

2012-1

La investigación penal preparatoria. Función de las policías – I

Director

EDGARDO ALBERTO DONNA

Doctrina

Jurisprudencia

Vicedirectora

ÁNGELA ESTER LEDESMA

Jurisprudencia nacional

Jurisprudencia extranjera

Jurisprudencia anotada

Actualidad



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL.....	7
---------------------	---

DOCTRINA

LA INVESTIGACIÓN PENAL, ¿JUECES O FISCALES?

por TERESA ARMENTA DEU

.....	11
Introducción: La instrucción, debate y significado	12
1. Reformas relevantes para consagrar un sistema acusatorio y alcanzar un "debido proceso"	15
2. ¿Cuestión de principios o cuestión de modelos?.....	16
3. Sobre el fiscal instructor y el juez de garantías: en torno a la imparcialidad	17
4. Intervención de las partes en la investigación y ejercicio de la acción: monopolio oficial o intervención de otros acusadores. Intervención de la defensa y búsqueda de la igualdad	20
5. A modo de conclusiones	22
A) Sobre la instrucción	22
B) Sobre el fiscal investigador: valoraciones y reformas previas	23
1) Juicio valorativo sobre la incidencia de la reforma en el cuerpo social y en el conjunto del sistema jurídico	23
2) Reformas previas al fiscal investigador	24

1. Medidas de vigilancia secreta. Grabación de un soliloquio del imputado. Ámbito de reserva absoluta y relativa. Prohibición de valoración de la prueba	559
Fallo 2 StR 509/10 del 22 de diciembre de 2011	559
Fallo del Bundesverfassungsgericht/BVerfG (Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania)	565
1. Extracción de sangre. Reserva judicial. Prohibición de valoración de la prueba. Inadmisibilidad del recurso constitucional	565
Fallos 2 BvR 1596/10 y 2 BvR 2346/10 del 24 de febrero de 2011	565

JURISPRUDENCIA ITALIANA

por JOAQUÍN MARCET

1. Investigaciones preliminares y medidas cautelares: requisitos para que los agentes policiales puedan llevar a cabo su aplicación. Secuestro preventivo de un sitio en Internet, por medio del cual presuntamente se cometieron delitos. Imposibilidad de frustrar dicha conducta ilícita, por intermedio de otras medidas menos gravosas	573
2. Investigaciones preliminares y actuación policial: impugnación del labrado de actas efectuadas por las fuerzas de seguridad. Petición para que presten declaración testifical las personas ofrecidas por la defensa: requisitos para su admisibilidad. Morigeración del encarcelamiento preventivo: principio de proporcionalidad y pena en expectativa	578
3. Controles de tránsito: actuación de la policía judicial. Facultades con que cuenta para llevar adelante la verificación en los conductores de niveles de alcohol en sangre, superiores a los permitidos legalmente. Necesidad de encuadrar, desde un punto de vista numérico, el grado de alcohol en sangre, a través del empleo de medios técnicos adecuados e idóneos a tal fin	583

4. Medidas cautelares: custodia en prisión del imputado, revocación de beneficios otorgados en condenas condicionales e intervenciones telefónicas. Requisitos necesarios para proceder a la práctica de estas últimas. Rigurosa regulación legal, la cual requiere de la existencia de un grave cuadro indiciario, no deducible de informaciones o informadores anónimos, para lograr su autorización. Posibilidad de que hayan otros cauces de investigación independientes y confluyentes, además de la llamada "prueba de resistencia". Facultades que posee la policía judicial durante una actividad investigativa: recurrir a instrumentos comunes y valerse de todas las informaciones confidenciales que tenga a su alcance; ello, con el objeto de orientar mejor su accionar	587
---	-----

ACTUALIDAD

LA DIMENSIÓN DE LA ESPECIALIDAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

por MARÍA EUGENIA SAGASTA

1. Introducción	595
2. Marco normativo	597
3. Tratamiento jurisprudencial	602
4. El principio de la especialidad referido a los actores del proceso	605
5. El juez del sistema juvenil	608
6. El fiscal del sistema juvenil	610
7. La defensa en los sistemas juveniles	612
8. Conclusiones finales	614

¿PROCESOS PENALES CONTRA MUERTOS?

Sobre el sentido del juicio penal y la racionalidad de la "opinión jurídica"

por KAI AMBOS y JOHN ZULUAGA

.....	617
-------	-----

LA DIMENSIÓN DE LA ESPECIALIDAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

por MARÍA EUGENIA SAGASTA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco normativo. 3. Tratamiento jurisprudencial. 4. El principio de especialidad referido a los actores del proceso. 5. El juez del sistema juvenil. 6. El fiscal del sistema juvenil. 7. La defensa en los sistemas juveniles. 8. Conclusiones finales.

1. Introducción

El presente artículo tiene por fin resaltar la importancia de la “especialidad” para la justicia juvenil. Este tema tiene dos grandes aspectos que desarrollaré seguidamente, uno de ellos es la pertenencia a un fuero con características y competencias propias, y el otro, no menos importante que complementa al anterior, está constituido por los conocimientos especiales en la materia que requieren los magistrados, fiscales, defensores, y otros profesionales del sistema como los miembros de los equipos técnicos interdisciplinarios entre los que se encuentran psicólogos, trabajadores sociales, etcétera.

