

Citar Lexis N° 0003/800469

Género: Doctrina

Título: Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia en la provincia de Buenos Aires. Parte II. Claves de interpretación de la reforma

Autor: Villaverde, María S.

Fuente: LNBA 2007-12-1338

DERECHOS Y GARANTÍAS – 23) Derechos del niño – a) Generalidades

---

#### SUMARIO:

I. Observación general 10 del Comité de los Derechos del Niño: "Los derechos del niño en la justicia penal juvenil". Su impacto en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil bonaerense: a) Observaciones generales: "cajas de resonancia" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; b) Estructura de la observación general 10; c) Objetivos; d) Políticas de prevención y participación: un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia juvenil; e) Seguridad pública y concienciación; f) Capacitación jurídica y extrajurídica (art. 3.3, CDN.); g) Principios básicos de una política integral sobre justicia juvenil: 1. Principio de no discriminación (art. 2); 2. El interés superior del niño (art. 3); 3. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6); 4. El respeto a la opinión del niño (art. 12); 5. Dignidad (art. 40.1). Principios fundamentales del trato debido a los niños en conflicto con la justicia; h) Elementos o cuestiones básicas de una política integral sobre justicia juvenil: 1. La intervención; 2. Intervención sin recurrir al procedimiento judicial; 3. Intervención en el marco judicial; 4. Edad de los niños en conflicto con la ley penal; 5. Los niños inimputables en la ley 13634: inconstitucionalidad de su art. 64; 6. Las garantías de un juicio equitativo; 7. Privación de libertad (art. 37, CDN.); 8. Organización de la justicia juvenil; 9. Datos estadísticos e investigación.– II. Relaciones entre la Argentina y el Comité de los Derechos del Niño. Su impacto sobre la reforma bonaerense: a) Los informes de la Argentina (art. 44, CDN.); b) Rol de las ONGs; c) "Observaciones Finales: Argentina" y reforma legislativa bonaerense: 1. Legislación nacional y provincial basada en la doctrina de la "situación irregular"; 2. Recursos destinados a los niños; 3. Principios generales; 4. Principio de no discriminación; 5. Respeto de las opiniones del niño; 6. Derecho a la identidad; 7. Derecho a no ser sometido a tortura; 8. Entorno familiar y otros tipos de tutela; 9. Explotación económica; 10. Administración de la justicia juvenil; 11. Edad mínima a efectos de la responsabilidad penal (art. 40.3.a.v); 12. Plazo de presentación del próximo informe periódico: 2/1/2008.– III. Anexo: a) Normativa bonaerense; b) Otra normativa; c) Principios interpretativos del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de los Niños (art. 10, ley 13298); d) Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (ONU); e) Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos (OEA); f) Jurisprudencia relevante

#### I. OBSERVACIÓN GENERAL 10 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: "LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL". SU IMPACTO EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL BONAERENSE

a) Observaciones generales: "cajas de resonancia" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La observación general 10 sobre los "Derechos de los Niños en la Justicia Juvenil", del Comité de los Derechos del Niño, reviste un significación trascendental en la interpretación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires, pues conforme lo afirmara la Corte Suprema de Justicia de la

Nación en el fallo "Maldonado" (1), el Comité de los Derechos del Niño es el intérprete de la Convención sobre los Derechos del Niño (LA 1994-B-1689).

Como se observó en el capítulo previo, el Comité de los Derechos del Niño –como los demás organismos que supervisan la observancia y la aplicación estatales de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados– produce su propia jurisprudencia, a la que se denomina jurisprudencia internacional: "Es ésta, por oposición a cualquier jurisprudencia interna, la que debe ser seguida de forma inexcusable en la interpretación del articulado de los instrumentos internacionales. Las interpretaciones propias producto sólo de la voluntad de los jueces locales, por tanto, deben ser rechazadas" (2).

En el mismo sentido, señala Albanese (3), no es concebible que una resolución de un órgano internacional o una sentencia de un tribunal internacional dirigidas a ser aplicadas en el ámbito interno, sean ejecutadas o no "según la voluntad de las autoridades locales". Éstas ya tuvieron la oportunidad de interpretar y aplicar las normas convencionales, atento a la necesidad de agotar los recursos internos. Si los tribunales internos quisieran seguir considerándose intérpretes finales de los tratados internacionales que regulan la creación de órganos de control internacionales cuyas competencias fueron reconocidas, prosigue la autora, sería oportuno denunciarlos, retirarse de los sistemas internacionales por creer que entorpecen el ejercicio de sus competencias (4).

Asimismo, Rolando Gialdino (5) advierte sobre la importancia que ameritan las observaciones generales, pues "resultan, lisa y llanamente, fuentes del Derecho Constitucional argentino. Por lo demás, reciente jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha apoyado en estos documentos".

El autor las caracteriza como "documentos mediante los cuales los Comités transmiten a todos los Estados parte la experiencia adquirida en el examen de los informes que éstos están obligados a presentar periódicamente, a fin de facilitar y promover la aplicación del instrumento respectivo; llamar la atención de aquéllos sobre las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes periódicos; sugerir mejoras en el procedimiento de presentación de informes y estimular las actividades de los Estados parte, las organizaciones internacionales y los organismos especializados, a fin de lograr la plena realización de los derechos humanos".

Afirma que "El conjunto de las OGS (6), por un lado, resulta un corpus vasto, de inocultable riqueza y en permanente vías de expansión y actualización, mientras que, por el otro, se constituye en una fuente de la única 'interpretación autorizada' de los textos internacionales, en un medio por el cual les ha sido permitido a los Comités establecer una suerte de 'interpretación auténtica' de aquéllos".

Por otra parte, como se ha comprobado al analizar la observación general 5 del Comité de los Derechos del Niño, y se confirmará en la observación general 10, una característica de las observaciones generales de los Comités, que puede hacerse extensiva las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la siguiente: cuando estos documentos interpretan, analizan y esclarecen las disposiciones de los tratados cuya aplicación les compete, dan cabida a otros instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos.

Gialdino (7) ha observado que "Esta orientación, por lo pronto, pareciera armonizar con la seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostiene que al darse interpretación a un tratado deben tomarse en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con aquél (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [LA 1990-B-1383], art. 31.2), pero también el sistema dentro del cual se inscribe (art. 31.3)". El autor cita diversas sentencias de las Corte Interamericana dictadas a la luz de otros instrumentos de derechos humanos, siguiendo el art. 31 –Regla General de Interpretación– de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay" –sent. del 17/6/2005– ha dicho:

"...125. En otras oportunidades, tanto este tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el art. 29 , CADH. (LA 1994–B–1615), así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

"126. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inc. 2 del art. 31 , Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inc. 3 del art. 31 de la Convención)".

Por esta vía cada uno de estos instrumentos jurídicos se convierte en una caja de resonancia (8) , profunda y promisoría, de la totalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tratados, pactos, convenios, resoluciones y declaraciones), en el marco interpretativo del art. 31 , Convención de Viena.

Esta nota característica se evidencia con claridad en la observación general 10, en la que el Comité de los Derechos del Niño va dando cabida a diversos instrumentos del sistema de protección de derechos humanos para interpretar el contenido y los alcances de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño en conflicto con la ley penal:

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing").
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (9) ("Reglas de La Habana").
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (10) ("Directrices de Riad").
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Observación general 1 del Comité de los Derechos del Niño sobre los Objetivos de la Educación (art. 29.1 , CDN.).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA 1994–B–1639).
- Observación general 13 al art. 14 , PIDCyP. (Comité de Derechos Humanos).
- Observación general 8 del Comité de los Derechos del Niño sobre "El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes" (2006).
- Observación general 9 del Comité de los Derechos del Niño sobre "Los derechos de los niños con discapacidad" (2007).
- Recomendaciones formuladas en el informe de las Naciones Unidas relativo al estudio de la violencia contra los niños, que presentó a la Asamblea General en octubre de 2006 (A/61/299).
- Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (LA 1994–B–1679).

- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.
- Directrices internacionales sobre la participación de niños en la investigación.

La observación general 10, adoptada el 25/4/2007, versa sobre "Los derechos de los niños en la justicia penal juvenil"; por ello es un documento básico para la interpretación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil bonaerense.

Desde las primeras líneas de la introducción del novel documento queda plasmada la preocupación del Comité de los Derechos del Niño por las deficiencias de la información enviada por los Estados parte sobre las medidas que han adoptado para evitar que los niños entren en conflicto con la justicia penal. Explica que no es suficiente con informar exclusivamente sobre la aplicación de los arts. 37 y 40 , CDN., disposiciones específicas de la justicia penal juvenil –aunque reconoce los esfuerzos orientados en esa dirección–.

Lo que el Comité desea remarcar es que, de acuerdo con la Convención, los Estados parte deben elaborar y aplicar una política integral de justicia juvenil. Eso significa que no deben limitarse a adoptar medidas legislativas o de otra índole en correspondencia con las disposiciones específicas contenidas en los arts. 37 y 40 , CDN., sino que también han de tener en cuenta los principios generales enunciados en los arts. 2 , 3 , 6 y 12 –transversales a toda decisión que afecte a los niños– y todos los demás artículos pertinentes de la Convención, entre ellos los arts. 4 y 39 .

Más allá de recomendar la lectura completa de la observación general 10, he de analizar sus capítulos en articulación con la nueva normativa de la provincia de Buenos Aires, para comprender e interpretar adecuadamente (art. 4 , CDN.) el sentido de la reforma y sus creaciones: los Sistemas de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y de Responsabilidad Penal Juvenil.

#### b) Estructura de la observación general 10

El documento, conformado por 99 párrafos numerados, se estructura en siete capítulos:

I. Introducción.

II. Objetivos.

III. Principios básicos de una política integral de justicia juvenil.

IV. Elementos o cuestiones básicas de una política integral de justicia juvenil:

A. Prevención de la delincuencia juvenil;

B. Intervenciones/remisión;

C. La edad de los niños que tienen conflictos con la justicia;

D. Garantías de un juicio imparcial;

E. Medidas;

F. Privación de libertad, incluida la detención preventiva y prisión posterior a la sentencia;

V. La organización de la justicia juvenil;

VI. Concienciación y formación;

VII. Recopilación de datos, evaluación e investigación.

c) Objetivos

Los objetivos de la observación general 10 son los siguientes:

1. Alentar a los Estados parte a elaborar y aplicar una política integral de justicia juvenil (11) , a fin prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil sobre la base de la Convención y de conformidad con ella.

2. Ofrecer a los Estados parte orientación y recomendaciones con respecto al contenido de esa política integral, prestando especial atención a la prevención de la delincuencia juvenil, la adopción de otras medidas que permitan afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales, e interpretar y aplicar todas las demás disposiciones contenidas en los arts. 37 y 40 , CDN.

De este modo se aborda la cuestión de los niños que tienen conflictos con la justicia de manera más eficaz, en función no sólo del interés superior del niño sino también de los intereses a corto y largo plazo de la sociedad en general.

3. Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia juvenil de otras normas internacionales, en particular:

i) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing");

ii) las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad ("Reglas de La Habana"); y

iii) las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil ("Directrices de Riad").

Téngase presente que estas normas de Naciones Unidas han sido consideradas en el tít. I de la ley 13298 sobre Principios Generales del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño, como principios interpretativos del sistema (art. 10 ), y, además, en el Anexo 1 del decreto 300/2005 (LA 2005–B–2329), reglamentario de la ley 13298 (LA 2005–A–659), que establece que el texto de estas reglas y directrices deberá estar a disposición de los operadores del Sistema y de las personas que requieran sus servicios, en cada una de las unidades operativas que lo constituyen (art. 10 ).

d) Políticas de prevención y participación: un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia juvenil

La directriz 13 de Riad (12) dice que "Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto".

La prevención es considerada uno de los "elementos básicos de una política integral de justicia juvenil" (párr. 15° de la observación general 10). Sin embargo, la prevención de la delincuencia y la promoción social no se consiguen a través del sistema penal, sino con el esfuerzo sostenido de la familia, el Estado, la comunidad, el sistema educativo y otros actores, para asegurar políticas públicas que protejan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes de este país.

Respecto de ello, en el párr. 16° el Comité afirma que la promoción del desarrollo pleno y armonioso de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño es uno de los objetivos más importantes de la aplicación de la Convención (Preámbulo y arts. 6 y 29 de la Convención). "Debe prepararse al niño para asumir una vida individual y responsable en una sociedad libre (Preámbulo y art. 29 ), en la que pueda desempeñar una función constructiva con respecto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (arts. 29 y 40)".

Además de la responsabilidad de los padres en la crianza de sus hijos priorizando estos lineamientos, han de adoptarse diversas medidas para el ejercicio pleno y en condiciones de igualdad de los derechos a un nivel de vida adecuado (art. 27 ), al disfrute del más alto nivel posible de salud y de atención sanitaria (art. 24 ), a la educación (arts. 28 y 29 ), a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental (art. 19 ) y explotación económica o sexual (arts. 32 y 34 ), así como a otros servicios apropiados de atención o protección de la infancia (párr. 16°).

El mensaje clave del Comité al abrir la observación general 10 es el siguiente: no es aceptable plantear que la política criminal desplace a la política social. Por lo tanto, la idea fundamental es "la prevención antes que la represión" (13) .

En el párr. 71° –de insoslayable consideración en la aplicación del sistema de la responsabilidad penal juvenil– el Comité afirma que "La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el párr. 1° del art. 40 de la Convención" (a los que me referiré más adelante).

La reforma bonaerense en este sentido ha sido plenamente consciente de la importancia de la prevención, por ello la ley 13634 (LA 2007–A–885) –que crea el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil– se engarza en y es complementaria de la ley 13298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño, cuyo "objetivo principal" respecto de todos los niños es la "contención en su núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social" (art. 3 , ley 13298), entendiéndose por "núcleo familiar" los "padres, familia extensa y otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección" (art. 3 , decreto 300/2005). Este objetivo se concreta en los arts. 9 y 34 , ley 13298, entre otras disposiciones del sistema integral de protección de derechos.

Las condiciones para que una sociedad lleve a delante un proyecto democrático de relaciones sociales están fuertemente vinculadas a las posibilidades subjetivas de sus ciudadanos, que dependen de la atención y cuidados recibidos en la niñez. Pues en un mundo signado por las privaciones de cuidado serán precarias las condiciones para interiorizar la noción de responsabilidad hacia el otro, base del ejercicio de la ciudadanía.

Por ello, conforme a una adecuada hermenéutica de la justicia juvenil provincial, la ley 13634 no ha de ser escindida del sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, que la comprende y cuyos principios generales la informan (arts. 1 a 13 , ley 13298), todo ello en el marco envolvente de la Constitución Nacional (LA 1995–A–26) (art. 75 , inc. 22) y de la Constitución de la provincia de Buenos Aires (LA 1994–C–3809) (art. 36 ), específicamente en la Convención de los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La mencionada integración ha sido receptada por el legislador en el art. 33 , ley 13634, disposición normativa de ineludible consideración, porque establece los "principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal".

Art. 33 , ley 13634: "Son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en

la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas".

Los niños, las niñas y los adolescentes devuelven a la sociedad lo que reciben; por esta razón es fundante para profundizar el sentido de la democracia en la actualidad, mediante el concepto ampliado de ciudadanía, que la sociedad garantice a las familias, en sus variadas configuraciones, las condiciones para responsabilizarse por sus niñas y sus niños, proveyéndoles lo que necesitan para su desarrollo integral, entendido como el ejercicio de los derechos ciudadanos con la mayor calidad de vida posible que permita su realización personal a lo largo de sus vidas.

