

Constitucionalidad del proceso penal seguido a menores en la Provincia de Córdoba

Tesis presentada en opción al título académico de
Magíster en Derecho Procesal.

UNIVERSIDAD SIGLO XXI

Ab. Lisandro Núñez Timonieri

UNIVERSIDAD SIGLO XXI
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

Tesis presentada en opción al título académico de Magíster en Derecho
Procesal - Área: Proceso Penal Juvenil.

***“Constitucionalidad del proceso penal seguido a menores en la Provincia
de Córdoba”***

Alumno: Ab. Lisandro Núñez Timonieri.

Director: Dr. Maximiliano Hairabedián.

Tribunal: Dr. Jorge Montero.

Dr. Gustavo Arocena.

Dr. Alejandro Sánchez Freytes.

ÍNDICE GENERAL

<u>RESUMEN</u>	2
-----------------------------	---

<u>INTRODUCCION</u>	4
----------------------------------	---

CAPITULO I

Relevamiento de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera sobre la interpretación de la garantía del juez natural

I.1. El art. 18 de la Constitución Nacional.....	8
I.2. Convención sobre los Derechos del Niño.....	21
I.3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia a menores (Reglas de Beijing).....	32
I.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	37
I.5. Juzgamiento de menores en instancia única.....	43
I.6. Modelos Procesales.....	55

CAPITULO II

Consecuencias por la vulneración de garantías que podría acarrear el modelo seguido en la Provincia de Córdoba

II.1. En el ámbito de la normativa interna.....	79
II.2. En el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	84
II.3. En el ámbito de la Organización de las naciones unidas.....	85

CAPITULO III

Resultados de la investigación y posible solución

III.1. Resultados de la investigación.....	86
III.2. Posible Solución.....	103

<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	104
----------------------------------	-----

RESUMEN

La cuestión radicaré en conocer si el actual proceso penal juvenil en Córdoba, instituido por ley 9944, es armónico con las disposiciones constitucionales contenidas en la Convención Sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos o bien si es fruto de una mera conveniencia de política criminal o, en su caso, de la estructura institucional del Poder Judicial.-

Los objetivos formulados fueron: determinar si la ley 9944 de procedimiento penal juvenil de la Provincia de Córdoba vulnera el principio de juez natural contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y los principios sentados en la Convención de los Derechos del Niño y de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

Como método de investigación he empleado: el análisis exegético de las normas, en sus modalidades de exégesis sistemática, lógica y gramatical. Además me he apoyado en algunos datos empíricos recogidos del criterio de expertos.

El trabajo está estructurado en tres capítulos; en el primero se hace un relevamiento de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera sobre la interpretación de la garantía del juez natural contenida en el artículo 18 de la Constitución argentina, un relevamiento de la bibliografía nacional y extranjera sobre la interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), un relevamiento de los fallos y recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los procesos penales seguidos a menores, un relevamiento de la jurisprudencia nacional y local sobre el juzgamiento en instancia única por parte del mismo órgano instructor y un análisis de los modelos procesales respecto de la materia penal juvenil imperante en otras provincias y su relación con los principios constitucionales sentados. En el segundo capítulo se tratan las consecuencias en cuanto a la vulneración de garantías que podría acarrear el modelo seguido en la Provincia de Córdoba. En el capítulo tercero se presentan los resultados de la investigación realizada, formulando un modelo tentativo que respete las

garantías constitucionales para la administración de justicia a menores en materia penal.

Entre los principales resultados logrados está haber demostrado que existe una inadecuación del sistema procesal de menores cordobés con la normativa constitucional atinente; y también haber fundamentado la necesidad de hacer modificaciones en la Ley No. 9944 de procedimiento penal juvenil de la Provincia de Córdoba.-

Palabras clave: juez natural en proceso de menores – constitucionalidad del juez de instrucción y de sentencia.-

INTRODUCCION

En la República Argentina el régimen penal de la minoridad está regulado en la ley 22.278¹. En su art. 1 se dispone que no es punible el menor que no haya cumplido los dieciséis años de edad, ni tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años de edad respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. Por su parte el art. 2² establece que es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo primero, en estos casos deberá ser sometido a proceso por autoridad judicial. Así, la norma distingue entre menores ³ imputables e inimputables (ya sea por contar con menos de dieciséis años de edad o por hallarse incursos en la excusa absolutoria en razón de la escala penal del delito que se trate).

Por su parte en la provincia de Córdoba rige la ley 9944 de Promoción y Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada con motivo a la adhesión de la provincia a la ley nacional 26061⁴. Aquella norma, en su Título VII, regula el procedimiento penal juvenil ya sea para aquellos casos en que hay proceso en sentido estricto (menores imputables) como para aquellos que no se encuentran sometidos formalmente a proceso penal (menores inimputables).

En cuanto a estos últimos, es el Juez Penal Juvenil⁵ el encargado de practicar la investigación penal preparatoria. En ese marco coleccionará el material probatorio, recibirá exposición informativa al menor sindicado como supuesto autor y cumplidos los estudios de ley y estimada completa la investigación, correrá vista al Representante Promiscuo. Escuchado el Ministerio Público podrá entregar definitivamente al joven a su familia, prescindiendo incluso de llamar audiencia si coincidiera con aquel o, caso contrario, disponer definitivamente del mismo, para lo que no puede prescindirse de la audiencia previo dictar sentencia⁶. También puede suceder que en el hecho haya

¹ B.O. 28/08/1980.

² La edad mínima es la fijada por ley 22803 (B.O. 09/05/1983). La anterior era de catorce años.

³ Art. 25 CCyC.

⁴ Ley 9396 (B.O. 15/08/2007) de adhesión de la Provincia de Córdoba a la ley nacional 26061.

⁵ Art. 65, inc. d ley 9944

⁶ Art. 95 ley 9944

conexidad con mayores en cuyo caso es el Fiscal de Instrucción⁷ quien practica la investigación penal preparatoria y pone a disposición del Juez en lo Penal Juvenil al inimputable a fin de que proceda a adoptar las medidas de protección provisionales que estime convenientes y luego proceda a dictar sentencia a su respecto como se explicó anteriormente. En ambos casos corresponderá declarar que no corresponde formular proceso en su contra, independientemente de que se establezca que ha tenido o no intervención activa en el hecho delictivo investigado.

En cuanto a los imputables la ley prevé que el Fiscal Penal Juvenil⁸ es el encargado de practicar la investigación preparatoria en los delitos de acción pública que se atribuyeren a menores de dieciocho años de edad y de ejercer la acción penal pública en juicios ante los Jueces y la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, entre otras atribuciones. Es decir que actúa como fiscal de instrucción y fiscal de cámara.

Durante la investigación penal preparatoria el Juez Penal Juvenil⁹ es el encargado, entre otras cosas, de: disponer las medidas cautelares, de coerción y de protección, durante la actuación de la policía judicial, la investigación preparatoria fiscal y el enjuiciamiento respecto a imputados por delitos cometidos siendo menores de dieciocho (18) años de edad; resolver las oposiciones e instancias de sobreseimiento que se suscitaren durante la investigación penal preparatoria que practican los Fiscales en lo Penal Juvenil; y de juzgar las faltas cometidas por menores de dieciocho (18) años de edad.

Por su parte la Cámara de Niñez, Juventud, Violencia Familiar¹⁰ es competente, en lo que aquí nos interesa, para conocer y resolver: en única instancia en los delitos atribuidos a niñas, niños o adolescentes que fueren punibles conforme a lo dispuesto por la legislación vigente; la imposición de penas o medidas socio-educativas o correctivas a las niñas, niños y adolescentes cuando la declaración de responsabilidad hubiera correspondido a otro Tribunal; y los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los Jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y Jueces Penales Juveniles.- Sin perjuicio de ello, y al igual que sucede con los inimputables, en

⁷ Art. 85 ley 9944

⁸ Art. 66 ley 9944

⁹ Art. 65 ley 9944

¹⁰ Art. 63 ley 9944

caso de conexidad con mayores será el Fiscal de Instrucción quien investigue y la Cámara en lo Criminal y Correccional la que declare, en su caso, la responsabilidad, debiendo abstenerse de imponer condena y comunicar de lo resuelto a la Cámara de Niñez a tal fin, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley nacional 22278. En este supuesto, las medidas de coerción serán dispuestas por el Juez Penal Juvenil.

De la letra de la ley 9944 pareciera que el proceso penal juvenil en la Provincia de Córdoba se encuentra a tono con el sistema acusatorio, el que predomina en los códigos más modernos, no siendo el Código Procesal de Córdoba la excepción, sin embargo, en la práctica, la situación es muy distinta. Dejo a salvo el procedimiento previsto para los menores inimputables ya que, en primer lugar, no es un proceso penal en sentido estricto, y en segundo se aplica fielmente en los Tribunales Cordobeses.

Como adelantara, cuando en la actualidad un menor imputable debe ser sometido a proceso penal el mismo dista sustancialmente de lo establecido por la ley. En efecto, el trámite que se le da se asemeja al de los viejos sistemas mixtos¹¹ en el que la instrucción, los incidentes y la adopción de medidas cautelares, están a cargo del Juez, en este caso en lo penal juvenil, siendo el Ministerio Público Fiscal el encargado de formular la acusación al término de la investigación jurisdiccional.

Si bien en el centro judicial capital existen cuatro Juzgados Penales Juveniles, correspondidos por sendas Fiscalías Penales Juveniles, no son estas las que practican la investigación penal preparatoria, sino aquellos como así también el juzgamiento, habida cuenta que, a la fecha, la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar no se ha creado.

Ello se desprende de la disposición transitoria contenida en el art. 122 de la ley 9944, el que establece que: *“Hasta tanto se instrumente la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar en la Primera Circunscripción Judicial, así como los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar con competencia exclusiva y los Juzgados Penales Juveniles con competencia exclusiva en el interior provincial –con excepción de la primera circunscripción judicial-, las funciones que a aquella le asigna el artículo 63 y la competencia en materia de*

¹¹ Sistema aún vigente en Córdoba como excepción para ciertos casos en relación con la calidad de los imputados (Cap. 5 CPP) y como regla en algunas jurisdicciones del país

*violencia familiar a los demás juzgados conforme a la presente Ley, continuarán siendo ejercidas por los órganos jurisdiccionales que las desempeñen al momento de la sanción de este plexo legal*¹². Pareciera que la norma solo alcanza a los Juzgados Penales Juveniles, sin embargo también se ha hecho extensiva a las Fiscalías Penales Juveniles ya que continúan cumpliendo las funciones conforme el art. 11 de la, ya derogada, ley 9053 ¹².

Aquí es donde entra en crisis el sistema. Al menos, en el centro judicial capital, como se dijo, existen cuatro Juzgados en lo Penal Juvenil por lo que, practicada la investigación el juez deberá apartarse y remitir la causa a otro juzgado a fin de que se realice el juicio. Así lo prevé el Acuerdo Reglamentario N° 838, Serie A, del veintinueve de agosto de dos mil seis. Sin embargo, en el interior provincial donde existe, en el mejor de los casos, un solo Juzgado con competencia exclusiva en la materia, ya que la mayoría son de competencia múltiple, el acuerdo dispone que en el primero de los casos la subrogación sea cumplida por el Juez de Control, mientras que en las sedes en que cuenten con un Juzgado con competencia múltiple el mismo será reemplazado por otro magistrado de idéntica competencia del asiento o sede territorial más próxima, sin operar un desplazamiento del juicio.

El objetivo del presente trabajo es identificar las posibles vulneraciones a garantías y derechos constitucionales que supone el juzgamiento de jóvenes en la provincia, como así también identificar las causas e intentar brindar una solución al respecto.

¹² Artículo 11: Fiscal de Menores. Corresponderá al Fiscal de Menores:

- a. Promover, ejercer y continuar ante los Tribunales de Menores la acción penal pública cuando correspondiere;
- b. Practicar la investigación fiscal preparatoria en el supuesto previsto por el inciso b) del artículo 10;
- c. Velar en general por el cumplimiento de las leyes, decretos, ordenanzas y edictos de protección de niños y adolescentes menores de edad, accionando en consecuencia;
- d. Intervenir en las cuestiones de jurisdicción y competencia concernientes a los Tribunales de Menores.

CAPITULO I

Relevamiento de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera sobre la interpretación de la garantía del juez natural

I.1. El art. 18 de la Constitución Nacional

Una primera aproximación permite vislumbrar que es pacífica la doctrina al considerar que *“El principio (de Juez Natural) consiste en que nadie será juzgado (en ninguna instancia) por jueces o tribunales creados o designados para intervenir especialmente en la investigación o juzgamiento del delito que se le imputa o respecto de su persona en particular, después de que la presunta infracción haya sido cometida; prohíbe así los tribunales ex post facto, designados especialmente para el caso (ad hoc).”*¹³

Tal interpretación de este principio no sólo ha sido pacíficamente realizado así en la doctrina vernácula, sino que también en otros países de la región se ha interpretado de modo similar qué es un juez natural. Así, el letrado boliviano Arturo Yañez Cortés, sostiene que el principio de juez natural *“constituye un elemento que forma parte del debido proceso de ley, es decir, el camino que se debe seguir para que todo fallo sea justo y legal y, por lo tanto, es aplicable no sólo al área procesal penal sino también al campo administrativo, disciplinario y en suma, a todo procedimiento en el que se juzgue un delito o una falta o contravención o se determine un derecho”*.¹⁴

¹³ CAFFERATA NORES, José I. y otros, “Manual de Derecho Procesal Penal”-, Ed. Advocatus, 3º Ed., Córdoba, 2012.

¹⁴ Yañez Cortés, Arturo “El principio del Juez Natural o Regular y la prohibición de los tribunales de excepción”, publicado en “CORREO DEL SUR”, Suplemento “CORREO JUDICIAL”, el 10 de mayo de 1999. El citado autor agrega que “El principio del juez natural o regular significa que ninguna autoridad puede determinar la composición de un tribunal para que juzgue un caso concreto, después de ocurridos los hechos que motivan ese juzgamiento, preservando así la imparcialidad e independencia de quienes administran justicia. Es decir, el tribunal que juzgará determinado caso debe estar previamente constituido a los hechos que conocerá, ya que de lo contrario, existe la probabilidad que ese tribunal sea expresamente conformado para favorecer o perjudicar a la persona sometida a juzgamiento. En consecuencia, el principio busca evitar la manipulación del tribunal, garantizar la imparcialidad de los juzgadores, y en definitiva, la justicia del fallo. Su origen se encuentra en el feudalismo, cuando se exigía como requisito para juzgar que el juez conociera o viviera dentro de la localidad a la que pertenecía la persona a ser juzgada. De esa manera se aseguraba que el juzgador conozca las costumbres del pueblo, de la persona y de la comunidad, al tratarse de una persona con los mismos valores, conocimientos y capacidad de comprensión de la situación. Por ello, se lo identifica como al más remoto antecedente del sistema de jurados, en el que el ciudadano es juzgado por sus propios pares. A partir de esa formulación, el principio del juez natural ha sufrido transformaciones hasta que actualmente, es conocido también como el principio o derecho al juez regular, que comprende: a) que la competencia del órgano juzgador haya sido previa y exclusivamente determinada por la norma legal; b) la prohibición de tribunales de excepción, en aplicación del principio de igualdad de las personas ante la ley; y c) la independencia del

En el VII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca, el Dr. Ramón Porfirio Acuña desarrolló el tema “La Garantía constitucional del Juez Natural”, en el cual sostuvo que el art. 18 de la Constitución Nacional, enuncia que *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo... o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa... La redacción dada por los constituyentes de 1853, a la garantía del Juez Natural, en el marco del Derecho Penal, como su ubicación en la parte dogmática en nuestra Carta Magna, no dista de la adoptada por otros países latinoamericanos, demostrando así la trascendencia de esta garantía individual, frente al ejercicio de las facultades propias del Poder del Estado, como así también pone en relieve las preocupaciones de las sociedades humanas por darse una forma de estado y un régimen político que garantice un poder judicial independiente con el fin de satisfacer por un lado, la exigencia de seguridad de la comunidad en general, y por el otro, el de preservar el interés del individuo sintetizado en su libertad por el otro.”*¹⁵

juez, que no debe estar subordinado a ninguna instancia de poder externa o interna, que no sea la propia ley. A nivel de la comunidad internacional, la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" o "Pacto de San José de Costa Rica" (Ley de la república de Bolivia No. 1430 de 11 de febrero de 1993) en su art. 8 pfo. I referido a las Garantías Judiciales hace referencia al principio del juez natural o regular cuando establece 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. Naturalmente, el principio ha sido recogido por la primera parte del art. 14 de la Constitución Política del Estado cuando establece que nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. Lo propio establece el actual procedimiento penal y obviamente, el próximo, cuyo art. 2 incluso va más allá ya que está formulado en los siguientes términos: "Legitimidad. Nadie será juzgado por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros órganos jurisdiccionales que los constituidos conforme a la Constitución y a la ley, con anterioridad al hecho de la causa". Cabe resaltar, que las comisiones especiales o tribunales especiales, no deben ser confundidos con los tribunales especializados, como son por ejemplo los establecidos por la Ley 1008 para el conocimiento de delitos relativos a sustancias controladas. Sin embargo de lo anterior, pese a que el principio tiene indiscutible aplicación universal, su efectivo respeto y elemental aplicación es frecuentemente ignorada cuando se trata de juzgar a determinados funcionarios, especialmente en el campo disciplinario o administrativo, ya que por desconocimiento de tan elementales normas o por interés, se procede exactamente al revés: una vez producidos y descubiertos los hechos, con gran pompa se conforma un tribunal encargado de juzgarlos, constituido las más de las veces por allegados al acusado o hasta por sus subordinados, con los resultados bien conocidos por todos. Por ello, es menester rescatar la importancia de la vigencia del principio del juez natural o derecho al juez regular en el ámbito del estado de derecho respetuoso del debido proceso de ley; puesto que todo proceso penal, administrativo o de cualquier otra naturaleza estructurado sobre la base de principios democráticos y republicanos, debe evitar toda posible manipulación del juicio, garantizando que éste sea verdaderamente imparcial, ya que de la imparcialidad e independencia del órgano juzgador, depende la legitimidad social del mismo."

¹⁵ Agregó el autor de la ponencia que “Luego de la incorporación a la Constitución Nacional, en el año 1994, de los principales Tratados sobre Derechos Humanos, situándolos a su mismo nivel (art. 75 inc.

22), puede hablarse de un nuevo sistema constitucional, integrado por disposiciones de igual jerarquía; nacional e internacional, que se complementan y retroalimentan formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía (Bidart Campos 1969), al que tendrá que subordinarse toda la legislación sustancial o procesal que deberá ser dictada en su consecuencia (art. 31 C.N.). La Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, establece en el art. 8: *“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.”* Si bien estas normas internacionales, advierten la necesidad de contar al momento de ser juzgado con un “Tribunal Imparcial”, no establecen de inmediato, el contenido de esa exigencia, sino que delegan en los Estados firmantes, la instrumentación de las normas procesales de derecho interno, que aseguren la efectiva vigencia de este principio. La necesidad de armonizar las garantías individuales de las personas sometidas al poder punitivo del Estado y la seguridad que éste debe garantizar a la sociedad, fue contemplada por nuestros constituyentes en 1853, tanto en el Preámbulo de la Constitución en la medida en que la demanda de “afianzar la justicia”, han de asegurarse los beneficios de la libertad, tanto para los habitantes actuales, como para los futuros que quieran habitar el suelo argentino, como así también en su art. 18 cuando enuncia y reconoce la seguridad y garantías individuales. En esa búsqueda, transcurre el proceso judicial, como un mecanismo en el que se suceden actos preestablecidos, encaminados a habilitar el acto jurisdiccional por excelencia: la Sentencia, dictada por el juez natural de la causa, que se erige como garantía objetiva para el individuo sometido a proceso. Si bien la ley, establece la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, no todo proceso será una garantía; lo será, todo aquel que satisfaga el catálogo de principios y reglas reconocidos por la Constitución Nacional y en los Pactos y Convenios en materia de Derechos Humanos que han sido ratificados por nuestro país. En el debido proceso, se erige como determinante la “Garantía del Juez Natural” y el contenido exigible no se encuentra determinado a la luz del art. 18 de la C.N.; desde la doctrina, se ha señalado, que la misma, se distingue por tres elementos: a) Institucionalización legislativa previa al hecho, b) designación legal y c) competencia para intervenir en el proceso, según la ley previa al hecho. El derecho a un juez legal, o predeterminado por la ley significa que el órgano judicial haya sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento. Existe imposibilidad de constituirlo *post- factum*, porque el principio del juez natural que capta nuestro ordenamiento constitucional, exige la constitución del tribunal y la designación del juez competente, de conformidad con la ley vigente, previa a la existencia del hecho que configura el conflicto entre la sociedad y el individuo. Así el art. 18 de la C.N., brinda como garantías, entre otras, reprobándolo por resultar contrario a sus disposiciones el “ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. En ese marco constitucional, el “juez natural” ó “juez legal”, significa que nadie puede ser juzgado, sino por el juez auténtico; esto es independencia, inamovilidad, y responsabilidad, que excluyen a los jueces ad hoc, ex post facto y las llamadas jurisdicciones especiales. Al decir Segundo Linares Quintana, la primera regla de interpretación de la Constitución, es hacer siempre prevalecer su contenido teleológico o finalista, a partir de un criterio liberal amplio y práctico, que en tanto instrumento de gobierno, también es restricción de poderes, en amparo a de la libertad individual y que sus palabras deben interpretarse en sentido general y común o natural y popular; así cuando el constituyente garantizó a los individuos, que serían juzgados por un juez designado previamente, eso es exactamente lo que quiso garantizar, sin perjuicio de que en casos excepcionales, imposibles de prever a priori- muerte, renuncia, destitución, excusación- deba recurrirse a una designación posterior al hecho, por cuanto esta situación, se presenta como un supuesto de fuerza mayor que debe encontrar inmediata respuesta. Así se ha dicho, que los jueces de la Constitución son los que integran el Poder Judicial independiente de los otros poderes y cuyos miembros gozan de estabilidad, mientras dure su buena conducta. Según la doctrina que *“Conforme a ello, es claro que nuestra Constitución ha intentado asegurar como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el Tribunal competente para el enjuiciamiento, de tres maneras específicas: al declarar la inadmisibilidad de las comisiones especiales; al impedir que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho de la causa; y al indicar el tribunal competente- federal o provincial- con asiento en la provincia que se cometió el hecho”*. El juez natural es una auténtica garantía para el justiciable a la que se refiere nuestra Constitución, tanto al órgano-institución jurisdiccional, como al órgano- individuo, encargado de juzgar el delito imputado, el cual, debe estar dotado de competencia, independencia, imparcialidad y estar establecido con anterioridad por la ley. La observancia del derecho al juez natural, es inherente al estado de derecho en un régimen democrático de gobierno, por cuanto es un requisito fundamental para el debido proceso, entendido éste, bajo la noción de que debe nutrirse, de contenidos mínimos, que hagan sentir al

También ha sido pacífica la jurisprudencia de los tribunales nacionales al definir esta garantía constitucional. Así, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, tiene dicho que *“corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción, en cuanto se traduce en la posibilidad de acceder a un órgano judicial, presupone que dicho órgano sea el Juez Natural, es decir, un tribunal judicial, cuya creación, jurisdicción y competencia, provengan de una ley anterior al hecho que origina la causa. Desde los orígenes de nuestra República, la garantía en cuestión se encuentra protegida a través del art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe que “Ningún habitante de la Nación puede ser... juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”. El bloque constitucional que ampara la garantía del Juez Natural se completa con la regulación establecida en los arts. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incorporados a nuestra Carta Magna por imperio del art. 75 inc. 22) y 39 de la C. Prov., reglamentando la misma nuestra ley de rito en su art. 1º. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el propósito de la mentada seguridad constitucional es el de “asegurar a los habitantes de la Nación una justicia imparcial, cuyas decisiones no pudieran presumirse teñidas de partidismo contra el justiciable, completando así el pensamiento de implantar una justicia igual para todos, que informara la abolición de los fueros especiales” (fallos 310:804, “Sueldo de Posleman” -el remarcado me pertenece-). Asimismo, señaló que también procura impedir la intromisión del Poder Ejecutivo en la administración de justicia, por sí o mediante la designación de comisiones especiales (fallos: 306:2101, “Videla”), meta en función de la cual ha prohibido expresamente al Presidente de la Nación el ejercicio de facultades judiciales como conocer de las causas pendientes o restablecer las fenecidas (arts. 109, C.N. y 138 Const. Pcial.). Juez Natural –se ha sostenido– es, en principio, aquél que ha sido designado conforme a la ley y cuenta con competencia para resolver un caso según la distribución de causas entre la Nación y las Provincias, todo ello antes*

justiciable, la concreción de sus derechos, dado que lo contrario, convertiría a dicha garantía, en un concepto vacío de contenidos y de ineficaz consagración.”