El principio de especialidad que rige los sistemas penales juveniles se relaciona directamente con la especificidad y se encuentra contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40.3 d) y en las Reglas de Beijing (Regla 22). Estos sistemas juveniles se diferencian de los correspondientes a los adultos porque la atribución de responsabilidades son propias y claramente diferenciadas. Resulta conveniente aclarar que esta especialización no tiene las características del sistema tutelar de las “irresponsabilidades”¹, pues se sustenta en

¹ El Sistema Preconvención era el sistema de la irresponsabilidad: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada, pero que funcionaba como una profecía que se autocumplía porque era incapacitante de todos los involucrados. Incapacitante de la familia pobre; del

la Constitución Nacional y por ende en el respeto de todos los derechos y garantías que ahí se establecen.

La especialización está dada por normas, procedimientos, juzgados, fiscalías, defensorías y tribunales diferenciados de los previstos para la justicia de mayores. El motivo de tal diferenciación es debido a que el sistema resuelve los conflictos jurídicos apuntando a que el adolescente involucrado en estos procesos pueda comprender el daño causado y las eventuales consecuencias jurídicas derivadas de su acto, no violando el principio de proporcionalidad, porque aplica en primer lugar las sanciones no privativas de la libertad, y utiliza sólo esta sanción como medida de último recurso y por el menor tiempo posible².

La situación social que atraviesa nuestro país y Latinoamérica es cuanto menos compleja y en la cual los niños y jóvenes resultan ser uno de los grupos de mayor vulnerabilidad³, por lo que renunciar a

Estado –que de paso justificó así su omisión en la implementación de las políticas adecuadas–, y de los adolescentes que cometían delitos y no respondían formalmente por ellos (conf. BELOFF, Mary, *Responsabilidad penal juvenil y Derechos Humanos*, material digitalizado con fines de docencia e investigación. Distribución sin fines de lucro).

² *Características de un nuevo Régimen Penal Juvenil. Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estándares de derechos humanos para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil*, publicación realizada por la Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

³ La *Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana*, celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en la Ciudad de Brasilia –República Federativa de Brasil–, aprobó las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*. Allí se establece en la Sección 2.1 que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad...” En cuanto a la edad “Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración con el desarrollo evolutivo...”

la tarea de contribuir a la especialidad en la justicia juvenil es sumar otro mal a aquellos sujetos en plena etapa de desarrollo. Sin lugar a duda, éste es el sentido en que se orientan las normas que les reconocen derechos, los cuales los colocan en un plano distinto de cualquier otro sujeto, y la razón obedece a que ellos son el futuro de una sociedad.

2. Marco normativo

Entre los instrumentos internacionales de la materia contamos con las *Reglas de Beijing*, es decir las *Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores*⁴, que proponen como objetivo de la justicia de menores fomentar el bienestar de sus adolescentes destinatarios y garantizarles la proporcionalidad de las sanciones que puedan imponérseles⁵.

En este aspecto, como señala Beloff, las Reglas de Beijing están a mitad de camino entre el modelo de la “situación irregular” y el de “protección integral”. En la número tres, que delimita el ámbito de aplicación de las Reglas, se establece que la justicia juvenil no es sólo para las infracciones, sino también para todos los procedimientos relativos al bienestar⁶.

Como punto de partida, las Reglas intentan reducir al mínimo el número de casos abordables por la justicia juvenil con el fin de evitar los daños emergentes de la intervención judicial. Así se promueve el instituto de la remisión⁷ –que entraña la supresión del procedimiento penal por estimárselo inconveniente–, orientando el caso hacia alternativas de conciliación, restitución y compensación a las víctimas. En la misma línea, se otorga a la autoridad judicial la facultad de suspender el proceso⁸ en cualquiera de sus momentos. La remisión y suspensión del proceso configuran manifestaciones del principio de oportunidad. La detención de un menor deberá notificarse inmediatamente a sus

⁴ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29-11-85. Allí se formularon varios principios básicos que sirven como modelo para el tratamiento de jóvenes que cometan acciones tipificadas como delitos.

⁵ Cfr. Reglas 3.1 y comentario del 5.1.

⁶ Conf. BELOFF, *Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos* cit.

⁷ Regla 11.

⁸ Regla 17.4.

padres o sus tutores⁹, y su posible liberación examinarse sin demora por el organismo competente, en tanto que la privación de libertad (alude a prisión preventiva) es el último recurso y en su caso será por el plazo más breve¹⁰.

La *Convención sobre los Derechos del Niño*¹¹ establece el principio de la especialidad que debe guiar tanto el contenido como el procedimiento de la justicia penal juvenil. Así establece el artículo 40, inciso 33, que: "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..."

Este principio también surge de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)* que establece en su artículo 5.5: "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento".