Para ello es preciso que las niñas y los niños dispongan de entornos saludables físicos y psicosociales desde las primeras etapas de la vida, en las que la familia representa el grupo más potente para el desarrollo psico-emocional de niñas, niños y adolescentes, cuya relación con los cuidadores en los primeros años resulta decisiva en su desarrollo, capacidad de aprender, de regular y controlar emociones, en sus actitudes, comportamientos y riesgos para su salud (14). Considerando el impacto de esta etapa en el desarrollo, el Comité de los Derechos del Niño elaboró la observación general 7 sobre la "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" (20/9/2006).

Respecto de la responsabilidad de los padres en la crianza de sus hijos, el Comité advierte con sustento en los arts. 18 y 27 de la Convención que si bien "los padres tienen la responsabilidad de impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención", "al mismo tiempo se requiere que los Estados partes presten la asistencia necesaria a los padres (u otras personas encargadas del cuidado de los niños) en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales" (párrs. 16º y 19º, observación general 10).

Se puntualiza que "Las medidas de asistencia no deberán concentrarse únicamente en la prevención de situaciones negativas, sino también y sobre todo en la promoción del potencial social de los padres", y que "se dispone de mucha información sobre los programas de prevención basados en el hogar y la familia, por ejemplo los programas de capacitación de los padres, los que tienen por finalidad aumentar la interacción padres-hijos y los programas de visitas a los hogares, que pueden iniciarse cuando el niño es aún muy pequeño. Además, se ha observado que existe una correlación entre la educación de los niños desde una edad temprana y una tasa más baja de violencia y delincuencia en el futuro" (párr. 19º).

Cabe mencionar en este punto que según el art. 29, ley 13298, el Ministerio de Desarrollo Humano bonaerense diseña, subsidia y ejecuta programas de promoción y protección de derechos de los niños, que los servicios locales de promoción y protección de derechos ponen a disposición de los niños y sus familias. Entre los programas de promoción de derechos previstos por el art. 30 se han contemplado expresamente los "programas de formación y capacitación" (inc. c), y entre los programas de protección de derechos del art. 31 se incluyen los "programas de orientación y apoyo" (inc. c).

A medida que las niñas y los niños crecen, otros contextos de contención y participación se van agregando a la familia (barrio, escuela, clubes, asociaciones). La "ecología del desarrollo" analiza y pone de relieve la importancia de la calidad participativa de las interacciones de las personas en sus contextos, ya que son factores decisivos para el desarrollo integral referido. A los fines de la prevención, con participación activa, niños, niñas y adolescentes dejan de ser receptores pasivos de acciones o estímulos, para transformarse en protagonistas dinámicos de su entorno (15). Precisamente desde esta perspectiva se proponen programas de desarrollo infantil con intervenciones orientadas a la protección, programas de desarrollo de adolescentes y jóvenes con estrategias de participación a fin de generar "redes de confianza y la asociatividad" como "parte de la solución a la crisis de diálogo (de democracia) en que nos encontramos", y programas de la mujer relacionados con estrategias de empoderamiento, en combinación con estrategias intersectoriales de acceso a

la educación, a la recreación, mediante modelos participativos (16) .

En el párr. 20° de la observación general 10 el Comité hace hincapié en la "calidad de esa participación" como "un factor decisivo para el éxito de los programas". Por ello "los Estados partes deben promover y apoyar firmemente la participación tanto de los niños, de acuerdo con el art. 12 de la Convención, como de los padres, los dirigentes de la comunidad y otros agentes importantes (por ejemplo, los representantes de ONG, los servicios de libertad vigilada y los asistentes sociales) en la elaboración y ejecución de programas de prevención".

En la directriz 10 de Riad se afirma que "Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en situaciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración".

Esta coparticipación complejiza y enriquece la propuesta de una política integral de justicia juvenil basada en la prevención, constituyendo, además, un desafío para la imaginación y un tema ineludible en la agenda de investigación.

Sobre la articulación entre participación y prevención, Irene Konterllnik (17) previene contra el vaciamiento de significado de la "participación" por su "sobreutilización en el discurso político y técnico" como si fuera un conjuro contra los más variados problemas de la comunidad. Así, "en contraste con respuestas punitivas planteadas por algunos, en el imaginario de muchos la participación de los adolescentes surge como una fórmula moderna y a veces progresista para dar cuenta de la definitiva presencia de los adolescentes en la vida social". Pero, en general, en las iniciativas pensadas para los adolescentes, cuando aparece la participación asociada a la prevención, esta última suele entenderse "...como anticipación a comportamientos indeseables. Por lo general descansa sobre una identificación negativa de los problemas de los adolescentes: prevención del delito, del embarazo, de la prostitución. Se previene de una posible enfermedad o desvío".

Este discurso –observa– no se hallaría en consonancia con el desarrollo de habilidades democráticas y la formación de la ciudadanía en los jóvenes: "El desafío que se plantea en nuestras sociedades con los adolescentes no es conjurar un espíritu maligno con que se los estigmatiza, no es impedir, evitar, alejar un daño o peligro. El desafío es aceptar las diferencias, ampliar los espacios de decisión, de diálogo y de construcción colectiva en la que los adolescentes encuentren su lugar desde sus particularidades y anhelos".

La democracia, sostiene Konterllnik, como construcción colectiva y permanente, es "una oportunidad para ir recreando lo dado y por lo tanto recreándose como proyecto social y político. La sociedad civil a través de sus organizaciones barriales, iglesias, voluntariado social, etc., y el Estado, desde las escuelas, pasando por los municipios, la justicia hasta las mismas fuerzas de seguridad, en democracia, deben ser para los adolescentes ámbitos de aprendizaje y ejercicio de las `virtudes ciudadanas'. Para ello, las instituciones deben escuchar y abrir el juego en las decisiones que afectan la vida y futuro de los adolescentes".

#### e) Seguridad pública y concienciación

Respecto de la preservación de la seguridad pública el Comité reconoce en el párr. 14° que constituye un objetivo legítimo, pero considera que la mejor forma de lograr ese objetivo consiste en respetar plenamente y aplicar los principios básicos y fundamentales de la justicia juvenil proclamados en la Convención. Por otra parte, el respeto de la normativa específica, cuyo norte es el desarrollo y la integración plenos de las personas en crecimiento, constituye la manera más eficaz de contemplar los intereses a corto y largo plazo de la sociedad en general.



En efecto, el art. 40.1 , CDN., reproducido casi literalmente en el art. 6 , ley 13634 (tít. I, "Principios generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño") se establece que "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en los que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia repromover la reintegración del niño y de que éste suma una función constructiva en la sociedad".

Advierte el Comité en el párr. 96° que los medios de comunicación suelen transmitir una imagen negativa de los niños que delinquen, "lo cual contribuye a que se forme un estereotipo discriminatorio y negativo de ellos, y a menudo de los niños en general. Esta representación negativa o criminalización de los menores delincuentes suele basarse en una distorsión y/o deficiente comprensión de las causas de la delincuencia juvenil, con las consiguientes peticiones periódicas de medidas más estrictas (por ejemplo, tolerancia cero, cadena perpetua al tercer delito de tipo violento, sentencias obligatorias, juicios en tribunales para adultos y otras medidas esencialmente punitivas)".

En las recientes Observaciones Finales sobre Uruguay (18) el Comité expresa –en el n. 67, sobre administración de justicia juvenil– su preocupación sobre el problema en estos términos: "El Comité expresa su preocupación por... el hecho de que se prive de libertad a los delincuentes juveniles para proteger a la población y no como último recurso. El Comité constata que faltan medidas socioeducativas alternativas y lamenta además que no todos los niños reciban asistencia letrada gratuita ni tengan la oportunidad de expresar sus opiniones en todas las actuaciones que los afectan. El Comité constata asimismo la falta de programas de recuperación y reintegración social para niños y que en los medios se presenten imágenes estereotípicas y estigmatizantes de los delincuentes juveniles".

