

# RÉGIMEN PENAL PARA NIÑOS Y "FORMAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD" (LEY 2302 DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN) \*

*Gustavo Eduardo Palmieri*

*Sumario:* I. Prólogo. II. "Reformulación" del "derecho penal garantista". a) Visión desde la política criminal. Perspectiva dogmática hacia un "derecho penal democrático". b) Reflexiones críticas sobre el instituto de la "prisión preventiva". c) La pena privativa de libertad y su justificación ético-política. La "equidad" y la práctica judicial. III Aspectos estadísticos y principios político-criminales que surgen de los instrumentos internacionales: a) Indicadores estadísticos. b) Análisis de las normas internacionales. IV. La ley provincial N° 2302: su análisis comparativo e implementación. V Epílogo: una experiencia alentadora. VI. Apéndice: disposiciones correspondientes de la ley 2302.

## I. PRÓLOGO

La importancia que (sin dudas) reviste la aparición del primer número de *Pensamiento Penal del Sur*, me ha pa-

---

\* Agradezco enormemente la colaboración que me brindara el Dr. Raúl CAFERRA en muchas de las consideraciones que se exponen respecto de la "prisión preventiva".

recido una excelente oportunidad para acercar unas breves consideraciones sobre la vigencia del régimen penal y procesal penal aplicable a niños o adolescentes imputados o infractores, sobre las distintas modalidades de "*privación de libertad*" y, en su caso, sobre su correspondencia con un "*sistema garantista*", respetuoso de las garantías individuales de raigambre constitucional.

La temática hace referencia a una cuestión ampliamente debatida en la dogmática penal, desde largo tiempo atrás (y sobre la cual, naturalmente, nos encontramos con posturas de diversa conceptualización). Por un lado, se ha sostenido la legitimidad de la adopción de medidas de privación efectiva de la libertad, como decisiones de índole cautelar penal, en el transcurso de un proceso penal previo a la adopción de una decisión sobre la materialidad, autoría y responsabilidad en un hecho que se supone delictivo. Por otro lado, con particular referencia al sector del derecho penal en el cual nos desempeñamos, aun en la hipótesis de una respuesta positiva a las anteriores cuestiones, se presenta la cuestión acerca de la necesidad o justificación de la sanción consistente en la efectiva privación de la libertad de una persona.

Las respuestas a tales trascendentes interrogantes, en forma mayoritaria, incluso de sectores que reivindican el mote de "*garantistas*", finalmente no han hecho más que "*reconocer*" que, sea en forma preventiva o como parte de una decisión jurisdiccional definitiva, la *privación de la libertad* responde a una *razonable decisión de política criminal*.

Sobre este panorama, a mi entender, se abren alentadoras perspectivas, en el camino de la indispensable derogación de las formas privativas de libertad como *respuesta casi exclusiva y única del derecho penal*, aun en la hipótesis de la confirmación de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Adelanto que, en lo personal, me identifico con aquellas corrientes del pensamiento jurídico que consideran a la "prisión preventiva" como decididamente "inconstitucional", abiertamente enfrentada al "*principio de inocencia*" como pilar fundamental del *Estado Democrático de Derecho*, bastando, frente a ello, con proponer su "desaparición" (como una medida cautelar a adoptarse en el proceso penal orientado hacia el dictado de una sentencia).

A tales consideraciones se añaden las siguientes circunstancias a considerar:

1. El dictado de las Convenciones Internacionales [Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23.849 (sancionada en fecha 27 de Septiembre de 1990, promulgada de hecho en fecha 16 de Octubre del mismo año), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Directrices de RIAD (adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de fecha 14 de Diciembre de 1990), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, Reglas de Beijing (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, del 28 de Noviembre de 1985) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas de La Habana (adoptadas por la Asamblea General en su resolución N° 45/113, aprobada el 2 de Abril de 1991)], que importaron una modificación sustancial en el régimen penal de los menores infractores.

2. Las reformas legislativas llevadas adelante por algunos países latinoamericanos, precisamente en orden a la readecuación con los principios establecidos en tales convenciones (Estatuto del Brasil, de Guatemala, etc.).

3. La experiencia puesta en práctica en nuestra provincia de Neuquén, en base a la aplicación de la ley N° 2302,

que introdujo notables cambios en relación a la legislación anterior y que, en ese orden, impuso una serie de institutos procesales novedosos no sólo en lo relativo al tema en tratamiento (rescatando el valor de la libertad de los jóvenes), sino también respecto al procedimiento penal que ha de observarse.

4. El desarrollo de una importante corriente de la dogmática penal que abre el paso a una *reformulación del derecho penal garantista*, superador del proveniente del denominado "derecho penal liberal" (producto del "iluminismo" y sobre el que, incluso, se habían asentado las opiniones justificantes del encierro, sea denominándolo "tratamiento", "detención provisoria" o de cualquier otra manera).

5. La ineficacia claramente puesta de manifiesto en la aplicación de los "institutos" que se cuestionan, en lo que se refiere específicamente a la evitabilidad futura, reiterancia o reincidencia de hechos ilícitos de parte de quienes tuvieron "antecedentes" cuando eran menores de edad.

Me propongo, con lo antedicho, poner de manifiesto que la vigencia (en la Circunscripción Judicial en la cual me desempeño como *Defensor Oficial Penal del Niño y el Adolescente*) de un régimen procesal penal que descarta de plano (y por definición incluso normativa) la posibilidad de un "encarcelamiento preventivo" (aun después del dictado de una sentencia sólo atributiva de responsabilidad) no solamente se compadece, estricta y puntualmente, con la correcta interpretación de los principios emanados de las mencionadas Convenciones Internacionales, sino que también guarda la debida correspondencia con las garantías constitucionales mencionadas y, finalmente, con el marco de referencia de un "derecho penal democrático y garantista".

Para encarar un desarrollo conceptual adecuadamente sistematizado, me siento con el compromiso de analizar,

por separado, distintos aspectos del tema que nos convoca (pues así lo aconsejan, por otra parte, razones de índole metodológica), para finalmente confluir en una conclusión, en especial en relación a la conveniencia de implementación de regímenes similares al indicado, remarcando la importancia de hacerlo así, aun en los supuestos de adultos en conflicto con la ley penal.

## II. REFORMULACIÓN DEL "DERECHO PENAL GARANTISTA". CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS

Seguidamente intentaré abordar (aunque muy someramente) los principales subtemas que corresponde sean abarcados en la "*redefinición ideológica*" del sistema penal en su conjunto, en la anunciada búsqueda de *disminuir la violencia generada por el aparato estatal y de asegurar un mayor grado de "eficiencia" en la resolución de los conflictos que se presentan*.

Si bien cada uno de ellos merece un análisis propio y aun más pormenorizado, la limitación impuesta en este trabajo (que estoy seguro no habré observado) me impide concretarlo, aunque sin dejar de destacar el nivel de correlación existente, pues en definitiva de lo que se trata es de considerarlos como "*instrumentos de política criminal*".

Pretendo que se advierta que cada "*nivel de análisis*" sólo es destacable en su relación con los restantes, debiendo efectuarse consideraciones sobre la "*reformulación garantista*" de la política criminal en su conjunto; más tarde, similar "*redefinición*" cabe formular en lo que se refiere a la "*prisión preventiva*" o "*arresto*" (como lo enuncia la ley N° 2302); seguidamente también en lo relativo al "*rol de la pena estatal*" y, por último, a la manera en que tales conceptualizaciones trascienden la visión dogmática de la cues-

tión, para ser analizadas en su aplicación práctica en la provincia del Neuquén, a partir de la reforma instrumentada por la ley de mención.

**a) *Visión desde la política criminal. Perspectiva dogmática hacia un "derecho penal democrático"***

Bien sabido es que la política criminal aparece como una de las políticas básicas de toda sociedad y que, precisamente, su determinación debe responder a la *consolidación del sistema democrático*, rescatando al derecho como un instrumento necesario, aunque no necesariamente privilegiado para su ejecución. No podemos olvidar que la función central de la política criminal consiste en *asegurar la vigencia del respeto a la dignidad humana* y que no sólo se explica a través de normas penales, sino también a través del funcionamiento del propio sistema judicial, por intermedio del procedimiento penal. Podría afirmarse, entonces, que "reinterpretar" la política criminal como medio de resolución de conflictos, en el marco de una "gestión de la conflictividad social", resulta ser un imperativo democrático, centralmente a partir del objetivo de prevenir conductas delictivas graves, a través de la "ruptura del círculo de violencia", dentro del cual el "menos humanizado" es el que proviene del mismo Estado.

Centralmente, la propuesta apunta a la construcción de un modelo de *política criminal autolimitada, no expansiva, participativa y que rescate el "principio de trascendentalidad"* [no producción de daños (en la conocida formulación de ZAFFARONI)], desde la vigencia de "nuevas categorías" de análisis y propendiendo a la utilización de instrumentos de disuasión, de políticas de intervención estatal y de "planes de prevención primarios".