Por su parte, las *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)*¹², que proporcionan a los Estados criterios y estrategias que deben fijarse para prevenir la "delincuencia" de jóvenes como parte esencial de la pre-

⁹ Regla 10.1 y 10.2.

¹⁰ Regla 13.1.

¹¹ En la Convención sobre los Derechos del Niño se precisan, entre otros, sus derechos a la vida, al contacto con sus padres, a preservar su identidad, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, a la salud, la educación, el esparcimiento y el descanso; consagrándose como principio general, la atención primordial de su interés superior. Con relación al procedimiento penal (Reglas 37 y 40) proclama que ningún niño será privado de su libertad en forma arbitraria, sino como último recurso legítimo y por el lapso más breve posible; separándolo de los presos adultos y procurando su inmediata asistencia jurídica. Por otra parte, obliga a los Estados Partes a garantizar los principios de legalidad, inocencia, información inmediata -directa o por intermedio de sus padres o su tutor- de los cargos que pesan contra el menor; imponiendo un juez independiente e imparcial para decidir si se ha infringido la ley penal, y autorizando soslayar los procedimientos judiciales en cuanto ello resultara conveniente para el niño.

¹² Resolución 45/112 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14-12-90.

vención del delito, en la Directriz 52 proponen a los gobiernos promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.

Dentro del *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, la Corte, cuyas importantes resoluciones establecen los estándares de derechos humanos que deben ser aplicados a los Estados, interpretó el criterio de especificidad y, a través de la *Opinión Consultiva N° 17*, sentó criterios en torno a la condición como así también derechos y garantías en los procedimientos tanto administrativos como judiciales en los que sus intereses se encuentren comprometidos. De ella se desprende que se debe crear una justicia penal juvenil con ese alcance: "...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..."¹³

"La undécima conclusión retoma las prescripciones de la CDN. Establece que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictiva deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad y que las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores (que no explica) deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar (que tampoco desarrollan)"¹⁴.

Por su parte, el *Comité de los Derechos del Niño*¹⁵ efectuó la Ob-

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/2001, párr. 109.

¹⁴ BELOFF, Mary, *Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Condición jurídica y derechos humanos del niño"*, "Justicia y derechos del niño", N° 9, UNICEF.

¹⁵ Los Estados Partes presentan al Comité sobre los Derechos del Niño información detallada sobre los derechos de los niños de quienes se alega que han infringido esas leyes. De conformidad con las orientaciones generales del Comité relativas a la presentación de informes periódicos, la información facilitada por los Estados Partes se concentra en la aplicación de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño y observa con reconocimientos los esfuerzos desplegados para

servación General N° 10 (2/2007) "Derechos del Niño en la Justicia de Menores", en virtud de la competencia que le asigna el artículo 45, inciso d, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que proporciona a los Estados Partes orientación y recomendaciones más precisas para el establecimiento de una administración de justicia de menores conforme a la Convención. Entre los puntos ha destacar se encuentran:

- Alentar a los Estados Partes en el desarrollo e implementación de un sistema de justicia penal juvenil para la prevención de la delincuencia juvenil basado en lo previsto por la Convención.
- Ofrecer a los Estados de una guía útil para el contenido de este sistema de justicia, con especial atención en la prevención de aquella con la introducción de medidas alternativas que respondan al sistema por fuera del proceso judicial, sin recurrir a procedimientos judiciales.
- Promover la incorporación de los estándares internacionales previstos en distintos instrumentos, en particular las Reglas de Beijing, las Directrices de RIAD y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana).

La recomendación establece los principios del Derecho Penal juvenil y los estándares que deben tenerse en cuenta como mínimos para no incumplir con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño en la materia.

En cuanto al procedimiento en el ámbito nacional, la competencia de los tribunales y jueces de menores se determina a partir de los artículos 28 y 29 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto les atribuye la investigación de delitos cometidos por menores de 18 años al tiempo de la comisión del hecho y que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres años. Además, en el caso de los Juzgados de Menores, compete el juzgamiento en única instancia

establecer una justicia de menores acorde a la Convención. Muchos Estados Partes no cumplen cabalmente, por ejemplo, en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales y privación de la libertad únicamente como medida de último recurso.

en los delitos cometidos por menores que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o pena privativa de la libertad que no exceda de tres años¹⁶.

Por su parte, el Capítulo II del Título II de Juicios Especiales establece como regla general la procedencia de las disposiciones comunes del Código de forma, salvo las específicas de acuerdo a su condición¹⁷, entre las que se puede mencionar: la detención (sólo por riesgo procesal) y alojamiento (en establecimientos especiales), medidas tutelares (evitar la presencia del menor en los actos de instrucción, posibilidad de disponerlo provisionalmente designando a un delegado para que ejerza la protección y vigilancia directa, etc.), normas del debate (a puertas cerradas sólo con la asistencia de las partes, asistencia al debate del imputado sólo cuando fuere imprescindible, asistencia obligatoria del asesor -hoy defensor público-, posibilidad del tribunal de oír a los padres, guardador, etcétera, examen mental obligatorio), reposición (respecto de las medidas de seguridad y educación adoptadas con respecto al menor), etcétera¹⁸.