Por lo tanto, los Estados han de llevar a cabo, promover y/o apoyar campañas educativas y de concienciación sobre la necesidad y la obligación de tratar al niño del que se alegue que ha cometido un delito, según el espíritu y la letra de la Convención; a fin de generar "un ambiente más propicio a una mejor comprensión de las causas básicas de la delincuencia juvenil y a un planteamiento de este problema social basado en los derechos".

Para ello los Estados parte deben convocar para su colaboración activa y positiva a los parlamentarios, las ONG y los medios de comunicación, siendo fundamental que los niños, sobre todo los que ya han pasado por el sistema de la justicia juvenil, participen en esta labor de concienciación.

#### f) Capacitación jurídica y extrajurídica (art. 3.3 , CDN.)

Obsérvese que si bien el Comité considera que la capacitación sistemática y continua sobre el texto y el significado de la Convención determina decisivamente la calidad de la administración de la justicia juvenil, dicha formación no ha de limitarse a informar sobre las disposiciones legales nacionales e internacionales aplicables en la materia, sino que habrá de incluir información "sobre las causas sociales y de otro tipo de la delincuencia juvenil, los aspectos psicológicos y de otra índole del desarrollo de los niños (prestando especial atención a las niñas y a los menores indígenas o pertenecientes a minorías), la cultura y las tendencias que se registran en el mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades en grupo, y las medidas disponibles para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia, en particular medidas que no impliquen el recurso a procedimientos judiciales" (párr. 97°).

También en el capítulo dedicado a las garantías de un juicio imparcial el Comité insiste en subrayar con carácter previo que "el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia juvenil. Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales,

representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, los niños con discapacidad, los desplazados, los niños de la calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo" (párr. 40°).

En el capítulo sobre la organización de la justicia juvenil el Comité –de conformidad con el párr. 3° del art. 40 de la Convención, en virtud del cual los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales– retoma la cuestión de la especialización del sistema de justicia juvenil (policía, judicatura, sistema judicial y Fiscalía, defensores y otros representantes encargados de prestar al niño asistencia jurídica u otra adecuada) (párr. 92).

Siguiendo esta orientación, la ley 13634 en el párr. 2° del art. 24 prevé que, más allá de la especialización sobre derechos del niño y sobre el Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos del Niño requerida a los aspirantes a cubrir los cargos del Ministerio Público creados por la ley, la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia "proveerá a los miembros del Ministerio Público designados con la citada especialización, la capacitación que estimare conveniente".

De la necesidad de conocimientos extrajurídicos también da cuenta el fallo "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citado anteriormente, que despliega en el consid. 37 un extenso listado de bibliografía sobre psicología evolutiva, para sustentar lo que el alto tribunal identifica como "un incuestionable dato óptico".

Afirma: "Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos... en los que los niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental... Esta incuestionable inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional".

También el art. 47 , ley 13634 prescribe que "El personal policial en general, y en especial el que trate en forma habitual con niños o se dedique a la prevención, deberá recibir la instrucción y capacitación especial en la materia".

Regla 12 de Beijing: "Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad".

"Sistema de justicia juvenil especializado" significa que no es suficiente con tribunales especializados, sino que es determinante la organización de servicios, instituciones y personas formadas en el sentido explicitado previamente, que sepan trabajar juntos en forma articulada y garanticen la adopción integral de la política de justicia juvenil, en armonía con los principios generales básicos de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el tratamiento que el tratado les ha otorgado a los elementos o cuestiones básicas de toda política integral en la materia (art. 3.3 , CDN., competencia del personal).

En la regla 22 de Beijing se establece la necesidad de personal especializado y capacitado:

"1. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción".

En el comentario a esta regla se señala que "es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento. Ésta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente".

Añádese una consideración crítica: "Las titulaciones profesionales constituyen un elemento fundamental para garantizar la administración imparcial y eficaz de la justicia de menores. Por consiguiente, es necesario mejorar los sistemas de contratación, ascenso y capacitación profesional del personal y dotarlo de los medios necesarios para el desempeño correcto de sus funciones".

La formación especializada no ha de restringirse a los operadores judiciales –o a los relacionados con la justicia en sentido propio– sino que ha de impartirse a:

i) los operadores jurídicos, es decir jueces, fiscales, defensores y a sus equipos de trabajo. La formación de los equipos de trabajo (funcionarios y empleados) pues es imposible que una sola persona pueda hacer el trabajo solo;

ii) los profesionales de los equipos interdisciplinarios;

iii) la Policía;

iv) el personal de las instituciones juveniles;

v) los operadores de las medidas alternativas a la privación de libertad;

vi) los docentes a cargo de la educación de los niños en conflicto con la justicia.

g) Principios básicos de una política integral sobre justicia juvenil

Los Estados han de aplicar sistemáticamente los cuatro principios generales de los arts. 2 , 3 , 6 y 12 , CDN., así como los principios fundamentales específicos proclamados en los arts. 37 y 40 .

Sin embargo, el Comité pone de relieve el derecho a la dignidad –como principio fundamental y clave en esta temática– consagrado en el art. 1 , DUDH. (LA 1994–B–1611) y nuevamente expresado en el art. 40 , CDN. Por lo tanto, la dignidad es instituida por el Comité como un principio básico en el que debe abreviar toda intervención hacia un joven que ha cometido un delito. Esto significa proteger la dignidad del niño a lo largo de todo proceso de intervención, promover las respuestas respetuosas de la dignidad, que tengan en cuenta la edad y el grado de madurez del joven. Los conocimientos jurídicos y extrajurídicos en la materia devienen insoslayables como parte de la respuesta exigida por la Convención, de las que queda excluida toda forma de violencia hacia los niños.

1.– Principio de no discriminación (art. 2)

Con respecto a este principio se ha prestar especial atención a la discriminación y a las disparidades existentes de hecho, originadas en la falta de una política coherente que afecte a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la

justicia (reincidentes).

A este respecto, es importante impartir formación que contemple los contenidos descriptos previamente, al personal profesional de la administración de justicia juvenil, y, además, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización.

Se destaca la necesidad de adoptar medidas para prevenir la discriminación que afecta a los niños que han tenido conflictos con la justicia (acceso a la educación o al mercado de trabajo), entre otras cosas, prestándoles apoyo y asistencia apropiados a efectos de su reintegración en la sociedad y organizando campañas públicas en las que se destaque su derecho a desempeñar una función constructiva en la sociedad, de conformidad con el art. 40.1 , CDN.

Así, en el art. 78 , ley 13634 (cap. VIII sobre medidas judiciales, tít. III, "Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil") sobre las incumbencias de los operadores especializados se establecen sus funciones, que se desempeñarán "...con el apoyo y la supervisión del juez o tribunal":

"1. Promover socialmente al niño y a su familia, proporcionarles orientación e insertarlos, si es necesario, en un programa oficial o comunitario de auxilio y asistencia social.

"2. Supervisar la asistencia y el aprovechamiento escolar del niño y promover su matrícula.

"3. Hacer diligencias en el sentido de la profesionalización del niño y de su inserción en el mercado de trabajo.

"4. Todas aquellas acciones que tiendan a posibilitar la construcción con el niño de un proyecto de vida digno...".

Otra preocupación clave es la criminalización de niñas y niños de la calle, derivada de la tipificación como delitos de determinados problemas de comportamiento de los niños. Por ejemplo, el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Esos actos, también conocidos como delitos en razón de la condición, no se consideran tales si son cometidos por adultos.

Siguiendo el art. 56, Directrices de Riad, el Comité recomienda la abrogación de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley.

Art. 56, Directrices de Riad: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven".

Ante estos problemas de comportamiento, el Comité sostiene que han de adoptarse medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y afrontando las causas básicas de ese comportamiento.

## 2.- El interés superior del niño (art. 3 )

El interés superior del niño será una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia juvenil.