Todo ello, en la búsqueda de una "justicia penal" con la pretensión de resolver el conflicto, armonizarlo y tolerarlo, utilizando el denominado "método compositivo", atendiendo conjuntamente a la reparación del daño causado a la víctima (carácter reparador) y al reconocimiento de la pena como un "menoscabo al Estado de Derecho".

Tradicionalmente, el denominado "garantismo" ha sido entendido como un modelo, a ciencia cierta una aproximación, un "hacia a", como un parámetro de racionalidad, en particular de legitimación de la intervención punitiva estatal, orientado hacia un marco normativo y sujetándolo al mentado principio de legalidad.

La divergencia (señalada por la dogmática penal contemporánea) entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores de aplicación (práctica acertada y magistralmente expuesta por FERRAJOLI), propone un análisis superador del dogma iluminista, para requerirle al modelo la carga de la justificación externa del *cuándo, cómo y por qué* el Estado debe castigar; el fenómeno de su auto justificación ya no se encuentra exclusivamente en la adecuación de los juicios valorativos y su correcta subsunción legal, por intermedio o a través de las formas del proceso, sino adentrándose más profundamente en el rescate de su función primordial: el control y la neutralización del poder; ello así ya que el derecho fundamental que está en juego en la órbita del derecho penal resulta ser el de la "inmunidad del ciudadano frente a las prohibiciones y castigos arbitrarios".

Así, ya no resulta suficiente afirmar la mera taxatividad de las hipótesis de delito, en referencia a su sujeción con el principio de legalidad, sino que es necesario, a su vez, que la propia ley condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del poder por ella ejercido.

Ello puede afrontarse, verbigracia, "refundando" la conceptualización de un derecho penal "de mínima intervención", claramente desdibujado frente a una desproporcionada inflación legislativa y un "derecho penal de emergencia" (producto o derivación de respuestas institucionales anacrónicas y simplistas frente a las graves crisis económicas que deben soportar cada vez mayor cantidad de personas). Por ello, la legitimación de la pretensión punitiva estatal sólo se justifica frente a hechos lesivos de los bienes jurídicos de mayor importancia social o en relación a supuestos de dañosidad significativa, pudiendo el conflicto penal de menor envergadura resolverse por aplicación de los medios alternativos de reparación (conciliación, mediación, avenimiento, perdón del ofendido, etc.).

Lo afirmado se apoya en que "... el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena... cualquiera fuera la forma en que se la justifique, es una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo..."<sup>1</sup>.

Históricamente, la cultura penal dominante, de raíz conservadora, ha desarrollado una concepción del derecho penal como emparentada a una técnica de control social, adecuada a un pensamiento garantista esquematizado y estancado en la consabida "legalidad penal y procesal" tal como fue trazado por el pensamiento ilustrado, fácilmente resumible en la imagen hecha famosa de MONTESQUIEU en el más puro pensamiento "mecanicista" del "juez como boca

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, p. 21.



de la ley"<sup>2</sup>; corrientes todas que finalmente, aun en nombre de la "limitación racional de prohibir y castigar", abdicaron en la adecuada tutela de los derechos fundamentales de las personas, adentrándonos en una crisis, que la mayoría de los autores hoy no puede más que reconocer.

Aún así, el rescate de determinados principios político-criminales (de decidida importancia ideológica) permitirá reconducir a la aplicación del derecho penal exclusivamente en relación a determinados bienes jurídicos de enorme trascendencia y en aquellos casos en los cuales los mecanismos de control social (informal o formal) no punitivos hayan fracasado.

Tal "mínima injerencia" o "*ultima ratio*", debe descansar "del lado de afuera" del derecho positivo, imponiendo la necesidad de retracción del rol protagónico del derecho penal, a partir incluso de los supuestos en los cuales la reacción penal resulta socialmente desproporcionada, o cuando el daño del ilícito es mínimo, o la conducta aparece como socialmente aceptada; imponiendo la búsqueda o descubrimiento de otro instrumento de política social razonablemente adecuado para la solución del conflicto penal desatado.

Claramente habrá quedado (así lo espero) evidenciada mi adhesión (aunque sin intentar perder un análisis crítico y persiguiendo casi con obsesión el mayor límite al poder penal estatal) al garantismo penal, ya no sólo en la fundamentación propiciada con el nacimiento del Estado Moderno y de la Ilustración, sino del que se avizora en la actualidad como superador de su fragilidad epistemológica y de sus criterios de justificación ético-político como el único que permite superar, racional y fundadamente, aquellas doctri-

---

<sup>2</sup> *Del espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, XI, 6, p. 156.

nas penalistas surgidas a mitad del siglo pasado, en cuanto concepción conservadora del derecho penal como "técnica de control social" y que, aun en la actualidad, traslucen el tácito trasfondo filosófico de la cultura penal dominante.

En síntesis, se hace necesaria una "refundación garantista de la jurisdicción penal", como "alternativa democrática" a esta crisis; pues, en definitiva, sólo un derecho penal reconducido únicamente a la lesividad de bienes y derechos fundamentales puede conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica [no sin dejar de considerarlo como un "modelo de referencia" (y de ahí la denominación propuesta en el título de la presente: "en perspectiva garantista")].

Por otra parte, frente al discurso oficial de los adherentes a la "criminología sustancialista", de acceder a un procedimiento y a formas procesales que permitan superar la supuesta ineficiencia en la persecución penal, entiendo que, en un mayor grado, encontramos la ineficacia del sistema penal como parte de una estructura jurídica no realizadora de los Derechos Humanos.

Lo antes mencionado, ya no sólo se sustenta en mérito a la manda constitucional que expresamente los ha incorporado con jerarquía normativa máxima, sino, particularmente, a partir de la "convicción social generalizada" de que en su respeto se asienta uno de los pilares fundamentales del Estado Democrático de Derecho o (conforme a la terminología propuesta por un sector importante de la dogmática penal de mi país) la realización de un "Derecho Penal Democrático".

Esto último se encuentra desfigurado en el plano social mediante la creación de un estereotipo criminal (que señala los sujetos a criminalizar, incluyendo los de los estratos inferiores a quienes precisamente va dirigida la publicidad predominante mediante los medios masivos, que les infunden sentimientos de inseguridad frente al delito) y

mediante la venta de su estereotipo criminal, naturalmente integrado sobre la imagen de las clases más pobres y de la criminalidad convencional<sup>3</sup>.

Desde la formulación de FEUERBACH (*nullum crimen nulla pena sine lege*) y aun hasta la actualidad, la preocupación en los ordenamientos rituales fue precisamente la de racionalizar el uso del poder penal del Estado, presentándose aun en la perspectiva del derecho procesal como derecho constitucional aplicado, como la última ratio de la aplicación de la ley (conforme al principio de su "mínima intervención").

De tal forma, el principio de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad aparecen como un "corolario lógico del fin racional asignado al proceso", como la "fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: *presunción iuris...* esto es, hasta prueba en contrario".

Dicha perspectiva teórica se relaciona indispensablemente con la circunstancia de que el derecho (naturalmente también el derecho penal) resulta ser un "fenómeno social históricamente específico", inserto en el conjunto de las relaciones sociales, las cuales no son estáticas, sino, por el contrario, dinámicas (en realidad, "procesos de formación de prácticas humanas", como resultado del devenir histórico y con fines históricamente determinados).

De tal modo, el punto de partida de un encuadramiento teórico mínimo está en reconocer que nos enfrentamos con relaciones sociales enmarcadas en una sociedad altamente conflictivizada, en una "sociedad antagónica" y que,

---

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Primer informe*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, Bs. As., 1994, p. 21.

por eso, la visión teórico-dogmática surge de la "experiencia negativa" en el análisis de las estructuras sociales.

Inicialmente, entonces, la pretensión es la de establecer un andamiaje dogmático que sirva de sustento para establecer relaciones sociales sobre una base humanizada, desde un discurso crítico, poniendo en discusión la naturaleza y calidad humana de tales prácticas sociales (de entre ellas las de índole judicial penal), exigiéndoles que se justifiquen a sí mismas, en la medida en que se considera que su existencia no se nos presenta como inevitablemente dada.

No parece desconocerse que el conflicto social seguirá manifestándose en sociedades basadas en la desigualdad, lo que genera inestabilidad y naturalmente la reactividad de los sectores desplazados.

Aún en dicho marco conceptual, la respuesta debe corresponderse con la necesidad de recrear un espacio dogmático de deslegitimación del rol que hasta esta oportunidad ha desempeñado el derecho penal como técnica de control social, hacia la formación de otro, donde su legitimación provenga del "humanismo", rescatando como expresión o síntesis crítica de las relaciones sociales desarticuladas la "libertad", como eje de transformación y reforma en el discurso jurídico.