La sanción del *Código Procesal Penal de la Nación* fue mediante la ley 23.984 en el año 1992, y sin perjuicio de que se le pueda reconocer que determinó claramente que las normas procesales serán las mismas que le corresponden a los mayores de dieciocho años junto con otras específicas en atención a su condición, lo cierto es que pudo el legislador enfatizar el tratamiento procesal del joven infractor en el marco de un cambio normativo importante en el que ya se encontraba inmerso nuestro país luego de la ratificación de la *Convención sobre los Derechos del Niño*¹⁹ a nivel de ley nacional (ley 23.849 del año 1990) y que consistía en la nueva concepción de la protección de toda la infancia y adolescencia sin distinciones. En efecto, nos encontrábamos en plena superación a la diferencia entre "infancia" y "menores". Para la primera: la familia y la escuela cumplían las funciones de

¹⁶ Art. 29, inc. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁷ Art. 410 del Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁸ Arts. 411, 412, 413 y 414 del Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁹ En este Instrumento de derechos humanos, además de estar integrado a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), la Argentina asumió el compromiso de respetar y hacer respetar los derechos allí reconocidos, adecuando además su legislación interna como sus instituciones a los estándares internacionales en materia de infancia.

control y socialización, y para los segundos: el tribunal de menores como instancia de control social penal consagrado por la cultura jurídica de la protección-represión.

Por su parte, la Ley 24.050²⁰ sobre Competencia e Integración del Poder Judicial de la Nación en Materia Penal asignó el conocimiento de las causas con menores infractores a los Juzgados de Primera Instancia y Tribunales Orales de menores, omitiendo la especialización en instancias superiores como las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Casación Penal.

3. Tratamiento jurisprudencial

En el caso "Instituto de Reeducción vs. Paraguay"²¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratar el derecho a las garantías judiciales, sostuvo que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños y, particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal²². En ese caso, el tribunal señaló que la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley —en el caso la República del Paraguay—, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, debe caracterizarse por elementos que procuren reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación siguió el criterio de la especialidad en la causa "Maldonado Daniel Enrique"²³. Este fallo significó un importante antecedente jurisprudencial que tuvo lugar a partir de los pronunciamientos del Tribunal Oral de Menores N° 2 y de la Cámara Nacional de Casación Penal.

²⁰ Sanción: 6-12-91. Promulgación parcial: 30-12-91. Publ. B. O.: 7-12-92.

²¹ Sent. del 2-9-2004 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*).

²² Cfr. *Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño*, nota 150, párr. 109.

²³ CSJN, 7-12-2005, "Maldonado, Daniel Enrique y otros s/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", causa 1174-C.

El máximo tribunal determinó en "Maldonado" que los niños, niñas y adolescentes por su condición tienen derechos específicos y adopta el llamado *principio de autonomía progresiva*. Expresó que "...la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente, desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. En términos simples, esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la fama completa. Por ello, el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto [...] De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento". Continúa afirmando que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos. "...Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que ese reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño, en particular a los artículos 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y

a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)”.

En la misma línea de la especialidad en el proceso juvenil ha continuado la Jurisprudencia²⁴ de las distintas Cámaras, Tribunales y Juzgados de nuestro país que desde mediados de los años noventa introdujeron modificaciones básicas en los procedimientos como, por ejemplo: derecho a contar con defensa técnica en el expediente tutelar²⁵, amplitud de los recursos en causas con menores no punibles por sobreseimientos dictados sólo por la edad²⁶, recurribilidad en los expedientes tutelares por medidas privativas de libertad²⁷, por disposición provisional y garantías del debido proceso²⁸, etcétera.

Vale resaltar que en los últimos tiempos las apelaciones en este tipo de procesos resueltas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, dan cuenta de manera sistemática de que “la finalidad del ordenamiento positivo vigente es evitar la judicialización de los niños que carecen de capacidad de culpabilidad. No obstante ello, como órgano de poder político resultamos garantes de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, entre los que se encuentra la protección de los intereses de los niños. En este sentido, no hablamos ya de una protección general, como la que le corresponde al órgano legislativo, sino de una protección concreta de los intereses de un niño (o joven) determinado...”²⁹

²⁴ Entre otros la CNFed.CCrr., sala II, 28-12-2005, “Incidente de Incompetencia de L. Y. A.”, causa 22.821, y el TOMen. N° 3 de Capital Federal en causa 3995, seguida a N. E. Q. “Incidente de Incompetencia promovido por el Defensor”, del 8-6-2006, cuyo tema fue la especialidad y especificidad del proceso penal seguido contra personas menores de edad.

²⁵ CNCCorr., sala I, 27-8-2004, “Alagastino, A. L.”, c. 24.158.