En el tratamiento de este principio el Comité resalta la diferencia entre los niños y los adultos, tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas, diferencia básica en la que halla sustento la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia.

Precisa que las diferencias entre los adultos y los niños justifican la existencia de un sistema separado de justicia juvenil y hacen necesario dar un trato diferente a los niños.

La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. El Comité hace hincapié en que "Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública".

Cillero (19) considera que ante el Derecho Penal la protección de interés superior del niño "viene dada por las garantías penales y procesales –consagradas constitucionalmente– que se imponen a la voluntad del legislador y del juez. Frente a ellas no hay ponderación posible, basada en intereses colectivos o el bienestar del niño; en consecuencia sería ilegítimo aducir –en un sentido u otro– una ponderación basada en el interés superior del niño para relativizar, por ejemplo, la aplicación del principio de legalidad, o la presunción de inocencia en atención a los fines educativos de las medidas establecidas en las leyes penales o tutelares de menores; o, por el contrario, para defender la absoluta irresponsabilidad de un adolescente ante la comisión de un delito grave en razón que las posibles sanciones penales –aunque especiales– afectarían siempre ilegítimamente los derechos del infractor".

Asimismo, afirma que el interés superior del niño en materia penal "tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (característicos del sistema penal). En consecuencia, siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño: su carácter mínimo, el que se concretara en la aplicación de técnicas de descriminalización legal, aplicación del principio de oportunidad, reconocimiento de la privación de libertad como último recurso y condiciones especiales para la ejecución de sanciones; todas garantías que emanan directamente del principio de interés superior, aunque ciertamente podrían derivarse –con igual efectividad– del principio de intervención mínima y respeto a la dignidad humana".

En armonía con los conceptos desarrollados, la definición dada por el art. 4 , ley 13298 entiende que el interés superior del niño es "la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad". Por lo que el interés superior del niño coincide con la satisfacción de sus derechos.

Art. 4 , ley 13298: "Se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad.

"Para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar:

"a. La condición específica de los niños como sujetos de derecho.

"b. La opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico.

"c. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes.

"d. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática.

"En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

En este sentido habrá de interpretarse también el art. 58 , ley 13634, disposición que establece los principios a los que se ajustará la imposición de la pena por la autoridad competente:

"La sanción impuesta por la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

"1) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del mismo, sino también a la particular situación y necesidades del niño.

"2) Las restricciones a la libertad personal del niño sólo se impondrán luego de un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

"3) En el examen de los casos se considerará como un factor rector el interés superior del niño".

### 3.- El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6 )

El Comité afirma que este derecho, intrínseco a todo niño, debe "servir de guía e inspirar a los Estados partes para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el desarrollo del niño. Además, este derecho básico debe traducirse en una política que afronte la delincuencia juvenil de manera que propicie el desarrollo del niño".

En virtud de este principio, "la pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación están expresamente prohibidas en virtud del apart. a del art. 37 de la Convención".

Asimismo, considerando las consecuencias negativas en el desarrollo armonioso de niño y en su reintegración social, el apart. b del art. 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso (ultima ratio) y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo.

Recuérdese que los derechos de un niño privado de libertad se aplican, de conformidad con la Convención, a los niños que tienen conflictos con la justicia y a los niños internados en instituciones para su cuidado, protección o tratamiento, incluidas instituciones de salud mental, educativas, de desintoxicación, de protección de la infancia o de inmigración (20) .

Así, el art. 7 , ley 13634 –uno de los Principios Generales del Fuero de Familia y del fuero Penal del Niño– establece que "La internación y cualquier otra medida que signifique el alojamiento del niño en una institución pública, semipública o privada, cualquiera sea el nombre que se le asigne a tal medida y aun cuando sea provisional tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada".

Ha de tenerse presente que en el art. 11.b, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad ("Reglas de La Habana") –reglas consideradas como principios interpretativos del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños (art. 10 , ley 13298)– se define la "privación de la libertad" como "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un

establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".

#### 4.- El respeto a la opinión del niño (art. 12)

El derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten se respetará y hará efectivo plenamente en cada etapa del proceso de la justicia juvenil. El Comité observa que las opiniones de los niños involucrados en el sistema de justicia de menores se están convirtiendo cada vez más en una fuerza poderosa de mejora y reforma, y para el disfrute de sus derechos.

En este último sentido, ya la observación general 5 del Comité de los Derechos del Niño había puesto de relieve la importancia de escuchar a los niños no como un fin en sí mismo, sino como un medio para que "los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten a favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños" (21) .

Baratta (22) , en el texto titulado "Infancia y democracia", señala que la escucha de los niños se continúa haciendo desde el pedestal de los adultos –es decir, desde el "adultocentrismo"–, y la transformación requerida se halla vinculada al grado de desarrollo democrático de lo que el querido maestro denomina "la estructura comunicativo decisional" en la familia, en la escuela, en asociaciones, en el proceso, entre otros. Podría afirmarse que dicho desarrollo depende de la vigilancia sobre la frontera en la que el cuidado de los adultos y la función educativa se convierten o corren el mayor riesgo de convertirse en procesos de manipulación y represión de las capacidades de los niños; sin perjuicio de reconocer la inevitable asimetría inherente a todo proceso de socialización.

En los principios generales de la nueva legislación bonaerense –en armonía con el principio general del art. 12 , CDN.– se establece que:

– "Para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar: ...b) la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico" (art. 4 , párr. 2.b, principios generales de la ley 13298); y

– "Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a petionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá ese derecho la madre. El juez garantizará debidamente el ejercicio de ese derecho" (art. 3 , principios generales del fuero de familia y fuero penal del niño, ley 13634 ).

Adviértase la relación entre el derecho del niño a ser oído y la inviolabilidad del derecho a la defensa, pues una de las características fundamentales del derecho de defensa consiste precisamente en la obligatoriedad de la presencia del imputado durante el juicio, entendiéndose por "presencia", en su sentido constitucional, "la posibilidad concreta y real para el imputado de participar del desarrollo del juicio y de los debates" (23) .

En consonancia con ello, el art. 36 detalla los derechos específicos de los que gozarán los niños sujetos a proceso penal, adicionales a todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores.

En el art. 54 , sobre el desarrollo de la audiencia de debate, se establece que "Después de verificada la presencia del niño, del agente fiscal, del defensor y los testigos, especialistas, peritos y terceros interesados que deban asistir a la audiencia, el juez o en su caso el Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil declarará abierta la audiencia de juicio oral e instruirá al acusado sobre la importancia y el significado de la misma, procediendo a ordenar la lectura de los cargos que se le atribuyen.

"El juez hará saber al acusado el derecho a permanecer o retirarse durante la sustanciación de la causa, pudiendo éste consultar a su defensor. Lo invitará a que esté atento a todo lo que se desarrolle en la audiencia e instruirá sobre la posibilidad de preguntar y repreguntar a testigos, peritos, intérpretes y a todo aquel que aporte datos durante la audiencia".

Respecto del niño inimputable, el art. 65 estipula su derecho a ser oído.

Además, incorporando los desarrollos conceptuales del Comité de los Derechos del Niño sobre la interpretación del art. 12 , CDN., recordamos que como resultado del Día Anual de Discusión General sobre el Derecho del Niño a Ser Oído (tema elegido para el año 2006) se insiste (24) en la vinculación entre los arts. 12 y 13 , CDN.

En el párr. 12° del documento resultante de las discusiones sobre la cuestión planteada el Comité "reafirma el entrelazamiento de los arts. 12 y 13 , pues el derecho a recibir e impartir información es un importante prerequisite para la realización de la participación de los niños. El Comité insta a los Estados parte a desarrollar información adecuada para los niños en todos los asuntos que los afecten" (25) .