de los hechos del proceso (Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, 2da. Ed., Bs. As., 1997, T. II, p. 639).¹⁶

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes ha sostenido que *“La garantía del juez natural, (...) está prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional y también en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8.1 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 26 - 2º párrafo, que no solo reproducen lo que ya decía la constitución histórica, sino que también aluden a la necesidad de tribunales establecidos conforme a leyes preexistentes, extendiendo expresamente la aplicación de la garantía a otros juicios que no sean de la órbita penal”*. Huelga señalar el caso *“Grisolía, Francisco M.”* (Fallos 234:482) donde el Máximo Tribunal remitiéndose a la opinión vertida por el Procurador General establece que *la intervención de nuevos jueces en las causas pendientes no afecta la garantía del juez natural, por supuesto, en el marco de modificaciones legales a las normas sobre competencia y jurisdicción. Doctrina sostenida con anterioridad en otros casos, entre ellos “Chumbita Severo” (Fallos 17:22) del 4/11/1875 donde dijo: “Que el objeto del artículo dieciocho de la Constitución ha sido proscribir las leyes “ex post facto”, y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso, sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales, para someterlo a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias; que estas garantías indispensables para la seguridad individual no sufren menoscabo alguno, cuando a consecuencia de reformas introducidas por la ley en la administración de la justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes, cierto género de causas de que antes conocían otros que se suprimen a cuyas atribuciones restringen; que la interpretación contraria serviría muchas veces de obstáculo a toda mejora en esta materia, obligando a conservar magistraturas o jurisdicciones dignas de supresión o de reformas”*. En síntesis, se puede sacar al justiciable de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa, en la medida en que el fin, que no es otro que la imparcialidad del tribunal, se continúe asegurando y para ello, esa sustitución del tribunal por otro a posteriori del hecho generador

¹⁶ T.S.J. Cba., Sala Penal, en autos **“NAVARRO, Mauricio Orlando p.s.a. homicidio en ocasión de robo -Recurso de Inconstitucionalidad-”** (Expte. “N”, 14/05), S. 124 del 12/10/2006

del litigio debe reunir ciertos requisitos, primero que dicha modificación sea por ley formal, segundo que los tribunales a los que se atribuya la nueva jurisdicción también lo sean en otros casos similares que se ventilen y, por último, que sean estables y permanentes, todo lo cual se cumple a partir de la ley 5846 y la sucesiva implementación de los órganos judiciales allí creados. Tal criterio aquí desarrollado es conteste con la idea que no es la persona del juez la dotada de jurisdicción, sino que la jurisdicción está en el órgano en sí, construcción que permite salir al paso también sobre cuestiones como vacancias, renunciaciones o la muerte misma del juez designado antes del hecho de la causa. Máxime, considerando que las normas que, en el caso concreto, deberá aplicar la Cámara de Apelaciones del fuero especializado, son anteriores al planteo del litigio. Reconocida doctrina nacional examina esta garantía, entre otros la Dra. María Angélica Gelli citada por la Cámara, concluyendo en los términos reseñados en los párrafos precedentes (vg.: Gelli, M.A., “Constitución de la Nación Argentina”, 4ta. ed., Tomo I, La Ley, págs. 293 y sgtes. y trabajo de Andrés D’Alessio, en “Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias”, Dtor.: Daniel Sabsay, Coordinador: Pablo Manilli, Tomo I, págs. 794/795).¹⁷

Adentrándonos en el texto constitucional, cabe advertir que la Constitución Nacional dispone en su art. 18 que ningún habitante de la Nación puede “*ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.*”

Esta garantía se ve reafirmada y ampliada por los Tratados Internacionales incorporados con su misma jerarquía a nuestra Constitución Nacional. Así el C.A.D.H. expresa que el juzgamiento de una persona debe efectuarse por un “*Juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley*” (art. 8.1.) y en similares términos lo hace el P.I.D.C.P. en su art. 1.4. al sostener que toda persona tiene derecho a ser juzgada “*por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley*”.

¹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Corrientes, en autos “INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR EN AUTOS: GIMENEZ RICARDO ORLANDO S/ PREPARA ACCION JUDICIAL”. Expte. IA1 1.061/01.-S. N° 160 del 29/04/2014

Siguiendo la tesis de la Dra. Vanesa Silvana Ortiz¹⁸, puedo afirmar que el derecho a ser juzgado por un juez natural o regular y pre-constituido está expresamente consagrado en el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. *“Tal garantía implica que, el órgano judicial ha de preexistir al acto punible, ha de tener un carácter permanente, dependiente del Poder Judicial, y creado mediante ley, con competencia exclusiva, indelegable y universal para juzgar el hecho en cuestión. Supone también, una implícita prohibición de crear organismos ad-hoc o post-facto; tribunales o comisiones especiales para juzgar los actos punibles, sin atender a la naturaleza del acto ni al tipo de persona que lo cometa. El juez natural ha de tener un carácter previo y permanente. Este principio funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos. Es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos del derecho en cuya virtud, deben ser juzgados por un órgano creado conforme a lo prescrito por la Ley Orgánica correspondiente dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, respetando los principios constitucionales de igualdad, independencia, imparcialidad y sumisión a la ley; constituyéndose además, con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidos. En virtud a esta garantía procesal, se determina que el juez y el procedimiento deben preexistir al delito y al proceso, no siendo permitidos los Tribunales post-facto así como los juzgamientos por comisión o por delegación, pues su existencia permite inferir que en ciertos casos no actuarán con independencia, ecuanimidad y la imparcialidad que exige el cargo, pudiendo por tales circunstancias asumirse una actitud prejuiciada en torno al caso concreto”*. Asimismo, aporta Félix Zorrilla que Héctor Fix Zamudio afirma que *el principio del derecho de los justiciables al juez natural o competente tiene un doble significado: por una parte indica la supresión de los*

¹⁸ Ortiz, Vanesa Silvana; Tesis en el Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes llevado a cabo en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa, 2008

tribunales de excepción y por otra, establece la prohibición de que una persona sea sustraída del juez competente para ser sometida a un tribunal diverso, generalmente militar; en este orden de ideas, el numeral 1) del Artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos sanciona como garantía judicial que “toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella”. Por su parte, Julio Maier refiere que la idea del juez natural incluye tres máximas fundamentales: La independencia judicial, interna y externa: evita que algún poder público pueda influir en la consideración del caso. La imparcialidad frente al caso: procura la exclusión de la tarea de juzgar un caso concreto y, El juez natural: pretende impedir toda manipulación de los poderes públicos para asignar un caso a un tribunal determinado, de modo que al elegirse a los jueces en dichas circunstancias, éstos serán considerados como Ad-Hoc. Por su parte, cabe precisar que la garantía del juez natural constituye al decir de Luigi Ferrajoli una de las garantías orgánicas del debido proceso, asimismo, en su calificación, son garantías de libertad y de verdad. Al respecto, es entendible la designación de jueces para determinadas áreas a los que se les asigna una carga equitativa; sin embargo, no debemos soslayar que lo más idóneo para una mejor administración de justicia es que aquel juzgador que conoce y asume competencia desde un inicio respecto a determinado proceso, el que ha valorado con criterio de conciencia y objetividad los elementos probatorios sometidos a su conocimiento, sea también aquel que emita fallo final. En tal sentido, consideramos que las acotadas medidas responden a una situación excepcional y devienen en medidas de urgencia; no obstante, una vez que se logre estabilizar la situación, - y mientras no entre en vigencia en su totalidad y a cabalidad el Código Procesal Penal- el proceso judicial debe retomar su cauce inicial, pues lo contrario constituiría un real atentado a los fines y principios fundamentales del debido proceso, situación ésta última que podría

conducir inevitablemente, al resquebrajamiento del Estado de Derecho".¹⁹

En virtud de tales definiciones y siguiendo a Binder, se puede afirmar que pacíficamente se reconocen cuatro características de lo que debe interpretarse por juez natural:

- Debe ser competente
- Debe ser independiente
- Debe ser imparcial
- Debe ser designado con anterioridad al hecho

La competencia para entender en una determinada causa, es decir, la facultad que tiene un juez para aplicar el Derecho al caso concreto según una distribución territorial o de materias, debe estar determinada por ley. Es el legislador el que puede determinar la competencia, a excepción de la fijación de la competencia ordinaria y federal que ha sido facultad exclusiva del Constituyente (conforme a la estructura federal del país y lo previsto en la Constitución). Salvo ese caso, le corresponde al legislador determinar las reglas de competencia a través de la ley.

Pero además, esa determinación legal debe ser "previa" al hecho que motiva el juicio, es decir que el legislador no puede modificarla intencionalmente sea por razones políticas o circunstanciales, tampoco podría crear "tribunales excepcionales" porque se violaría el principio de igualdad ante la ley.

Las reglas de competencia deben estar basadas en casos genéricos, conforme a criterios generales y que aunque contemplando cierta especialización en la materia, que facilite la distribución del trabajo, jamás puede encubrir una decisión discriminatoria, pues de ser así, se vulneran principios constitucionales de trato igualitario.

Cuando los cambios de competencia no se producen arbitrariamente y responden a una razón general de reorganización del trabajo judicial, en los hechos están modificando la competencia asignada previamente. Por eso, en tales casos, corresponde preguntarnos si se estaría afectando o no el principio de juez natural y la respuesta que encontramos en doctrina es que se "debe tener en cuenta las características particulares de cada caso... habrá que tener

¹⁹ Félix Zorrilla, en "Trabajos Universitarios y más", <http://rincóndefelucho.blogspot.com>

en cuenta si el cambio de competencia general provoca una disminución del derecho de defensa, un cambio en las posibilidades de comprensión del Juez... En principio habría que aceptar la idea de que los cambios de competencia general deben respetar la competencia asignada previamente y que sólo deben regir para el futuro; es decir, que no tienen aplicación retroactiva, salvo cuando se pueda comprobar fehacientemente que tal cambio no provoca ningún tipo de perjuicio para el imputado, para lo cual nadie más capacitado que el propio imputado para decidir si el cambio de competencia o no”.²⁰

Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido en el caso Grisolía que la garantía de juez natural “no se ve afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia....máxime teniendo en cuenta que esos tribunales son permanentes y están integrados por jueces que ofrecen todas las garantías de imparcialidad necesarias para asegurarles una correcta administración de justicia...”. En consonancia con ello y en el caso “**Rosza Carlos Alberto y otro s/recurso de casación**”, en el estudio del caso el Procurador General de la Nación señaló que *la CSJN ha dicho que la garantía del juez natural "no resulta afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de justicia o en la distribución de la competencia. Pues (el Artículo 18 de la Constitución Nacional) sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada" (Fallos: 234:482). Asimismo ha señalado que las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio exigen tanto que el tribunal, como órgano-institución se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que, como órganos-individuo, hagan viable la actuación de aquél en las causas en las que legalmente se les requiera y les corresponda (doct. de Fallos: 289:153). Es decir que la garantía del juez natural se ha respetado en el*

²⁰ BINDER, Alberto M., “Introducción al Derecho Procesal Penal”, 2ª ed., cap X *El juez natural y la prohibición de las comisiones especiales*; Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2016.

*caso, pues sólo ha cambiado el individuo que ejerce el cargo (el órgano-persona)....*²¹

De tales conceptos puede concluirse que cuando un juez es ascendido o renuncia, las causas en las cuales ha intervenido pasan a manos de otro juez sin que esto implique vulneración al principio y ello es así porque el cambio de juez no está fundado en ningún tipo de manipulación.

En relación a la creación de “comisiones especiales”, la Constitución es muy clara: cualquier clase de comisiones (bicameral, parlamentaria o una especial creada por el Ejecutivo) no puede tener funciones jurisdiccionales, pues el ejercicio del poder penal exige la garantía de la jurisdicción y ésta solo puede ser ejercida por el Poder Judicial. Entonces, cualquier tribunal dependiente del poder ejecutivo que ejerza el juzgamiento de los delitos es inconstitucional, inadmisibles, se trate de delitos o de simples contravenciones.

Siguiendo a Cafferata Nores, se puede afirmar que el principio de Juez natural constituye también una garantía de independencia y de imparcialidad. La independencia de los jueces es en relación a los demás poderes. La doctrina distingue:

- Independencia externa (el Juez no depende de ninguno de los otros poderes, ni del Ejecutivo ni del Legislativo)
- Independencia interna (el Juez no depende de otro organismo superior dentro del propio Poder Judicial. Cuando se habla de juez superior no refiere al tema de independencia, sino que va a conocer sobre algún recurso, ellos tienen poder de revisar la sentencia dada a un caso por los jueces ordinarios, pero podrían darle órdenes ni influir sobre los ordinarios para que decidan en uno u otro sentido)
- Independencia burocrática o Administrativa (se refiere a la independencia del Juez respecto de la organización burocrática que lo rodea)
- Independencia institucional: es la referida al Poder Judicial en general, como poder independiente de los otros poderes. En el esquema de división de poderes, esta independencia es fundamental y sirve a la independencia personal de los jueces (externa-interna-burocrática).

²¹ Dictamen del Procurador Esteban Righi in re “ROSZA, Carlos Alberto y otro s/Rec. Casación. 13/03/07

Nuestra Constitución establece mecanismos que preservan la Independencia de los jueces:

- Establece que ningún otro poder del Estado puede arrogarse el juzgamiento de causas pendientes. Se afirma con esto el monopolio jurisdiccional y la independencia absoluta del Poder Judicial respecto de los demás poderes.
- Establece la estabilidad de sus funciones. Los jueces solo pueden ser removidos de su función por un procedimiento constitucional que es el Juicio Político y que le corresponde al Congreso: Cámara de Diputados acusa y Cámara de Senadores efectúa el juicio, decide si ha existido o no un mal desempeño de la función o si se ha cometido delito o no.
- Establece la intangibilidad de las remuneraciones, es decir que no es posible presionar a la administración de justicia mediante el recurso de modificar las remuneraciones.

La independencia judicial es una garantía prevista a favor de los ciudadanos y no a favor de los jueces. Si bien es cierto que el ejercicio de una actividad independiente va a depender de la conciencia del Juez, concientes de su misión deben ser los principales custodios y defensores de su propia independencia. Pero esa independencia no significa que se manejen con total arbitrio pues la independencia tiene dos limitaciones:

- El Derecho, previsto en el ordenamiento que hace que el Juez deba limitarse a interpretar y aplicar el Derecho a cada caso concreto. Dentro de esta limitación tiene especial importancia la función nomofiláctica de la doctrina casatoria, pues ella impone a los magistrados inferiores el deber de no apartarse injustificadamente de los criterios de interpretación fijados por el tribunal casatorio.
- Los hechos, tal como han sido reconstruidos en el curso del proceso. El juez deberá subsumir los hechos a una determinada solución jurídica, pero los hechos como tales, le son dados y no pueden ser modificados ni siquiera por el tribunal de casación, ante el cual los hechos llegan definitivamente establecidos.

El proceso penal, si está correctamente estructurado, implica una discusión de los hechos y acerca del derecho aplicable. Por supuesto, esta discusión no está totalmente separada porque la subsunción de los hechos al

derecho y la selección del derecho aplicable es un camino de ida y vuelta de los hechos a la norma y de la norma a los hechos.

La característica de imparcial es la que perfila al JUEZ como un verdadero tercero neutral entre acusador y acusado, un Juez que decidirá con objetividad.

Si bien la imparcialidad del tribunal siempre fue considerada una garantía implícita, los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional a su mismo nivel (art. 75 inc. 22, CN) le han dado carácter expreso.

Así, la C.A.D.H. establece con claridad en su art. 8.1 que toda persona, frente a una "acusación penal formulada contra ella" tiene derecho a un juez o Tribunal "independiente e imparcial". Por su parte el art. 10 de la D.U.D.H. reza que toda persona tiene derecho a que "el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal" sea realizado por "un Tribunal independiente e imparcial". La independencia del juez está actualmente expresada en el art. 114 inc. 6 de la Constitución Nacional cuando reconoce como atribución del Consejo de la Magistratura "Dictar los reglamentos... que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces...".

La formulación de la normativa supranacional deja en claro que la garantía de imparcialidad es de carácter bilateral, pues no sólo ampara al acusado penalmente, sino que también alcanza a cualquier persona que procure una determinación judicial sobre sus derechos, de cualquier carácter que sean, expresión que abarca si duda, el derecho de la víctima a intentar y lograr –si corresponde– la condena de los responsables del delito (derecho reconocido por los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos).²²

La exigencia de la imparcialidad e independencia de los jueces ha sido establecida como un mecanismo adecuado para que la administración de justicia no responda a los dictados de ninguno de los otros poderes del Estado. Finalmente la cuarta característica de que el Juez debe ser designado por ley, con anterioridad al hecho que genera la causa, esto es conforme al mecanismo constitucional o legal para su nombramiento; es decir que debe reunir los

²² CAFFERATA NORES, José, .FRASCAROLI, María Susana, HAIRABEDIAN, Maximiliano, ALMIRON, Hugo; BAZAN Natalia, HOLZWARTH, Adriana Maria "Eficacia del sistema penal y garantías procesales", Mediterránea Editorial Jurídica, Córdoba, 2003.

requisitos legales que se fijan para ser juez y debe ser designado conforme al procedimiento establecido.

I.2. Convención sobre los Derechos del Niño

Conforme los lineamientos que traza la Dra. Emilia Rivas Lagos²³, puedo efectuar una esclarecedora **Reseña histórica sobre los instrumentos que inspiraron la Convención sobre los Derechos del Niño.**

A tal fin, cabe afirmar que el derecho es una excelente herramienta histórica puesto que refleja los intereses de una determinada sociedad. Da cuenta de aquellos que demandan protección jurídica en un momento dado y la manera que creían adecuada de implementar dicha protección. Un estudio sobre los principales instrumentos jurídicos internacionales que han jugado un rol en los derechos del niño permite advertir, en primer lugar el nacimiento del interés por la protección de los menores, y luego, de cómo se ha reconocido la imagen de 'niño'.

Históricamente se conoce a la Declaración de Ginebra de 1924 como la piedra angular del derecho de la infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Esta declaración es el primer instrumento internacional que protege específicamente los derechos de los niños; como tal permite observar el nacimiento de la protección jurídica a favor de los menores de edad.

El contexto en que se realiza el proyecto es el período de post-guerra que le sigue a la primera guerra mundial, de modo que se enfatiza la protección del niño que fue desatendido en los años anteriores.

La Declaración de Ginebra de 1924 afirma lo siguiente: *“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.*

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

²³ Rivas Lagos, Emilia, “La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Santiago de Chile 2015

2. *El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.*
3. *El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.*
4. *El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.*
5. *El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”*

Es interesante observar que la Declaración de 1924 no contiene de forma expresa derechos, por el contrario, usa la expresión “el niño debe ser” en vez de “el niño tiene derecho a...”.

Además en el preámbulo utiliza la expresión “los hombres y mujeres [...] afirman así sus deberes”, dejando en claro que se trata de una enunciación de obligaciones dirigidas a los adultos a cargo de los niños. Es decir, se reconoce al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos capaz de participar activamente en su desarrollo. Cabe destacar que la Declaración de 1924 habla repetidas veces de “niño” pero falla al no mencionar qué entiende por “niño”, dejándolo a la interpretación del receptor.

Al contrario de los demás instrumentos internacionales, el proyecto que antecede la Declaración de 1924 fue de iniciativa de una organización privada: la Unión Internacional de Salvación del Niño. La entonces Liga de las Naciones adoptó la iniciativa para luego proclamarla en una resolución con naturaleza jurídica de declaración. Es decir, el presente cuerpo es una manifestación de intenciones puesto que no tiene fuerza vinculante para los Estados y no contempla ningún mecanismo de control. No obstante, a pesar de no poseer fuerza coercitiva, tuvo un gran impacto en su momento y sentó un precedente en torno a los derechos de la niñez.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, los Estados miembros de la recién creada Organización de las Naciones Unidas (ONU), decidieron instituir la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en consideración a las atrocidades vividas durante los años de guerra. Nuevamente estamos ante un instrumento que busca orientar la conducta de los Estados pero que no tiene fuerza obligatoria. En cuanto a su contenido, cabe señalar que todos los derechos, que por su naturaleza pueden ser ejercidos por menores de edad,

son aplicables a los niños, niñas y adolescentes, ya que el receptor es precisamente el ser humano. Específicamente, la declaración nombra sólo en el artículo 25 párrafo 2º explícitamente un derecho propio del niño: acceder a protección social independientemente de si su filiación es matrimonial o no.

Además, en dos oportunidades más hace referencia implícita a ellos al regular la familia como núcleo de la sociedad y al establecer el derecho a la educación.

La DUDH es un avance para los derechos de la infancia y adolescencia al establecer derechos que emanan de la dignidad humana, pero también significó establecer un nuevo estándar a nivel de protección de derechos. La proclamación de la DUDH trajo consigo inquietudes acerca de la ausencia de un cuerpo de la misma envergadura que cuide los derechos de la infancia y juventud, pues se hacen patentes las insuficiencias en este ámbito, sobre todo por no nombrar expresamente derechos sustantivos y de forma específica. Sin embargo, no fue hasta 1959 que la Asamblea General de la ONU adoptó su propia declaración.

La Declaración de 1959 se basa en la Declaración de 1924, pero esta vez es producto de una iniciativa de la organización internacional.

El preámbulo de la Declaración dice lo siguiente: "*Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño*". Leyendo simplemente el preámbulo se nota una primera mejora en comparación a la declaración anterior: se hace explícito que el niño es receptor de todos los Derechos Humanos, pero que, en atención a sus características particulares, necesita de especial protección. En definitiva, la ONU opta por regular los derechos del niño con un grado de autonomía frente a los Derechos Humanos en general.

Nuevamente nos encontramos ante un cuerpo declarativo sin fuerza vinculante, no obstante, esta vez es redactada con un lenguaje jurídico que la

separa del listado de intenciones de la Declaración de 1924. Este instrumento consta de 10 principios y establece explícitamente derechos, mas es curiosa la yuxtaposición de derechos ‘duros’ como el derecho al nombre y a la nacionalidad con enunciados más bien ideales como “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión [...]”. Ciertamente el desarrollo espiritual del niño o niña es de gran significación, pero el modo en que se abarca el tema es un reflejo de la falta de obligatoriedad del cuerpo, acercándose así a su realidad de unidad orientadora, más que una unidad normativa.

Bastantes aspectos sobre esta declaración son interesantes, sin embargo, para el presente trabajo el aspecto más importante es la introducción del concepto “interés superior del niño”. A continuación se leen los principios que lo contienen: “Principio 2º: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” “Principio 7º párrafo 2º: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.” A partir de la transcripción se observa que el segundo principio instituye el derecho a la protección social, aclarando que en el proceso de promulgación de leyes que afecten el desarrollo íntegro del niño, el legislador deberá atender al interés superior en su diseño. Por su parte, el séptimo principio señala que la responsabilidad de educar y orientar al niño conlleva atender el interés superior de éste. La Declaración no define el concepto “interés superior del niño”, por lo que no hay un claro hilo conductor en la utilización del término en ambos principios. En cada enunciado se regula una materia diferente y el peso de velar por dicho interés tiene un diferente receptor en cada uno: en el segundo está dirigido al legislador, mientras que en el séptimo a los cuidadores. Además, es curioso notar que en el séptimo principio, se indica la naturaleza jurídica del concepto, señalando que es un principio, pero no cualquiera, ya que lo cataloga desde ya como un principio rector. La introducción de este llamado principio rector se condice con los

objetivos establecidos en el preámbulo. La última consideración del preámbulo afirma que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”, esta hermosa frase encierra la consumación del “interés superior del niño”.