²⁶ CNCCorr., sala IV, 2-10-2009, “P., J. A.”, c. 1484/09, misma sala, 20-3-2003, “Godoy, Juan Pablo y otros”, c. 20.623/03

²⁷ CNCCorr. Tribunal Oral de Menores de la Ciudad de Buenos Aires en el Legajo Disposicional N° 2495 respecto de S. F. O. del año 2004, misma sala, 14-5-2009, “Olmedo, Hugo Ignacio s/Externación”, c. 36.065; 24-9-2009, “Quispe, Franco Emanuel s/Externación”, c. 37.345, y 15-5-2009, “Lazarte, Nicolás Maximiliano s/Medida cautelar”, c. 36.094.

²⁸ CNCCorr., sala I, 17-3-2004, “Famoso, Elizabeth y otro s/Procesamiento e internación”, c. 22.909.

²⁹ CNCCorr., sala I, 14-5-2009, “Olmedo, Hugo Ignacio”, c. 36.065.

4. El principio de la especialidad referido a los actores del proceso

En la actualidad la especialización es algo de lo que no se discute. Decía Huguenin que “la falta de [...] especialización de los jueces encargados de ocuparse de la juventud, es una circunstancia eminentemente desfavorable. La creación del juez único, especializado y autónomo es, por así decirlo, inseparable de la idea del tribunal para niños”³⁰. Pero en algunas normas y proyectos no aparecen expresados ni el fuero autónomo –la magistratura especial o específica– ni el magistrado con formación especializada. En otros hay confusión terminológica. Asimismo, para algunos autores, lo segundo es consecuencia de lo primero. Pero sin especialización previa, el aprendizaje en el fuero requerirá de más tiempo, más energía y más errores y consecuentemente de quién lo habrá de padecer³¹.

Hay un concepto importantísimo que se vincula a la especialización y es el de integración de los diferentes roles que cumplen los distintos operadores del proceso juvenil en el Sistema de Protección Integral de Derechos³², por cuanto sus funciones y trabajo responsable debe estar encaminado a la protección integral de los derechos de los niños,

³⁰ HUGUENIN, E., *Los tribunales para niños*, Espasa Calpe, Madrid, 1936, ps. 21/22.

³¹ GUROPICZ, Andrés, *El juez de menores*, en L. L. B. A. 2001-737.

³² El Sistema de la Protección Integral de Derechos de los Niños surge de la Convención sobre los Derechos del Niño, de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales que sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas –y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional–. Estos instrumentos son: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil conocidas como “Directrices de Riad” (BELOFF, Mary, *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, Sección Primera: artículos para el Debate de Justicia y derechos del niño, N° I, UNICEF).

puesto que la "protección integral" claramente significa: "protección de derechos". Todos ellos deben incluir al adolescente infractor al sistema de valores de toda la comunidad, comenzando por respetar sus derechos fundamentales como sujeto —único— de derechos³³ y también deben contribuir a conectar al joven de manera responsable con la infracción penal cometida para ayudar a internalizar su accionar disvalioso.

Hay valores que son comprensivos de todos los operadores del sistema, en especial para los jueces, defensores y fiscales que la comunidad aprecia como la honestidad, capacidad, laboriosidad, conocimientos, idoneidad, probidad, independencia, equidad, dedicación, sentido común, criterio amplio, objetividad, salud mental, buenos antecedentes, etcétera, pero en la especialidad hay un plus que se requiere y es la formación en Derecho Constitucional y derechos humanos. En efecto, es de suma importancia dicho conocimiento en procura de la protección de los derechos y libertades fundamentales, como así también en razón del contenido interdisciplinario, de saberes no jurídicos como el servicio social, la psicología, etcétera. Ello, por cuanto su labor excede el marco de las disciplinas jurídicas y su ámbito de actuación a los efectos de arribar a la mejor resolución de los conflictos.

Es por ese motivo que así como en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños, niñas y adolescentes son titulares de los mismos derechos de los que gozan todas las personas, más un "extra" de derechos específicos que se motiva en su condición de personas que están creciendo³⁴, la especialidad en justicia juvenil exige un "plus" a los distintos actores del proceso.

³³ "El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió —en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva 17 a la que denominó *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. La importancia de esta opinión consultiva es evidente: por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho (BELOFF, *Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Condición jurídica y derechos humanos del niño"*. "Justicia y derechos del niño" cit.).

³⁴ Conf. BELOFF, *Responsabilidad penal juvenil y Derechos Humanos* cit.

El trabajo interdisciplinario³⁵ en la justicia juvenil es una herramienta cuyo no uso colocaría al sistema en una isla. Así, "En la práctica interdisciplinaria, todos los operadores del procedimiento, mediante el trabajo en equipo, atienden a las especiales circunstancias del sujeto de derecho de que se trate, permitiendo llevar al juez una estrategia útil, una vía posible de acción o brindar una solución que se adapte a cada caso, es decir a la realidad personal y social que le toca resolver"³⁶.

Cabe señalar que la capacitación y el perfeccionamiento son contemplados en las Reglas de Beijing (6 y 16). En esa inteligencia, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que todos los funcionarios que tengan contacto con niños en el ámbito del sistema de justicia de menores reciban una formación adecuada³⁷.