A contrario, entonces, de las corrientes tradicionales del denominado garantismo [las provenientes del iluminismo, cuyo dogma se centraba (y se mantienen en la actualidad) en la justificación intrasistemática del derecho constitucional, en limitarlo exclusivamente a su correspondencia constitucional], entiendo que es dable requerir una justificación extrasistemática de la propia existencia del derecho penal como herramienta de uso legítimo del poder estatal (ello en la medida en que se lo desmerezca como instrumento de control social), para reconocerle la función exclusiva de "solución de conflictos", sobre una base hu-

manizada y limitando al máximo posible la utilización de la violencia punitiva.

De tal forma, la aludida deslegitimación no debería únicamente corresponderse con un análisis particularizado en relación a su concordancia constitucional, sino esencialmente mediante el contraste con los principios rectores de la dignidad y la libertad del hombre, para lo cual los operadores o las agencias judiciales, en forma permanente, deberían de reelaborar la función social que cumplimos, para que sirva efectivamente de garantía del individuo frente al abuso estatal, en la búsqueda de la solución pacífica de los conflictos, alejándonos de aquellos desarrollos autoritarios (emparentados con el idealismo retributivo y el peligrismo positivista) que hacen uso del derecho penal (espacio político de aplicación lícita de la violencia) como propio de un sector privilegiado que se vale de él para imponer el control de conducta de otros.

Es que habrá de coincidirse en que es absolutamente imposible estudiar y comprender el sistema penal sin tener en cuenta las relaciones económicas de producción y el proceso de selección y criminalización derivados de aquél, los cuales no resultan ideológicamente neutros, sino que responden a formas de derecho penal máximo y autoritario, productos de una evidente involución autoritaria y represiva de la ciencia penal conservadora. En definitiva, permanecemos en la búsqueda por alcanzar, en el marco de la crítica al sistema penal, un "derecho penal mejor" (como decía RADBRUCH) o "algo mejor que el derecho penal" (como lo ha planteado BARATTA).

#### *b) Reflexiones críticas sobre el instituto de la "prisión preventiva"*

Bien sabido es que la "prisión provisional" fue duramente criticada desde tiempo atrás por los más diversos

doctrinarios y autores (v. gr. HOBBS, que la consideraba no una pena sino un "acto hostil"; BECCARIA, como una especie de pena, afirmando que "... la privación de libertad no puede preceder a la sentencia... debe durar el menos tiempo posible"; VOLTAIRE: "se parece demasiado a un asalto de bandidos"). No obstante, ella terminó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico, alegándose su dura necesidad en función de los estrictos requerimientos del proceso e invocando en su favor la necesidad de impedir al imputado la comisión de otros delitos (cfr., entre otros, CARRARA y PAGANO, en la doctrina procesal italiana).

Si bien en la versión original de la Constitución Nacional no pueden encontrarse normas que expresamente refieran a la llamada "prisión preventiva", el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.5) y los arts. 40 y 42 de la Constitución de la Provincia del Neuquén prevén la posibilidad de que sea dispuesto el encarcelamiento del imputado.

No obstante, ya no puede ponerse en duda que tal privación de la libertad ambulatoria sólo puede obedecer a objetivos claramente específicos [a saber, el de perseguir la finalidad de asegurar su comparecencia (dada la imposibilidad de juzgarlo en rebeldía) o asegurar que el imputado cumpla la eventual condena aplicable].

Sin perjuicio de lo expuesto (que se deriva de un estricto análisis de las normas constitucionales que deben reputarse indiscutible punto de partida de la legislación procesal local), aparecen como justificados los reproches que, cada vez con mayor grado de adhesión, merece la "prisión preventiva" como institución del derecho procesal, cuestionándose su legitimidad aun como medida cautelar. Se sostiene, entre otros fundamentos, que no sólo puede cumplirse el supuesto "fin cautelar" mediante otras medidas menos

cruentas (prueba de ello es el paulatino avance de las denominadas "medidas sustitutivas" del actual art. 71 de la ley de la provincia del Neuquén N° 2302), sino también que resulta un violento contrasentido encarcelar a una persona inocente, siendo que ésta bien puede ser absuelta en el juicio posterior.

Ello, además del absurdo que representa la imposición de la más grave de las privaciones de derechos que consiente el ordenamiento legal vigente (según el art. 5° del Código Penal) para "asegurar" la posibilidad de que, en un juicio posterior, se determine si esa persona merecía que se le imponga algún tipo de pena.

Sin desconocer que, en general, los autores han considerado que la imposición, por el juzgador, de toda medida cautelar implica un uso legítimo de la coerción estatal<sup>4</sup> y, a su vez, la coerción estatal legítima previa a la sentencia firme de condena sólo puede ser aplicada a título de medida cautelar de los fines del proceso, deviene oportuno el remarcar lo señalado Alberto BINDER<sup>5</sup>, quien afirma, con total claridad, que "... (el) entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado...", admitiendo únicamente el llamado "peligro de fuga" como hipótesis que justificaría la privación cautelar de la libertad personal del imputado, ante la imposibilidad de seguir un juicio en su contra en rebeldía.

---

<sup>4</sup> MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Hammurabi, Bs. As., pp. 511 y ss.

<sup>5</sup> BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Bs. As., 1993, p. 199 y ss.

El estado actual de la discusión referido a los supuestos en los que se verifica el llamado "peligro procesal", puede consultarse en el trabajo de Alberto BOVINO<sup>6</sup>, quien parece inclinarse en el sentido de que al "peligro de fuga" debería añadirse el peligro de "obstaculización de la marcha de la investigación", citando al respecto, como precedente reciente, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 12/96 (caso "Jorge Alberto Giménez"), que señala que "el objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial", subrayando, al mismo tiempo, la necesidad de respetar la naturaleza de la prisión preventiva como una medida excepcional, sólo justificable en tales hipótesis.

Tal tesis de la "presunción legal" del peligro procesal parece ser desarrollada por José Ignacio CAFFERATA NORES<sup>7</sup>, quien comienza por remarcar una diferencia entre las leyes provinciales que limitan la excarcelación por "la gravedad de la imputación" (como el actual CPPC del Neuquén, siguiendo la tendencia de otras varias legislaciones provinciales) y aquellas otras que establecían catálogos de "delitos no excarcelables" (previendo ciertas figuras delictivas respecto de las cuales nunca podría concederse la excarcelación), reprochando sólo a estas últimas un criterio sustancialista. Refiere al respecto que "... no hay fundamentos lógicos para afirmar que la imputación de uno de tales delitos haga peligrar siempre el descubrimiento de la verdad

---

<sup>6</sup> BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal contemporáneo*, Editores del Puerto, Bs. As., 1998, p. 139 y ss.

<sup>7</sup> CAFFERATA NORES, José I., *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Bs. As., 1988, pp. 11 y ss.



o la actuación de la ley, ni que la presunta comisión de alguno de tales ilícitos revele una personalidad siempre proclive a frustrar los fines del proceso, o a proseguir delinquiendo...".

Dicho argumento es obviamente válido para ambos tipos de leyes, en tanto parten de una generalización que se desentiende del peligro real para los fines del proceso en el caso particular. En cambio, sin mayores explicaciones ni fundamentos legales, cambia el sentido de su propio razonamiento cuando afirma (respecto al grupo de leyes que a su juicio sólo limitan la excarcelación por "la gravedad de la imputación"): "... Si la imputación fuese de más gravedad (...) la ley presume que el encartado tratará de eludir...".

A mi entender, ciertamente dichos argumentos, en el estado de la dogmática penal contemporánea, no alcanzan a justificar que su admisión como prisión *ante iudicium* controvierte expresamente el "principio de jurisdiccionalidad". Ello en la medida en que el desarrollo de las distintas técnicas rituales utilizadas hasta la actualidad dan cuenta de que tales fundamentos resultan de una entidad constitucional de rango absolutamente menor al que tiende a contradecir, tergiversando la función del derecho penal de tutela precisamente de las aludidas garantías individuales y el papel exclusivo de la pena como medida punitiva exclusiva [como conclusión de un "juicio justo" y como retribución a una conducta socialmente reprochable (esto último, claro está, aun en la hipótesis de centrarnos en la consideración de la pena con dicho alcance)].

Aun así (admitidas y reconocidas como únicas justificaciones por la doctrina y la jurisprudencia más avanzadas, sobre las que brevemente aludimos con anterioridad), hay dos finalidades diversas a considerar para su imposición: a saber, la del peligro de alteración de las pruebas y la del peligro de fuga del imputado. Entiendo que ello no impi-

de continuar manteniendo el principio general consistente en que el imputado debe gozar de libertad durante el desarrollo del proceso y, sólo por excepción, podrá verse privado de su libertad, por períodos de tiempo sumamente precisos y limitados [en la medida en que se acrediten elementos objetivos que así lo aconsejen en merito a las finalidades aludidas y en la medida en que dicho tipo de medida cautelar (así denominada para eludir el mote de "pena anticipada") resulte "*ultima ratio*" para el aseguramiento de tales fines del proceso].