Cabe señalar que si bien los avances son varios, la Declaración es un instrumento insuficiente, incluso para su época. Una vez más no se define lo que se entiende como “niño” y los derechos nombrados no forman una regulación conjunta de derechos fundamentales, políticos, sociales, culturales, por el contrario, se nombran solo algunos derechos representativos de cada rama sin lograr un único cuerpo aplicable. Por otro lado, la Declaración le otorga poca autonomía al niño, pero ello se condice con la visión de niño de la época, esto es, como objeto de protección y no como un sujeto de derecho capaz de participar en su desarrollo...

La tendencia hacia el perfeccionamiento de los Derechos Humanos, impulsó la adopción de múltiples instrumentos internacionales, caracterizados por ser cada vez más técnicos. Es así como se prefirió desarrollar tratados, tanto a nivel global como regional, sobre materias específicas o dirigidos a grupos humanos más necesitados de protección. A modo de ejemplificar esta proliferación se pueden mencionar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Declaración Americana de Derechos Humanos. Los niños, niñas y adolescentes no quedaron fuera de esta esfera de acción, de hecho fueron considerados en todos los instrumentos internacionales precedentes. No obstante, no fue hasta 1989 que se logró un cuerpo normativo que se adaptara de forma holística a la realidad de los menores de edad. La presión internacional, en defensa de los intereses de los niños, animó a las Naciones Unidas a declarar en 1979 el Año Internacional del Niño con la intención de otorgar protagonismo al niño en todas las discusiones. Debido a que la materia a tratar es de un alto contenido social y cultural, el esfuerzo por alcanzar un consenso sobre los derechos que se debían incluir, continuó por una década.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, exactamente 30 años desde la promulgación de la Declaración de Ginebra de

1959. La promulgación de la Convención estuvo marcada por una gran adhesión internacional, entrando en vigor el 20 de septiembre de 1990 gracias a la expedita ratificación del mínimo de 20 países.

En orden a su **Contenido** relevante en lo que al tema que me ocupa se refiere, cabe señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Artículo N° 40 que:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a 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:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

*iii) Que **la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial** en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;*

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

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.”

A su vez, estas garantías deben ser interpretadas a la luz de lo dispuesto por el Artículo 3.1., en tanto reza “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.”

Siendo que el principio rector para la interpretación y aplicación de la garantía que nos ocupa resulta ser “el interés superior del niño”, necesariamente debemos procurar definir qué se entiende por tal, para lo cual seguimos la opinión de la Dra. Emilia Rivas Lagos²⁴, quien sostiene: *“Desde ya podemos anticipar que a lo largo de la Convención, el término “interés superior del niño” se menciona en cinco disposiciones adicionales; sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición acerca de su naturaleza jurídica o respecto a su proceso de aplicación y si bien muchos autores han procurado brindar una definición adecuada de tal concepto, no es sino hasta el año 2013 en que el Comité de los Derechos del Niño, entidad que supervisa la aplicación de la misma Convención que lo crea, en uso de sus facultades interpretativas, emite la Observación General Número 14° sobre “El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial”. La Observación busca resolver precisamente las dificultades aparejadas a la ausencia de una definición legal del interés superior del niño. El Comité indica que “el propósito general de la Observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos”. Para lo cual se establece en enseguida, como propósito específico, garantizar que los Estados partes den efecto al interés superior del niño. Es decir, la Observación parte de la base que la vía para percibir al niño como sujeto de derechos es a través de una debida atención en su interés superior. En miras de este cometido, se define la naturaleza jurídica del interés superior del niño y los requisitos para su debida consideración en las decisiones de autoridad. El Comité parte de afirmar que el interés superior del niño es un concepto triple, en cuanto tiene la dimensión de un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y la de una norma de procedimiento. En palabras del Comité es un derecho sustantivo en tanto el niño tiene el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que debe evaluarse y tomarse en cuenta al sopesar distintos intereses y la garantía que ello se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al niño, es un principio jurídico interpretativo fundamental, en tanto se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva aquél interés y es una*

²⁴ Rivas Lagos, Emilia; op cit.

norma de procedimiento, en cuanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción de aquella decisión deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño interesado. Por último, el organismo recalca que para “dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: (a) el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño, (b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos, (c) la naturaleza y alcance globales de la Convención, (d) La obligación de los Estados partes a respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención, (e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.”

En el acápite sobre aplicación del concepto en la Observación General N°14, el Comité parte señalando que *“el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.”*¹³⁹ Para luego establecer que el procedimiento a seguir es *“determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás”*. A raíz de la definición es posible afirmar que el interés superior del niño asegura que se preste la atención debida a los derechos del niño logrando un equilibrio entre ellos, en función a las prioridades de cada caso. Para considerar los elementos fácticos, la Observación General N° 14 regula los términos evaluación y determinación que representan dos etapas consecutivas e interdependientes de la toma de decisión. A través de ellas se busca entablar un procedimiento por el cual hacer una recolección de información, la cual se tendrá que analizar para tomar la decisión que mejor satisfaga los derechos de ese niño. La Observación señala que la evaluación *“consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.”* Los elementos necesarios se refieren a las características específicas del niño de que se trate que lo hacen único como su edad, sexo, grado de madurez o contexto social y cultural (la presencia o ausencia de los padres o la calidad de la relación entre el niño y su familia) entre otros. Claramente la singularidad de

cada caso llevará a tomar en cuenta ciertos elementos sobre otros, influyendo así en el proceso de ponderación que culminará con la determinación del interés superior. El proceso de evaluación tiene como propósito la identificación de las consideraciones de hecho que se incorporan al juicio a través de la prueba... En primer lugar, a la hora de evaluar qué elementos deberán sopesarse para determinar el interés superior del niño, es fundamental escuchar la opinión del niño afectado. De modo que es durante esta etapa que cobra gran importancia el derecho de participación configurado en el artículo 12° de la CDN. En segundo lugar, el ofrecimiento e incorporación de la prueba en las audiencias respectivas deberá tener como objetivo proporcionar aquellos elementos necesarios que se buscan para determinar el interés superior. Es esencial apoyar todo interés o afirmación en evidencia de tal manera que se erradiquen convenciones meramente sociales a la hora de decidir. Por último, será beneficioso involucrar profesionales multidisciplinarios, expertos en infancia, que colaboren en descubrir los vínculos afectivos entre el niño y sus cuidadores, la madurez del niño para valorar su opinión, las habilidades parentales de los cuidadores y otros aspectos que se relacionan con la psiquis. La evaluación de los elementos que configuran el caso en particular es precedente necesario de la determinación del interés superior del niño. En la Observación General N° 14° se entiende esta etapa como un proceso estructurado y con garantías estrictas que toma como base la evaluación previamente realizada.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) emitió en el año 2008 una guía que explica cómo aplicar en la práctica el interés superior del niño. Si bien la guía dice relación exclusivamente con los niños con título de refugiados, es interesante observar que utiliza la palabra “determinación” del mismo modo que el Comité lo haría años más tarde. El documento describe la determinación como un proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, establecido para equilibrar los factores relevantes para valorar la mejor opción.

Por su parte, recordemos que la CIDH, al igual que al ACNUR, utilizó los conceptos de evaluación y determinación, antes de que la Observación en estudio los introdujera formalmente, en los casos “Atala Riffo y niñas vs. Chile” y “Fornerón e hija vs. Argentina”, ambos del año 2012. He aludido reiteradas

veces al primer juicio, pero en esta oportunidad importa analizar el párrafo 109° que dice lo siguiente: *“la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”*.

Respecto al segundo juicio en referencia, la Corte vuelve a expresar lo mismo parafraseando en el párrafo 50° de la sentencia la cita recién expuesta. Es preciso notar que ambos casos versan sobre cuidado personal, por lo que se refieren exclusivamente a la evaluación y determinación del interés superior del niño en relación a la relación parental; sin embargo, la observación general N°14 sistematiza estos conceptos como método para concretizar el interés superior del niño como un derecho sustantivo sin importar la índole del conflicto.

Con el propósito de facilitar la aplicación del interés superior el Comité aconseja elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que ofrezca orientaciones específicas y al mismo tiempo sea flexible. Los elementos que recomienda tener en cuenta el Comité son la opinión del niño; la identidad del niño (sus características); la preservación el entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; cuidado, protección y seguridad del niño; situación de vulnerabilidad; el derecho del niño a la salud, y; el derecho del niño a la educación.

El Comité no distinguió entre evaluación y determinación al proponer estos criterios por lo que se entiende que deben estar presente en ambas etapas; sin embargo, en la primera enfocada a la búsqueda de antecedentes, mientras que en la segunda a la ponderación de dichos antecedentes. La lista no dice relación con un conflicto en específico, por ejemplo la fijación de un régimen de relación directa o regular, por lo que son criterios más bien básicos que deben estar presentes en la toma de cualquier decisión sin perjuicio de otros criterios establecidos precisamente la situación en conflicto... En pocas palabras, se adoptó el acto para dar seguridad jurídica a los intervinientes. Nuevamente, se establece expresamente que los factores recopilados no son prescriptivos ni están en un orden jerárquico, sino que son orientadores, de tal

forma que se deben considerar todos los factores pertinentes con la situación específica.”²⁵

Así pues, a modo de **colofón parcial** puedo afirmar que para la Convención, quien se encargue de resolver la situación de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, la que debe actuar atendiendo al interés superior del niño como un derecho sustantivo.

I.3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)

Puedo comenzar afirmando que Las Reglas de Beijing, constituyen una orientación para que los Estados elaboren sistemas especiales para la administración de la justicia de menores que proteja y responda a las necesidades de los derechos de las personas jóvenes.

Fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre del 1985 por recomendación del séptimo congreso. Anteriormente, por recomendación de la resolución 4 del sexto congreso que se celebró en Caracas (Venezuela) del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980, el Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención y Control del Crimen había contribuido al desarrollo de estas Reglas en colaboración con los institutos de las Naciones Unidas regionales e interregionales. La resolución que se aprobó en la capital venezolana consideró que estas *normas mínimas de justicia de menores* debían reflejar los siguientes principios:

- Proporcionar protección jurídica, cuidadosamente elaborada, a los menores que se encuentren en dificultades con la justicia.
- Utilizar la detención previa al juicio únicamente como último recurso, no deberá mantenerse a ningún menor o delincuente juvenil en una cárcel u otra institución donde sea vulnerable a las influencias negativas de delincuentes adultos durante ese periodo, y siempre deberán tenerse en cuenta las necesidades propias de su edad.
- No detener a ningún menor en una institución penal a menos que haya sido culpado de un acto grave que implique, ante todo, violencia contra otra persona

²⁵ Rivas Lagos, Emilia; “La Evolución...” cit.

o de reincidencia en la comisión de otros delitos graves; además, no se efectuará tal detención a menos que sea necesario para su propia protección o que no haya otra solución adecuada para proteger la seguridad pública o satisfacer las finalidades de la justicia y proporcionar al joven la oportunidad de controlarse a sí mismo; y,

-Finalmente, los Estados deberán hacer todo lo posible –individual y colectivamente– para proporcionar los medios a cada joven y que pueda esperar una vida significativa y valiosa tanto para sí mismo como para su comunidad y su país. Estas Reglas fueron elaboradas más a fondo por la reunión preparatoria interregional para el séptimo congreso sobre “Juventud, Crimen y Justicia” en Beijing, China, en 1984.

Las Reglas tienen en cuenta los diversos marcos nacionales y estructuras legales, reflejan los objetivos y el espíritu de la justicia juvenil y exponen principios convenientes y prácticas para la administración de la justicia para jóvenes. Representan un mínimo de condiciones aceptadas internacionalmente para el tratamiento de jóvenes que entran en conflicto con la ley. En las Reglas de Beijing se expone que los objetivos de justicia juvenil son de promover el bienestar del joven y de asegurar que cualquier respuesta a los delincuentes juveniles será siempre en proporción a las circunstancias tanto del joven como del delito. En las Reglas se prevén medidas específicas que cubren las varias fases de justicia juvenil. Ponen hincapié en que el ingreso en instituciones sólo será utilizado como último recurso y durante el plazo más breve posible.

Las disposiciones de las Reglas que resultan de especial consideración para el tema que me ocupa, resultan ser: 1. Orientaciones fundamentales... 4. La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad... 6. Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados.” El comentario a este artículo sostiene que *“La regla 1.4 define la justicia de*

menores como parte integrante de la justicia social por los menores, mientras que la regla 1.6 se refiere a la necesidad de perfeccionar la justicia de menores de manera continua, para que no quede a la zaga de la evolución de una política social progresiva en relación con el menor en general, teniendo presente la necesidad de mejorar de manera coherente los servicios de personal.”. De modo tal que ya se brinda una orientación en cuanto a la adopción por parte de los estados miembros del principio de especialidad en materia de justicia penal juvenil. A su turno, la regla 14 establece la Autoridad competente para dictar sentencia, disponiendo: “14.1 Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. 14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente.”. En el respectivo comentario se señala: “No es fácil elaborar una definición de órgano o persona competente para dictar sentencia que goce de aceptación universal. Con «autoridad competente» se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales (unipersonales o colegiados), incluidos los jueces letrados y no letrados, así como las administrativas (por ejemplo, los sistemas escocés y escandinavo), u otros organismos comunitarios y más oficiosos de arbitraje, cuya naturaleza les faculta para dictar sentencia. Sea como fuere, el procedimiento aplicable a los menores delincuentes deberá ceñirse a las reglas mínimas que se aplican en casi todo el mundo a todo delincuente que disponga de defensa con arreglo al procedimiento penal conocido como «debido proceso legal». De conformidad con el debido proceso, en un «juicio imparcial y equitativo» deben darse garantías tales como la presunción de inocencia, la presentación y examen de testigos, la igualdad en materia de medios de defensa judicial, el derecho a no responder, el derecho a decir la última palabra en la vista, el derecho de apelación, etc. (Véase también la regla 7.1.)”. A su turno la regla 22 establece: “Necesidad de personal especializado y capacitado 22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se

emplearán otros sistemas adecuados de instrucción. 22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.”, mientras que el respectivo comentario afirma que: “Las personas competentes para conocer en estos casos pueden tener orígenes muy diversos (jueces municipales en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en las regiones en que ha tenido influencia el sistema jurídico de ese país; jueces con formación jurídica en los países que siguen el derecho romano y en las regiones de su influencia; personas con formación jurídica o sin ella designadas por elección o por nombramiento administrativo, miembros de juntas de la comunidad, etc., en otras regiones). Es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento. Esta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente. Tratándose de trabajadores sociales y de agentes de libertad vigilada, tal vez no sea viable la exigencia de especialización profesional como requisito previo para el desempeño de funciones en el ámbito de la delincuencia juvenil. De modo que la titulación mínima podrá obtenerse mediante la instrucción profesional en el empleo. Las titulaciones profesionales constituyen un elemento fundamental para garantizar la administración imparcial y eficaz de la justicia de menores. Por consiguiente, es necesario mejorar los sistemas de contratación, ascenso y capacitación profesional del personal y dotarlo de los medios necesarios para el desempeño correcto de sus funciones. Para lograr la imparcialidad de la administración de la justicia de menores debe evitarse todo género de discriminación por razones políticas, sociales, sexuales, raciales, religiosas, culturales o de otra índole en la selección, contratación y ascenso del personal encargado de la justicia de menores. Así lo recomendó el Sexto Congreso. Por otra parte, el Sexto Congreso hizo un llamamiento a los Estados Miembros para que garantizaran el tratamiento justo y equitativo de las mujeres como miembros del personal encargado de administrar la justicia penal y recomendó que se adoptaran

medidas especiales para contratar, dar capacitación y facilitar el ascenso de personal femenino en la administración de la justicia de menores”.

En los “Estándares mínimos de derechos humanos para una nueva ley de Justicia Penal Juvenil” elaborados por la Secretaría de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la nación, siguiendo las directrices –entre otras- de las Reglas de Beijing, se establece, en lo que hace a la cuestión que me ocupa, que *“El principio de especialidad que rige en esta materia se relaciona directamente con la especialidad de un sistema de justicia diferenciado del sistema de adultos. Esta especialización sin embargo, no tendrá las mismas características del sistema tutelar, en tanto no se encontrará al margen de lo establecido en la Constitución Nacional, sino que será plenamente respetuosa de todos los derechos y garantías de los que son titulares los niños, niñas y adolescentes. La especialización estará dada entonces por procedimientos y juzgados diferenciados de los previstos para el caso de los adultos que cometen delitos. Los jueces, fiscales y defensores deberán tener una formación interdisciplinaria apropiada en derechos del niño, en psicología infantil y áreas relacionadas. Los juzgadores deberán abandonar definitivamente el espíritu paternalista/tutelar, y resolver los conflictos jurídicos apuntando a que los adolescentes involucrados en proceso puedan comprender el daño causado, y que las consecuencias jurídicas derivadas de su acto no violen el principio de proporcionalidad, aplicando en primer lugar las sanciones no privativas de la libertad, y utilizando solo esta sanción como medida de último recurso. El Comité de los Derechos del Niño recomienda que todos los funcionarios que tengan contactos con niños en el ámbito del sistema de justicia de menores reciban una formación adecuada.”.*

Como **colofón** parcial, puedo afirmar que, en el marco de las Reglas de Beijing, la justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad. Si bien el Comentario a la Regla 14 reconoce que “no es fácil elaborar una definición de órgano o persona competente para dictar sentencia que goce de aceptación universal”, el procedimiento aplicable a los menores

delincuentes deberá ceñirse a las reglas mínimas que se aplican en casi todo el mundo a cualquier delincuente con arreglo al procedimiento penal conocido como debido proceso legal.

I.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Así como en el ámbito de las Naciones Unidas se han dado diversos elementos normativos que regulan el proceso penal aplicable a los menores, a nivel de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.5), suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, al igual que otras normas internacionales de derechos humanos, establece que el Sistema de Justicia Penal que intervenga en los delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad debe ser especializado, al disponer en su art. 19 que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”* y específicamente en su art. 5.5., al disponer que cuando los niños y/o adolescentes puedan ser procesados, deberán ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I. D. H.), creada por el mismo tratado (Capítulo VIII, arts. 52 a 69), e interpretando tal derecho, ha considerado que el procedimiento de menores debe asegurar el asesoramiento psicológico para el niño, el control respecto de la manera de tomar el testimonio al niño y la regulación de la publicidad del proceso. Si bien se reconoce el ejercicio de facultades discrecionales, las autoridades judiciales deben estar preparadas y capacitadas en los derechos humanos del niño y la psicología infantil y sujeta a los criterios de idoneidad y proporcionalidad. A fin de que se capten las particularidades y necesidades de los adolescentes y de su medio social se debe prever la asistencia de un equipo técnico auxiliar de la Justicia constituido por profesionales de diferentes disciplinas.

En relación con la especialización del sistema penal juvenil y particularmente en relación a la garantía de **juez natural**, la Corte I. D. H., ha expresado en la Opinión Consultiva 17/2002 en sus párrafos 98, 109 y 120, que: **“98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el**

ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. 109. 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 aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. 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. Así, 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” (artículo 40.3). 120. La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales. A este respecto, la Regla No. 6 de Beijing regula las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños: 6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. 6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales. 6.3 Los que ejerzan

dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.”

También revisten interés, en relación al proceso penal de menores, los párrafos 78, 79, 92, 93, 94, 117 y 118 de la mencionada OC. Así: **“78.** *La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño. En este sentido, el inciso tercero del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño determina lo siguiente: [...] 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.* **79.** *Esto debe informar la actividad de todas las personas que intervienen en el proceso, quienes han de ejercer sus respectivas encomiendas tomando en consideración tanto la naturaleza misma de éstas, en general, como el interés superior del niño ante la familia, la sociedad y el propio Estado, en particular. No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.* **92.** *Como se ha dicho anteriormente [...], los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico[s] de la sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.* **93.** *Entre estos valores*

fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. **94.** Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas. Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia. **117.** Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo [...]. **118.** A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40.”

Pero no sólo en la Opinión Consultiva antes reseñada expresa la Corte I. D. H. su opinión en relación al tema que me convoca, sino que en diversos fallos que ha emitido ha dado su parecer sobre la cuestión. Así, en el caso “Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas” (Sentencia de 18 de septiembre de 2003), dijo: “Por otra parte, el detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada. En el caso de la

notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul “podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculpado, pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, como acto inherente a su derecho de defensa”. Y en el caso “Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones” (Sentencia de 14 de mayo de 2013), sostuvo: “Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia... Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos... Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean

tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil... Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. En el caso específico, la Corte también considera conveniente resaltar que el derecho de recurrir del fallo también se encuentra previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 40.2.b.v señala que: “a 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: [...] que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que conforme a esta disposición “el niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia”. Asimismo, también ha estimado que este derecho “no se limita a los delitos más graves”. Por lo tanto, el derecho de recurrir del fallo adquiere una relevancia especial tratándose de la determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos”.

En resumen, para la Corte I. D. H., el **juez natural** en el proceso de menores debe reunir dos características: en primer lugar, cumplimentar el mandato del art. artículo 8.1 de la Convención, según el cual “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”. En segundo lugar, tal magistrado debe ser especializado para el conocimiento de las conductas penalmente típicas atribuidas a los niños.

I.5. Juzgamiento de menores en instancia única

El derecho a un juez imparcial se recoge de forma expresa en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y en el artículo 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950. El derecho a un juez imparcial, en el que descansa la confianza del pueblo en sus jueces, es el presupuesto indispensable para el ejercicio y protección de los demás derechos fundamentales de los que aquéllos son garantes, hasta el punto de que la mera apariencia de parcialidad vulnera dicho derecho. La actividad instructora puede provocar en el ánimo del Juez de Instrucción, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado que influyen a la hora de sentenciar. En algunos casos, se ha cuestionado la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado de dictar el procesamiento, tal como lo resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de octubre de 1998 (caso Castillo-Algar), que anula una sentencia de un órgano judicial colegiado español por vulnerar la imparcialidad objetiva al haber resuelto un recurso de apelación contra el auto de procesamiento que el instructor había dictado contra el procesado. Todos los prejuicios y preocupaciones que la instrucción ha hecho nacer en el ánimo del Juez de Instrucción, se manifiestan con más intensidad y ponen en mayor peligro la imparcialidad objetiva del juez de instrucción a la hora de dictar un auto de procesamiento o de decretar la prisión provisional, que a la hora de juzgar, pues para adoptar dichas medidas cautelares el instructor realiza una valoración de la culpabilidad y puede privar de libertad a una persona, en muchos casos, hasta cuatro años, imponiendo así una pena anticipada privativa de libertad, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que tales resoluciones son "legalmente arbitrarias", dada la imposibilidad de que el Juez de Instrucción sea imparcial desde una perspectiva objetiva, al ser simultáneamente inquisitorial parte acusadora y garante de los derechos fundamentales, funciones constitucionalmente inconciliables.

Por lo dicho, anticipo que la circunstancia de que el mismo juez que instruye luego dicte sentencia, vulnera el derecho al juez imparcial. Ello por cuanto las funciones de investigar y juzgar resultan antagónicas. Es que la actividad instructoria, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado, los hechos y los elementos de prueba, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado, que influyan a la hora de sentenciar. Esto es, puede vulnerar lo que se conoce como “imparcialidad objetiva”, es decir la referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez (o Tribunal) no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y por lo tanto, que se acerca al mismo sin prevenciones en su ánimo.

Tal como reiteradamente lo ha sostenido el T.E.D.H., en el ámbito de la garantía de imparcialidad las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos. Pero también ha aclarado el Tribunal europeo que el desarrollo de funciones instructoras puramente formales no supone necesariamente la pérdida de imparcialidad. Es necesario atender a su contenido material en el caso concreto para valorar si la actuación instructora tiene relevancia suficiente para poder generar en el ánimo del Juez determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que puedan influir a la hora de sentenciar, de tal forma que lo inhabiliten para formar parte del órgano que ha de conocer de la fase de enjuiciamiento.