Todos los operadores tienen la responsabilidad de tener en cuenta el grado de comprensión y preparación propio de cada imputado y hacer comprensible lo que sucede en el proceso y las consecuencias del mismo. No basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él comprenda acabadamente lo que sucede en pos del desarrollo de su responsabilidad.

Así, la Regla 14.2 de las Reglas de Beijing establece que "El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustentará en un

³⁵ La creación de los equipos interdisciplinarios no está prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero su intervención está establecida en las *Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores*. Las funciones de estos equipos surgen de la Regla N° 16 de las Reglas de Beijing cuando establece que deben brindar al juez la información necesaria sobre el adolescente imputado de la comisión de un delito para arribar a una "solución justa", como así también la Regla N° 22 se refiere a la necesidad de contar con personal especializado y capacitado. Dentro de las funciones del equipo hay que distinguir: las que apuntan a elaborar informes para permitir al juez adoptar "una decisión justa", de aquellas que se desempeñan en las instancias de ejecución de una pena. Los informes efectuados por estos equipos no pueden vulnerar las garantías del adolescente imputado debiendo ser respetuosos de los derechos de los jóvenes puesto que sólo pueden utilizarse para mejorar su situación como correctivo de la culpabilidad.

³⁶ DE SIMONE, Claudia y SAGASTA, María Eugenia, *La importancia de los equipos interdisciplinarios en la Justicia Nacional de Menores*, en revista "Y Considerando..." de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año 13, N° 91.

³⁷ Manual de Aplicación. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/C/15/Add.35, párr. 18, 15-2-95.

ambiente de comprensión que permita que el menor participe de él y se exprese libremente”.

Además de los valores o capacidades señaladas, la especialidad requiere otras cualidades personales como la atención para saber escuchar al joven en los diferentes actos del proceso, la paciencia en las distintas situaciones y la comprensión para entablar un diálogo abierto.

También es necesaria la medida, para que la exigencia coercitiva propia de lo judicial y la confianza propia de la relación no se excluyan mutuamente y, por el contrario, se complementen. Finalmente resulta vital la vocación, que es aquella disposición o inclinación natural a una tarea, en este caso dedicada al trato con niños y adolescentes para poder alcanzar el grado de entendimiento y comprensión real de personas en desarrollo en el marco de un proceso diferente.

5. El juez del sistema juvenil

En cuanto a la magistratura que ejercía el juez de menores ha sido menospreciada hasta hace unos años, puesto que se percibía como un status minimizado de la carrera judicial³⁸. Así lo relata Joao Batista Costa Saraiva, un juez en el estado de Río Grande Do Sul (Brasil) que al postularse como juez de la infancia y juventud, algunos amigos le pusieron “caras” y otros lo verbalizaron considerando esto como que “enterraría su carrera en esa jurisdicción menor”, al estar fuera de la “nobleza del mundo jurídico”. Considera Costa Saraiva que “Así, ante la existencia de un nuevo Derecho –y para su aplicación– debe existir un nuevo juez. El perfil del juez, del nuevo juez, en este nuevo Derecho, presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional, en la medida en que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundantes de este sistema”³⁹.

³⁸ HORAS, P. A., *Jóvenes desviados y delincuentes*, Humanitas, Buenos Aires, p. 368.

³⁹ COSTA SARAIVA, Joao Batista, *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, UNICEF, *El perfil del juez en el nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia*.

El perfil de este magistrado para la aplicación de este nuevo Derecho supone un profesional altamente calificado, comprometido con la transformación social y apto para asegurar en el ejercicio de esta jurisdicción las garantías propias de la ciudadanía a cualquiera de sus justiciables con independencia. Un magistrado capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional⁴⁰ y supra legal.

La especialidad del juez juvenil determina que sólo cumple funciones de naturaleza jurisdiccional. Esto se vincula, en primer lugar, con su abstención de intervenir en cuestiones ajenas al delito que dio motivo al proceso (ej.: vida privada, de su familia o medidas de protección que sean necesarias aplicar ante la violación de sus derechos, etc.), en razón de lo dispuesto en los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, porque de hacerlo además se afectaría la garantía de la imparcialidad judicial.

Así, el juez sólo puede tomar conocimiento de ciertos aspectos de la vida personal del joven imputado que surgen de las evaluaciones efectuadas por los equipos interdisciplinarios, pero luego de declarada su responsabilidad y al solo efecto de establecer una sanción proporcionada. Bajo el nuevo paradigma el juez actúa con pleno ejercicio de la jurisdicción cumpliendo el papel de juzgador de conflictos en la órbita penal y no cumple funciones propias de las políticas sociales.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afectan⁴¹.

En cuanto al conocimiento del expediente tutelar al que los jueces de los Juzgados o Tribunales Orales de Menores tienen acceso, y por ende a la vida personal del imputado y su familia, tal información puede ser utilizada en beneficio del imputado como correctivo sólo en caso de establecerse su culpabilidad. Por ejemplo, al momento de que se resuelva la imposición de una sanción. Es decir que las cir-

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*.

cunstancias personales que pudieran surgir de las evaluaciones e informes socioambientales y psicológicos sólo pueden operar en clave de vulnerabilidad como disminución del reproche por el acto, puesto que ninguna circunstancia personal puede ir más allá y menos aún en su detrimento o perjuicio...

