años de edad (Ley 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente) parece sugerir que realizar tareas laborales no es una buena opción. Más interesante sería buscar medidas que sirvan para su inserción y le permitan adquirir herramientas para procurarse en el futuro su sustento.

Propuesta:

Sustituir el artículo 308 por el siguiente:

“Medidas socio-educativas

En los casos en que se determine la responsabilidad de un adolescente en la comisión de un hecho calificado por la ley como delito, el Juez deberá evaluar la aplicación de medidas socio-educativas, pudiendo imponer las siguientes:

- a) Amonestación severa, en presencia de sus padres, tutor o guardador y el defensor;*
- b) Disculparse con la víctima o sus representantes a opción de éstos;*
- c) Reparación del daño o lesión ocasionados por el delito;*
- d) Adopción de oficio o profesión a partir de la asistencia a talleres de enseñanza o capacitación.*

El juez tendrá en cuenta para la imposición de las medidas, la edad, desarrollo físico y capacidad de cumplirlas.



En todos los casos deberá intervenir el Equipo Técnico Interdisciplinario y se comunicará la decisión a la autoridad de aplicación administrativa a cargo del control de la ejecución de la medida.

Las medidas a aplicar deberán ser proporcionales a la gravedad del hecho cometido.

Las medidas socio-educativas nunca consistirán en privación de la libertad.”

21. Artículo 309 del proyecto

Art. 309.- En todos los casos de privación de libertad de adolescentes, medidas estas de carácter excepcional reservadas solo para casos graves, será obligatorio impartir la enseñanza correspondiente a la educación general básica para quienes no hubieran completado sus estudios, el cumplimiento de un régimen de visitas diario que no podrá ser suspendido, actividad física, capacitación laboral y atención de la salud física y psíquica del adolescente.

Observación:

Vuelve a emplearse el término “grave”, abriendo el campo de la discrecionalidad para fundar la privación de libertad a los NNyA (medida excepcionalísima y de carácter restrictivo).

Falta regulación sobre las sanciones privativas de libertad.

Propuesta:

Sustituir el artículo 309 por el siguiente:

"Sanciones privativas de libertad

En los casos en que se determine la responsabilidad de un adolescente en la comisión de un hecho calificado por la ley como delito, descartada la posibilidad de aplicación y/o continuación de medidas socio-educativas de



acuerdo a las circunstancias del caso, el Juez podrá aplicar las siguientes sanciones:

- a) Inclusión en un Programa de Libertad Asistida;*
- b) Régimen de semilibertad;*
- c) Privación de libertad durante el fin de semana o tiempo libre;*
- d) Privación de libertad en domicilio; o*
- e) Privación de libertad en un establecimiento para adolescentes.*

La sentencia fijará la duración de la sanción, pudiendo ser modificada, sustituida o revocada de oficio o a instancia de parte. En todos los casos deberá intervenir el Equipo Técnico Interdisciplinario.

En la aplicación de la medida prevista en el inciso e) del presente, deberá observarse lo dispuesto en el artículo 17 de esta ley.

Las medidas a aplicar deberán ser proporcionales a la gravedad del hecho cometido y aplicarse por el menor tiempo posible.

En todos los casos de privación de libertad de adolescentes será obligatorio impartir la enseñanza correspondiente a la educación general básica para quienes no hubieran completado sus estudios, el cumplimiento de un régimen de visitas diario que no podrá ser suspendido, actividad física, capacitación laboral y atención de la salud física y psíquica del adolescente.

La imposición de las medidas privativas de libertad tendrá carácter excepcional y subsidiaria, reservada solo para casos de delitos dolosos reprimidos con pena mínima de 5 años o más de prisión o reclusión, aplicables ante la imposibilidad de concluir el proceso mediante conciliación, mediación, suspensión del juicio a prueba, remisión de casos u cualquier otro medio alternativo a la privación de libertad.”

22. Libro V del proyecto

LIBRO V - ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL FUERO PENAL y CONTRAVENCIONAL de la NIÑEZ (artículos 272 a 313)



Observaciones generales:

En particular, el proyecto en el Libro V, omite ciertas normas esenciales para la materia regulada, tales como, el ámbito de aplicación de la ley; las partes del proceso; aplicación y promoción de sanciones no privativas de la libertad, mecanismos de suspensión del juicio a prueba, mediación penal y principio de oportunidad reglado, entre otros institutos, asimismo, regulados por leyes provinciales análogas.

Cabe destacar que se omiten algunas prohibiciones debidas como la de alojamiento en dependencias policiales y la utilización de armas, conforme lo expuesto por las Reglas De Las Naciones Unidas Para La Protección De Los Menores Privados De Libertad (Nº 65) que alude a que en todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas. También cabe mencionar el antecedente jurisprudencial a nivel nacional del fallo “Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus” – CSJN- del 3 de mayo de 2005, el cual, en su considerando Nº 42, señaló que “la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante”.

Otras propuestas:

Incorporar, con la numeración que resulte más sistemática, los siguientes artículos dentro del Libro V del proyecto:

"Artículo...

Aplicación

El presente régimen penal es aplicable a todo niño o adolescente punible, según la legislación nacional, imputado de delito en la jurisdicción territorial de la Provincia de Catamarca."



"Artículo...