Centrándonos ya en nuestro país, debemos señalar que la doctrina ha sido categórica al tachar de inconstitucional la acumulación de las funciones de juez de instrucción y juez de sentencia. Así, el Dr. Marco A. Terragni, refiriéndose en concreto al Código de Faltas de la provincia de Santa Fe, sostuvo que: *“Se opone al principio constitucional del juez imparcial la acumulación de las funciones de juez de instrucción y juez de sentencia. Queda afectada la garantía que la sentencia la dicte el mismo Tribunal que investigó los hechos. El principio de separación de ambas funciones se encuentra implícitamente reconocido en el art. 1º de la C.N. que establece el sistema republicano de gobierno y la separación de poderes; y en el art. 18, como derivación lógica del principio de defensa. Esto, conforme al texto de la Constitución histórica (1853). A partir de la reforma de 1994 el principio es más*

explícito aún, pues la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 8 punto 1 establece 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. Esto no ocurre cuando el tribunal tiene una idea previa acerca de la situación del acusado; cuando el magistrado ha tenido la posibilidad de formarse una opinión de los hechos al haber actuado como investigador y se ve enfrentado luego a la necesidad de dictar sentencia.”²⁶

Sobre el particular, cabe señalar que La Cámara de Apelaciones en lo Penal de la Provincia de Santa Fe declaró la inconstitucionalidad del art. 53 de la ley provincial 10.703 -Código de Faltas porque *“el proceso de Faltas vigente es contrario a la Constitución por no... resguardar la existencia de un juez imparcial, dado que un juez de faltas que puede por sí mismo y sin incitación*

²⁶ Terragni, Marco A. “Inconstitucionalidad del Código de Faltas de Santa Fe”: www.terragnijurista.com.ar. Agrega el citado autor que “Se han emitido autorizadas opiniones sobre la conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo con la sentencia definitiva, absolutoria o condenatoria, porque el juez que dirige la marcha en su mano, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la investigación del delito, de sus autores y cómplices está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que pueden impedirle discernir con recto criterio de justicia y por tanto la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados. El juez no debe tener opinión formada, a raíz de una intervención anterior, sobre el caso que debe resolver. Es inconstitucional concentrar en el mismo tribunal las funciones: por obvias exigencias de imparcialidad no debe dictar sentencia el mismo tribunal que decidiera las cautelas durante la investigación. La acumulación de funciones de instrucción y sentenciadoras vulnera el principio acusatorio, así como el derecho al juez imparcial, pues ha estado en contacto con el material necesario para que se celebre el juicio y ello puede hacer nacer en el ánimo del juez o tribunal sentenciador prejuicios o prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora. He mencionado la idea “imparcialidad objetiva” para distinguirla de la perspectiva personal. La subjetiva mira a lo que ocurre en el interior de la conciencia o del pensamiento del juez; suele traducirse como ausencia de prejuicio o de ánimo mal predisposto contra el imputado; y se presume, salvo que exista prueba en contrario. La objetiva examina si existen garantías suficientes que excluyan toda duda de parcialidad; atiende a la necesidad de que los tribunales en una sociedad democrática inspiren confianza. Al magistrado que va a dictar sentencia se le requiere actuar estrictamente como juez. Asignarle otra tarea, como la de descubrir el quién pudo haber sido el autor del delito es atribuirle un interés objetivo, determinado por esa función, que puede colocarlo, a la hora de enjuiciar los casos, en posición de parte, por más imparcial que, personalmente, quiera serlo. El juez es un tercero equidistante, quien garantiza los derechos de los participantes en el proceso, opera a instancia del interesado y está limitado en su decisión por la pretensión concreta de quien ejerce la acción. El inculpadado puede inquietarse si encuentra en el tribunal, que va a decidir sobre la acusación, al magistrado que lo interrogó durante la instrucción. Este juez puede haberse formado anticipadamente una opinión la que influirá al momento de decidir. Ello ocurre en el ámbito santafesino con el juez de faltas, quien al instruir el proceso no está sujeto a un control superior de legalidad de las medidas de investigación y de prueba que ordena. Para más: las violaciones al principio del debido proceso legal se suman, los agravios al derecho de defensa, ya que no hay la acusación formal, proveniente de un tercero, a la que el imputado pueda responder: el mismo juez que investiga, imputa, decide sobre la prueba y juzga. Lo que se ajustaría a la Constitución es que el juez actuase sólo en su función específica; que es decir el Derecho luego de escuchar a la acusación y a la defensa. Atribuirle otras tareas, puede crearle un interés objetivo y colocarlo-en su caso- en posición de parte a la hora de enjuiciar: Se es *parte* no sólo cuando se exterioriza el ánimo, sino cuando se desempeña una función alineada a uno u otro lado de la contienda.”

ajena, decidir si imputa o no hechos, si realiza o no pruebas, si condena o no, si aplica una u otra pena, no puede socialmente ser considerado imparcial". El fallo da como fundamento que "Nuestra Constitución, en su texto original no fue muy explícita al respecto, pero se ocupó especialmente de asegurar... la garantía del juez natural, comprendiendo quizás los constituyentes que de allí podían, en un proceso lógico, extraerse los demás componentes. Es así como se verifica que junto al sostén de la defensa en juicio, se complementa nuestro originario resguardo constitucional del "juez natural" con la exigencia de un juez o tribunal competente, independiente e "imparcial"... Sabido es que tradicionalmente el requisito de imparcialidad apuntó a la subjetividad del juez, a la inexistencia en su ánimo de parcialidad; sin embargo, también es sabido que hoy en día se exige además una imparcialidad de índole objetiva, que atiende a la actuación de un juez sobre cuya imparcialidad no existan razones que hagan dudar, de un juez que social y no solo íntimamente, sea percibido como imparcial y pueda así satisfacer, socialmente, el afianzamiento de la Justicia. Un juez que por sí mismo y sin incitación ajena, puede decidir si imputa o no hechos, si realiza o no pruebas, si condena o no, si aplica una u otra pena, pierde, cuanto menos (y digo esto último porque todos conocemos de jueces que han sabido recuperar el equilibrio absolviendo a imputados pese a haberlos antes perseguido), no puede socialmente ser considerado imparcial. Nos encontraríamos ante la figura del "judex suspectus", cuyo obrar será también sospechable. El estándar de imparcialidad fijado desde hace algún tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Zenzerovich", "Llerena", "Diesser Fraticelli", entre muchos otros) en consonancia con lo resuelto por Tribunales internacionales, no se satisface."²⁷

Pero en lo que a proceso de menores se refiere, la legislación de nuestro país no siempre ha adoptado el criterio que claramente tiene fijado el Tribunal de derechos humanos europeo. Tal como lo recuerda D'Antonio, para el art. 29 del Código Procesal Penal de la Nación el Juez de Menores entendía en aquellos supuestos de *"delitos o contravenciones reprimidas con penas no privativas de la libertad, o con pena privativa de la libertad inferior a los tres años. El juez de menores ejerce una doble función de investigación y*

²⁷ CPenal, Santa Fe, sala IV, 2007/11/07 (*). - Arias, Alberto Abel Alejandro

*juzgamiento. Se le suma a tan importante esfera de competencia la que la ley le asigna para conocer en los supuestos de simple inconducta, abandono material o peligro moral, temas que constituyen el marco natural de desenvolvimiento del órgano especializado”.*²⁸

Tal disposición se reiteraba en muchos de los ordenamientos procesales del país, lo que llevó a que fueran muchos los juristas que cuestionaran tal duplicidad de funciones, alegando que las disposiciones que lo permitían vulneraban claramente no sólo el principio de juez natural contenido en el art. 18 de nuestra Carta Magna, sino en los instrumentos internacionales – incorporados a ella a partir de la última reforma con igual rango de ella, tal como reza su art. 75 inc. 22-, por lo que resultaba imperiosa la modificación de las leyes adjetivas provinciales.

Quizá debido a objeciones como la antes reseñada, la provincia de Buenos Aires mediante la reforma legislativa que instala el nuevo paradigma en materia de niñez mediante la Ley 13.298/05 referenciada como de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, y su complementaria, Ley 13.634/07 y sus modificatorias leyes 13.645, 13.772, 13.797, 13.821 y 14.116. Ambas normas introducen un cambio sustancial en la estructura institucional de los órganos que tradicionalmente tuvieron a su cargo la aplicación e implementación de la legislación orientada a la niñez. El Juez de Menores, figura emblemática del antiguo modelo tutelar, con competencia penal y asistencial, cerró su ciclo de actuación, dando paso a una nuevo organigrama de funciones, roles y espacios en los que se buscó fortalecer el principio de especialización y dotar de garantías contundentes al proceso penal juvenil. El sistema de justicia juvenil adopta el modelo acusatorio. En cumplimiento de esta directiva y efectivizando las atribuciones que la misma asigna, son los Agentes Fiscales del Ministerio Público del Joven, quienes llevan adelante la investigación penal preparatoria, pues antes el juez se encargaba de la etapa de instrucción y de dictar sentencia.

También la provincia de Córdoba, al sancionar la ley 9944 en el año 2011, en principio abandona la normativa que, al prever en su **“Artículo 31.- Garantías mínimas de procedimiento – Garantías en los procedimientos**

²⁸ D’Antonio, Hugo Daniel “ El menor ante el delito “pag 169. 3ra. Edic.; Edit. ASTREA, Bs As. 2004.

judiciales o administrativos. Los organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos 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...”. Y entre tales derechos se encuentra, tal como lo hemos visto, el derecho al **juez natural**, con su característica esencial de especialidad, tal como lo hemos visto.

Pero la norma provincial no se contentó con tal referencia genérica, sino que específicamente previó en su art. 63 que “La Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar es competente para conocer y resolver en: a) Única instancia en los delitos atribuidos a niñas, niños o adolescentes que fueren punibles conforme a lo dispuesto por la legislación vigente; b) La imposición de penas o medidas socio-educativas o correctivas a las niñas, niños y adolescentes cuando la declaración de responsabilidad hubiera correspondido a otro Tribunal; c) Los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los Jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y Jueces Penales Juveniles; d) Las quejas por retardo de justicia y denegación de recursos de los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y de los Juzgados Penales Juveniles; e) Las cuestiones de competencia que se suscitaren entre los tribunales jerárquicamente inferiores, y f) En la recusación e inhibición de sus miembros y de los Jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y Jueces Penales Juveniles.”; en su art. 65 que el Juez Penal Juvenil es competente para: “b) Disponer las medidas cautelares, de coerción y de protección, durante la actuación de la policía judicial, la investigación preparatoria fiscal y el enjuiciamiento respecto a imputados por delitos cometidos siendo menores de dieciocho (18) años de edad; c) Resolver las oposiciones e instancias de sobreseimiento que se suscitaren durante la investigación penal preparatoria que practican los Fiscales en lo Penal Juvenil; d) Conocer y resolver en los delitos atribuidos a niñas, niños y adolescentes que no fueren punibles por su edad de acuerdo a lo dispuesto por la legislación vigente; e) Juzgar las faltas cometidas por menores de dieciocho (18) años de edad, y f) Resolver las recusaciones e inhibiciones de los Fiscales en lo Penal Juvenil, Asesores y Secretarios en las causas que se suscitaren ante ellos.” En tanto, su artículo 66

dispone que *“Corresponde al Fiscal Penal Juvenil: a) Practicar la investigación preparatoria en los delitos de acción pública que se atribuyeren a menores de dieciocho (18) años de edad; b) Ejercer la acción penal pública en juicios ante los Jueces y la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar; c) Velar en general por el cumplimiento de las leyes, decretos, ordenanzas y edictos de protección de niñas, niños y adolescentes menores de edad, accionando en consecuencia, y d) Intervenir en las cuestiones de jurisdicción y competencia concernientes a los Juzgados Penales Juveniles.”*

No obstante tales previsiones, el art. 119 de la mencionada normativa dispuso que *“Vigencia. La presente Ley entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, salvo en lo que respecta a la organización de la Justicia Penal Juvenil que comenzará a regir cuando el Tribunal Superior de Justicia –por Acordada- considere que cuenta con los recursos edilicios, informáticos y humanos –mínimos e indispensables- para el funcionamiento del nuevo fuero.”*. Tal disposición ha motivó que reiteradamente el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (ver Acuerdo Reglamentario N° 1097, Serie “A”, de fecha 09 de mayo de 2012) y la Fiscalía General de la Provincia solicitaran una prórrogas al Poder Legislativo para poner en marcha la Justicia Penal Juvenil, tal como fue plasmado en la ley 9944. Tales peticiones invariablemente fueron fundadas en las “limitaciones presupuestarias” y la falta de implementación total del Sistema de Administración de Causas (SAC) multifuero para el interior de la provincia. En la práctica, tales postergaciones han significaron que para los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal del interior de la provincia, todo siguiera como siempre. La figura de la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar -creada por esa ley- continuó sin aplicarse y la del fiscal penal juvenil, sin crearse en la totalidad del territorio provincial. En ese marco, los hoy jueces penales juveniles, ex jueces de menores en lo correccional, siguieron siendo quienes acusan y juzgan y las apelaciones y casaciones continuaron remitiéndose a las tribunales penales ordinarios.

Ante este estado de cosas, advirtiendo que *“Si bien la ley n° 9053 establece que corresponde al Juez de Menores practicar la investigación penal preparatoria en los delitos atribuidos a niños y adolescentes punibles (art. 10, a) y a la Cámara de Menores juzgarlos (art. 8, a); este órgano judicial hasta el*

presente no se ha implementado. Como consecuencia, en la actualidad el Juez de Menores -salvo en los casos en que hubieren intervenido también imputados mayores de dieciocho años-, practica la investigación penal preparatoria y juzga en única instancia a los jóvenes punibles. Aunque el derecho penal juvenil se orienta hacia la no punibilidad conforme al principio constitucional de mínima suficiencia particularmente acentuado en la legislación vigente (Convención del Niño, art. 40, 3.4, de status constitucional, art. 75, 22°, C.N.), de modo que la declaración de responsabilidad no necesariamente conduce a la pena (ley 22.278, art. 4, último párrafo), es posible que la coexistencia de la competencia material para investigar y juzgar pueda generar apartamientos. Ello así pues conforme al alcance dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la garantía constitucional de la imparcialidad del Juez en su actual composición y en reciente jurisprudencia, la intervención en el juicio del mismo Juez que actuó durante la etapa preparatoria puede generar planteos de las partes y poner en entredicho la legalidad del proceso”, el T.S.J. emitió, el 29 de agosto de 2006, el Acuerdo Reglamentario N° 838, Serie “A”, mediante el cual resolvió que “**Artículo 1.-** En caso de recusación o inhibición del Juez de Menores Correccional de la Primera Circunscripción Judicial con asiento en el Centro Judicial Capital, será subrogado por otro Juez de la misma competencia material.- **Artículo 2.-** En caso de recusación o inhibición del Juez de Menores de las Sedes Judiciales que cuentan con un único Juzgado de Menores y Juzgado de Control, la subrogación podrá ser cumplida por éste último Tribunal.- **Artículo 3.-** En caso de recusación o inhibición del Juez de Competencia Múltiple, el mismo será reemplazado por otro magistrado de idéntica competencia del asiento o sede territorial más próxima, sin operar un desplazamiento del juicio.”, que era lo único que se encontraba autorizado a resolver.

Con la sanción de la ley provincial 9944, el TSJ advirtió que “se torna indispensable establecer las medidas que regulen el funcionamiento de los tribunales comprendidos en la reforma (arts.1°, 12° inc. 25°; 32° y 33° L.O.P.J.)”, por lo que emitió, el 01 de junio de 2011 el Acuerdo Reglamentario N° 1057, Serie “A”, mediante el cual, considerando “**II. Competencia de los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar. 1.- Causas en trámite vinculadas con la competencia fijada por las leyes n° 9053 y n° 9396** Las

causas en trámite ante los Jueces de Menores con competencia prevencional, en los que no se hubiera dispuesto una medida excepcional (art. 48) y no se vinculen con la Ley de Violencia Familiar Nº 9283, serán archivadas, dada la pérdida de competencia judicial. Se transferirán a la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia, la documentación pertinente relativa al conflicto que originó la intervención judicial de los niños que permanecen en el ámbito familiar, para su prosecución en la órbita administrativa, junto con los informes, pericias y toda documentación atinente. En las causas en trámite en los que se hubiera dispuesto una medida excepcional (art. 48), que se encuentre controvertida por las partes intervinientes en cualquiera de las instancias judiciales, se dará intervención al Ministerio Público Fiscal y al Asesor de Niñez y Juventud, para que dictaminen acerca de la competencia. En caso afirmativo, proseguirá su sustanciación aplicando el nuevo marco legal. El Juez comunicará a la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia la disposición adoptada con remisión de los informes y constancias relacionadas con los riesgos de visitas o revinculaciones, cualquiera sea el destino, lugar, residencia, familia, y/o ámbito alternativo que hubiera sido valorado como albergue transitorio y/o provisorio del niño, niña y/o adolescente respecto del cual se hubiera adoptado la medida. Las causas en trámite relacionadas con las guardas pre-adoptivas otorgadas o de otorgamiento inminente, en las que se hubiera dictado sentencia de desamparo o pre-adoptabilidad firmes o recurridas, continuarán tramitando ante los Juzgados de la Niñez, Juventud y Violencia Familiar, atento que se trata de una competencia judicial conforme al nuevo marco legal (art. 64, f).

2. Causas en trámite vinculadas con la competencia en violencia familiar anexada.- De conformidad al nuevo marco legal, la competencia por violencia familiar corresponderá a los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, esto es los Juzgados con competencia exclusiva en esa materia, que son en la actualidad los Juzgados de Menores – con competencia prevencional- del Centro Judicial Capital y los Juzgados de Menores de Río Cuarto, Bell Ville, Villa María, San Francisco, Villa Dolores y Cruz del Eje. Las causas de violencia familiar en trámite que se sustancian ante los tribunales de Familia especializados en violencia familiar en el Centro Judicial Capital y ante los tribunales civiles en los demás asientos judiciales, serán transferidas a los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, para

que sean concluidas dada la modificación de la competencia. Bajo la órbita de estos tribunales se colocarán las Oficinas de Apoyo de Violencia Familiar. En los demás Centros Judiciales, los Tribunales Civiles mantendrán su competencia en materia de Violencia Familiar. Las causas transferidas desde los Juzgados de Familia especializados en violencia familiar serán distribuidas equitativamente entre los cuatro Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar del Centro Judicial Capital. Asimismo, se encomendará al Área de Tecnologías de Información y Comunicaciones que transfiera el Sistema de Administración de Causas específicamente diseñado para la gestión de las causas de violencia familiar (SAC Violencia) a todos los tribunales a los que se anexa esta competencia. **3 Causas que ingresen en el nuevo marco legal**

Los turnos correspondientes a los cuatro Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar del Centro Judicial Capital, seguirán fijados del mismo modo que en el cronograma vigente. Se encomendará al Área de Tecnologías de Información y Comunicaciones que efectúe, los ajustes correspondientes al Sistema de Administración de Causas (SAC Menores), en coordinación con el Comité de Usuarios.”, resolvió **“FIJAR** la competencia de los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar en los términos y condiciones establecidos en los considerandos precedentes.”. lo cual sólo importó un ligero paliativo en el desfasaje producido entre las mandas internacionales, lo establecido por la ley y la realidad de la competencia de los tribunales provinciales.

Pero esta realidad palpable en nuestra provincia, necesariamente ha terminado en acciones judiciales que debieron ser resueltas por el máximo tribunal provincial. Fijando con ello una posición nomofiláctica en consonancia con los precedentes nacionales e internacionales. Así, en la causa **"P., M. E. p.s.a. robo calificado con arma de fuego de operatividad no acreditada - Recurso de Casación e inconstitucionalidad-"** (S.A.C. no 3575695, S. 526 del 01/12/2017), la Sala Penal del tribunal cívico provincial, en lo que aquí interesa, dijo: *“Corresponde entonces precisar cuáles son aquellos supuestos en los que la causal de recusación atañe directamente a la garantía del Juez imparcial. En numerosos precedentes esta Sala ha tenido oportunidad de destacar que el ámbito de protección de aquella no alcanza para impugnar cualquier intervención de un mismo Juez en una causa con la que ya ha tomado contacto, sino que se circunscribe a los supuestos en que los*

miembros de un determinado Tribunal deben actuar como Cámara de juicio o les corresponde revisar una condena, pese a que ya tuvieron contacto previo: a) por haber intervenido en la etapa de investigación penal preparatoria llevada a cabo en el mismo proceso en contra del imputado que la alega; b) por haber decidido la anulación de la sentencia absolutoria, que permitió el nuevo juicio que culminó con la condena; c) por haber hecho mérito sobre los extremos de la imputación jurídico delictiva en otra sentencia que se vincula directa e íntimamente con el objeto del nuevo juicio.

Esta es la conclusión que emana de la lectura de los precedentes de la CIDH y CSJN sobre el tema (CIDH, "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" (CIDH, 02/07/2004), como así también de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema ("Llerena", Fallos:328:1491; "Nicolini", Fallos: 329:909; "Dieser", Fallos: 329:3034; "Alonso", Fallos:330:1457; "Medina", causa M.538.XLII, del 3/5/2007, "Lamas", causa L.117.XLIII) (TSJ, Sala Penal, "Martínez", A. no 41, 13/03/2012; "Misiti", S. n° 177, 25/7/2012).

2. *Así satisfecho el requisito de resolución recurrible, corresponde brindar tratamiento al agravio presentado por el recurrente que pone en duda la imparcialidad de la Magistrada que llevó adelante la investigación penal preparatoria y deberá juzgar al menor en el mismo proceso (art. 60 inc. 1 CPP).*

De las constancias de autos surge que la investigación fue llevada a cabo por la Sra. Juez Penal Juvenil de Sexta Nominación de esta ciudad, Dra. Liliana Merlo. Al estimar cumplida la misma y que la prueba de autos le permitía tener por acreditada con el grado de probabilidad exigido en dicha etapa del proceso la existencia material del hecho así como la participación culpable del joven en el mismo, la a quo resolvió por Auto Interlocutorio n° 7, de fecha 16/5/2017, correr vista al Ministerio Público Fiscal a los fines de la acusación (art. 347 CPP) (fs. 165/166 vta.). El Sr. Fiscal Penal Juvenil de Segundo Turno, Dr. Juan Pablo Klinger, formuló la acusación en contra del joven y solicitó a la Juez que disponga la realización del juicio en la presente causa (art. 354 CPP) (fs. 167/170 vta.), decretando la Juez en tal sentido (fs. 199).

Como se advierte sin dificultad, la a quo llevó adelante la investigación penal preparatoria (e incluso efectuó el mérito de la prueba recabada) y luego dictó el decreto de citación a juicio en los presentes autos, por lo que

atendiendo al marco teórico expuesto supra el caso queda subsumido en el supuesto a). Es así que corresponde sin lugar a dudas su apartamiento a los fines del juicio.

Asimismo, cabe destacar que la solución al caso se encuentra prevista en el Acuerdo Reglamentario n° 838, Serie A, de fecha 29/8/2006, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, por el cual considerando que "...I. Si bien la ley n° 9053 establece que corresponde al Juez de Menores practicar la investigación penal preparatoria en los delitos atribuidos a niños y adolescentes punibles (art. 10, a) y a la Cámara de Menores juzgarlos (art. 8, a); este órgano judicial hasta el presente no se ha implementado. Como consecuencia, en la actualidad el Juez de Menores (...) practica la investigación penal preparatoria y juzga en única instancia a los jóvenes punibles. Aunque el derecho penal juvenil se orienta hacia la no punibilidad conforme al principio constitucional de mínima suficiencia particularmente acentuado en la legislación vigente (Convención del Niño, art. 40, 3.4, de status constitucional, art. 75, 22°, C.N.), de modo que la declaración de responsabilidad no necesariamente conduce a la pena (ley 22.278, art. 4, último párrafo), es posible que la coexistencia de la competencia material para investigar y juzgar pueda generar apartamientos. Ello así pues conforme al alcance dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la **garantía constitucional de la imparcialidad del Juez** en su actual composición y en reciente jurisprudencia, **la intervención en el juicio del mismo Juez que actuó durante la etapa preparatoria puede generar planteos de las partes y poner en entredicho la legalidad del proceso...**", resolvió "...Artículo 1.- **En caso de recusación o inhabilitación del Juez de Menores Correccional de la Primera Circunscripción Judicial con asiento en el Centro Judicial Capital, será subrogado por otro Juez de la misma competencia material...**".