6. El fiscal del sistema juvenil

Es absolutamente conveniente que el fiscal que ejerce su representación en el fuero juvenil tenga formación adecuada y conocimientos sobre los contenidos del fuero junto con conocimientos de otras disciplinas. Esto se desprende de las *Directrices aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990*, las cuales brindan al Estado el criterio a seguir al momento de legislar formando parte del *corpus iuris* de derechos humanos además de encontrarse en concordancia con el *principio pro homine*⁴². Así establece: "2.b) Los Fiscales tendrán una formación y capacitación adecuadas y serán conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional".

También las directrices expresan que los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo

⁴² El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que —por la diversidad de normas internas e internacionales— informa todo el Derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria y supone que las normas consuetudinarias que explicitan los contenidos de los derechos protegidos en los tratados, deben tener cabida en el orden jurídico interno de un país siempre que enriquezcan sus disposiciones (PINTO, Mónica, *El principio "pro homine". Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en la aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, en AA. VV., PNUD, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 163 y ss.).

condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando los derechos del sospechoso y de la víctima. Asimismo, a los Estados les señala la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan por la vía judicial no sólo para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significa la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión⁴³.

Se soslayan las posibles alternativas del enjuiciamiento de conformidad con las leyes y procedimientos pertinentes en materia de justicia de menores, como así también que los fiscales hagan todo lo posible para emprender acciones contra menores únicamente en los casos que sea estrictamente necesario⁴⁴. En definitiva, propone que la nueva legislación para estar acorde a todas las normas internacionales apuntadas debiera incorporar el principio de oportunidad reglado con los alcances y finalidades descriptos.

Nadie sostiene que como representante del Estado no debe reaccionar, nada más que su reacción como fiscal de menores, debe ser diferenciada. Ello encuentra sustento en que la propia Convención sobre los Derechos del Niño, al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la evolución de su "madurez" (art. 12) y al impulso que debe darse a su "desarrollo" (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello que los Estados habrán de garantizar el "desarrollo" del niño (art. 6.2). Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto personas humanas. Por el otro, tiende, como objetivo primordial, a "proporcionar al niño una protección especial"⁴⁵.

⁴³ Directriz 18.

⁴⁴ Directriz 19.

⁴⁵ CSJN, G.147.XLIV, Recurso de hecho, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/Causa 7537".

El fiscal de menores tiene además el deber de atender a la víctima evitando cualquier tipo de sensación de injusticia que pueda sentir al no repararse el delito que sufrió y también atender a la comunidad o sociedad que se sienta representada en sus valores, al dirimir los conflictos en los que tenga que intervenir de manera integral en beneficio de todos los involucrados.

Por su parte, la Procuración General de la Nación, mediante la Resolución PGN 30/97, ha instruido a todos los funcionarios del Ministerio Público Fiscal para que en los casos donde intervengan planteen la operatividad de los derechos y garantías que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño, como así también tener en cuenta la jerarquía constitucional de dicha Convención y su supremacía normativa sobre la legislación procesal y toda otra disposición legal que la contrarie.

7. La defensa en los sistemas juveniles

Por su parte, la defensa de los adolescentes infractores a la ley penal deberá ajustarse a las normas y a principios básicos que rigen el ejercicio de la profesión en general, a los que se suman los específicos en materia de infancia y adolescencia a fin de que la defensa sea adecuada, velando por la aplicación y el cumplimiento de los derechos de su defendido en el marco del proceso juvenil, permitiendo plantear estrategias que sean eficientes y eficaces para hacer valer los derechos del joven imputado.

La Convención sobre los Derechos del Niño preceptúa: "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 esa acción" (art. 37, inc. D), para agregar, en su artículo 40, que los Estados partes garantizarán: "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 y que la causa será dirimida sin demora por la autoridad u

órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado..." (art. 40, b, II y III).

Los derechos de los niños y adolescentes tienen que ser cuidadosamente custodiados por su defensa, por lo que el defensor juvenil tiene la tarea adicional de velar por el interés superior incluso más allá de la voluntad o deseo que aquellos expresen, puesto que deberá atender sus reales necesidades. Resulta interesante resaltar que la Corte Suprema de Justicia, en "G., M. S. c/J. V., L."⁴⁶, dispuso que el juez interviniente designe un abogado para las niñas, no estableció como finalidad de su decisión que el letrado se limite a transmitir la voluntad o deseos de dichas niñas, sino que éstas "puedan hacer efectivos sus derechos"⁴⁷.

Si bien la Ley 26.061⁴⁸ de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" en el artículo 27, inciso c, establece el derecho del niño a "ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia", de lo que se deduce que la especialidad no es un requisito de admisibilidad para que el abogado ejerza su función, es sin duda conveniente la experiencia en esta labor, una efectiva comunicación, como así también, el conocimiento de la normativa interna e internacional en la materia.