Sin perjuicio de la operatividad de los arts. 12 y 13 , CDN., en el nuevo derecho bonaerense el derecho del niño a ser oído, así como su asociación al derecho a ser informado, ha sido plasmado por el legislador en diversas disposiciones del sistema de promoción y protección integral de derechos, así como en el sistema de la responsabilidad penal juvenil. Sin embargo, no puedo obviar la mención especial de dos preceptos sobre el derecho de información, de inestimable valor:

– el art. 35.3 (sobre provisionalidad del abrigo), párr. 7° del Anexo 1 (reglamentación de la ley 13298 ), decreto 300/2005 : "El niño deberá ser informado por el Servicio Local de Protección en forma comprensible, de acuerdo a su edad sobre sus derechos y sobre los plazos previstos por la autoridad judicial, para su permanencia fuera de ese ámbito, sobre las condiciones en que se revisarán dichos plazos y sobre los pasos futuros, evitando así una nueva victimización provocada por la incertidumbre".

– el art. 36 , incs. 1 y 3, ley 13634 (cap. II sobre "Disposiciones generales del proceso penal"): "El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a:

"1. Ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma, del derecho a no declarar contra sí mismo y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, tutores o responsables y su defensor...;

"3. Recibir información clara y precisa de todas las autoridades intervinientes del fuero sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético–sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa..." (el resaltado del texto me pertenece).

5.– Dignidad (art. 40.1 ). Principios fundamentales del trato debido a los niños en conflicto con la justicia

El art. 40.1 del tratado insta un conjunto de principios fundamentales relativos al trato que ha de darse a los niños en conflicto con la justicia.

Obsérvese que el art. 6 , ley 13634 –uno de los siete Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero de la Responsabilidad Penal del Niño– espeja textualmente el art. 40.1 de la Convención:



"El niño al que se atribuya haber infringido leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño, la importancia de promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad".

Posteriormente, en el cap. II ("Disposiciones generales del proceso penal") del título III ("Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil"), el art. 33 in fine sobre los principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal retoma parcialmente el texto del art. 40.1 de la Convención: "...que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas".

El examen atento del art. 40, CDN. a la luz de la observación general 10 del Comité de los Derechos del Niño –"intérprete de dicha Convención" (conf. Corte Sup., "M., D. E. y otro", 7/12/2005, consid. 33)– resulta de ineludible consideración para aplicar la normativa procesal provincial.

i) Trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño

El art. 1, DUDH. proclama: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Este derecho, al que se refieren expresamente el Preámbulo y el art. 40.1, CDN., ha de presidir "todo el proceso de justicia juvenil, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño"

ii) Trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros

Para interpretar adecuadamente este principio es preciso el conocimiento de la observación general 1 (26) del Comité de los Derechos del Niño sobre los "Propósitos de la Educación, art. 29, párr. 1º".

Siguiendo las líneas orientadoras del Preámbulo de la Convención, el niño debe ser "educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas". El Comité ha entendido que de ello se hace eco el art. 40.1 cuando establece que los niños en conflicto con la ley han de ser tratados de manera que se "fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de los terceros".

Afirma el Comité que "el trato y la educación de los niños debe orientarse a fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades" (art. 29.1.b de la Convención, y observación general 1, sobre los objetivos de la educación).

Observación general 1 sobre los "Propósitos de la Educación" (art. 29, párr. 29.1) (27)

En el párr. 1º de la observación general 1 el Comité le adjudica al párr. 1º del art. 29 de la Convención "una importancia trascendental" a los propósitos enunciados en sus cinco incisos, porque "promueven, apoyan y protegen el valor supremo de la Convención: la dignidad humana innata en todo niño y sus derechos iguales e inalienables".

Estos propósitos –"...directamente vinculados con la dignidad humana y los derechos del niño, habida cuenta de sus necesidades especiales de desarrollo y las diversas capacidades en evolución"– son: "...el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades (29.1.a), lo que incluye inculcarle el respeto de los derechos humanos (29.1.b), potenciar su sensación de identidad y pertenencia (29.1.c) y su integración en la sociedad e interacción con otros (29.1.d) y con el medio ambiente (29.1.e)".

En el párr. 15º, dedicado a la "Educación en la esfera de los derechos humanos", el Comité explica que la educación en derechos humanos ha de facilitar información sobre el contenido de los textos de los tratados, pero subraya que "los niños también deben aprender los que son esos derechos observando la aplicación en la práctica de las normas de derechos humanos, ya sea en el hogar, en la escuela o en la comunidad".

Pues la educación en esta esfera debe constituir un "proceso integral que se prolongue toda la vida y empiece en la manifestación de valores de derechos humanos en la vida y en las experiencias cotidianas de los niños".

En concordancia con estas precisiones, el Comité en la observación general 10 agrega una consideración especial sobre el valor del ejemplo dado por los adultos en la formación del niño en conflicto con la ley en materia de derechos humanos y libertades de terceros:

"Es indudable que este principio requiere el pleno respeto y la aplicación de las garantías de un juicio justo, según se reconoce en el párr. 2º del art. 40 . Si los principales agentes de la justicia juvenil, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?".

La ley 13634, en el art. 36 , cap. II ("Disposiciones generales del proceso penal") del tít. III ("Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil"), sobre los derechos y garantías especialmente reconocidos al niño sujeto a proceso penal, que se adicionan a los de los derechos y garantías reconocidos a los adultos, establece en el inc. 3 in fine ya mencionado que

"El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a: ...3. Recibir información clara y precisa de todas las autoridades intervinientes del fuero, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético–sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa".

En este punto remito a la importancia de la capacitación de los operadores del sistema, y al énfasis del Comité en la observación general 1 puesto en la educación continua en la esfera de los derechos humanos, como "proceso integral que se prolonga durante toda la vida".

iii) Trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad

Este principio se debe aplicar, observar y respetar en el trato con el niño "durante todo el proceso", "desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño".

Adviértase que el Comité insiste en señalar que "Todo el personal encargado de la administración de justicia juvenil ha de tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de éste", y en virtud de ello, "qué es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño."

Además de las disposiciones de la ley 13634 referidas a los principios generales destacan otras normas, como el art. 40 , sobre el principio de oportunidad:

"Los agentes fiscales podrán no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño...".

iv) El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia

El grave atentado a los derechos humanos que se concreta mediante la violencia contra los niños reviste mayor gravedad cuando ocurre en algunas de las etapas del proceso de justicia juvenil, en primer lugar, porque constituye el más siniestro atentado a la dignidad humana, en virtud la condición jurídica específica de las personas menores de edad (condición de persona en desarrollo, de la que derivan derechos específicos y deberes específicos de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado); en segundo lugar, porque el proceso penal, además de ser un "sistema de comunicación para la adquisición de la verdad", también es un "sistema de comunicación para la redefinición del conflicto", absorbiéndolo y transformándolo en un nuevo conflicto con menor contenido de violencia, cumpliendo de este modo "la misión pacificadora por excelencia de la justicia penal, que en la práctica no se cumple", como lamenta Binder (28) .

El Comité afirma que "Los informes recibidos por el Comité indican que hay violencia en todas las etapas del proceso de la justicia de menores: en el primer contacto con la policía, durante la detención preventiva, y durante la permanencia en centros de tratamiento y de otro tipo en los que se interna a los niños sobre los que ha recaído una sentencia de condena a la privación de libertad".

En consecuencia, se insta a los Estados a que "adopten medidas eficaces para prevenir esa violencia y velar por que se enjuicie a los autores y se apliquen efectivamente las recomendaciones formuladas en el Informe de las Naciones Unidas relativo al Estudio de la Violencia Contra los Niños, que presentó a la Asamblea General en octubre de 2006 (A/61/299)" (29) .