De este modo, habiendo concluido la etapa de investigación corresponde que el juicio sea llevado adelante por un Magistrado diferente a fin de resguardar la garantía de imparcialidad en favor del menor imputado y en virtud de aquella intervención previa de la Juez en la misma causa".

I.6. Modelos procesales

Siguiendo al Dr. Roberto Fernández López²⁹, cabe señalar que la Observación General nro. 10 del Comité de Derechos del Niño (Comité de los Derechos del Niño, 44o periodo de sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007) establece que “Los derechos del niño en la justicia de menores” (en adelante, OG10) dispone que debe establecerse un “sistema amplio de Justicia de Menores” que comprenda a policías, jueces, fiscales y defensores especializados. Según la OG10, los tribunales especializados deben estar separados o ser parte de los tribunales regionales, y cuando no puede hacerse en forma inmediata, se deben nombrar jueces especializados. Los magistrados deben ser seleccionados teniendo en cuenta ciertas cualidades y experiencia y, a su vez, deben estar especialmente capacitados para poder abordar los delitos juveniles. En la práctica, se han diseñado sistemas de Justicia con excepciones a esta principio, dejando librada a jueces no especializados la ejecución de la pena o la instancia recursiva, el juzgamiento en forma conjunta con personas adultas o los delitos cuyo competencia correspondencia a una Justicia de excepción improrrogable (como la Justicia Federal en los delitos vinculados con estupefacientes). Otra excepción son las jurisdicciones en donde la cantidad de delitos juveniles no justifican la creación de tribunales especializados.

El principio de especialidad, que como se ha visto aparece plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40, inc. 3) y también en otros instrumentos internacionales como las Directrices de Riad (Directriz 52), las Reglas de Beijing, Regla 2.3, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.5) y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Directrices 13 (d) y 14 (a) y (d), implica que el procedimiento debe tener características específicas adaptándose a las necesidades de los adolescentes, previendo incluso estándares más exigentes en materia de garantías procesales si se compara el régimen vigente para las personas adultas o medidas específicas como la participación de los padres.

²⁹ Fernández López, Roberto; “Estándares internacionales aplicables a los sistemas procesales penales juveniles”; Ponencia presentada ante la Comisión Especial para el Estudio del Código Procesal Penal de Tucumán; Tucumán, 2013.

A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse por:

- 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, el Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso;
- 3) 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 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 la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.

Como señala Pablo A. Barbirotto³⁰ diseñar un régimen integral para jóvenes infractores a ley penal significa crear un sistema especializado con normas y procedimientos diferentes al de los adultos transgresores, con Magistrados y Funcionarios especialmente capacitados en cuestiones relativas a los derechos de niños y adolescentes y competencia específica para actuar cuando los delitos sean cometidos por personas menores de 18 años de edad. La justicia penal juvenil es especializada por así requerirlo el orden supranacional. Ello es así, porque el niño y/o adolescente es una persona, un sujeto de derecho, que exige ser tratado con todas las garantías constitucionales, más un plus, cual es atender a su peculiar proceso de formación, especialmente cuando el déficit cultural y educativo lo han colocado en contacto con el sistema penal.

Barbirotto resume el punto diciendo que el derecho a tratamiento especial – Principio de Especialización- que gozan los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal implica:

³⁰ Barbirotto, Pablo A. “El principio de especialidad en la justicia penal para niños y adolescentes: necesidad de respetar el derecho a un juzgamiento especializado en los procesos de reforma y modernización de la justicia penal juvenil”; Revista Pensamiento Penal, 10 de agosto de 2011.

* 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. En cuanto al perfil requerido al buen Juez Penal de Niños y Adolescentes, la CDN demanda un juez con un perfil muy especial. Por eso el proceso de reforma y modernización de la justicia debe incorporar jueces especialistas. En la opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, este mandato significa, en primer lugar, que el juez no solo debe conocer el derecho penal, sino que debe manejar adecuadamente el Derecho Penal Juvenil, con todas sus peculiaridades³¹. 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. “Sin embargo, la realidad no responde al reclamo de los doctrinarios. El paradigma de lo que se dice, sin que esto signifique un menoscabo para los correctos magistrados que integran la Cámara Penal de Menores de la Provincia de Mendoza, (Tribunal creado especialmente por la ley de Minoridad sancionada en esa provincia a la luz de la C.D.N) es que, al momento en que fueron seleccionados por el Consejo de la Magistratura local, sus integrantes tenían antecedentes en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal, pero no presentaban actividad alguna desarrollada en el ámbito de la minoridad. Quizás esto pueda explicar por qué este tribunal figura entre los que han dictado mayor número de sentencia a reclusión perpetua a menores de edad la República a Argentina”.

* 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. Así las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directriz N° 52) al igual que la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 40) y la Observación General N° 13, párrafo 16, recomiendan a los gobiernos la promulgación y aplicación de leyes, procedimientos y garantías especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.

³¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Justicia Restaurativa. Posible Respuesta para el Delito Cometido por Personas Menores de Edad” Pág.31/32, comentario cita 24° Pág.27. Edit. Rubinzal Culzoni Editores. Bs. As. Dic. 2009.

* 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. Este principio, implica además, que todos los operadores -no solo los jueces, fiscales y defensores oficiales- deben contar con formación específica. Por eso se recomienda la especialización y la formación profesional adicional de todos los organismos encargados de hacer cumplir la ley;

* Que las sanciones y las medidas alternativas al proceso penal sean distintas de las del régimen penal de adultos.

Siguiendo los conceptos del Cuadernillo N° 2: “El sistema de responsabilidad penal en argentina: aportes conceptuales para una respuesta penal juvenil diferenciada” elaborado por la Secretaría Nacional de, Niñez, Adolescencia y Familia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación³², podemos afirmar que en nuestro país, todos los modelos procesales existentes para el juzgamiento de menores se han diseñado partiendo de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos incorporados a ella, las normas nacionales dictadas por el Congreso Nacional para todo el país: el Código Penal, y en especial la ley 22.278, que determina entre otras cuestiones la fijación de la edad penal mínima de punibilidad, la “disposición tutelar”, la declaración de responsabilidad penal de un niño acusado de la comisión de un delito y sus consecuencias, etc. y las normas locales dictadas por cada provincia, que pueden expresarse de acuerdo a cada provincia en muy diversos esquemas, por ejemplo: a partir de leyes procesales penales juveniles específicas; en artículos específicos que regulan el proceso penal juvenil en los Códigos Procesales Penales provinciales; o en leyes locales integrales de protección de derechos de la infancia que regulan los aspectos penales, civiles y administrativos de mera protección.

Estas últimas normas son las que definen cómo el proceso penal juvenil se lleva adelante en cada jurisdicción. En esta lógica, regulan si la investigación está a cargo de un juez o un fiscal, cuáles son los criterios para restringir la libertad del niño durante el proceso penal que lo tiene como acusado de la comisión de un delito, cuáles son los plazos procesales que deberán cumplirse

³² Publicado en la página web www.desarrollosocial.gob.ar

en cada etapa, cuál es el órgano encargado de llevar adelante la audiencia de juicio, etc. Además, en un país federal como Argentina en el cual diferentes cuestiones relacionadas con la infancia se definen a nivel local, cada operador, de acuerdo a la posición que ocupe dentro del sistema (salud, educación, justicia, órganos de promoción y protección de derechos) deberá conocer las normas de protección y su sistema de implementación, las ya mencionadas normas procesales que regulan el proceso penal juvenil, y las normas que regulan la organización judicial que investiga los delitos cometidos por personas menores de edad.

Las legislaciones provinciales contemplan, de diferente modo, diversas formas de especialización de la respuesta estatal al delito cometido por un niño, que abarca desde las normas procesales hasta los órganos judiciales y administrativos intervinientes.

Así, las provincias de Neuquén, Córdoba y Mendoza, entre otras, han creado Juzgados especializados que intervienen en la etapa de instrucción y Tribunales que realizan el juicio de delitos imputados a adolescentes. Por su parte, la provincia de Buenos Aires distingue entre los Juzgados de Garantías del Joven, los Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil, los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil. Los Juzgados de Garantías del Joven se encargan de la investigación penal preparatoria, los Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil (unipersonales) y los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil efectúan el juicio oral. Se admite que en ciertas jurisdicciones donde no existan los Juzgados de Garantías del Joven intervengan los Juzgados de Garantías de adultos. En la Ciudad de Buenos Aires y en Salta, no se distingue entre Juzgados de instrucción y Tribunales de juicios sino que la primera etapa es realizada por un Juez Penal Juvenil y durante el juicio interviene otro magistrado especializado. En la provincia de Neuquén se admite que en algunas circunscripciones no intervenga la Justicia especializada en los recursos. En materia de ejecución de la sanción, en provincia de Buenos Aires, en Mendoza y Neuquén, entre otras provincias, el control está a cargo del Tribunal que la impuso. Por ende, no se prevé un Juez que se dedique exclusivamente a la ejecución de la sanción. Con respecto a la capacitación específica en la temática juvenil es exigida en forma expresa en la provincia de Buenos Aires, Mendoza, Neuquén y Entre Ríos. Cuando el delito

es cometido por adultos y jóvenes, las provincias ha adoptado diferentes soluciones. En algunos casos interviene sólo la Justicia especializada (Ciudad de Buenos Aires) o la Justicia ordinaria aplicando las declarando la responsabilidad penal juvenil y la Justicia especializada debe resolver la imposición de sanciones (Mendoza). En otros casos, la etapa de investigación es conjunta y se realiza un juicio oral a los adultos y uno a los jóvenes (Buenos Aires) o el trámite es independiente desde el comienzo (Neuquén). La especialización de los agentes fiscales y los defensores oficiales es exigida en las provincias de Buenos Aires, en la Ciudad de Buenos Aires y en Mendoza, entre otras jurisdicciones. En la provincia de Buenos Aires incluso se dispone que los funcionarios deben acreditar especialización en los derechos del niño y conocimiento del sistema de promoción y protección integral. En varias provincias se establece un proceso acusatorio a cargo del Fiscal especializado (Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Mendoza y Neuquén). Asimismo, se recepta el principio de oralidad celebrándose audiencias para resolver cuestiones de relevancia (Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires). En Mendoza, al igual que en nuestra provincia, se prohíbe la constitución de parte querellante. Como principios específicos cabe destacar que la Ciudad de Buenos Aires reconoce la claridad y Buenos Aires la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de conflictos y la participación de la víctima. La asistencia de un cuerpo técnico interdisciplinario es regulada en diferentes jurisdicciones (Buenos Aires, Mendoza, Neuquén y Río Negro). Este equipo debe estar conformado por profesionales de diferentes disciplinas (médicos, psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales) y se encarga de hacer informes sobre el joven. En Mendoza pueden intervenir para la recepción de las declaraciones o interrogatorios de los adolescentes. En la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se exige la capacitación especial de los funcionarios policiales.

A partir de la singularidad del proceso penal juvenil y conforme a las regulaciones procesales y a las leyes de organización de la justicia vigentes en cada provincia, se podrá distinguir la intervención de múltiples y diversos sujetos procesales en cada etapa del proceso (fiscal, juez de instrucción/de control/de garantías, juez de responsabilidad penal, Cámara/Tribunal de

Apelaciones/Impugnación, defensor técnico, defensor de menores/asesor tutelar, etc.). Particularmente, en nuestra provincia de Córdoba, nuestro T.S.J. se ha encargado de señalar que *“La norma contenida en el artículo 59 del Código Civil prescribe que el asesor es parte necesaria en todo juicio en que intervenga un incapaz. Su función es de asistencia, vigilancia y control de los intereses del menor en todo asunto judicial o extrajudicial en que esté comprometida la persona o los bienes del incapaz. La representación del asesor de menores es promiscua y complementaria: promiscua porque es representante del menor en forma conjunta con los padres o con el tutor, y complementaria porque no sustituye ni reemplaza al representante del menor. El Ministerio no realiza actos a nombre de los incapaces, ni es su mandatario convencional o legal. La representación consiste en que obrando en favor de sus intereses, concurre con su dictamen en todo litigio en que el menor sea parte, y controla la actuación judicial o extrajudicial de sus representantes necesarios. No hay pues procuración o delegación sino asistencia o control. Sólo cuando la representación de los padres o tutores, reconocida como necesaria, es omisa, puede el Ministerio Pupilar actuar supletoriamente en ese mismo carácter de representante para impedir la frustración de un derecho. Se advierte que aquellas funciones más que representativas son de asistencia y contralor, sin perjuicio de asumir también carácter representativo para suplir por tanto subsidiariamente, la omisa actuación de los representantes legales individuales. El Asesor de Menores no es un representante convencional, sino que es un órgano de vigilancia y asesoramiento en los asuntos que a éstos interesen en sus personas o bienes. La asistencia jurídica del menor de edad es un imperativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 19, 20, 40) y se inserta en la que gratuitamente brinda la Provincia para posibilitar el acceso a la justicia por mandato constitucional (Const. Prov., 49). Aún con el dictado de la ley de Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes, se ha reconocido una actuación autónoma a la representación promiscua, pues brinda una mirada adulta desde la cual se conceptualiza el interés superior del niño, el que en principio le corresponde a los propios progenitores o representantes necesarios del niño, y en el marco de un proceso judicial, al asesor que reviste tal representación. En lo que atañe al proceso penal, se le atribuye al Asesor Letrado Penal la función de ejercer la representación*

promiscua de menores e incapaces (art. 15 inc. 3 bis de la ley de Asistencia Jurídica Gratuita), debiendo actuar no sólo cuando el imputado hubiese cometido el hecho antes de los dieciocho años de edad (CPP, 80 texto según ley 9053), sino también cuando la víctima del delito resulta un menor o incapaz, para la mejor tutela de los intereses de los mismos en el devenir de la actuación judicial, pudiendo ejercer supletoriamente su representación individual cuando las personas a quienes les cabe tal potestad no lo hicieren. Tal disposición, que le otorga al Defensor Oficial en el Fuero Penal el ejercicio de la representación promiscua, tiene la suficiente amplitud para incluir en el ámbito de sus atribuciones la de entablar en defensa de sus representados las acciones y recursos pertinentes, tal como específicamente lo prevé para los Defensores de Menores e Incapaces en el orden federal, el artículo 54 inc. a) de la ley 24946.”³³

Pero a partir de la norma nacional, pueden individualizarse cuestiones atinentes al proceso de menores que son comunes en todas las jurisdicciones. Así, un elemento que se verifica en los diferentes sistemas procesales es el llamado históricamente “expediente tutelar”, que encuentra su fundamento en el artículo 1° de la ley 22.278. Este legajo era aquel en el cual se detallaban las medidas estatales (judiciales o administrativas) dictadas en el marco de la disposición tutelar sobre un niño acusado de la comisión de un delito.

Hoy este expediente ha cambiado su formato, contenido y objetivos, los que dependen de cada provincia (“legajo personal”; “legajo de medidas de protección”; “legajo de información personal”; etc.); o incluso ha sido suprimido de la práctica forense, incorporándose directamente al expediente penal las constancias vinculadas al abordaje terapéutico, al restablecimiento de derechos vulnerados (salud, educación, vivienda, etc.) y a la articulación con los sistemas administrativos de promoción y protección de derechos. Fue en gran parte asimilado al conocido como “cuadernillo de personalidad” que se forma en el proceso penal de adultos.

Asimismo, entre las normas procedimentales comunes para todas las jurisdicciones, la 22.278 dispone que al iniciarse un proceso, quien lo lleve

³³ T.S.J., Sala Penal, “BENITEZ, Julia y otro p.s.a. promoción a la prostitución de menores calificada, etc. -Recurso de Casación-”, S. N° 136, 21/5/2010, (Tarditti, Blanc y Cafure).

adelante procederá del siguiente modo: “(...) *Lo dispondrá provisoriamente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.*”

De este párrafo de la ley nacional 22.278 pueden extraerse las siguientes premisas:

- * Todos los delitos en los cuales fuera acusado una persona menor de edad deben investigarse en el marco de un proceso penal, con las garantías del debido proceso;
- * La “disposición tutelar” implica una sujeción a la autoridad judicial, que no implica necesariamente la privación de la libertad del niño;
- * La intervención de los equipos interdisciplinarios es necesaria a los efectos de asistir al fiscal/juez que intervenga de manera inicial con la mayor cantidad de información técnica posible respecto del niño acusado de cometer un delito.
- * En todo el proceso el niño será asistido por un defensor técnico.
- * Cualquier medida que se adopte respecto del niño podrá ser impugnada ante una autoridad judicial de rango superior al que la dictó.

Luego de la sanción de la Ley 24.390 y en relación a las disposiciones tutelares, nuestro T.S.J. ha sostuvo que *“Si bien es cierto de que las reglas relativas a la prisión preventiva no son aplicables a los menores (ley 8498, art. 15, inc. 4º) y que la ley 24390 no contiene disposiciones que específicamente se refieran a los menores, puede decirse que las medidas tutelares dispuestas antes del juzgamiento concernientes a un menor sometible a proceso tienen en común con la prisión preventiva, que tanto unas como la otra, consisten en privaciones de la libertad cautelares. De consiguiente, es posible la aplicación de la ley 24390, sobre la base de la extensión analógica a las medidas provisionales previas al juzgamiento dispuestas en las que el justiciable se haya encontrado privado de la libertad. No es posible aquella extensión analógica con posterioridad al juzgamiento firme. Es que la ley 24390 obedeció a la necesidad de resolver la situación de los encarcelados en prisión preventiva, que no obstante gozar de la presunción de inocencia que dimana del art. 18 de la C.N., aún no habían sido juzgados sin razón justificada.*

Situación diferente es la que resulta de la finalidad del tratamiento establecido en el art. 4º de la ley 22278 a un menor cuya responsabilidad en un hecho delictivo ha quedado establecida, pues con la sentencia declarativa de responsabilidad la situación de incertidumbre ya no existe.”³⁴ También nuestro T.S.J. tuvo oportunidad de expedirse sobre la vinculación del tratamiento tutelar con la gravedad del hecho presuntamente cometido, al sostener que “Atento la función predominantemente tutelar del proceso de menores, la “gravedad del hecho cometido”, no debe interpretarse como un indicador de “peligrosidad procesal” del niño, sino como una cabal demostración de que los padres no habrían desempeñado adecuadamente su rol principal, concerniente a la educación y contención de ese niño, por lo cual resulta necesario que el Estado asuma el rol subsidiario que le compete ejercer en cuanto a estos aspectos, llevando a cabo un tratamiento tendiente a la superación de la grave inconducta probablemente cometida y –en definitiva- arribar de este modo a la meta deseada: la no punición del menor, aunque sea declarada su responsabilidad penal en el hecho. Es por ello, que en aras del “interés superior del niño” y atendiendo al principio de mínima suficiencia vigente de modo patente en esta área especializada del Derecho, frente a la inusitada gravedad del presente hecho (probablemente cometido), resulta imprescindible llevar a cabo un tratamiento de educación y corrección, pues si se alcanzan buenos resultados ellos posibilitan la absolución de los menores aquí nombrados, aún declarada su responsabilidad penal (art. 4 L. 22.278), por lo que concordamos con lo sostenido por la Sra. Juez de Menores actuante, en cuanto sostiene que, ante la gravedad del hecho bajo examen, se requiere una medida de contención efectiva, siendo la única adecuada para un profundo trabajo interdisciplinario a nivel individual y también familiar, apuntando al correcto desempeño de los roles materno y paterno (voto de las Dras. Tarditti y Blanc G. de Arabel). Lo único que justifica la medida de internación durante su encierro cautelar (arts. 65 y 67 L. 9053) es su peligrosidad procesal, y al respecto (como lo destaca el voto que me precede) repárese en la similar redacción de los dos supuestos contemplados en el art. 65 de la ley 9053 (atinentes a la privación cautelar de la libertad de un menor) con lo establecido en el art. 281 del C.P.P.,

³⁴ T.S.J., Sala Penal, “NADAL, Daniel Nicolás p.s.a. Tenencia de arma de guerra, etc. -Recurso de Casación-”, S. n° 8, 1/03/2002, (Tarditti, Cafure y Rubio).

el cual regula la prisión preventiva con relación a los mayores. Lo anterior impide sostener que el aludido encierro cautelar de los menores pueda tener sustento sólo en fines estrictamente tutelares, pero atento la inminente realización del debate oral, estimo conveniente mantener el estado en que actualmente se encuentran los referidos menores, a los fines de asegurar su presencia en el debate (voto en disidencia de la Dra. Cafure de Battistelli).”³⁵

También el Tribunal cívico provincial ha sentado criterio sobre las exigencias del tratamiento tutelar, al sostener que *“Esta Sala ha sostenido que previo a la declaración de responsabilidad (Ley 22278, art. 4º inc. 1º) del menor por su intervención en un hecho criminal, desde su aprehensión se encuentra sometido a disposiciones tutelares destinadas no sólo a establecer su participación en el hecho delictivo como si se encuentra en una situación de abandono moral o material, estableciendo la ley diversas medidas a cargo del juez competente que al respecto tiene un amplio margen de actuación: son medidas tutelares provisionales previas al juzgamiento (Ley 22278, art. 2, y Ley Pcial. 8498, art. 17). Una vez determinada la existencia del hecho delictivo, cuanto de la declaración de responsabilidad del menor, a los fines de la imposición de la pena, y siempre teniendo en cuenta la calidad de los sujetos involucrados, la determinación de la pena, queda supeditada al resultado del tratamiento tutelar posterior al juzgamiento (art. 4º de la ley 22278; T.S.J., Sala Penal, S. 11, 5/03/99, “Moreira”).*

La ley nacional nº 22.278 establece, como uno de los requisitos para la imposición de pena al menor al que refiere el artículo 2º (16 a 18 años de edad, por delito que no sea de acción privada o que esté reprimido con pena privativa de libertad que exceda de dos años), su sometimiento a “un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad” (art. 4º inc. 3º). Dicho tratamiento, debe ser entendido como el conjunto de medidas educativas, científicamente dictaminadas y prudencialmente determinadas a nivel judicial, dirigidas a la corrección del menor que ya ha sido declarado responsable del delito cometido antes de los dieciocho años de edad, como así también a elucidar si es o no necesaria la

³⁵ T.S.J., Sala Penal, “ORTIZ GUBLER, Gregorio y otro p.ss.aa. Homicidio –Recurso de Casación–”, S. Nº 127, 17/10/2006, (Tarditti, Blanc y Cafure).

aplicación de una pena en consecuencia, y como tal no puede prescindir de un examen, informes y peritaciones para ilustrar debidamente acerca de la personalidad del menor y sus condiciones familiares y socio-ambientales. Es que dicha fase no es otra cosa que un instituto de probation, en tanto la imposición de pena dependerá de su resultado y del modo en que éste se conjugue con otras variables -modalidades del hecho, antecedentes e impresión directa recogida por el Juez- en orden a establecer la peligrosidad delictiva del menor, como pauta de estimación de su necesidad en el caso concreto. Tan particular naturaleza pone en evidencia la relevancia de un conocimiento profundo y minucioso de la problemática del joven, ya que en la medida en que el tratamiento tutelar puede adquirir diversas modalidades, el Tribunal debe escoger la que más se adapta a sus necesidades educativas y a los principios de rehabilitación, proporcionalidad y mínima suficiencia que impone la normativa nacional y supranacional (Conv. de los Derechos del Niño, arts. 40.1 y 4.4, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-, arts. 5.1, 18.1, etc.). Surge entonces insoslayable el contacto directo del Juez con el menor y sus progenitores, como así también la intervención de su defensor y de los Ministerios Públicos, desde la perspectiva del derecho de defensa asegurado supraconstitucionalmente (Conv. de los Derechos del Niño, art. 40.2.b, Reglas de Beijing, art. 7.1).