Coincide con ello lo sostenido ROXIN, al afirmar que cualquier medida de coerción conculca, por definición, alguno de los derechos fundamentales reconocidos al hombre por la Constitución<sup>8</sup>.

Por el contrario, concretar una regulación de dicho instituto, afectando los principios de legalidad y culpabilidad contenidos en la legislación de fondo, "... renegaría de la naturaleza instrumental o del carácter sirviente del Derecho Procesal Penal... para acordarle un fin en si mismo, totalmente autónomo del Derecho Material, por intermedio de un encarcelamiento preventivo con fines represivos propios..."<sup>9</sup>; esto último sin dejar de recordar su opinión general en orden a la legitimidad del instituto, que más tarde cuestiona.

Por otra parte, en igual sentido lo ha considerado BINDER<sup>10</sup> cuando, al hacer referencia al principio de inocencia, da cuenta que "... está en la realidad absolutamente degradado por la institución de la prisión preventiva...".

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, en *Strafverfahrensrecht*, N° 29, A y B, p. 164.

<sup>9</sup> MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 15.

<sup>10</sup> BINDER, Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Bs. As., p. 221.

c) *La pena privativa de libertad y su justificación ético-política. La "equidad" y la práctica judicial*

Con igual alcance, vale la pena (a mi entender) el concretar seguidamente algunas brevísimas referencias respecto a la "justificación de la sanción penal", en orden a pretender más tarde una fundamentación garantista de su mantenimiento o, en su caso, de los requisitos o supuestos en los cuales devengan de aplicación en el régimen penal de los niños y adolescentes.

Bien sabemos que, en realidad, el tema del epígrafe se relaciona directamente con la legitimación incluso de la propia existencia del derecho penal y que, entre las teorías tradicionalmente históricas, la dogmática en la actualidad niega virtualidad a las denominadas "absolutas", como "retribución justa" del ilícito producido, más allá de que, en definitiva, resulte útil o no.

Resulta de Perogrullo mencionar que, aun para quienes devienen adherentes del principio de retribución, el carácter o consecuencia del delito que tiene la "pena" no es un *prius*, sino un *posterius*, no una medida preventiva o *ante delictum*, sino una sanción retributiva o *post delictum*.

Dicha primera garantía [por algunos entendida como la fundamental del derecho penal (en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho y no por lo que es)] sirve para excluir cualquier posibilidad de castigo del inocente (aun en términos de "prevención general" o "especial"), incluso cuando se lo considere "peligroso", "sospechoso", "proclive al delito", etc.

Idéntica pérdida de consenso doctrinario han merecido las englobadas en las "teorías relativas" (consideradas como un "factor de prevención"), tanto en las denominadas de "prevención general" o de "prevención especial" (en las primeras con la finalidad de disuadir de actuar en

forma antijurídica mediante la amenaza de una coacción exterior; en las segundas poniendo el acento en el autor, sea en su aspecto positivo como coacción psíquica o en el sentido negativo pretendiendo un "tratamiento" para lograr, según la vieja proposición de VON LISZT, la "reinserción" del infractor).

Contrariamente a aquellas formulaciones teóricas, la experiencia y el marco socio-histórico nos permite afirmar que el cumplimiento de la pena no sólo estimula la recaída en el delito, sino que tampoco consigue la pretendida "re-socialización".

Más modernamente, teniendo en cuenta que aún no se ha podido elaborar una respuesta definitiva a la cuestión, surge la "teoría de la prevención general positiva", propuesta por JAKOBS, con la función de ratificar y asegurar la validez de las normas, utilizando el "castigo" para alcanzar la confianza general en ellas; y las "teorías unionistas", cuyo principal exponente resulta ser Claus ROXIN, considerando "legítima" la pena que sea tanto "justa" como "útil".

Baste sólo rescatar (en lo que devendría de significancia en el tema que nos convoca) que, en función de aquella, el fundamento de la pena radica en su "utilidad", en su capacidad preventiva, pero ésta sólo será legítima en la medida en que sea "justa", o, lo que es lo mismo, "proporcional a la culpabilidad del autor"; procurando con ello establecer un límite a la función preventiva, en la medida en que se la considere como "socialmente útil" y adecuada a las condiciones personales del autor y a las características del ilícito y, esencialmente, a su índice de lesividad.

En dicho contexto, por otra parte, aparece como insoslayable la necesidad de proceder a una reformulación del rol de la pena, propendiendo a la búsqueda de "formas de reacción social constructivas frente al delito", como asimismo (y a mi modo de ver esencialmente) proponer instrumentos

procesales que limiten, en la mayor medida esperable, la posibilidad del error judicial; rodeando a los preceptos normativos rituales de las máximas garantías que no tornen en ilusorios los ya indicados "derechos humanos fundamentales" (precisamente, persiguiendo el propósito de que el derecho procesal deje de responder a los estigmas que le tratan de ser impuestos por la dogmática penal conservadora, en miras al afianzamiento como "estructura democrática sólida" de la magistratura penal).

Finalmente, sobre la cuestión en tratamiento, creo indispensable integrar tales consideraciones teóricas con un aspecto señalado por FERRAJOLI, cual es el replanteo que, en el marco de un nuevo derecho penal garantista, debe observar el término "equidad" y que, por ello, tiene directa vinculación con la actividad y la práctica judicial (en la medida en que la actividad del juez no se limita exclusivamente a tomar conocimiento de un delito ni a aseverar, o a negar, conforme a pruebas, la tesis que enuncia su comisión por parte de un sujeto culpable, sino que también valora los fines sobre la medida o la calidad de la pena, en función de las "circunstancias específicas" en que dicho culpable ha actuado).

Tradicionalmente, la definición escolástica, a partir de ARISTÓTELES en su *Ética Nicomaquea*, considera a la "equidad" como la "justicia del caso concreto". En dicha obra, al analizar las relaciones entre "legalidad" y "equidad" con la justicia, consideraba que "lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal".

Dicha concepción (que conecta la "equidad" o "justicia equitativa" con el carácter singular de los juicios y la "legalidad" o "justicia legal" con el carácter universal de las leyes), si bien representa la explicación más clara y significativa sobre el concepto que nos ocupa, resultó cuestio-

nada por dicho autor precisamente al entenderla como una corrección de la ley.

Con diferencias de matices, ésta representa la concepción predominantemente uniforme, entendida como "una operación no ordinaria sino subsidiaria y extraordinaria, no intra sino extra, *ultra* o *contra legem*". En síntesis, la ubica como una "fuente de derecho alternativa a la legalidad", como un "instrumento más o menos excepcional de interpretación y de integración de la ley".

Frente a ello, se propone que "legalidad" y "equidad" pueden ser concebidas como dos aspectos distintos del conocimiento judicial; el "juicio de legalidad" corresponde a la verificación y el "juicio de equidad" consiste en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual verificado y no connotadas por la ley.

En consecuencia, las "connotaciones" y "valoraciones" de este tipo, si bien extrañas a la cuestión de la legalidad y de la certeza, forman un aspecto esencial e ineludible del conocimiento judicial, haciendo que todos los juicios sobre un mismo tipo de delito, aunque legalmente coextensos, nunca sean equitativamente coextensos, sino cada uno nuevo y diferente del precedente.

La función judicial, en el marco de la revalorización del "principio de jurisdiccionalidad" mencionado, apunta a que no sólo se corresponda con denotar y verificar las "circunstancias del delito" que se encuentran preestablecidas en la ley, sino también todas aquellas legalmente imprevistas y a menudo imprevisibles que hacen a cada hecho distinto de los demás y que tengan relevancia para la valoración de su gravedad específica y para la consiguiente determinación de la medida de la pena.

Ello así en la medida en que la "comprensión equitativa" de todas esas "circunstancias específicas" (previstas o no en la ley) comporta un "poder de connotación" que se

expresa en valoraciones y elecciones ampliamente discrecionales.

Tales ámbitos de poder discrecional deben ser "reducidos" o "disciplinados", de forma tal que la "prudencia" o comprensión de sus connotaciones particulares ha de ser lo que caracterice la función judicial, distinguiéndola de cualquier otra actividad burocrática o meramente ejecutiva, al resultar una dimensión epistemológica constitutiva de la jurisdicción.

Sin dudas, cuanto más profunda es la comprensión sobre un hecho, tanto mayor es la atenuación, en los límites de su justificación, de su "equidad".

### III. ASPECTOS ESTADÍSTICOS Y PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES QUE SURGEN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

#### *a) Indicadores estadísticos*

Comencemos por destacar que las estadísticas no reflejan la denominada "criminalidad real", sino los datos de funcionamiento del sistema penal<sup>11</sup>.