Informe de Naciones Unidas sobre Violencia Contra los Niños: punto de inflexión

El mensaje central del Informe de Naciones Unidas, realizado por el experto independiente Paulo S. Pinheiro es que ninguna forma de violencia contra los niños, niñas y adolescentes es justificable, y que toda la violencia es prevenible. Revela que en todas las regiones, en absoluta contradicción con las obligaciones de los Estados con respecto a los derechos humanos y a las necesidades de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, muchas formas de violencia contra la infancia siguen siendo legales, autorizadas por el Estado y socialmente aprobadas.

Este documento es el primer estudio mundial exhaustivo acerca de todas las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. También es el primer estudio de las Naciones Unidas que ha involucrado de manera directa y permanente a los niños, niñas y adolescentes, subrayando y reflejando la condición de éstos como titulares de derechos, así como su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten, y a que se le dé el peso debido.

El objetivo del estudio es marcar un punto de inflexión mundial definitivo: el fin de la justificación de la violencia contra los niños. Se afirma que "diversos acontecimientos vinculados entre sí sugieren que el proceso y los resultados del estudio llegan en un momento en que pueden generar un cambio real en la vida de los niños, niñas y adolescentes".

Primero, el reconocimiento de las obligaciones de derechos humanos de eliminar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes se ha intensificado con la adopción y ratificación casi universal de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención enfatiza la condición de los niños como titulares de derechos. Sin embargo, como revela el estudio, a pesar de la amplia aceptación del tratado, los niños, niñas y adolescentes de casi todos los Estados siguen esperando el pleno reconocimiento del respeto por su dignidad e integridad física, y la inversión adecuada en acciones para prevenir toda forma de violencia contra ellos.

Durante el proceso del estudio los niños, niñas y adolescentes han expresado claramente al experto independiente la urgencia de detener toda esta violencia. Han hablado del dolor –no sólo físico sino también "el dolor interno"– que les causa, agravado por la aceptación, cuando no aprobación, por parte de los adultos.

Las recomendaciones contra la violencia hacia los niños efectuadas en el informe de Naciones Unidas, en cuyo análisis no ingresaré, aunque no puedo evitar sugerir al lector fervientemente su lectura completa, se hallan ordenadas conforme al siguiente detalle:

"A. Recomendaciones generales

- "1. Fortalecer los compromisos y medidas nacionales y locales.
- "2. Prohibir toda violencia contra los niños.
- "3. Dar prioridad a la prevención.
- "4. Promover valores no violentos y concienciación.
- "5. Aumentar la capacidad de todos los que trabajan con y para los niños.
- "6. Proporcionar servicios de recuperación y reinserción social.
- "7. Garantizar la participación de los niños.
- "8. Crear sistemas de denuncia y servicios accesibles y adecuados para los niños.
- "9. Asegurar la rendición de cuentas y poner fin a la impunidad.
- "10. Abordar la dimensión de género de la violencia contra los niños.
- "11. Elaborar y aplicar sistemáticamente sistemas nacionales de reunión de datos e investigación.
- "12. Fortalecer los compromisos internacionales.

"B. Recomendaciones concretas en función del entorno

- "1. En el hogar y la familia.
- "2. En las escuelas y otras instituciones educativas.
- "3. En los sistemas de justicia y de atención al niño.
- "4. En el lugar de trabajo.
- "5. En la comunidad".

Mencionaré brevemente las recomendaciones detalladas en B.3 (párr. 112°), porque conciernen directamente a la reforma provincial que nos convoca:

Recomendaciones concretas en los sistemas de justicia y atención al niño:

A) Reducción prioritaria de los índices de institucionalización de niños fomentando que se preserve la unidad familiar, promoviendo alternativas basadas en la comunidad y garantizando que la atención institucionalizada se utilice sólo como último recurso.

B) Reducción de las cifras de niños que entran en el sistema de justicia dejando de tipificar como delitos los denominados "delitos en razón de la condición" (comportamientos que sólo se consideran delitos cuando los exhiben niños, por ejemplo, ausentarse injustificadamente de la escuela, fugarse de casa o "no poder estar controlado por los padres"), los comportamientos de supervivencia (mendigar, traficar con sexo, escharbar entre la basura, merodear o vagabundear) o actos cometidos como parte de actividades de trata o explotación delictiva a que puedan verse sometidos.

Creación de sistemas de justicia juvenil integrales y restitutivos que se centren en el niño, de conformidad con las normas internacionales (arts. 37 , 39 y 40 , CDN., Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores [Reglas de Beijing], las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil [Directrices de Riad], las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, Viena, 1997).

Detenciones limitadas a los niños que delinquen, considerados un peligro real para los demás.

Inversión de recursos considerables en soluciones alternativas y en programas de rehabilitación y reintegración en la comunidad.

C) Revisar regularmente los ingresos de niños en instituciones, examinando los motivos por los que éstos fueron recluidos en centros penitenciarios o de acogida, a fin de devolverlos a sus familias o ponerlos en manos de cuidadores en la comunidad.

D) Establecimiento de mecanismos eficaces e independientes de denuncia, investigación y aplicación de la ley en los sistemas de justicia y de atención al niño para tratar casos de violencia.

E) Aseguramiento de que los niños ingresados en instituciones conocen sus derechos y pueden acceder a los mecanismos establecidos para protegerlos.

F) Aseguramiento de una supervisión eficaz de las instituciones de justicia y los centros de acogida por órganos independientes facultados para llevar a cabo visitas no anunciadas, entrevistar en privado a los niños y al personal e investigar acusaciones de actos de violencia.

G) Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura, que prevé un sistema de visitas independientes preventivas a los centros de detención.

Cabe mencionar que la Argentina ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura; remito a la lectura del fallo "Verbitsky" [\(30\)](#) sobre la situación carcelaria en la provincia de Buenos Aires, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiere a la Argentina como el sexto país que ratificó el mencionado instrumento (15/11/2004), y luego cita y transcribe ampliamente las preocupaciones y recomendaciones del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes, en las Observaciones Finales sobre la Argentina [\(31\)](#) .

h) Elementos o cuestiones básicas de una política integral sobre justicia juvenil

Luego del tratamiento de los principios básicos referido (principio de no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, respeto por la opinión del niño y dignidad), la

observación general 10 del Comité de los Derechos del Niño expone las cuestiones básicas que han de ser contempladas en una política integral de justicia juvenil y que constituyen el núcleo del documento:

- prevención de la delincuencia juvenil;
- intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales;
- edad mínima a efectos de responsabilidad penal y límites de edad superiores para la justicia juvenil;
- garantías de un juicio imparcial;
- privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la condena.

En esta parte de la observación general 10 el Comité ingresa en el examen minucioso del modo en que se ha de legislar sobre las cuestiones básicas que debe contemplar ineludiblemente todo sistema de justicia juvenil, que respete la Convención sobre los Derechos del Niño, siempre en congruencia con los principios básicos desarrollados previamente.

El Comité distingue las cuestiones referidas a la prevención (ya tratada), a la intervención sin recurrir al proceso judicial, a la intervención formal de la justicia, a los límites de edad, a las garantías para asegurar un proceso justo y a la privación de la libertad.

#### 1.- La intervención

En relación con 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, las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas: medidas que no supongan recurrir a procedimientos judiciales y medidas en el contexto de un proceso judicial.

La distinción establecida por la observación general 10 despeja las confusiones generadas por el empleo de los términos: remisión o medidas alternativas, o si se invocan los principios de la justicia reparadora, algunas veces sin saber bien a qué procedimientos exactos se alude.

En ambos contextos se ha de verificar una constante: los derechos del niño deben ser respetados y protegidos. "El Comité recuerda a los Estados partes que deben tener sumo cuidado en velar por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos del niño y las garantías legales".

Se advierte que los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad, de conformidad con los objetivos de la justicia penal juvenil (art. 40.1 , CDN.). Se anticipa el tema, recurrente en el texto del documento, de la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño "tan sólo como medida de último recurso" (art. 37.b , CDN.). Por lo que se propicia el desarrollo y aplicación, en el marco de una política integral de justicia juvenil, de diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera conducente a su bienestar y que guarden proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (art. 40.4 ).