La ley provincial de Protección Judicial del Niño y el Adolescente n° 9053 establece que -cuando el proceso es íntegramente llevado a cabo ante el Juez de Menores- en oportunidad del debate, “antes de la discusión final se leerán los estudios y peritaciones relativas a la personalidad del niño o adolescente, sus condiciones familiares y ambientales, y se oirá a los padres o encargados del niño o adolescente y a la autoridad responsable de la ejecución de las medidas tutelares ordenadas” (art. 69 inc. c). Tal es el momento reservado por la norma para que el Tribunal repare en la precisa conflictiva del menor, a los fines de diseñar con adecuación el tratamiento tutelar que requiere la ley 22.278.

Puede ocurrir empero, que el menor haya sido enjuiciado con otros imputados mayores, ante una Cámara del Crimen, supuesto en el cual ésta se restringe a declarar la responsabilidad de aquél en el hecho, para luego remitir las actuaciones al Juez de Menores “para que se pronuncie sobre la imposición de la pena o de las medidas que fueren procedentes con arreglo a la legislación vigente” (art. 63, 3º párrafo, ley 9053). Al ocurrir ello, compete al Juzgador fijar el tratamiento tutelar previa audiencia al encausado, sus padres o encargados, la defensa y los Ministerios Públicos. Si bien para esta hipótesis, la ley no dispone expresamente la realización de esta entrevista, su necesidad surge clara de una interpretación sistemática de la ley. Es que si para el caso en que la totalidad del proceso se haya tramitado ante sí, se prevé que en la instancia final el Juez de Menores recepte la información pertinente y conceda la palabra a los responsables del niño (art. 69) -luego de haber oído también a la defensa y a los representantes de ambos Ministerios Públicos (art. 69, ley 9053, en función del 402, C.P.P.)- con mayor razón ello resulta necesario si no ha sido dicho Tribunal el que llevó a cabo el juicio. Importaría un contrasentido exigir a quien ha dirigido todo el juzgamiento, recabar los informes y escuchar a los encargados del menor para recién en base a ellos decidir acerca del tratamiento tutelar (art. 69, ley 9053), y no hacer lo propio con aquél que no ha intervenido en el plenario. Aunque ciertos exámenes y peritaciones pueden obrar en la causa, no ocurre lo mismo con las opiniones y conceptos que su círculo familiar inmediato, su defensa y demás partes deben exponer y el Juez meritar en función del preciso punto de la medida educativa, que no fue objeto de consideración en el juicio común. Cabe concluir, entonces, que también en la hipótesis del artículo 63, 3º párrafo, de la ley provincial de menores, la decisión acerca del tratamiento tutelar debe estar precedida por una audiencia a la cual se arrime la información personal, familiar y ambiental del joven, y en la que se dé injerencia a los responsables del joven, su defensa, su representante promiscuo y el Fiscal de Menores.

La omisión de este debate priva a las partes de la intervención que les asegura la ley local y refuerzan las normas constitucionales y supranacionales que tutelan el derecho de defensa y resguardan la participación de su entorno familiar (arts. 62, 1º párrafo, ley 9053; 40.2, inc. “b”, Conv. Der. Niño; arts. 7.1,

15.1 y 15.2 Reglas de Beijing) todo en función del interés superior del niño (arts. 4 y 47 ley 9053; arts. 3 y 40.1, Conv. Der. Niño; art. 5.1, Reglas de Beijing).

La necesidad de la audiencia referida en el párrafo precedente no constituye respuesta suficiente al planteo casatorio, si no se examina -además- si en el caso su omisión ha acarreado un efectivo perjuicio a los intereses del menor.

Las especiales circunstancias de la causa no permiten dar por configurado este requisito, ya que la nulidad arriba señalada no ha provocado un perjuicio en la situación del imputado, que pueda conjurarse en un reenvío. Es que encontrándose el nombrado cumpliendo condena por el delito cometido ya cumplidos los 18 años, dicho encierro excluye del espectro de las posibilidades de solución del tratamiento tutelar, otras opciones que no incluyan la contención afectiva. Por tanto la asistencia psicoterapéutica (ordenada como medida cautelar), era la única opción posible compatible con el cumplimiento de la pena. Dicho en otros términos, la imposición de dicha medida en nada varía la situación del menor mientras se encuentre sometido -a la vez- a un tratamiento penitenciario. Las condiciones de este último son las que determinan la privación de libertad, la institución y el régimen bajo el cual se cumple, por lo que debió la impugnante evidenciar en qué puntual aspecto perjudicaba a su representado que dicho tratamiento lo sea, al mismo tiempo, en función del delito cometido como mayor (penitenciario) y de los perpetrados como menor (tutelar).”³⁶

La ley 22.278 establece dos franjas de edad con relación a las personas menores de 18 años de edad. Por un lado es penalmente irresponsable respecto de cualquier delito la persona que no haya cumplido 16 años de edad al momento del hecho que se estuviera investigando.

Por el otro, también es penalmente irresponsable la persona que no haya cumplido 18 años de edad, respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no excediera de dos años, o que solamente tengan prevista pena de multa o inhabilitación.

³⁶ T.S.J., Sala Penal, “BUSTAMANTE, Juan José p.s.a. robo, etc. -Recurso de Casación-”, S. n° 122, 25/11/2004, (Tarditti, Rubio y Cafure).

El límite en la aplicación de las normas sustanciales (de fondo, nacionales) y procesales (de forma, locales) para las personas que se encuentran por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal fijada en Argentina (16 años) se extiende aún luego que la persona acusada de cometer un delito haya alcanzado dicha edad. Ello significa que si un niño es acusado de cometer un delito con quince años de edad, debe iniciarse el proceso penal correspondiente y recolectar las pruebas de cargo (ley 22.278, “comprobar la existencia del delito”). Aunque el niño en este lapso de investigación policial/judicial haya cumplido los 16 años de edad resulta inimputable en los términos del artículo 1° de la ley 22.278.

Con respecto a los niños que cometen delitos por debajo de la edad mínima de 16 años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó que las cuestiones jurídicas que involucran a la infancia deben ser analizadas con base en la CDN, criterio que se encuentra en sintonía con la corriente que considera las normas internacionales de derechos humanos incorporadas al texto constitucional son aplicables de manera directa. La Corte Suprema estableció como un deber de los jueces respecto de este singular colectivo “*mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños y niñas sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal)*”. Esta información debe ser utilizada para adoptar todas las medidas necesarias para mejorar la calidad de vida de los allí alojados.

El derecho de defensa está previsto, regulado e implementado tanto desde el plano internacional, nacional y local (en este último caso, conforme a la forma de llevar adelante esta obligación que regulan las leyes procesales provinciales). El derecho de defensa en juicio consiste, en el ámbito del proceso penal, en la garantía de la persona acusada de cometer un delito de ejercer una serie de facultades en el proceso penal.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “*Los Estados parte velarán porque (...) 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.*” De acuerdo con la CDN se le debe permitir al niño, en el

plazo más breve posible, una entrevista con su abogado defensor y el contacto con su familia. Por su parte, el magistrado examinará sin demora si corresponde la libertad del niño en caso que hubiera sido privado de ella. El niño contará desde el inicio del proceso –y en forma permanente– con la asistencia de un abogado defensor, provisto de forma gratuita por el Estado en caso de ser necesario.

El derecho de defensa en juicio debe ser informado en forma inmediata de la acusación que se formula en su contra y de su acceso a la defensa técnica y material, de las características del proceso penal juvenil y las medidas que pueden adoptarse en su desarrollo y contar con la facultad de ofrecer elementos de prueba e interrogar a los testigos y peritos. La información que se le brinde al niño debe ser brindada en términos y formas “comprensibles”, lo cual no sólo debe ser garantizado por su abogado defensor, sino también por el resto de los actores procesales y administrativos del sistema de justicia.

Con el fin de resguardar la intimidad y el honor del niño y limitar los posibles efectos estigmatizantes del proceso penal, el Estado también debe garantizar en todo momento que se prohíba la difusión de cualquier información que permita identificar a un niño acusado de cometer un delito. Los expedientes de las causas penales deben ser confidenciales, sin que exista posibilidad de que accedan a ellos terceras personas sin interés o sin autorización.

En Argentina la defensa técnica en el proceso penal juvenil alcanza tanto a los niños imputables como a los inimputables por igual. En ambos casos, la implementación del derecho de defensa es una facultad regulada localmente. Respecto de los niños por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal puede citarse a modo de ejemplo:

* “El niño o adolescente inimputable gozará del derecho a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o adulto responsable y el asesoramiento o asistencia técnica del defensor penal del Niño o Adolescente oficial o de confianza.”;

* “El niño inimputable gozará del derecho a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o representantes legales y el asesoramiento o asistencia técnica de su Defensor.”

Las salidas alternas constituyen una aplicación del principio de desjudicialización de los conflictos penales que involucran a personas menores de edad y pueden aplicarse en cualquier momento del proceso. La regulación de los casos penales en los que se aplican las salidas alternas, los límites de la intervención judicial, la derivación a programas administrativos, el contenido y duración de las medidas, etc. corresponde a la legislación local.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece las salidas alternas dentro del proceso penal, para adoptar medidas que permitan el abordaje de los niños que han infringido las leyes penales “sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.” La citada Convención contempla diversas sanciones alternativas a la privación de la libertad:

- 1) El cuidado.
- 2) Las órdenes de orientación y supervisión.
- 3) El asesoramiento.
- 4) La libertad vigilada.
- 5) La colocación en hogares de guarda.
- 6) Los programas de enseñanza y de formación Profesional

En esta línea, el Comité sobre los Derechos del Niño sostuvo 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.”*

El uso de salidas alternas en el proceso penal debe ser promovido para evitar el grave deterioro personal y la estigmatización que suele producir en los niños los procesos penales. En este procedimiento el niño debe contar en forma permanente con la asistencia de un abogado defensor. En el sistema de responsabilidad penal argentino las salidas alternas más utilizadas son la remisión del caso y la suspensión del juicio a prueba. Para su aplicación se requiere que el niño preste libremente su consentimiento, luego de ser debidamente informado del procedimiento y sus consecuencias.

La suspensión del juicio a prueba es un instituto procesal por medio del cual el niño 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. La *probation* está regulada en el Código Penal, en los artículos 76 *bis*, 76 *ter* y 76 *quater*, por lo tanto se aplica en los procesos penales juveniles de todo el país. Durante el plazo de la *probation*, el niño estará sujeto al cumplimiento de determinadas obligaciones o reglas de conducta; pero si éstas no son cumplidas el juez o tribunal tiene la facultad de revocar la *probation* y reiniciar la persecución penal en su contra que se había suspendido. La revocación de la *probation* se produce también si el niño cometiera otro delito durante el período de prueba. La solicitud de esta salida alterna tiene dos exigencias: la manifestación expresa de la voluntad del niño imputado y el ofrecimiento de hacerse cargo de la reparación del daño “*en la medida de lo posible*”. Es importante destacar que el Código Penal no exige la admisión de la veracidad de la acusación penal para solicitar o conceder la suspensión del juicio a prueba. Puntualmente el Código habilita a que se otorgue la *probation* “*sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente*”. Como una derivación de su derecho a ser escuchado (CDN, artículo 12) el niño puede agregar a su solicitud cualquier otra cuestión referida a la admisibilidad de su pedido o a la manera en que éste debe ser cumplido. A partir del fallo “Acosta” de la Corte Suprema de Justicia, la suspensión del juicio a prueba alcanza a los delitos que aunque estuvieran reprimidos con una pena superior a los tres años de privación de libertad permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso, es decir que en el caso concreto la pena a imponerse no exceda de los tres años. Una vez que el órgano judicial decide la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, el Tribunal debe tomar dos decisiones: una vinculada al establecimiento del plazo de prueba para las reglas de conducta y otra relacionada con la imposición de reglas de conducta. De acuerdo al Código Penal 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. Las reglas de conducta serán establecidas conforme a las previsiones del artículo 27 *bis* del mismo Código. La acción penal quedará extinguida si durante el tiempo fijado

el imputado menor de edad no cometiera un delito, reparase los daños en la medida ofrecida y cumpliera con las reglas de conducta establecidas. En caso contrario se llevará a cabo el juicio oral y reservado bajo el régimen de la ley 22.278 y las normas procesales aplicables. Cuando se suspende el proceso a prueba, las pautas de conducta impuestas al niño 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.).

Las Reglas de Beijing incluyen una institución procesal denominada “remisión” que es definida de la siguiente forma: *“Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente.”* Además, *“La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.”*

La decisión de aplicar la remisión del caso se legisla provincialmente, y podrían encontrar numerosas disposiciones para regular su procedencia:

- *“El fiscal, fundadamente, en cualquier etapa del proceso, podrá aplicar criterios de oportunidad renunciando total o parcialmente al ejercicio de la acción penal, limitarla a uno o varios delitos o 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;

b. El adolescente, como consecuencia del hecho, haya sufrido un daño físico, psíquico o moral grave;

c. La sanción correspondiente al delito de que se trate, carezca de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito;

d. Se estime que el procedimiento penal pueda causar al adolescente un daño mayor que el producido por el delito.”

- *“La solicitud de archivo tomará en consideración las circunstancias que se vinculen con la gravedad del hecho, la forma y grado de participación, la reparación del daño causado en la medida de lo posible o el compromiso de reparación asumido por el niño o sus padres, las consecuencias del hecho, el contexto familiar y social, y el pronóstico sobre el logro de los objetivos de mantenimiento o fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.”*

- *“Cuando lo considere conveniente, y sin perjuicio de la investigación, el Juez puede de oficio o a solicitud de parte eximir a la niña, niño o adolescente de las medidas tutelares que procedieren, aún en forma provisional, remitiéndolo a servicios alternativos de protección que eviten su disposición judicial en los términos del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes previsto en la presente Ley.”*

La declaración de responsabilidad penal prevista en la ley 22.278 es una sentencia judicial que se dicta cuando el juez o tribunal haya resuelto, luego de efectuado el juicio en contra del niño acusado de cometer un delito (de acuerdo a las formalidades procesales de cada provincia), declarar al niño “responsable” de la comisión de un delito.

Este juicio se realiza en una audiencia convocada a efectos procesales autorizados por la ley local. El juicio oral puede llevarse adelante también respecto de un niño que no haya cumplido los 18 años de edad. La situación vedada legalmente por la ley 22.278 es que el juez o tribunal pueda deliberar sobre la necesidad de una pena y, en su caso el monto a aplicar, a un niño declarado penalmente responsable antes que cumpla los 18 años de edad (mayoría de edad).

Luego de la audiencia de juicio oral y reservada, son dos las opciones que respecto del niño puede tomar el juez o tribunal:

- a) Absolver por falta de pruebas suficientes;
- b) Declarar su responsabilidad penal en la comisión de un delito.

La declaración de responsabilidad penal es una sentencia que declara con la máxima certeza procesal la culpabilidad del niño en el delito investigado. Algunas jurisdicciones provinciales regulan que la sentencia de responsabilidad penal puede lograrse a partir de un “juicio abreviado”, es decir la conformidad del niño con la acusación penal formulada en su contra y la aceptación de su responsabilidad en el hecho juzgado. En tal caso no se realizará la audiencia

de juicio oral y reservada. La problemática del “juicio abreviado”, de su aplicación en el proceso penal juvenil, resulta de su incompatibilidad con el principio de especialidad, derivado del derecho de los niños a su protección especial y de la preponderancia de la finalidad de reintegración social.

En caso de no arribar el juez o tribunal a un pronunciamiento de responsabilidad penal, por los motivos que regulan las normas de procedimiento locales (por ejemplo. insuficiencia probatoria, beneficio de la duda, etc.), se lo “absolverá” de igual modo que ocurriría con una persona adulta en un proceso penal. Esta sentencia absolutoria refleja que el Estado no ha podido refutar la presunción de inocencia de la que goza cualquier persona en un proceso penal.

Luego de la declaración de responsabilidad penal, en caso de recaer una sentencia que declare la responsabilidad penal de una persona menor de edad por la comisión de un delito el juez o tribunal cuenta con las siguientes alternativas:

- Suspender el trámite de las actuaciones hasta una fecha determinada, a la espera de la evolución del abordaje interdisciplinario y el resultado de la actuación de los sistemas de protección de derechos.
- Resolver junto con la declaración de responsabilidad penal del niño (y cumpliéndose ciertos requisitos) si corresponde o no imponer una pena y el monto de ella.

El artículo 4° de la ley 22.278 indica los requisitos y las circunstancias a tener en cuenta para los casos en que se resuelva imponer una pena al niño declarado previamente penalmente responsable. Su primer párrafo establece que la imposición de pena respecto de una persona menor de edad estará supeditada a tres requisitos:

1º) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2º) Que haya cumplido dieciocho años de edad. Es importante recordar que los 18 años de edad son necesarios para resolver sobre la imposición de pena, pero no para llevar adelante la audiencia de juicio oral y reservada que podrá culminar con la declaración de responsabilidad penal, pudiendo el niño ser juzgado a sus 16 o 17 años de edad.

3º) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad (18 años de edad Cumplidos los requisitos previstos en la ley (que el niño haya sido declarado penalmente responsable conforme a las normas locales; que haya cumplido 18 años de edad; y que se hubiera cumplido un seguimiento judicial no inferior a un año), el juez o tribunal podrá en primer término debatir acerca de la conveniencia de imponerle una pena al niño. Para ello se deberá valorar en su conjunto las modalidades del hecho por el cual fuera declarado penalmente responsable, los antecedentes de la causa, el resultado del tratamiento tutelar (el abordaje judicial y administrativo en medio libre, semicerrado o cerrado, etc.) y la impresión directa recogida durante la audiencia de juicio oral y reservada (que además de la escucha del niño, se complementa en general con la opinión de los profesionales de los equipos interdisciplinarios judiciales y administrativos que hubieran abordado al niño desde el comienzo del proceso penal).

Para imponer una pena a un niño declarado penalmente responsable el juez o tribunal debe efectuar un “juicio contradictorio” entre las partes del proceso, esto es dar vista a la acusación y a la defensa para que aleguen respecto de la necesidad de pena y su monto y forma de cumplimiento. Si bien en la mayoría de los casos la vista del artículo 4º de la ley 22.278 se realiza por escrito, en un orden que responde a la legislación local (por ejemplo, fiscal, defensa técnica del imputado y asesor de menores si su participación está prevista) en varias normas provinciales se establece que este acto debe ser realizado en una audiencia oral convocada al efecto.

El segundo párrafo del artículo 4º de la ley 22.278 dispone que si el tribunal decide imponer una pena al niño previamente declarado penalmente responsable, puede reducirla en la escala penal prevista para la tentativa de ese delito. La forma para calcular esa escala penal reducida está prevista en el Código Penal: “la pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó la interpretación del cálculo a efectuarse para aplicar pena a personas que cometieron delitos con menos de 18 años de edad. El más Alto Tribunal del país concluyó en el fallo “Maldonado” que: *“En el marco de un derecho penal compatible con la*

Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto (...)". Agregó el Tribunal señero del país en dicho fallo que "Si bien los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no es posible inferir de dicho principio que frente a la infracción de la ley penal, aquellos deban ser tratados de igual modo que los adultos. El derecho del imputado a ser oído antes de que se lo condene resulta tanto más importante cuando se trata de menores, pues para ellos se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria".

En caso de tratarse de un delito tentado (no consumado), y el juez o tribunal decida necesaria la imposición de una pena al niño, pero entienda que debe ser reducida en la forma prevista para la tentativa, se procederá del siguiente modo: sobre la escala penal del delito consumado se hará una primera reducción que responde a las circunstancias fácticas de la causa; luego sobre ese resultado se efectuará una nueva reducción por imperio del fallo "Maldonado" de la Corte Suprema. Una reducción de la pena se efectúa por la minoría de edad del acusado al momento de cometer el delito; y la segunda reducción por su menor grado de culpabilidad por ser un niño, conforme a la interpretación de "Maldonado" de la Corte Suprema.

Si a pesar de haber sido el imputado menor de edad declarado penalmente responsable el juez o tribunal considerara innecesaria la imposición de una sanción, conforme los parámetros establecidos en el segundo párrafo del artículo 4º de la ley 22.278 112, Tribunal podrá "absolverlo". Esta sentencia "absolutoria" está vinculada al desarrollo favorable del seguimiento tuitivo efectuado por el órgano jurisdiccional, en muchos casos con la cooperación de las autoridades administrativas. Mientras la mayoría de

edad civil se extendía hasta los veintiún años, el Régimen Penal de la Minoridad (ley 22.278), aprobado en el marco de esa legislación, autorizaba:

- A) El diferimiento de la decisión de aplicar una pena hasta esa edad y, además,
- B) Exigía el alojamiento en instituciones especializadas para los entonces llamados “menores adultos” (artículos 6° y 10° de la citada ley).

La reducción de la edad en la cual se alcanza la mayoría de edad civil implicó, en materia penal, la pérdida de esas dos reglas relacionadas con el principio de especialidad en materia penal juvenil. A partir de esa disminución a los 18 años (art. 25 Código Civil y Comercial) se plantearon diversas problemáticas sobre el tema, en particular a partir de lo relevado en varias jurisdicciones provinciales en las cuales se produjo una transferencia de los niños desde instituciones de alojamiento de personas menores de edad a los servicios penitenciarios de cada jurisdicción (los que pueden contar o no con sectores diferenciados de “jóvenes adultos”). El problema de fondo que plantea la situación de personas mayores de edad que cumplen condenas privativas de libertad por delitos cometidos cuando eran menores penalmente responsables, es el alcance que se dará al principio de especialidad, que como se expusiera, debe abarcar a todas las instancias del proceso penal juvenil, incluyendo a la fase de ejecución de la pena. Abordando dicha problemática, nuestro T.S.J. ha sostenido que *“La regla convencional que establece la necesidad de que el niño privado de libertad esté separado de los adultos (CDN, art. 37 ap. c), no rige respecto de quienes ya han cumplido la mayoría de edad, sin perjuicio de que éstos sigan sometidos al régimen penal juvenil cuando hayan cometido delitos entre los 16 y 18 años de edad. Sin embargo y por eso mismo, la mayoría de edad no significa su traslado automático a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir 18 años, pues puede permanecer en el centro juvenil en tanto que el tratamiento socioeducativo evidencia una evolución positiva y no atente contra el interés superior de los niños/as de menor edad internados en ese lugar. El sistema legal vigente permite que los jóvenes adultos de más 18 años que se encuentran bajo el régimen penal juvenil por haber cometido delitos antes de esa edad, sean alojados en establecimientos carcelarios para adultos (Ley 22.278, arts. 6, 8, y 10). Sin embargo, se establece que serán ubicados en secciones separadas o*

*independientes, poniéndose particular empeño en la enseñanza obligatoria y en la capacitación profesional –actividades que deberán ser brindadas por el Servicio Penitenciario independientemente de la demanda de los jóvenes–, como así también en el mantenimiento de los vínculos familiares. Por otra parte, a fin de brindar un adecuado tratamiento socioeducativo a los jóvenes adultos que se encuentre bajo el régimen penal juvenil, se hace necesario que el Servicio Penitenciario cuente con personal competente y especializado con formación en derechos humanos y en materia penal juvenil.”*³⁷

Las reglas internacionales reconocen el principio de separación de niños y adultos tanto procesados como condenados, así como la especialización de los operadores administrativos y judiciales a lo largo de todo el proceso iniciado como consecuencia de un delito perpetrado por una persona menor de edad.

El principio de especialidad propugna extender la aplicación de las leyes orgánicas, procesales y de ejecución diferentes de las previstas para los adultos, aún cuando el niño adquiriera la mayoría de edad. La postura del criterio amplio del principio de especialidad durante la ejecución de la pena también fue recogida por dicho Comité: “(...) *Deben establecerse servicios especializados, por ejemplo, de libertad vigilada, de asesoramiento, de supervisión, y también centros especializados, como centros diurnos y, según proceda, centros de atención y tratamiento de menores delincuentes en régimen de internado. En un sistema de justicia de menores de este tipo deberá fomentarse de manera continua la coordinación efectiva de las actividades de todas estas unidades, servicios y centros especializados (...)*”.