Aun así, cuando intentamos iniciar un análisis en relación al fenómeno denominado "delincuencia juvenil", debemos hacerlo desde el punto de vista criminológico (en su más abarcativa concepción), estableciendo no sólo la incidencia estadística que, en el total de delitos en un periodo determinado, poseen los cometidos por los menores de 18 años en general, sino específicamente el grado de reinci-

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 23.

dencia o reiterancia en el que han incurrido quienes más tarde resultan involucrados en causas penales cuando adquieren su mayoría de edad penal, lo que nos permitiría proponer un diagnóstico de la situación observada y, con ello, la determinación de la herramienta legal adecuada.

En general, entre el 80 y el 85 % de los adultos con causas penales han tenido antecedentes cuando eran menores de edad [tasa porcentual que incluso en el último período ha aumentado desde el 80 % (en tal sentido se hace alusión no exclusivamente a los antecedentes penales, sino también a los denominados antecedentes tutelares; esto último en referencia a aquellas legislaciones que aun mantienen en vigencia la "doctrina de la situación irregular")].

Entre los especialistas se admite que existe una asignatura pendiente en lo que se refiere a la discriminación por edades en el sistema nacional de registro y de todos los sistemas locales provinciales [circunstancia que nos permite concretar una primera inferencia, consistente en que la ausencia de inversión de parte de los organismos estatales (a los fines de conocer la magnitud y las causas del fenómeno de la delincuencia juvenil) resulta funcional al criterio político-criminal que se ha tenido históricamente sobre dicho fenómeno, el que salvo excepciones (y de un tiempo a esta parte) se presenta en la gran mayoría de las jurisdicciones provinciales de nuestro país].

Resulta, en tal sentido, indudable, que la limitada producción estadística obedece a un deliberado desinterés en una evaluación más pormenorizada y circunstanciada del fenómeno, sobre cuyas conclusiones podría orientarse responsablemente una política criminal adecuada.

Prácticamente sin diferenciación de fronteras, en Americana Latina las cárceles se encuentran casi exclusivamente ocupadas por ciudadanos provenientes de los sectores populares excluidos, con posibilidades casi nulas de "inser-



ción social" (a ciencia cierta referimos a "reinserción" supondría el reconocer que alguna vez pudieron haberlo estado), con una motivación delictual específicamente limitada a la subsistencia, mediante la utilización de métodos o instrumentos mayoritariamente rudimentarios, si bien de características más violentas, ya que a ello se suma un alto grado de inestabilidad emocional, adicciones a estupefacientes y otras sustancias tóxicas, alcoholismo, etc.; ello finalmente como derivación del fenómeno de discriminación social más importante de nuestros tiempos: la pobreza.

Las limitadas referencias estadísticas que pueden encontrarse acerca de causas penales en las que resultaron involucrados menores de edad así lo confirman.

En una investigación publicada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (llevada a cabo sobre un total de 218 casos tramitados en el transcurso del año 1998 en los Juzgados de Nacionales de Menores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), se pudo arribar a las siguientes conclusiones: más del 50% de los delitos cometidos abarcaban delitos contra la propiedad (36 % robos y 15 % hurtos); el índice de lesiones o violencia física grave en tales delitos contra la propiedad aparece como casi nulo; de igual modo es prácticamente inexistente el índice de homicidios o graves atentados contra las personas; en su gran mayoría cometidos por menores de edad sin estar acompañados de mayores (80 %); el nivel de instrucción de los imputados se representa por casi un 50% que no han completado su escolaridad primaria (48 %); sólo el 21 % sí la había terminado; y apenas el 1 % tenía completo el nivel secundario; una importante franja tenía antecedentes penales (22 %) y una, aun mayor, contaba con actuaciones tutelares (45 %), demostrando con ello la clara ineficacia del marco normativo vigente con anterioridad; una importante mayoría de tales hechos ocurrieron en la vía pública o en lugares de

acceso público o comercios (71 %), lo que claramente denota que hacemos alusión a una criminalidad marginal y desorganizada.

A su vez, el único trabajo estadístico posterior, conocido hasta el momento (francamente limitado y proveniente de la División Unidad Especializada en Crímenes contra Menores de la Policía Federal Argentina), da cuenta, en el período comprendido entre el 01/04 y el 26/06 de 1999, de la detención de 1219 menores de edad; es decir, a razón o a un promedio de catorce menores por día.

Un "muestreo estadístico" llevado a cabo por la Defensoría Penal del Niño y el Adolescente, en la cual cumulo funciones (sobre un relevamiento de 202 casos, todos ocurridos en oportunidad de la vigencia de la derogada ley no. 1613), pudo determinar, en forma coincidente con el anterior, lo siguiente: el 74 % de los delitos denunciados como cometidos por menores de 18 años de edad resultaron ser de aquellos comprendidos en el título "delitos contra la propiedad"; el 17 % están comprendidos en los "delitos contra la vida" y el 6 % en los "delitos contra la libertad". En el supuesto de los antes mencionados "delitos contra la propiedad", el 46 % se refería a robos, el 42 % a hurtos y el 12 % a daños. A su vez, respecto de los denunciados como robos, el 78 % se referían a robos "simples", dentro de los cuales el 41% aparecieron como "consumados" y el 37 % en "grado de tentativa". En relación a los hurtos, el 94 % se tratan de hurtos "simples" y el 6 % restante como calificados. Dentro de los primeros, por otra parte, el 58 % aluden a hechos consumados y el 36% a tentados. En los casos de "delitos contra las personas", el 78 % se tratan de "lesiones leves", el 7 % "lesiones graves" y un 7 % de homicidios. En cuanto a la edad, el 63 % de los supuestos analizados se encontraba comprendido en la franja de entre los 16 y 17 años y un 28 % entre los 14 y 15 años de edad. Con igual alcan-

ce, el 83 %, en el momento de cometer el hecho, no trabajaba y sólo un 51 % tenía la escolaridad primaria completa. Respecto a la "modalidad en la ejecución del hecho", en el 72 % de los casos lo habría cometido sólo un menor y un 17 % dos menores. Por otra parte, en el 81 % de los supuestos en cuestión no intervinieron mayores de edad. La hora de comisión del hecho abarcaba, en el 72 % de los casos, la comprendida entre las 18 y las 06 hs. Por último (y quizás éste aparezca como un referente estadístico de suma importancia), es de mencionar que el 51 % de los casos analizados habían cometido con anterioridad otros delitos (reiterancia).

Confirmando los datos que surgen de dichos relevamientos, en forma relativamente coincidente encontramos los que surgen de una estadística interna realizada por la Agencia Fiscal para Delitos Juveniles de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Neuquén, en relación a lo acontecido en el año 2001; y bueno es mencionar en el marco de vigencia y aplicación de la reforma instrumentada por la Ley N° 2302. Particularmente me refiero al tipo de delito investigado, que arrojó los siguientes resultados: los casos comprendidos en los "delitos contra la propiedad" representaron un 68% de los investigados (estos últimos sobre un total de 946). Entre éstos, el 79 % resultaron ser "robos simples" y "hurtos simples" y el 10 % los representados por "robos y hurtos calificados". Los eventualmente comprendidos en "delitos contra las personas" representaron un 24 % y, de entre ellos, los "homicidios" un 1,28 %.

Reviste interés mencionar que no se ha producido una variación significativa en lo relacionado a la cantidad de delitos en los cuales habrían intervenido menores de 18 años de edad, en términos relativos (manteniéndose aproximadamente en un 10% de la tasa total de delitos denunciados).

Con igual alcance es de considerar que al momento de ponerse en vigencia la ley N° 2302, en el mes de diciembre del 2000, los Juzgados de Menores que intervenían en la sustanciación de causas penales tenían acumuladas la cantidad de 1800 causas sin resolver, las que automáticamente fueron canalizadas por los nuevos organismos creados por aquella.

En dicho contexto resulta confirmado que la gran mayoría de menores sometidos a la justicia penal son provenientes de las clases económicamente más carenciadas de la población; situación, por otra parte, que no es privativa de los menores, en la medida en que "... todos los sistemas penales son altamente selectivos, alrededor del 1 % de los delitos que se cometen son los que se criminalizan... la arbitrariedad selectiva no se da en cuanto a los actos delictivos sino en cuanto a la franja social que se criminaliza..."<sup>12</sup>.

Lo que habitualmente se denomina "delincuencia juvenil", en realidad hace alusión a un aspecto de la criminalidad en general, de una incidencia decididamente menor en el total de delitos cometidos, en su gran mayoría con modalidades de acometimiento escasamente violentas, no organizadas, con claras tendencias relacionadas con la subsistencia y con una respuesta del Estado que no ha logrado evitar su reiterancia, a pesar de la utilización de herramientas de claro contenido represivo, como lo es, sin dudas, la privación de libertad de estos jóvenes (sea a partir de su vinculación a la causa penal en sí misma, sea mediante la utilización del recurso de "disponerlo" en "lugares de alojamiento", eventualmente al encontrarse en una "situación de riesgo").