Resta decir que para garantizar la defensa del adolescente infractor hay que fortalecer la defensa pública —que es una obligación estatal— y fomentar los servicios jurídicos gratuitos, toda vez que la inmensa mayoría de los casos que son llevados a la justicia juvenil acuden a los servicios oficiales y gratuitos. Es en este nuevo marco donde se diseña la figura del actual defensor, custodio del derecho de defensa del imputado, quien deberá tener una intervención efectiva desde el inicio de la actividad procesal participando decisivamente en el control de todos aquellos actos que decidan la suerte de su asistido⁴⁹.

⁴⁶ CSJN, 26-10-2010, L. L. 2011-A-215 y J. A. 2011-I, fasc. 2, 12-1-2011, p. 13.

⁴⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño*, Año LXXX, N° 193, del 11-10-2011.

⁴⁸ Publ. en el B. O.: 26-10-2005. Sanc.: 28-9-2005. Prom. de hecho: 21-10-2005.

⁴⁹ MARTÍNEZ, Stella Maris, *El derecho de defensa en juicio como derecho humano fundamental*.

8. Conclusiones finales

Luego de todo lo expuesto, podemos afirmar que la especialidad se fundamenta y justifica porque atiende a los fines de resocialización del joven infractor, lo dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Maldonado", que es lo que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 40, inciso 1° cuando se refiere a "la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva de la sociedad".

Es ése el motivo por el cual en un Estado de Derecho se procura garantizar la intervención especializada desde el inicio de un proceso, pasando por los distintos tramos a fin de procurar que el Derecho Penal de jóvenes resulte menos gravoso que el Derecho Penal común, con consecuencias jurídicas diferentes como son las llamadas medidas socio-educativas. Lo expuesto es consecuente con la idea de que "...la organización del conjunto del aparato estatal debe estar siempre orientada al respeto de la dignidad humana y a la tutela de los derechos derivados de ésta, pues de otro modo sería imposible el logro del bien común que es la finalidad propia de todo Estado"⁵⁰.

Resulta claro comprender que los jóvenes requieren una respuesta social distinta frente a su falta y a su problema porque son individuos en distinta etapa existencial. Por esa razón, se necesitan operadores abiertos a las soluciones alternativas del proceso para que las sanciones que propongan sean educativas y proporcionales a la infracción cometida por el adolescente con el fin de ayudarlo en su proceso evolutivo, en un marco de respeto de los derechos propios y de los ajenos, y que en definitiva fortalezcan sus vínculos familiares y comunitarios. Por ello debemos abandonar el pensamiento clásico para compartir la idea de que los menores de edad tienen una culpabilidad menor...

La doctora Zulita Fellini ha sostenido que "La escala menor de

⁵⁰ Salvo que se reduzca el bien común identificándolo con el bienestar de la mayoría, no hay en realidad incompatibilidad entre bien común y dignidad humana. Por el contrario "se trata más bien de una recíproca subordinación y de relación mutua" (Fallos: 312:496). Cit. OTTAVIANO, Santiago, *El recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los derechos humanos*, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2007-2, *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

pena aplicable a un joven a diferencia de la que le correspondería a un adulto, tiene su razón de ser en el hecho de que por su corta edad, su culpabilidad en el suceso delictivo se considera disminuida, y consecuentemente el Estado, mediante la respuesta jurídica, debe hacerse cargo de ello. Esa disminución tiene fundamento en que por su experiencia de vida no ha podido introyectar madurativamente las normas de respeto a las leyes, que le permiten prever las consecuencias de sus actos, y por lo tanto, vivir dentro de la sociedad sin involucrarse en conflictos jurídico-penales"⁵¹.

Hay una enorme responsabilidad de las políticas públicas para garantizar la protección real de la infancia mediante recursos y programas especiales que garanticen los derechos a la salud, educación, vivienda, etcétera, y también es importante tener una legislación nacional acorde a la Constitución Nacional. Sin perjuicio de ello, no debe pensarse que ésa es la única solución, debido a que no estamos hablando de armar un dispositivo de responsabilidad procesal que contemple garantías sustanciales y procesales consagradas en la Constitución para los niños y jóvenes, porque esto ha sido superado. Por su parte, la justicia debe hacer un importante aporte de manera comprometida en el sentido señalado, haciendo operativos los derechos ya consagrados, lo cual va a significar ayudar a las instancias preventivas, que son las fundamentales para que el joven no vuelva a delinquir.

En definitiva, cuando hablamos en el plano del Derecho de los niños resultan importantes reformas legales acordes a los parámetros de la Convención como sentencias internacionales y nacionales para el avance jurisprudencial, pero además se necesitan miradas de la especialidad inmersas en un sistema de responsabilidad acorde a la protección integral de derechos, es decir, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los niños y jóvenes, que es la nueva legalidad que emerge de la Constitución Nacional, para que finalmente reconozcamos que la protección de la infancia es también un problema jurídico.

⁵¹ FELLINI, Zulita, *Reflexiones sobre la cuestión penal juvenil*, La Ley, Buenos Aires.