Partes esenciales

Son partes en el proceso penal el niño, niña o adolescentes que se le atribuye el delito, su defensor, el fiscal y, en caso de defensa privada, el Ministerio Público.

Los padres, tutores o responsables del niño, niña o adolescente tendrán derecho a acceder a la causa, sin que por esto sean considerados parte, salvo pedido expreso de éste y su defensor."

"Artículo...

Prohibiciones de alojamiento y utilización de armas

En ningún caso se alojará a la persona menor de 18 años de edad en dependencias policiales, penitenciarias o de las fuerzas de seguridad. A tal fin, se habilitarán dependencias especiales para su alojamiento, bajo la dirección de personal idóneo para el trato con adolescentes. En toda dependencia donde se aloje a menores de 18 años de edad, deberá prohibirse al personal del establecimiento portar y utilizar armas."

"Artículo...

Mediación penal

En cualquier momento del proceso, siempre que exista prueba suficiente de la participación del adolescente en el delito y no concurren causales excluyentes de responsabilidad, el fiscal, la víctima, el imputado o su defensor podrán solicitar que se inicie proceso de mediación penal, suspendiendo las actuaciones.

El proceso de mediación penal tendrá carácter confidencial, voluntario, imparcial e informal.

Habiéndose arribado a un acuerdo, se suscribirá un acta que será remitida al juez de garantías para su homologación.



La suspensión subsistirá hasta el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas. Cumplido el acuerdo, se declarará extinguida la acción penal a su respecto. En caso contrario, continuará el trámite del proceso.

En ningún caso el acuerdo implicará aceptación de la comisión del delito por parte del adolescente.”

“Artículo...

Suspensión del proceso a prueba

Durante el proceso y hasta el momento en que deba declararse sobre la responsabilidad penal del adolescente, de oficio o a petición de parte podrá suspenderse el trámite del proceso si el hecho imputado no es susceptible de sanción de privativa de la libertad en establecimientos para adolescentes.

La suspensión importará el cumplimiento de reglas de conducta que el juez determine por un período máximo de un año, las que podrán consistir en:

1. Permanencia en el grupo familiar bajo asesoramiento, orientación o supervisión periódica del equipo técnico interdisciplinario. De no existir grupo familiar o de resultar éste manifiestamente inconveniente y perjudicial para el adolescente, se deberá notificar a la autoridad local de aplicación del órgano administrativo de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes quien dispondrá para su cuidado, en forma acorde a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 26.061, a otro familiar o persona allegada, bajo las mismas condiciones que las enunciadas en el inciso 1 de este artículo. En todos los casos se deberá tener en cuenta la opinión del adolescente.

2. Asistencia a los servicios educativos a fin de completar la escolaridad obligatoria, o su inclusión en programas de enseñanza, orientación profesional o capacitación laboral conforme la edad, capacidad y disponibilidad horaria;



3. Asistencia a cursos, conferencias o sesiones informativas específicas sobre temas que lo ayuden a comprender sus derechos y deberes, respetando los derechos humanos, civiles y sociales propios y de la comunidad;

4. Concurrencia a programas deportivos o culturales que tengan como fin el desarrollo de las capacidades deportivas o artísticas y la integración con sus pares;

5. Concurrencia a los servicios de salud en caso de enfermedad o existencia comprobadas de adicciones para su participación en un tratamiento médico o psicológico por medio de servicios profesionales de establecimientos públicos;

6. Abstenerse de concurrir a determinados lugares, realizar alguna actividad o relacionarse con determinadas personas que pudieran colocarlo en situación de riesgo;

7. Presentarse periódicamente en el juzgado, o ante los órganos locales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes o centro similar que la autoridad judicial determine.

La elección de las reglas de conducta deberá tener en cuenta los fines de esta ley y las circunstancias que rodearon el hecho, pudiendo adoptarse en forma sucesiva, simultánea o progresiva.

Si el adolescente cumple satisfactoriamente con las reglas impuestas durante el plazo establecido se extinguirá la acción penal a su respecto. En caso contrario, continuará el trámite del proceso."

"Artículo...

Criterio de oportunidad reglado

El fiscal fundadamente podrá, en cualquier etapa del proceso, aplicar criterios de oportunidad, renunciando total o parcialmente al ejercicio de la acción penal, limitarla a uno o varios delitos o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, cuando:



- a) *por su insignificancia, circunstancias y consecuencias, lo exiguo de la participación del adolescente o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público;*
 - b) *se tratare de un delito que tenga prevista pena de un máximo no superior a los 6 años de prisión o reclusión y haya prestado su consentimiento el ofendido. Para ello, el Fiscal fundará su petición en las circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron y la reparación del daño si lo hubiere;*
 - c) *el adolescente, como consecuencia del hecho, haya sufrido un daño físico, psíquico o moral grave;*
 - d) *la sanción correspondiente al delito de que se trate, carezca de importancia en consideración a una sanción ya impuesta por otro delito;*
- Si el juez podrá decidir la aplicación de criterios de oportunidad debiendo recabar previamente la opinión del fiscal, sin cuyo consentimiento no podrá aplicarlos.”*

Integrantes de la Comisión Ad Hoc
Asociación Civil Pensamiento Penal
Marzo, 21 / 2012