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI, E. R. - MACCI, G., *Mesa de derecho y drogadicción*, FAT Mimeo, 1986.

Ello, a pesar del tratamiento específico que, en los ámbitos y organismos internacionales, ha merecido, incluso mediante la suscripción o ratificación de convenciones de parte de nuestro país, recomendando la implementación del denominado "sistema de protección integral", el que aún a la fecha ha incumplido con la readecuación de sus sistemas legales de menores (sea en el ámbito de "protección de derechos" o en el del régimen penal, o en aquellos casos en los que, si bien se han dictado las normas, lo han sido sin el reconocimiento pleno y efectivo de las garantías procesales, o mediante la falta de asistencia a los organismos encargados de su implementación, tanto en la provisión de recursos económicos, cuanto en la modificación de políticas sociales o económicas que aparecen como la base de sustentación de la delincuencia juvenil).

### *b) Análisis de las normas internacionales*

La aludida legislación internacional parte del criterio de que los menores que se encuentran en conflicto con la ley están a su vez abandonados, desatendidos, maltratados, expuestos al uso indebido de drogas, en situación marginal, sometidos a "riesgo social", a partir de lo cual persiguen la adopción de medidas progresistas para la prevención de la delincuencia y para el bienestar de la comunidad en general, en la convicción de que "... si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pudiendo adquirir actitudes no criminógenas..." (conf. Formulación de principios de las "Directrices de Riad").

Se coloca en primer término, como obligación de los Estados, la de procurar el desarrollo armonioso de los adolescentes, respetando y cultivando su personalidad a partir de la primera infancia, promoviendo una función activa y

participativa en la sociedad, descartando que sean considerados como "meros objetos de socialización o control".

En la adopción de las políticas destinadas a cumplir con esos fines, se procura la disposición de medidas que concreten la creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por su desarrollo personal (en particular de aquellos que se encuentran permanentemente en peligro o en situación de riesgo social, por lo que necesitan cuidado y protección especiales).

Se advierte, con lo antedicho, que se parte del presupuesto de que las conductas o comportamientos socialmente no aceptados (que trasuntan en conflictos de naturaleza penal y, con mayor razón aun, en los supuestos de niños y adolescentes) tienen su raíz en situaciones socio-económicas de índole comunitaria, a partir de la falta de concreción de alternativas o proyectos personales, o, lo que resulta más grave aun, frente a necesidades básicas insatisfechas de su núcleo social primario, que "obligan" (en una reacción individual de supervivencia) a que el menor desajuste su proceder a tales pautas.

En tal contexto, los procesos de socialización e integración social de los niños y jóvenes (como núcleo central de una política de prevención de la delincuencia juvenil) deben centrarse mediante la implementación de programas asistenciales, predominantemente centrándolos en el grupo familiar, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral.

Contrariamente a la realidad que emerge de los datos estadísticos antes mencionados, encontramos aquellos que, en forma sistemática y no por ello desinteresada (a mi entender), pretenden dar cuenta los medios de comunicación masivos.

En consecuencia, la inicial respuesta institucional al problema de la delincuencia juvenil debe ser, precisamente, la adopción de dichas políticas públicas, con el objetivo central de prevenir la reiteración en el futuro de acciones que los encuentren a los menores como sujetos activos de conflictos penales (factor de "prevención general" que, incluso, operaría como una herramienta de política criminal más que eficiente).

La segunda respuesta institucional a la problemática que nos ocupa es, precisamente, la implementación de regímenes procesales penales que garanticen a los jóvenes la efectiva vigencia de las mismas garantías individuales que en los procesos de adultos, sustentados en los criterios de "desjudicialización" de tales conflictos y en la adopción de "medidas alternativas" a la imposición de una pena que, precisamente, persigan el objetivo de integración social al que antes aludiéramos.

Se evidencia con lo antedicho que la adecuación legislativa a los instrumentos internacionales podía disponerse de dos formas posibles: a) adoptando "formalmente" las formulaciones propuestas en las convenciones, mediante disposiciones normativas, más tarde carentes de contenido y vigencia práctica; b) tomando como pauta de referencia, si se quiere, como "punto mínimo" de reconocimiento normativo, los presupuestos previstos en aquéllas y, en su caso, pretender avanzar en la concreción de otros institutos, en la búsqueda del reconocimiento efectivo de las garantías constitucionales y sus consecuentes garantías procesales.

Ello sin desconocerse que, aun con anterioridad al dictado de tales instrumentos internacionales, no existía ningún impedimento de índole jurídico-dogmático que justificara el no reconocimiento de tales garantías; por el contrario, el reconocimiento constitucional hubiera impuesto la obligación estatal de asegurar su eficacia, aun sin la existencia de previsiones legales específicas en el régimen penal de la minoridad.

La citada legislación internacional persigue precisamente encontrar formas alternativas a la internación de menores de edad que han cometido hechos delictivos, al considerar que el encierro segrega desde temprana edad a seres humanos, con pocas perspectivas de cumplir alguna otra función que les permita encontrar vías armónicas de convivencia social; ello sin dejar de considerar que, "... resulte el menor absuelto o se arbitre la suspensión de la condena, es indudable que se obró efectivamente 'condenándolo' cuando se aplica una medida tutelar, que es, en definitiva, una sanción..."<sup>13</sup>. Así lo ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, que específicamente (en su art. 37 inc. b) consigna que la "... prisión de un niño se llevará a cabo... tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda..."; disponiendo correlativamente el art. 40 inc. 1 "*in fine*" que se reconoce "... el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable... a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad... (y en forma tal que) ... se tenga 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...". Precisamente el inc. 4° de dicho artículo da cuenta de las diversas "medidas alternativas" a la internación" en instituciones, "... para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar..." (teniendo en cuenta que, a contrario de la internación, "... generarán menores y adultos aptos para convivir sin generar conflictos jurídico-penales... fortaleciéndolos con el objetivo de disuadirlos de

---

<sup>13</sup> FELLINI, Zulita, *Derecho Penal de Menores, Ad-Hoc*, Bs. As., 1996, p. 17.



cometer conductas sancionadas... en suma, una medida judicial eficaz para insertar al menor en un proyecto de vida enmarcado en principios de convivencia social...")<sup>14</sup>.

En la formulación reseñada coinciden numerosos instrumentos internacionales, en la medida en que reconocen como desaconsejable imponerle al menor las penas privativas de libertad, debiendo hacerse previo uso pleno de la amplia gama de posibilidades de "medidas sustitutivas", pudiendo citar, entre ellos, a: 1) las "Reglas de La Habana" (arts. 1, 2, 3, 4, 11 inc. b), 79, 80 y ss.; 2) las "Reglas de Beijing" (arts. 16.1, 17.1, 18.1, 19.1); y 3) las "Directrices de Riad" (arts. 5 inc. e, 46); en consonancia con las Resoluciones N° 4 y 8 del Sexto Congreso de Naciones Unidas.

Agréguese, a lo sostenido precedentemente, que las denominadas "medidas tutelares" reconocidas en muchas legislaciones locales (verbigracia, "internación") "carecen de la posibilidad de educar" y, además, "se puede comprobar que tienen un alto efecto estigmatizante que impide la reinserción en la sociedad. Son medidas que no reinserían, sino que aíslan aún más; y por último las investigaciones empíricas sobre los efectos positivos de las penas privativas de libertad no alcanzan a demostrar que éstas tengan efectos preventivos"<sup>15</sup>.

A mayor abundamiento, ha de mencionarse la expresa disposición de la norma 14 de las "Reglas de La Habana", que da cuenta de que, en lo concerniente a la legalidad de las medidas de detención, en particular los objetivos de integración social, deberán "... garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo...", complementándose con las especificaciones de la

---

<sup>14</sup> FELLINI, Zulita, ob. cit., p. 96.

<sup>15</sup> FELLINI, Zulita, ob. cit., p. 48.

norma N° 27, al hacer alusión a determinar el tipo y nivel del tratamiento y programa que deberá aplicarse, incluso mencionando la posibilidad de un "tratamiento rehabilitador especial", la necesidad de que los tratamientos sean individuales (norma N° 30), etc.

#### IV. LA LEY N° 2302. SU ANÁLISIS NORMATIVO-COMPARATIVO. SU IMPLEMENTACIÓN

Particularmente en lo que se refiere al procedimiento penal en la reforma instrumentada por la ley N° 2302 en la Provincia del Neuquén, a más de las garantías procesales denominadas tradicionales (debido proceso adjetivo, efectivo y pleno derecho de defensa en juicio, asistencia letrada estatal obligatoria, derecho a recurrir y a ser oído, a ser juzgado por juez imparcial, a ofrecer prueba y participar activamente en su producción y control), se concretó la implementación de un "modelo acusatorio puro", en el que se encuentran plenamente diferenciadas la función de investigar y de juzgar, con la introducción de "criterios de oportunidad" de parte del fiscal, en el reconocimiento de que el titular exclusivo de la acción penal resulta ser aquel, con posibilidades de "mediación" con la víctima, vigencia amplia e irrestricta de la implementación de medidas alternativas de composición y con la imposición de pena como "*ultima ratio*", frente al fracaso e inutilidad de cualquier otra medida que la reemplace.