CAPITULO II

Consecuencias por la vulneración de garantías que podría acarrear el modelo seguido en la Provincia de Córdoba.

II.1. En primer lugar, cabe señalar que en nuestro país el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cuenta con una Secretaría de Derechos Humanos organismo especializado en la protección de los derechos humanos que brinda

³⁷ T.S.J., Sala Penal, “P. N. p.s.a. robo calificado con arma de fuego de operatividad no acreditada, etc. – Recurso de Casación–”, S. N° 225, 1/6/2016, (López Peña, Tarditti y Cáceres).

asistencia, orientación y acompañamiento frente a la vulneración de derechos nacida de la violencia institucional que importa el modelo imperante en la provincia.

Ya constriñéndome a los recursos judiciales internos, cabe recordar que tanto en el ámbito de la justicia provincial, cuanto de la justicia federal, resulta posible formular planteos por quien considere se ha producido una violación del derecho de todo menor a ser juzgado por un juez natural, es decir, un juez designado legalmente antes del hecho de la causa, especializado en la problemática de la delincuencia juvenil y que no reúna en si mismo la doble calidad de investigador y sentenciante, los cuales, como ya hemos visto, han culminado con el apartamiento de la etapa del juicio del magistrado que había practicado la investigación.

También se debe tener presente que antes de presentar una denuncia por violación de derechos humanos, ante instancias internacionales, se exige, como regla general, el agotamiento de los recursos judiciales internos establecidos en el Estado en el que se ha producido la presunta violación de derechos humanos que se pretende denunciar. Los organismos y mecanismos que exigen el agotamiento de la vía jurisdiccional interna, suelen contemplar, sin embargo, la posibilidad de acudir, como excepción, ante ellos, cuando la vía interna se muestre ineficaz o se pueda prolongar injustificadamente. Debe prestarse especial atención a la exigencia de agotamiento de los recursos judiciales internos puesto que, en ocasiones, los plazos establecidos por la legislación interna de cada país para poder denunciar y recurrir determinadas violaciones de derechos son plazos muy breves. Por tanto, si no llegara a reaccionarse con suficiente rapidez ante una violación de derechos humanos, emprendiendo los recursos o mecanismos de impugnación disponibles en el Estado en que se comete la presunta violación de derechos humanos, dentro del plazo establecido en cada caso, se podría perder la posibilidad de acudir ante aquellas instancias internacionales que exigen el agotamiento previo de la vía judicial interna.

Una vez agotada la vía interna (agotando todos los recursos procedentes en dicha vía) o si nos encontramos en uno de esos casos excepcionales en los que no se exige el agotamiento de los recursos internos, hay que decidir a qué mecanismo internacional acudir.

Debe estudiarse cuáles son los mecanismos de denuncia realmente aplicables o disponibles en cada caso teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- Naturaleza del derecho vulnerado, debiendo tenerse en cuenta que para determinadas violaciones de derechos humanos se han adoptado mecanismos específicos de supervisión y, en su caso, denuncia (por ejemplo, Comités o Relatores especiales sobre derechos específicos) y que; sin embargo, para otros tipos de violaciones de derechos humanos no se ha establecido ningún procedimiento específico de denuncia más allá de los mecanismos genéricos de denuncia y supervisión (tales como, por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos, el TEDH o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros).
- Incluso si se han creado determinados órganos específicos establecidos para tratar sobre un determinado tipo de derecho o violación de derechos, habrá que comprobar si esos órganos específicos contemplan la posibilidad de actuar ante denuncias individuales, porque no siempre es así.
- Lugar y tiempo en que se producen las violaciones de derechos humanos que se pretenden denunciar. Este factor debe tenerse en cuenta, por ejemplo, para determinar si un determinado Estado había firmado un determinado Tratado de derechos humanos que, en principio pudiera resultar de aplicación, en el momento de producirse la violación de derechos que se pretende denunciar.

Por su parte, la C.S.J.N. se ha encargado de puntualizar que *“El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la "situación irregular", abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10.903 (párrafo 15), sino también a la ley 22.278 (párrafos 40 y 62). Si bien refiriéndose en conjunto a ambas leyes, el Comité puntualizó que el régimen legal vigente, inspirado en la mencionada doctrina, no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. Aunque con la sanción de la ley 26.061 y derogación de la ley 10.903, han perdido actualidad algunas críticas del Comité (como la incluida en el párrafo 15 de que no hay norma alguna que considera al menor sujeto de derechos), hay otras que sí mantienen vigencia. En efecto el régimen*

de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la "situación irregular" y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a). Por otro lado, cabe recordar que el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la "eliminación del concepto tradicional de 'situación irregular'" también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6-2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56).

El Comité recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

La fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder

Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que en esta materia tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866). Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874).

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).

La ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, únicamente deroga a la ya citada ley 10.903. Por lo tanto, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En especial, deberán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación.

Se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en 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 la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.”³⁸

II.2. En el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H.), al ratificarla, el Estado argentino —al igual que el resto de los Estados del continente que así lo hicieron— ha asumido la obligación general de respetar un conjunto de derechos y libertades esenciales y de garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna, a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Con el propósito de dar mayor efectividad a los derechos reconocidos y de garantizar que los Estados cumplan con las obligaciones asumidas, la Convención establece un mecanismo de protección internacional de los derechos humanos basado en las atribuciones de dos órganos especializados: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene la facultad de actuar respecto de las peticiones individuales que le sean presentadas por cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental que aleguen la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana o en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Pero también ante situaciones generales. A su vez, la Corte Interamericana podrá actuar en los casos relacionados con Estados que hayan expresamente admitido su jurisdicción, como lo hizo Argentina.

Debemos recordar que el artículo 63 de la C.A.D.H. establece que “1. *Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.* 2. *En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los*

³⁸ C.S.J.N., 2/12/2008, "GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y MUSA, Laura Cristina s/ causa N° 7537",

asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”.

Tal actividad, que se conoce como la función contenciosa de la Corte, significa que dentro de esta función, la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano. Asimismo, a través de esta vía, la Corte realiza la supervisión de cumplimiento de sentencias, lo que implica, en primer término, que ésta solicite información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento en el plazo otorgado por la Corte, así como recabar las observaciones de la Comisión y de las víctimas o sus representantes. Una vez que el Tribunal cuenta con esa información puede apreciar si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para este fin y cumplir con la obligación de informar a la Asamblea General sobre el estado de cumplimiento de los casos que se tramitan ante ella. Asimismo, cuando lo considere pertinente, el Tribunal convoca al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones y en ésta escuchar el parecer de la Comisión. Este mecanismo de supervisión se realiza porque la implementación efectiva de las decisiones de la Corte es la pieza clave de la verdadera vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin la cual se hace ilusorio el propósito que determinó su establecimiento. Por ello la Corte ha considerado que el efectivo cumplimiento de sus decisiones es parte integrante del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, resulta necesario que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones de la Corte.

II.3. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, recordemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé en su artículo 10 que *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.*

Dentro de este organismo, el Consejo de Derechos Humanos es el principal órgano encargado de la promoción y protección de los derechos fundamentales. En caso de que se denuncien violaciones de derechos humanos ante este órgano, el Consejo puede designar a grupos de investigación o a expertos, organizar visitas sobre el terreno, ponerse en contacto con los gobiernos correspondientes, proponer su colaboración y condenar las violaciones. Si considera que la gravedad de la situación lo justifica, el Consejo puede ordenar que se inicie una investigación, de la cual se encargaría un grupo de expertos independientes (grupo de trabajo) o un especialista (relator o representante especial). El Consejo se basa en las conclusiones de los expertos y se dirige al gobierno correspondiente para instarle a realizar cambios.

CAPITULO III

Resultados de la investigación y posible solución

III.1 Resultados de la investigación

a. Ya desde el comienzo de la legislación específica sobre minoridad en la provincia de Córdoba estaba prevista la especialidad sobre la materia, pues la Ley 4873 (sancionada el 30/12/1965 y publicada el 17/01/1966) determinaba, en orden a la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por menores, que: **Artículo 1º bis.**-La Cámara de Menores será competente para conocer y resolver:

- 1) En única instancia, de los delitos atribuidos, a menores que fueren punibles conforme lo dispuesto por las Leyes Nº 22.278 y 22.803.
- 2) En única instancia, en las causas por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en perjuicio de menores de dieciocho (18) años y por infracciones al Artículo 18 de la Ley Nº 10.903.

- 3) En la imposición de penas, medidas tutelares o correctivas a los menores de edad, cuando la declaración de responsabilidad hubiere correspondido a otro Tribunal.
- 4) En los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los Jueces de Menores.
- 5) En las quejas por retardo de justicia contra las resoluciones de los Jueces de Menores.
- 6) En las cuestiones de competencia que se susciten entre los Tribunales jerárquicamente inferiores.
- 7) En la recusación e inhabilitación de sus miembros y de los Jueces de Menores.

Artículo 1º ter.- Los Jueces de Menores serán competentes para:

- 1) Practicar la investigación penal preparatoria en el supuesto previsto por el inciso 1) del artículo anterior.
- 2) Practicar las medidas que le correspondan durante la investigación penal preparatoria en el supuesto previsto en el inciso 2) del artículo anterior.
- 3) Conocer y resolver de los delitos atribuidos a menores que no fueren punibles de acuerdo con lo dispuesto por las Leyes N° 22.278 y 22.803.
- 4) Juzgar las faltas y actos de grave inconducta cometidos por menores de dieciocho (18) años de edad.
- 5) Conocer y resolver de la situación de los menores de edad que aparezcan como víctimas de delitos o faltas, o de abandono material o moral, o de malos tratos o de correcciones inmoderadas.
- 6) Conocer y resolver de la situación de los menores de dieciocho (18) años que fueren víctimas o autores de infracciones a las disposiciones referentes a su instrucción o trabajo.

7) Conocer y resolver de la guarda de menores sometidos al Patronato del Estado.

8) Resolver las recusaciones e inhabilitaciones de los Fiscales de Menores, Asesores Letrados y Secretarios en las causas que se sustanciaren ante ellos.

En tanto que reservaba como función del Fiscal de Menores (aunque con la modificación introducida por la ley 8498), la siguiente: Artículo 11 bis.- Corresponde al Fiscal de Menores:

1) Promover, ejercer y continuar ante los Tribunales de Menores la acción penal pública cuando corresponda.

2) Practicar la investigación fiscal preparatoria en el supuesto previsto por el inciso 2) del Artículo 1º bis.

3) Velar en general por el cumplimiento de las leyes, decretos, ordenanzas y edictos de protección de menores, denunciando a sus infractores.

4) Intervenir en las cuestiones de jurisdicción y competencia y evacuar las vistas requeridas por los Tribunales de Menores conforme a las normas procesales vigentes.

Si bien esta primigenia estructura, disponiendo la creación de un fuero específico que se encargara de la investigación y juzgamiento de los ilícitos cuya comisión fuera atribuida a menores, respetaba los principios de especialidad y juez natural, a la luz de los pactos sobre derechos humanos y el texto constitucional antes analizados, como tantas otras disposiciones se tornó en letra muerta, al no haber sido puesta en vigencia en su totalidad.

Esta situación no cambió sustancialmente con la sanción de las normas sucesivas que se fueron ocupando del tema de la delincuencia juvenil. Así, el Código Procesal Penal de la provincia, en su versión original según la ley 8123 (sancionada el 05/12/1991 y publicada el 16/01/1992) preveía en su articulado que: Artículo 38.- JUEZ DE MENORES. El Juez de Menores investigará y juzgará en única instancia de los delitos imputados a menores de 18 años. Regirá el artículo 419. En tanto que en sus artículos 416 a 423 se preveía el Proceso de Menores, en los siguientes términos:

Artículo 416.- REGLA GENERAL. En la investigación y juzgamiento de los hechos delictuosos sometidos a su competencia, el Juez de Menores

procederá con arreglo a lo dispuesto por el Estatuto de la Minoridad (Ley 4873) y las normas comunes de éste Código, salvo las que a continuación se establecen.

Artículo 417.- DETENCION Y ALOJAMIENTO. La detención de un menor sólo procederá, siempre que pueda ser sometido a proceso, cuando hubiere motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación; intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices. Cuando se les privare de libertad, los menores serán puestos inmediatamente a disposición del Consejo Provincial de Protección al Menor y deberán ser conducidos a establecimientos especiales, donde se los clasificará desde el primer momento, según la naturaleza del hecho que se les atribuya, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes.

Artículo 418.- MEDIDAS TUTELARES. Con respecto a los menores no regirán las normas relativas a la prisión preventiva. El Juez podrá disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia, entregándolo para el cuidado y educación a sus padres, a otra persona que por sus antecedentes y condiciones ofrezca garantías morales, o al Consejo Provincial de Protección al Menor. En caso de entrega a los padres o a otra persona deberán acreditarse, a criterio del Juez, las condiciones de aquellos para ejercer un contralor efectivo sobre la conducta del menor. En una segunda o posterior imputación el Juez que decidiera entregarlo nuevamente a sus padres u otra persona, deberá merituar expresamente y bajo pena de nulidad, las razones que motivan su decisión de entrega. En todo caso, la decisión será puesta en conocimiento del Consejo Provincial de Protección al Menor, el que ejercerá la vigilancia del menor e informará periódicamente al Juez sobre la conducta y condiciones de vida del imputado.

Artículo 419.- COPARTICIPACION O CONEXION. Cuando se investiguen delitos atribuidos a menores y a mayores de 18 años o conexos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 7 del Estatuto de la Minoridad, sin perjuicio de que los órganos ordinarios reciban declaración a los imputados y practiquen los actos de investigación que les compete.

Artículo 420.- NORMAS PARA EL DEBATE. Además de las comunes, durante el debate se observarán las siguientes reglas:

- 1) El debate se realizará a puerta cerrada, salvo lo dispuesto en el inciso 3), y a el sólo podrán asistir el Fiscal, las partes, sus defensores, los padres, el tutor o guardador del menor y las personas que tuvieren legítimo interés de presenciarlo.
- 2) El imputado sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible y será alejado de él tan luego se cumpla e objeto de su presencia.
- 3) Cuando también se juzgue a un mayor de 18 años, el debate se realizará a puerta cerrada durante la presencia del menor.
- 4) Antes de la discusión final (402) se leerán los dictámenes expedidos por el Consejo Provincial de Protección al Menor y serán oídos los padres, el tutor o guardador del menor, las autoridades del establecimiento donde estuviere internado o los delegados de libertad vigilada. En caso de ausencia de los últimos, sus declaraciones podrán suplirse con la lectura de los informes expedidos.

Artículo 421.- SENTENCIA. El Juez de Menores podrá diferir su pronunciamiento definitivo, en cuanto a la medida de seguridad o sanción aplicable hasta por un año desde que hubiere comenzado la observación del menor.

Artículo 422.- DETERMINACION DE LA PENA. A los fines de la determinación de la pena, reunidos los requisitos previstas en el artículo 4 de la ley 22278, el Tribunal se integrará con jurados.

Artículo 423.- REPOSICION. El Tribunal podrá reponer, de oficio o a solicitud del Consejo Provincial de Protección al Menor, las medidas de seguridad y educación adoptadas con respecto a; menor. A tal fin se podrá practicar la información sumaria conveniente y deberá oírse en audiencia a los interesados antes de dictar la resolución.

También la Ley N° 8435, Ley Orgánica del Poder Judicial prevé en sus artículos 28 y 29 la existencia de la Cámara de Menores y el artículo 35, la de los Jueces de Menores; si bien no les asignó funciones, las leyes específicas vigentes si lo hacían.

A su turno, la Ley 8498 –derogada por Ley N° 9053 -, llamada Ley de Procedimiento Correccional de Menores (sancionada el 05/09/1995 y publicada el 09/10/1995), no sólo modificaba las Leyes N° 4873, 7982 Y 8123, sino que preveía en su **Artículo 11º.-** Reglas aplicables: Cuando correspondiere incoar

proceso en contra de un menor de dieciocho (18) años, el Juez de Menores procederá con arreglo a las Leyes N° 10.903 y 22.278. A tal fin practicará, con noticia inmediata al Asesor de Menores, la investigación penal preparatoria conforme a las reglas previstas para la investigación jurisdiccional en el Código Procesal Penal, salvo las normas que a continuación se establecen. En orden al juzgamiento de los menores, establecía en su **Artículo 19°.-** Reglas aplicables: En el juzgamiento, la Cámara de Menores procederá con arreglo a lo dispuesto para el juicio común por el Código Procesal Penal, salvo las normas establecidas en la presente sección. No regirán las reglas de integración del Tribunal con jurados previstas en aquél.

Tampoco corrió mejor suerte el sistema diseñado por la ley 9053 (B.O. 22.11.02), pues si bien disponía, en orden a la investigación de los ilícitos atribuidos a menores imputables que: Artículo 62: Reglas aplicables. Cuando correspondiere incoar proceso en contra de un menor de dieciocho (18) años, el Juez de Menores procederá con sujeción a las formas y garantías que contemplan las normas constitucionales y legales en la materia, y el Código Procesal Penal. Practicará la investigación penal preparatoria conforme a las reglas previstas para la investigación jurisdiccional en el Código Procesal Penal, salvo las normas que a continuación se establecen. Y en orden al juzgamiento de tales delitos que: Artículo 68: Reglas aplicables. En el juzgamiento, la Cámara de Menores procederá con arreglo a lo dispuesto para el juicio común por el Código Procesal Penal, salvo las normas específicas establecidas en la presente Sección. El Tribunal, en ningún caso, se integrará con jurados. Para el ejercicio de su competencia podrá dividirse en Salas Unipersonales, con sujeción a los artículos 34 bis y 361 del Código Procesal Penal, excepto cuando se tratare de causas por delitos cuyos máximos penales superaren los seis (6) años de prisión o reclusión, o hubiere oposición del imputado. Tales disposiciones nunca fueron llevadas a la práctica, seguramente por la imposibilidad presupuestaria de implementar en su totalidad el sistema proyectado de un fuero completo especializado en la problemática de menores.

No obstante la no aplicación de la normativa prevista por esta última ley, merece ser destacado, por la posible influencia que podría llegar a tener cuando se implemente la previsión del juzgamiento de los menores por la

Cámara de Menores, lo dicho por nuestro T.S.J. en la causa “Márquez”, sobre la posibilidad de implementar el juicio por jurados cuando los menores fuesen juzgados juntamente con mayores. En dicho precedente razonó el Tribunal cimero provincial que “En primer lugar, cabe señalar que los recurrentes plantean que el tribunal de juicio que juzgó al menor Víctor Alejandro Márquez no debió integrarse con jurados populares aún cuando en el caso concreto interviniera la Cámara del Crimen debido a que éste coparticipó en el hecho con un mayor de dieciocho años. Dicha integración, sostienen, resulta violatoria de la garantía constitucional de juez natural y contraria a los principios de interés superior del niño y de la ley.

A. A los efectos de resolver dicho planteo, debe examinarse el mismo a la luz de la normativa sustancial y procesal dispuesta para los menores. Así, la Ley provincial n° 9053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente, establece que la Cámara de Menores -cuya implementación se encuentra suspendida- y el Juzgado Correccional de Menores tienen competencia en los delitos atribuidos a niños y/o adolescentes que fueren punibles conforme lo dispuesto por la legislación vigente, esto es, en relación a los menores de dieciocho años respecto de delitos de acción pública con pena privativa de la libertad que excede los dos años (arts. 8 y 10 de la ley 9053 y art. 1, *contrario sensu*, y 2 de la Ley nacional n° 22.278).

Sin embargo, en la mentada ley provincial se dispone que cuando en el mismo hecho hubieren participado un mayor de dieciocho (18) años y un niño o adolescente, el Tribunal de Juicio se limitará, en su caso, a la declaración de responsabilidad del niño o adolescente, debiendo remitir copia de la sentencia al Juez de Menores en lo Correccional que intervenga, a la vez que durante el proceso se reconocerán al niño o adolescente todas las garantías que le acuerda la presente Ley, debiendo intervenir el Ministerio Pupilar bajo sanción de nulidad (art. 50 de la Ley provincial n° 9053).

A ello debe añadirse que si el Tribunal de Juicio hubiere declarado la responsabilidad del niño o adolescente, éste deberá remitir las actuaciones que obraren en su poder y los estudios y peritaciones realizados, a la Cámara de Menores para que se pronuncie sobre la imposición de la pena o de las medidas que fueren procedentes con arreglo a la legislación vigente (art. 63 *ibídem*).

Surge de dicha normativa procesal que **por regla** los casos en donde se hallan comprometidos menores punibles serán resueltos por la Cámara y el Juzgado de Menores según corresponda, y **por excepción** en los casos de coparticipación o conexión en el hecho de un menor y un mayor de dieciocho años, lo hará la Cámara del Crimen.

Abona a tal exégesis el espíritu de la Ley n° 9053, la cual brega por la efectiva vigencia del principio de jurisdicción especializada en cuestiones de menores. A la luz de dicho principio fundamental de la minoridad, los supuestos contenidos en los preceptos antes analizados (arts. 50 y 63 *ibídem*) se erigen como un **caso excepcional**, atento a la insoslayable intervención de los tribunales penales a los efectos del juzgamiento de la responsabilidad de los mayores de edad (TSJ, Sala Electoral, "Maldonado", A. n° 29, 19/05/2005).

Sin perjuicio de ello, una vez dado este supuesto de excepción a la competencia material del fuero minoril, corresponde aplicar al caso el Código Procesal Penal y sus normas complementarias considerando que durante la sustanciación del proceso debe intervenir siempre de manera concomitante el Juez de Menores, al cual se le informará sobre la situación en que se encuentre el niño o adolescente.

Ahora bien, en relación a la **competencia** de los órganos jurisdiccionales comunes, debe recordarse que esta Sala, analizando lo dispuesto en el art. 2 de la ley provincial n° 9182 (que regula la integración de la Cámara del Crimen con ocho jurados populares para el juzgamiento de determinados casos), ha sostenido que "*el legislador provincial, mediante tal regulación, ha previsto una **específica regla de competencia material**, en tanto la ley establece un ámbito de actuación predeterminado con precisión, dentro del cual únicamente el tribunal integrado conforme a la misma, es el que ejerce la potestad jurisdiccional en materia penal para el juzgamiento de tales delitos. El tribunal así constituido es al que la ley le asigna dicha competencia de manera exclusiva e indeclinable. De tal modo, éste pasa a ser el **juez natural** del caso (art. 18 CN) y **la inobservancia de esta integración especial se encuentra conminada con nulidad absoluta** (arts. 40 a 42 del CPP)" (Cfr. FERRER, Carlos F.-GRUNDY, Celia A., "El nuevo juicio penal con jurados en la provincia de Córdoba, Ley 9182 comentada", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 20; TSJ, Sala Penal, "Policano", S. n° 226, 3/09/2008).*

De lo expuesto se advierte que la exclusión prevista en el art. 68, segundo párrafo de la ley provincial n° 9053, en cuanto establece que “*El Tribunal, en ningún caso, se integrará con jurados*”, sólo hace referencia a los casos en que exclusivamente intervienen menores por lo cual tanto la investigación como el juicio tramitan ante el Fuero de Menores, y no en los casos en donde éstos por aplicación de las reglas de competencia por conexión debido a la intervención de mayores, son sometidos a un proceso que tramita tanto para la investigación como para el juicio ante el Fuero Penal, extremo que el impugnante no discute, con todas las garantías que les asisten por su condición de menores y de imputados en un proceso penal.

B. Además, debe resaltarse que en el sistema diseñado por la ley 9182 al culminar el debate, los legos votan sobre las cuestiones relativas a la existencia del hecho delictuoso -con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes-, la participación del imputado y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, más no sobre la sanción aplicable (art. 44 *ibidem*).