Dicha legislación ha centrado su espíritu y orientación en los siguientes ejes fundamentales:

1. Determinar la vigencia del "interés superior" del niño o el adolescente en el marco del "sistema de protec-

ción integral de derechos", como el criterio o pauta interpretativa central.

2. La expresa delimitación de la competencia a los fines del tratamiento de las cuestiones referidas a la "protección de los derechos" de los niños y adolescentes, de las correspondientes a los supuestos en los cuales se atribuye a alguno de ellos una infracción a la ley penal, confiándose a magistrados distintos. Aplicación práctica de dicho principio es la imposibilidad de que algunos de ellos (sean los jueces penales o los jueces de familia) puedan adoptar decisiones que no encuentren exclusivo fundamento en el ámbito en el cual deben desarrollar su tarea (a saber, resulta de competencia exclusiva del juez con competencia en lo penal la internación en cuanto importa la privación de libertad de un niño o adolescente, quedando prohibido el recurso a tal extrema medida en consideración a motivos o razones que excedan los fines cautelares penales: "imposibilidad de fuga del imputado" o que "no desarrolle conductas que obstaculicen la investigación").

3. Imponer, como criterio legitimador de la función jurisdiccional penal, la "desjudicialización de la pobreza" y la "no criminalización del conflicto penal".

4. La limitación de la aplicación de medidas de coerción penal [tanto en el transcurso de un proceso penal en trámite (de naturaleza cautelar penal), como así también como conclusión o consecuencia de aquél].

5. La introducción de un "modelo acusatorio puro" en el procedimiento penal, con institutos novedosos, como son la "cesura" del juicio (separación entre el juicio sobre la materialidad, autoría y responsabilidad y el juicio sobre la determinación o no de pena en concreto).

6. En el mismo contexto, la limitación del ejercicio jurisdiccional exclusivamente para aquellas cuestiones que resulten controvertidas por las partes; la determinación del "criterio fiscal vinculante", la implementación de "modalidades compositivas del conflicto penal"; la revalorización del juicio oral y público, como acto procesal de trascendencia en orden a la adopción de una resolución sobre el caso; la limitación de las facultades recursivas del fiscal; la ampliación del recurso de casación, admitiendo el planteamiento de "cuestiones de hecho" en la medida en que no dependan en forma directa del "principio de inmediación"; la derogación de la indagatoria como supuesto acto procesal defensivo; el derecho del imputado de no ser constreñido a participar de actos de contenido probatorio.

Pero, sin dudas, lo que resulta de suma trascendencia, en la temática que tratamos, es la importante limitación que se ha impuesto tanto al denominado "arresto" como a las "facultades de detención" del personal policial; y, finalmente, a la imposición "de cumplimiento efectivo" de una pena.

En función de la prevención que da cuenta el art. 67 de la ley 2302, el "arresto" (designación que incluso desde la formulación lingüística busca diferenciarse del instrumento de la prisión preventiva), en atención a sus previsiones [sólo procede en aquellos supuestos en los cuales resulte plenamente acreditada la existencia del hecho y la probabilidad de participación responsable del niño o adolescente, siempre que el hecho primariamente calificado supere en su escala penal los 10 años de prisión, agregando de modo expreso (y que no deja margen de duda posible) que procederá únicamente en el supuesto de que no existan otros medios que permitan asegurar el descubrimiento de la verdad y el sometimiento del imputado al procedimiento penal a observarse y, en cualquier caso, por un período que

no puede exceder los 30 (treinta) días, sin posibilidad ninguna de que resulte prorrogado].

Con ello no sólo se limita la aplicación del instituto a los delitos de mayor gravedad, sino que también, como presupuesto de aplicación, debe acreditarse que no existen mecanismos que no importen privación de libertad que sean aplicables al caso y, además, en caso de recurrirse a él (al arresto), éste debe perseguir el único objetivo que debió haber tenido en todo momento, cual es el de cumplir con finalidades estrictamente cautelares.

Idéntica reforma sustancial aconteció en el marco de regulación de la ley 2302 en lo referido a la *determinación o necesidad de imponer pena*. La prevención de imponer "bajo sanción de nulidad" la necesaria fundamentación de la imposibilidad de recurrir a otros medios alternativos despeja, por un lado, la posibilidad de que (aun vigente la ley 22.278, modificada por ley 22.803) el juez descarte la aplicación de tales medios alternativos, en beneficio de mantener la libertad del justiciable y, con ello, la posibilidad de que el Estado (ya no con la función de castigar) otorgue los medios que, en el contexto de la "desigualdad social" reinante, actuaron como verdaderos "desencadenadores" del fenómeno denominado "delincuencia juvenil".

En su reemplazo, se prevé la inclusión de los menores en "programas de libertad asistida", en el que el organismo administrativo, dependiente del Poder Ejecutivo, resulta ser el encargado de llevarlo adelante, con entrevistas periódicas de los operadores con los menores y sus representantes legales, seguimiento de su situación socio-ambiental-familiar, eventualidad de tratamiento psicológico relacionado con su situación y la inclusión en sistemas de "asistencia social" con el objetivo de remover los obstáculos socio-económicos que, en la gran mayoría de los casos, actuaron como elemento determinante de las conductas reprochadas como delitos.

## V. EPÍLOGO: UNA EXPERIENCIA ALENTADORA

Con lo desarrollado hasta esta oportunidad, se advierte que la privación de libertad ha dejado de ser (en el ámbito del procedimiento penal en análisis) la excusa (sostenida desde largo tiempo atrás) que justificaba la imposición de penas anticipadas, o el argumento para imponer "tratamientos tutelares", los que finalmente no hacían más que mantenerlos privados de su libertad (más como reacción *punitiva* frente al conflicto penal, que como "solución" o "compromiso" del propio poder estatal), a partir, incluso, de los principios sentados desde largo tiempo atrás en las citadas convenciones internacionales.

En consecuencia, si los fines del proceso se encuentran asegurados, si la participación y sujeción del imputado se garantiza sin necesidad de recurrir a la violencia carcelaria, desaparece la utilización del encarcelamiento preventivo, como instrumento de una política criminal (a mi entender) hipócrita e insostenible. En ningún momento de la historia del derecho penal la prisión representó la aplicación "racional y humanizada" del monopolio de la violencia estatal.

Tampoco la aplicación del encierro corporal pudo siquiera minimizar los índices de criminalidad, o, siquiera, intervenir adecuadamente como un "factor de prevención general o especial, positiva o negativa". Precisamente, la falsa consideración político-criminal llevaba a sostener y aplicar consecuentemente, en la persona del inculpado (recordemos protegido por la presunción constitucional de la inocencia en juicio), una clara "medida de seguridad", sosteniéndola con los ya conocidos criterios de "peligrosidad" o "reiterancia", con particular referencia al daño que ocasiona en una personalidad en maduración (como son los jóvenes y adolescentes).

Ello se compadece adecuadamente con las críticas formuladas contra los sistemas normativos que responden al "modelo de pura defensa social" en el ámbito de menores de edad, lo que permite concluir que resulta desaconsejable el mantenimiento de las denominadas "medidas tutelares" como consecuencia de hechos punibles, sustentándolas en la fórmula del "estado peligroso", es decir como una fuente potencial de riesgo para los bienes jurídicos de la comunidad, al considerar que el menor, por su corta edad, no comprende los imperativos legales.

Como intentara explicitar con anterioridad, la propuesta de "reformulación" del principio garantista, apunta precisamente a propender hacia la justificación de una política criminal que actúe efectivamente como un "espacio de deslegitimación" de la violencia punitiva estatal.

De tal forma, el ámbito de control y neutralización del poder punitivo debe surgir a partir de la interactuación de los instrumentos que brinda el sistema penal en su conjunto, con el objetivo de establecer un "modelo igualitario y democrático" de solución de los conflictos, deslegitimando el rol activo que el Estado asume en esas circunstancias, en contraposición al "rol pasivo" y a la ausencia de compromiso de aquél en la satisfacción de las necesidades de la gran mayoría de la población y en revertir los procesos de marginación, exclusión y desigualdad social.

En tal contexto, no cabe duda de que las previsiones contenidas en la ley 2302 (antes mencionadas) y la modalidad concreta de su puesta en vigencia por las agencias judiciales importaron el restablecimiento de la legitimidad constitucional de las medidas cautelares a adoptarse en un proceso penal, limitándolas cualitativamente y para aquellos supuestos en los cuales no puedan evitarse de otro modo los riesgos procesales, a partir del reconocimiento de su evidente inefi-

cacia como factor de prevención general o especial (justificación ética en el ámbito de la política criminal).

Idéntico tratamiento ha merecido, a mi entender, el instituto de la privación de libertad en cuanto a su utilización como respuesta a la comisión de un delito. Con los requisitos impuestos en la ley 2302, queda evidenciado que su imposición ya no descansa en su adecuación formal con el principio de legalidad o en el simple reconocimiento de las garantías constitucionales, sino que debe surgir de la acreditación en cada caso de su "necesidad o utilidad", su correspondencia con el "principio de culpabilidad", su aplicación exclusivamente a la "afectación de los bienes jurídicos de mayor trascendencia" (como modo de respeto del "principio de lesividad") y, finalmente, con la necesidad de actuar como un "factor de prevención especial positiva", que limite en la mayor medida posible el "factor de reincidencia o reiterancia".

Con idéntico alcance, el mantenimiento de cualquier medida de coerción personal de naturaleza cautelar penal (que signifique la privación de la libertad o su restricción) importa, en el marco del sistema procesal garantista propuesto, una medida desproporcionada a la que se acude como imposición anticipada de pena, la que, como dijéramos, deviene propuesta como "último recurso" al conflicto planteado por el ilícito imputado (y con las demás limitaciones previstas en el texto legal).

Básicamente, entiendo, éstos deben ser los lineamientos de un sistema garantista de resolución de los conflictos penales en los que se hallaren menores involucrados.

La experiencia y la práctica judicial, sumada a la estadística destacada en el comienzo de esta presentación, dan cuenta del fracaso absoluto de los sistemas normativos que se justifican en concepciones ligadas al "derecho penal de



autor" y respaldadas desde la perspectiva del derecho procesal penal en los "modelos inquisitivos" o "acusatorios reformados".

Similar resultado negativo puede colegirse de aquellas propuestas facilistas que se limitan a un "endurecimiento de las penas" o del "rigor del derecho penal", como lo son sin dudas los "proyectos legislativos en los que se pretende disminuir la edad de imputabilidad", demostraciones todas de un "derecho penal de emergencia", irracional y, especialmente, deshumanizado.

A la comunidad en general (y al Estado en particular) le incumbe el rol de asumir las responsabilidades que se generaron por la implementación de políticas públicas erróneas en la "prevención de la delincuencia juvenil", promoviendo acciones positivas de claro contenido asistencial, que persigan remover los obstáculos de índole socio-económica que aparecen, si no como la motivación esencial, como la causa principal de las conductas reprobadas como delitos.

Finalmente, la pretendida "reformulación" dogmático-teórica, someramente desarrollada precedentemente, debe ir acompañada necesariamente de una "recomposición" de las prácticas judiciales penales en el ámbito de la cotidianidad. Tales prácticas, en mi opinión, deben presentarse permanentemente en conflicto abierto con la constante expansión del poder, que surge de las "relaciones sociales asimétricas", con la pretensión de neutralizar todo aquello que deshumaniza o "desubjetiviza" (todo aquello que desmerece la dignidad del hombre). La expresión crítica de tales prácticas debe enmarcar a ellas en la búsqueda del reaseguramiento del mayor "espacio de libertad", como principio rector de un necesario "movimiento de transformación", un "hacia a", un derecho penal democrático y humanizado.

## VI. APÉNDICE: DISPOSICIONES CORRESPONDIENTES DE LA LEY 2302

LEY 2302 DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES DE NEUQUÉN (sancionada el 7/12/1999; B.O.: 4/02/2000; vigente desde diciembre del 2000, en virtud de las prórrogas de su vigencia operadas por ley 2326 de julio del 2000 y por acuerdo 3404 del Tribunal Superior de Justicia del 1/11/2000)<sup>16</sup>.

### ARRESTO EXCEPCIONAL

Art. 67: El arresto del niño o adolescente sólo se llevará a cabo en forma absolutamente excepcional, cuando el delito imputado estuviere conminado con un máximo de pena privativa de libertad mayor de diez (10) años y sólo cuando fuere absolutamente indispensable para hacer cesar los efectos del delito o para asegurar su comparencia ante actos procesales esenciales, siempre que se constatare la plena existencia del hecho y la probabilidad de participación responsable del niño o adolescente y en la medida en que, fundamentalmente, se comprobare el fracaso o inidoneidad de las medidas no privativas de libertad previstas en el artículo 71 de esta Ley. En estos casos excepcionales, el plazo del arresto no podrá superar los treinta (30) días.

El arresto excepcional deberá cesar antes de su tiempo máximo cuando hubieran desaparecido los motivos que lo fundaron, pudiendo ser sustituido en cualquier momento por una medida no privativa de la libertad.

La apelación interpuesta por el niño o adolescente o su defensa contra el arresto excepcional deberá ser resuelta en el tér-

---

<sup>16</sup> Sobre el problema de la entrada en vigencia de la ley 2302 y su visión crítica, puede verse: NARA OSÉS - GUSTAVO L. VITALE, *Ley de Protección Integral de Niños y Adolescentes de Neuquén (Protección de derechos y proceso penal)*, en MARY BELOFF (compiladora), *Los derechos del niño en las provincias argentinas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004 (en prensa).

mino perentorio de tres (3) días. Transcurridos esos tres (3) días sin que haya mediado resolución, deberá ser puesto inmediatamente en libertad, perdiendo jurisdicción el órgano judicial de apelación.

El arresto excepcional deberá ser cumplido en un lugar de alojamiento adecuado, que no tenga estructura carcelaria ni pongan en contacto con los niños y adolescentes a personal alguno de seguridad.

#### MEDIDAS

Art. 71: Durante el proceso el juez podrá imponer, siempre que exista plena prueba del delito y probabilidad de participación responsable en el delito, y de acuerdo a lo que resulte más adecuado a la situación y al interés del niño o adolescente con audiencia de la defensa y de los padres o representantes, alguna o algunas de las siguientes instrucciones o condiciones provisorias que tengan relación con la problemática del caso investigado:

- 1) Mantener al niño o adolescente en su núcleo de socialización primaria o familiar, bajo asesoramiento, orientación o periódica supervisión.
- 2) Colocarlo bajo el cuidado de otra persona, familiar o no, sólo si la medida prevista en el inciso anterior fuese manifiestamente inconveniente y perjudicial al niño o adolescente, debiendo efectuar las derivaciones correspondientes en caso de ser necesaria la remoción de aquellos obstáculos de orden socio-económico que impiden el digno desarrollo de la vida familiar.
- 3) Establecer un régimen de libertad asistida, confiando al niño o adolescente al cuidado de sus padres, tutor, guardador o persona de confianza.
- 4) Incluirlo en programas de enseñanza u orientación profesional.
- 5) Asistir a cursos, conferencias o sesiones informativas.
- 6) Adquirir determinado oficio, estudiar o dar prueba de un mejor rendimiento en estas actividades.

- 7) Someterse a tratamiento médico necesario en caso de enfermedad, a cargo de profesionales o en establecimientos oficiales o privados de atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar o someterse a tratamiento psicológico necesario.
- 8) Arraigo familiar.
- 9) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes o de ingerir determinados elementos que, sin encontrarse prohibidos para otros casos, en éste puedan ser considerados inconvenientes.
- 10) Omitir el trato con determinadas personas o que frecuenten ciertos lugares o locales donde se desarrollen actividades que pudieran colocar al niño en situación de riesgo.
- 11) Practicar deportes.

#### PROHIBICIÓN DE APLICAR MEDIDAS

Art. 83: El órgano judicial no podrá aplicar ninguna medida cuando:

- 1) Se probare la inexistencia del hecho o no hubiere plena prueba sobre su existencia.
- 2) Se probare que el hecho no constituye delito punible.
- 3) No hubiere pruebas de autoría o participación del niño o adolescente en el hecho ilícito.

#### PLENARIO

Art. 87: Durante la etapa del plenario, regirán las siguientes normas especiales:

- 4) Necesidad de fundamentar la imposición de penas privativas de la libertad impuestas como último recurso. La imposición de una pena privativa de libertad requerirá, bajo pena de nulidad, la necesaria fundamentación de la

imposibilidad de recurrir a diversas medidas no privativas de la libertad, entre las que se encuentran comprendidas el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación familiar, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, asegurándose que los niños o adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que la medida que se adopte a su respecto no guarde desproporción tanto con las circunstancias del hecho como con la gravedad del delito.

#### EJECUCIÓN DE LA PENA

##### Art. 89:

... El cumplimiento de las penas privativas de la libertad no afectará el derecho del niño o adolescente al desarrollo de las actividades sociales, educativas o laborales, aún fuera del establecimiento, que coadyuven a fortalecer los vínculos para su integración comunitaria. En tal sentido, el niño o adolescente condenado o procesado tendrá derecho a trabajar y a efectuar cursos de estudio, de capacitación laboral o formación cultural fuera del establecimiento de internación.