Con ello es claro que los menores de dieciocho años sometidos al proceso de mayores mantienen incólume los principios constitucionales que les asisten, en particular, el interés superior del niño y la especialidad del fuero, puesto que la intervención de los jurados populares sólo se limita a la decisión sobre la determinación de los hechos y la participación de los imputados en los mismos, y se deja librado tanto las medidas tutelares, como en su caso la ponderación de la necesidad de pena y su monto a la competencia del juez de menores.

Estas consideraciones tienen en miras el contenido asignado al denominado “Interés superior del niño”, previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Tratado internacional con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 CN) que establece que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales... o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño***” (el resaltado me pertenece).

Es en aras de la tutela de estos derechos de tan alta raigambre, que la ley del rito de menores reserva al fuero minoril la competencia para el dictado de medidas tutelares provisorias (art. 52 L. 9.053), y aún antes las urgentes (art. 55 *ibidem*), así como también el dictado de la privación cautelar de libertad

(art. 65 *ibidem*), cuando la solicita el Ministerio Público Fiscal o el Tribunal de Juicio, y –luego de que el Tribunal de Juicio declara la responsabilidad del menor encausado (art. 50 –2do. párr.- *ibidem*)- **le otorga la función de absolverlo o imponerle una pena, conforme a la ley sustantiva** (art. 70 *ibidem*)(Cfr. GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *Protección Judicial del Niño y el Adolescente, de la Provincia de Córdoba. Ley 9.053*, Anotada, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 144; “Segura”, S. n° 74, 15/05/2007).

C. Desde otro costado, la regulación de la intervención de los “jurados” en el proceso de menores ha tenido variaciones ya en el plano exclusivo del juzgamiento de menores sin participación de mayores.

En efecto, la evolución histórica de las disposiciones legislativas relativas al proceso de menores y a la intervención de jurados en el mismo, ha sido zigzagueante. El Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba de 1940, en su art. 437 disponía que *“Cuando la Ley establezca para el delito una pena privativa de la libertad que exceda de tres años, el Juez de Menores, diez días antes de la celebración del juicio, llamará a los dos **conjueces** que corresponda. En tal caso, la sentencia se dictará conjuntamente por los tres miembros del Tribunal”*.

No obstante el término finalmente plasmado en la norma –conjueces-, el proyecto inicial hacía referencia a dos *jurados*, y fue modificado por reparos constitucionales relacionados con la designación de los jueces expuestos por el Sr. Diputado de la Torre Peña (Cámara de Senadores, *“Diario de Sesiones”* 15ª Sesión Ordinaria (Especial), del 14 de agosto de 1939, Versión Taquigráficas n° 1, p.711/712).

Asimismo, el decreto-ley provincial n° 6986 (sancionado el 26/03/57), completando la normativa referida, instituyó la figura del Juez de Menores en la provincia fijando su competencia y señalando que en caso de juzgamiento de un menor de dieciocho años en el momento del hecho se regirá –en lo que aquí interesa- por lo previsto en los arts. 433 a 438 del mencionado digesto procesal. Dicha disposición tuvo su correlato y similar regulación en los arts. 1 inc. 1 y 13 del Estatuto de la Minoridad (ley provincial n° 4873, B.O. 17/01/1966).

En cuanto a los jurados, en el debate se señaló que éstos se conformarían por un pedagogo y un psiquiatra, lo cual sería establecido en la

Ley Orgánica de los Tribunales respectiva (*“Diario de Sesiones”*, cit., ps. 711 y 844/845). El Dr. Vélez Mariconde fundamentó la forma de constitución de dicho tribunal en que *“se hará el juicio ante estos tres jueces: el juez de menores y estos dos conjueces (un médico psiquiatra y un pedagogo), con el objeto de que el menor sea juzgado por estas tres personas que representan elementos jurídicos, pedagógicos y psiquiátricos; es decir, consideramos que el juicio del menor no ofrece solamente un problema jurídico exclusivamente, sino también un problema psicológico, psiquiátrico y pedagógico, y creemos que es la mejor solución para cuando se trata de un proceso por delito grave”*.

Este argumento se complementa con lo sostenido en la exposición de motivos de dicha ley, en donde se expresó que teniendo en cuenta que la ley de fondo establece un sistema totalmente tutelar, si se dejara este proceso especial en manos de un juez unipersonal podrían verse vulneradas garantías constitucionales de los menores. Es por ello que se propuso un tribunal colegiado integrado con los aportes de la psicología, la pedagogía y el derecho por medio de técnicos en cada una de esas disciplinas (Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, edición oficial, Ediciones Assandri, Córdoba, 1961, p. 84/85).

Posteriormente, se modifica el Código Procesal Penal (decreto-ley n° 5154, luego ratificado por ley provincial n° 5606, 1970) y en lo que aquí concierne, dispuso en su art. 28 y 440 que el Juez de Menores investigará y juzgará los delitos imputados al menor de dieciocho años, sin referencia alguna a la intervención de jurados, lineamiento legislativo seguido por la legislación actual.

D. Además, es claro también que la especialidad del fuero no se centra en el establecimiento de los hechos y la participación responsable atribuida al niño o adolescente imputado, sino que lo relevante es el tratamiento tutelar que se le asigne al menor a lo largo del proceso y en la absolución o sanción que le correspondiere en caso de que se determinare la existencia de los extremos fácticos mencionados.

Según lo expuesto y considerando tanto el contenido asignado al interés superior del menor como el fundamento dado a la necesidad de un fuero especial, no se vislumbra que el menor que es sometido a un sistema de enjuiciamiento por jurados populares se vea perjudicado en cuanto a los

principios que lo asisten, máxime según el sistema estatuido por la ley provincial nº 9182.

Asimismo, los recurrentes se limitan a afirmar dogmáticamente que los legos por su sola condición de tales carecen de la pericia suficiente para ponderar si los hechos y la participación atribuida al menor Márquez han sido acreditados en autos, sin vincular dicha aseveración con merma alguna a los principios rectores en materia minoril. Además, la intervención de los jurados sólo alcanza a la determinación de dichos aspectos, sin que éstos puedan incidir en la calificación jurídica como lo aseveran los impugnantes.

En razón de tales consideraciones, no se encuentra reparo constitucional ni legal a la intervención de los jurados populares en el juzgamiento conjunto de menores y mayores de dieciocho años conforme el sistema legal actual, en donde éstos sólo se limitan a determinar la responsabilidad penal de dichos menores, remitiéndose el tratamiento, así como – en su caso- la imposición de una pena, de éstos al juez de menores correspondiente. De este modo, se encuentran resguardados los principios del juez natural, del interés superior del niño y de la especialidad del fuero de menores.” (T.S.J., Sala Penal, en autos “**MARQUEZ, Víctor Alejandro y otro p.ss.aa. robo calificado por el uso de arma impropio, etc. –Recurso de Casación-**”, Expte. “M”, 3/2009, S. 262 del 06/10/2009).

Sobre este fallo ha dicho el Dr. Pablo A. Barbirotto³⁹ que: “*A partir de este novedoso fallo pueden surgirnos distintos interrogantes. El primero de ellos porque la ley de protección judicial del niño y adolescente de la Provincia de Córdoba prohíbe expresamente el juicio por jurados para las personas menores de edad al momento del hecho que se le endilga, y si lo permite, mediante la interpretación judicial, cuando el hecho fuera cometido conjuntamente con adultos. Entiendo que esta prohibición expresa en la ley surge de una **ABSOLUTIZACIÓN** de la garantía de **RESERVA DE LA INVESTIGACIÓN**, mediante la cual la mayoría de los códigos procesales y leyes de protección de niñez y adolescencia disponen que el debate debe realizarse a puertas cerradas, que solo pueden estar presentes las partes y que*

³⁹ Barbirotto, Pablo A.; “**Juicios por jurados a niños y adolescentes acusados de cometer un delito. ¿Es posible su aplicación?**”; Exposición realizada en las Jornadas Nacionales de Juicio por Jurados Concepción del Uruguay, 1 de agosto de 2014. – Desgrabación-

debe evitarse que el adolescente, de ser posible esté presente en el debate , y si es imprescindible que este, una vez ya cumplido el objeto de su presencia sea alejado. Como puede apreciarse, esta garantía además de tener como finalidad el RESPETO POR LA INTIMIDAD Y DIGNIDAD DEL ADOLESCENTE SOMETIDO A PROCESO, revela como lo mencionamos al inicio, que nuestra legislación no ha podido superar por completo el paradigma de la situación irregular plasmada en la ley del patronato y en muchas ocasiones seguimos tratando al niño o adolescente infractor como un objeto de protección y no como un sujeto de derecho. En base a esta prohibición de publicidad del debate, es que se presume o interpreta que el juicio no podría ser llevado a cabo mediante la intervención de jurados populares, pues se vulneraría la garantía de respeto a la intimidad y dignidad del adolescente encausado. Pero debemos tener presente que en marco de un derecho penal juvenil respetuoso de constitución nacional, de la Convención sobre los Derechos del Niño y del corpus iure internacional que rige la materia, esta garantía no es absoluta y como tal puede ser renunciada por el adolescente sometido a proceso. Pues el propio comité de los derechos del niño, máximo intérprete de la convención, recomienda a los estados partes que las actuaciones y audiencias judiciales se realicen a puertas cerradas, salvo sea el propio niño quien solicite la publicidad del proceso en el que participa en calidad de imputado o acusado. Por lo tanto, si el principal reparo al juzgamiento con jurados de niños y adolescente acusados de cometer un delito, sería la vulneración de las garantías de reserva de la investigación y respeto de la dignidad del adolescente sometido a proceso penal, entiendo que no habría impedimento constitucional para que una persona menor de edad sea juzgado por un jurado, siempre y cuando sea el adolescente junto con su defensor quien lo solicite voluntariamente, previamente informado de manera clara y precisa sobre el procedimiento y sus ventajas. A los fines de responder al interrogante planteado, sobre la factibilidad de aplicación del instituto de juicio por jurados a niños y adolescentes acusados de instrumentación no solo es posible, sino también apropiada y deseable. Es más, podríamos interpretar que el propio comité de los derechos del niño deja la puerta abierta al juicio por jurados para niños y adolescentes acusados de cometer delitos. Pues la Observación general N° 10 párrafo 66, al referirse a la interpretación de los artículos 16 y 40 b. VII de la

Convención sobre derechos del niño, en relación al pleno respeto de la vida privada establece textualmente que “ **EL VEREDICTO /SENTENCIA DEBERA DICTARSE EN AUDIENCIA PUBLICA SIN REVELAR LA IDENTIDAD DEL NIÑO.**” Es decir, entendiendo el término veredicto como la decisión final pronunciada por un jurado sobre la inocencia o culpabilidad de un acusado. Si analizamos la ley de juicios por jurados de la Provincia de Bs As, de Neuquén, de Córdoba, el anteproyecto de Ley de juicios por jurados de la provincia de Entre Ríos - Inecip-, como resto de los proyectos en danza, no hallaremos referencia alguna que excluya de este juzgamiento a las personas menores de edad, máxime aun teniendo en cuenta que las leyes especiales de responsabilidad penal juvenil aplican supletoriamente el código procesal penal. Al margen de ello, considero que sería necesaria su regulación en las leyes específicas de Niñez ya adolescencia, a los fines de establecer un procedimiento especial de juicios por jurados compatible con la convención de los derechos del niños, que atienda al interés superior de adolescente acusado y respetuoso de los derechos y garantías que le asisten. Estas leyes deberían disponer expresamente que únicamente podría llevarse adelante el juzgamiento por jurados a personas menores de edad acusadas de cometer un delito, cuando este procedimiento sea expresamente solicitado por el adolescente y su defensor.

Asimismo debería establecerse la intervención de los jurados populares se limitará a la decisión sobre la determinación de los hechos y la participación del adolescente, es decir sobre su declaración de responsabilidad como autor penalmente responsable del hecho que se lo acusa y no sobre el monto de la pena. Quedando bajo la competencia del juez o del tribunal especializado de Niños y Adolescentes o de "Menores", la ponderación de las medidas tutelares y la evaluación sobre la necesidad de pena y en su caso la sanción o medida a aplicar.”.

Este fallo abre entonces la posibilidad de que, al menos en los casos en que un menor deba ser juzgado juntamente con adultos cuando es acusado de cometer un delito, pueda ser juzgado por un tribunal integrado por jurados populares, aunque entiendo que la doctrina jurisprudencial antes reseñada no despeja una grave duda: en casos como el de marras, ¿cómo se garantiza la presencia del juez natural (fundamentalmente uno con su característica de

especialidad) que debe encargarse de juzgar a un menor acusado de cometer delito?

b. El modelo de sistema penal juvenil implementado en Córdoba mediante la ley 9944, ya desde su comienzo establece que “**Artículo 1º.- Objeto.** Las disposiciones contenidas en la presente Ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles, intransigibles y tienen por objeto la “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”, mediante la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de sus derechos. Los derechos y garantías que se enumeran en la presente norma deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico provincial, nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.” Tal manifestación encuentra correlato, en lo que al juzgamiento de menores en conflicto con la ley penal se refiere, con el contenido de su articulado, pues se dispone que: **Artículo 63.- Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar.** La Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar es competente para conocer y resolver en: a) Única instancia en los delitos atribuidos a niñas, niños o adolescentes que fueren punibles conforme a lo dispuesto por la legislación vigente; b) La imposición de penas o medidas socio-educativas o correctivas a las niñas, niños y adolescentes cuando la declaración de responsabilidad hubiera correspondido a otro Tribunal; c) Los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los Jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y Jueces Penales Juveniles; d) Las quejas por retardo de justicia y denegación de recursos de los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y de los Juzgados Penales Juveniles; e) Las cuestiones de competencia que se suscitaren entre los tribunales jerárquicamente inferiores, y f) En la recusación e inhibición de sus miembros y de los Jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y Jueces Penales Juveniles. ***Artículo 65.- Juez Penal Juvenil.** El Juez Penal Juvenil es competente para: a) DEROGADO; b) Disponer las medidas cautelares, de coerción y de protección, durante la actuación de la policía judicial, la investigación preparatoria fiscal y el enjuiciamiento respecto a imputados por delitos cometidos siendo menores de dieciocho (18) años de edad; c) Resolver las oposiciones e instancias de sobreseimiento que se suscitaren durante la

investigación penal preparatoria que practican los Fiscales en lo Penal Juvenil; d) Conocer y resolver en los delitos atribuidos a niñas, niños y adolescentes que no fueren punibles por su edad de acuerdo a lo dispuesto por la legislación vigente; e) Juzgar las faltas cometidas por menores de dieciocho (18) años de edad, y f) Resolver las recusaciones e inhibiciones de los Fiscales en lo Penal Juvenil, Asesores y Secretarios en las causas que se suscitaren ante ellos.

***Artículo 66.- Fiscal Penal Juvenil.** *Corresponde al Fiscal Penal Juvenil: a) Practicar la investigación preparatoria en los delitos de acción pública que se atribuyeren a menores de dieciocho (18) años de edad; b) Ejercer la acción penal pública en juicios ante los Jueces y la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar; c) Velar en general por el cumplimiento de las leyes, decretos, ordenanzas y edictos de protección de niñas, niños y adolescentes menores de edad, accionando en consecuencia, y d) Intervenir en las cuestiones de jurisdicción y competencia concernientes a los Juzgados Penales Juveniles.”*

Como vemos, al separar expresamente las funciones de investigación y juzgamiento de los ilícitos penales cometidos por menores, resulta en un todo respetuoso de las directivas impartidas por los organismos internacionales de derechos humanos, en especial de las dadas en los instrumentos emitidos que atañen a la justicia penal de menores.

c. En la práctica, las demoras en implementar totalmente el sistema de la ley 9944, determinaron la supervivencia de las “REGLAS ACORDADAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE SUMARIOS, ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES Y DETERMINACIÓN DE MEDIDAS TUTELARES ENTRE JUZGADOS Y FISCALIAS DE MENORES DE LA CIUDAD DE CORDOBA, CON MOTIVO DE LA LEY 9053”, dadas el 27 de noviembre de 2003 y modificadas el 9.03.2005, el 19.9.2006, el 9.11.2010 y el 11.4.2011, con el objeto de resolver los múltiples problemas que genera la pervivencia de la normativa actual –que expresamente prevé el funcionamiento de un fuero de menores especializado– con la situación anterior, en que se confundían las funciones de investigar y juzgar los delitos presuntamente cometidos por menores.

Esta situación de conflictividad generada por la falta de implementación en su totalidad del sistema minoril implementado (por ley 9053), llevó al T.S.J. a dictar el Acuerdo Reglamentario N° 838, Serie “A”, del 29/08/2006, con el fin

de procurar atemperar los conflictos generados por la falta de implementación plena de la normativa especializada, situación que se revela más crítica en los tribunales del interior provincial y que subsiste hasta la fecha. El acuerdo de mención comenzaba reconociendo la realidad imperante, al decir en sus considerandos que “I. Si bien la ley n° 9053 establece que corresponde al Juez de Menores practicar la investigación penal preparatoria en los delitos atribuidos a niños y adolescentes punibles (art. 10, a) y a la Cámara de Menores juzgarlos (art. 8, a); este órgano judicial hasta el presente no se ha implementado. Como consecuencia, en la actualidad el Juez de Menores -salvo en los casos en que hubieren intervenido también imputados mayores de dieciocho años-, practica la investigación penal preparatoria y juzga en única instancia a los jóvenes punibles. Aunque el derecho penal juvenil se orienta hacia la no punibilidad conforme al principio constitucional de mínima suficiencia particularmente acentuado en la legislación vigente (Convención del Niño, art. 40, 3.4, de status constitucional, art. 75, 22°, C.N.), de modo que la declaración de responsabilidad no necesariamente conduce a la pena (ley 22.278, art. 4, último párrafo), es posible que la coexistencia de la competencia material para investigar y juzgar pueda generar apartamientos. Ello así pues conforme al alcance dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la garantía constitucional de la imparcialidad del Juez en su actual composición y en reciente jurisprudencia, la intervención en el juicio del mismo Juez que actuó durante la etapa preparatoria puede generar planteos de las partes y poner en entredicho la legalidad del proceso.”, con lo cual el Tribunal cimero provincial estaba tratando de prever soluciones para los conflictos que entendía podrían llegar a generarse por la coexistencia de las funciones de investigar y juzgar en la persona de un único juez.

Queda claro pues, que la no implementación del sistema previsto por la ley 9944 en la Provincia de Córdoba, para la investigación y juzgamiento de los delitos presuntamente cometidos por menores de edad, importa una vulneración de la garantía del juez natural imparcial que todos los instrumentos supranacionales estudiados reconocen a los menores en conflicto con la ley penal.

d. La situación antes reseñada, coloca a la justicia de Córdoba frente al riesgo de ser pasible de las consecuencias que los instrumentos de derechos

humanos acuerdan a los tribunales de tal materia para corregir las vulneraciones en ese sentido que se hayan comprobado por parte de los países sometidos a su jurisdicción.

e. Las dificultades financieras no resultan una justificación suficiente para tales infracciones.

III.2 Posible solución

Si persisten las dificultades financieras, al punto tal de hacer imposible la designación del personal necesario para realizar la investigación y juzgamiento de los ilícitos que cometieran los menores, una solución sería asignar, mediante el correspondiente instrumento legal, la posibilidad que en todos los casos **juzguen las cámaras en lo criminal y correccional**, limitando su veredicto al pronunciamiento sobre la responsabilidad, tribunales éstos que, como vimos, cuando hay conexidad con mayores es perfectamente válido que incluso se integren con jurados populares. Que **instruyan los fiscales de menores** (donde haya) o en su defecto los fiscales múltiples, que las cámaras en lo criminal y correccional se expidan respecto de la declaración de responsabilidad y que el **juez penal juvenil haga de control de lo procesal, aplique la sanción a menores cuya responsabilidad penal se hubiese declarado –previo los trámites de ley- y adopte las medidas de protección (tutelares) como así también las de coerción.-**

BIBLIOGRAFÍA

-AROCENA, Gustavo A., Procedimiento Penal de Córdoba, Ed. Mediterránea, 2015.-

-BARBERA DE RISO, María Cristina, Reglas Penales Constitucionales, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005.-

-BARBIROTTA, Pablo A. “El principio de especialidad en la justicia penal para niños y adolescentes: necesidad de respetar el derecho a un juzgamiento especializado en los procesos de reforma y modernización de la justicia penal juvenil”, Revista “Pensamiento Penal”, 10 de Agosto 2011.-

-BARBIROTTA, Pablo A.; “Juicios por jurados a niños y adolescentes acusados de cometer un delito. ¿Es posible su aplicación?”; Exposición realizada en las Jornadas Nacionales de Juicio por Jurados Concepción del Uruguay, 1 de agosto de 2014. – Desgrabación-, <http://www.pensamientopenal.com.ar>.-

-BELLUSCIO, Augusto C., Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061, en L.L. T. 2006-B, Sec. Doctrina, págs. 701-710.-

-BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad Hoc, 2° Ed, Bs As, 2009.-

-CAFFERATA NORES, José I. y otros, “Manual de Derecho Procesal Penal”-, Ed. Advocatus, 3° Ed., Córdoba, 2012.-

-CAFFERATA NORES, José, .FRASCAROLI, María Susana, HAIRABEDIAN, Maximiliano, ALMIRON, Hugo; BAZAN Natalia, HOLZWARTH, Adriana Maria “Eficacia del sistema penal y garantías procesales”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003.-

-CARRANZA, Jorge Luis, Violencia Familiar – Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y adolescentes, Aspectos Prácticos y reflexiones doctrinarias, Ed. Alveroni, Córdoba, 2012.-

-D´ALESSIO, Andrés “Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias”, Dtor.: Daniel Sabsay, Coordinador: Pablo Manilli, Tomo I, 1 Edic., Edit Hamurabi, BsAs, 2009.-

-D´ANTONIO, Hugo Daniel “El menor ante el delito “,Edit. Astrea, 3ra. Edic.. Bs As. 2004.-

-FÉLIX ZORRILLA, en “Trabajos Universitarios y más”, <http://rincóndefelucho.blogspot.com>.-

-FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto; “Estándares internacionales aplicables a los sistemas procesales penales juveniles”, <https://www.legislaturadetucuman.gob.ar/reformaprocesalpenal/ponencias/sistemaproccjuvenil.pdf>.-

-FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y Garantías”, Edit. Trotta, 8° Edic., Madrid, 2016.-

-FIX ZAMUDIO, Héctor y otro “Derecho constitucional mexicano y comparado”, Ed. Porrúa, México D.F., 2010.-

-GELLI, M.A., “Constitución de la Nación Argentina”, 4ta. ed., Tomo I, La Ley, 2008.-

-GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., PROTECCIÓN JUDICIAL DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE, ED. MEDITERRÁNEA, SEGUNDA EDICIÓN, CÓRDOBA, 2007.-

-GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., DERECHO DE LA MINORIDAD, ED. MEDITERRÁNEA, CUARTA EDICIÓN, CÓRDOBA, 2015.-

-HAIRABEDIAN, MAXIMILIANO Y OTROS, JURISPRUDENCIA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA, ED. MEDITERRÁNEA, CÓRDOBA, 2015.-

-KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Justicia Restaurativa. Posible Respuesta para el Delito Cometido por Personas Menores de Edad”, Edit. Rubinzal Culzoni Editores. Bs. As. Dic. 2009.-

-MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal” Tomos I y II, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.-

-ORTIZ, VANESA SILVANA; TESIS EN EL SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS Y TÉCNICAS RECIENTES LLEVADO A CABO EN LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA, 2008.-

-RIVAS LAGOS, Emilia, “La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Santiago de Chile, 2015.-

-SAGÜÉS, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, 2da. Ed., Bs. As., 1997.-

-TERRAGNI, Marco A. “Inconstitucionalidad del Código de Faltas de Santa Fe”: www.terragnijurista.com.ar.-

-YAÑEZ CORTÉS, Arturo “El principio del Juez Natural o Regular y la prohibición de los tribunales de excepción”, publicado en “CORREO DEL SUR”, Suplemento “CORREO JUDICIAL”, el 10 de mayo de 1999.—