En esta línea interpretativa, se ha afirmado que en el proceso penal juvenil la privación de la libertad es la auténtica medida alternativa, pues se la ha de aplicar "como medida de última recurso" (art. 37.b , CDN.),

propiciándose la aplicación prioritaria de las demás medidas.

## 2.– Intervención sin recurrir al procedimiento judicial

Conforme al art. 40.3.b , CDN., los Estados parte tratarán de promover medidas para tratar a los niños que no supongan recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable, y con la advertencia primordial de que "se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales":

Los Estados han de regular una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), teniendo en cuenta que la mayoría de los niños sólo cometen delitos leves. Estas medidas deben hallarse reguladas y pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.

El Comité considera que los Estados parte deben promover la adopción de estas medidas en los casos de delitos leves –según las estadísticas son una gran proporción, a menudo la mayoría– o de niños que cometen un delito por primera vez. De acuerdo con los principios enunciados en el art. 40.1 , CDN. es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal, porque de este modo no sólo se evita la estigmatización, sino que incluso resulta positivo para los niños y para la seguridad pública, y además presenta ventajas en términos económicos.

A fin de que en las intervenciones se observen plenamente los derechos humanos y las garantías legales (art. 40.3.b ), los Estados han de seguir lo establecido en el art. 40 , CDN.:

- Principio de la presunción de inocencia (el niño ha reconocido su responsabilidad, sin ser objeto de presión).
- Principio de legalidad (sólo en los casos previstos para ello).
- Principio de la voluntad del niño para participar en el proceso (consentimiento escrito, previa información adecuada, sobre la naturaleza, contenido y duración de la medida, y de las consecuencias en el caso de falta de cooperación).
- Derecho a la defensa (asistencia técnica de un abogado o asistencia adecuada).
- Derecho al resultado (archivo definitivo del caso cuando la remisión ha concluido).
- Principio de la confidencialidad (no se conserva registro del asunto, salvo para fines científicos).

En el art. 40 del cap. III, sobre investigación preliminar preparatoria, de la ley 13634 se estipula que

"Los agentes fiscales podrán no iniciar la persecución del niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño.

"La víctima podrá oponerse a la decisión del fiscal, ante el fiscal general departamental dentro de los diez días de dictada la resolución".

## 3.– Intervención en el marco judicial

Diversa es la intervención que se genera cuando la autoridad competente (por lo general, la Fiscalía) inicia un procedimiento judicial, pues en este caso han de aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo.

Esto significa que el Estado ha previsto y organizado un sistema de instancias especializadas para ello, así como servicios aptos para implementar medidas de orden social o educativo a fin de limitar estrictamente el uso de la privación de libertad, especialmente la detención preventiva. Para esto se remite al art. 37.b , CDN.

Pues para que el trato de un niño en conflicto con la justicia promueva su reintegración se requiere que todas las medidas propicien su incorporación plena en la sociedad a la que pertenece para desempeñar en ella una función constructiva, evitando por todos los medios su desocialización. Esto significa que los Estados parte deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posible a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad.

El art. 40.1 , CDN. es el faro orientador de toda intervención estatal en esta área. Por eso el Comité reitera que los Estados parte han de tenerlo siempre en cuenta: la reintegración requiere que no se adopten medidas que se constituyan en obstáculos para la plena participación del niño en su comunidad, por ejemplo, la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa.

En el art. 68 , ley bonaerense 13634 se han previsto diversas medidas cuya finalidad –conforme al art. 69 – es fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno, con acciones educativas que se complementarán con la intervención de la familia, la comunidad y el municipio respectivo, con el apoyo de los especialistas que el juez determine. El juez o tribunal deberá advertir al niño y a sus padres o representantes de las consecuencias que, con arreglo a la legislación de fondo, trae aparejado el incumplimiento injustificado. Son ellas:

- orientación y apoyo sociofamiliar (art. 74 );
- obligación de reparar el daño (art. 75 );
- prestación de servicios a la comunidad (art. 76 );
- derivación a los servicios locales de protección de derechos (art. 31 , inc. d, ley 13298 (nota)<FD 45000554 [32]>);
- imposición de reglas de conducta (art. 77 ).

Asimismo, se ha regulado un régimen especial para el cumplimiento de las sanciones:

- Libertad asistida (art. 79 );
- Régimen de semilibertad (art. 80 );
- Privación de la libertad (art. 81 ).

Mediante el decreto 151, firmado por el gobernador de la provincia de Buenos Aires y refrendado por los ministros de Seguridad, Justicia, Desarrollo Humano y Salud, se crea en el ámbito provincial el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, que se integrará por "un conjunto de organismos, entidades y servicios que, en el ámbito provincial y municipal, formularán, coordinarán, orientarán, supervisarán, ejecutarán y controlarán las políticas, programas y medidas, destinados a promover, implementar y coordinar acciones de prevención del delito juvenil, asegurar los derechos y garantías de los jóvenes infractores a la ley penal y generar ámbitos para la ejecución de medidas socioeducativas que, centradas en la responsabilidad del joven infractor, posibiliten su real inserción en su comunidad de origen" (art. 2).



#### i) Articulación entre el Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos y el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

Considero de insoslayable interés el texto del art. 5, decreto 151, en el que se definen las políticas de prevención del delito juvenil y de responsabilidad juvenil como

"...el conjunto de orientaciones y directrices de carácter público dictadas por los órganos competentes, a fin de guiar las acciones dirigidas a prevenir y evitar la participación de niños y jóvenes en hechos delictuosos y a asegurar los derechos y garantías de los niños y jóvenes infractores a la ley penal.

"Las políticas de prevención del delito juvenil y de responsabilidad penal juvenil se articularán con las políticas de promoción y protección integral de derechos de todos los niños y se implementarán mediante una concertación de acciones de la provincia, los municipios y las organizaciones de atención a la niñez y juventud".

#### ii) Revisión de las prácticas y capacitación

Asimismo, deviene fundamental para la implementación del sistema la previsión del art. 7, decreto 151, sobre la necesidad de "revisión de los modelos y las prácticas" de las instituciones públicas o privadas que desarrollen programas de atención a niños y jóvenes en conflicto con la ley penal, a efectos de "adecuarlos a los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. A tal fin, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Desarrollo Humano, el Ministerio de Salud, la Dirección General de Cultura y Educación y la Secretaría de Derechos Humanos promoverán ámbitos de orientación y capacitación".

En la resolución 172 (33) –sobre Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil– del Ministerio de Desarrollo Humano del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires:

Anexo I: se definen los objetivos y las acciones de las dependencias del Sistema de la Responsabilidad Penal Juvenil (Subsecretaría de Promoción y Protección de Derechos del Niño, Unidad de Coordinación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, Dirección de Medidas Alternativas).

Anexo II: se tipifican las instituciones y establecimientos para el cumplimiento de las medidas judiciales dependientes de la Unidad de Coordinación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil:

- Centros de referencia: establecimientos en cada departamento judicial, de atención ambulatoria, para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias alternativas a la restricción o privación de la libertad ambulatoria, ordenadas por los tribunales competentes en el marco de un proceso penal seguido a personas menores de edad. Con funciones de evaluación, atención y/o derivación de los jóvenes a programas desconcentrados en municipios u organizaciones de la comunidad.
- Centros de recepción: establecimientos de régimen cerrado, para el cumplimiento de la detención y de medidas preventivas de privación de libertad ordenadas por los tribunales en el marco de un proceso penal. Con funciones de evaluación de los jóvenes a quienes se les haya impuesto una medida judicial cautelar o sancionatoria restrictiva o privativa de la libertad ambulatoria, y de derivación a establecimiento adecuado.
- Centros de contención: establecimientos de régimen abierto, o régimen de semilibertad (art. 80 , ley 13634), para el cumplimiento de medidas cautelares o sancionatorias restrictivas de la libertad ambulatoria, ordenadas por la autoridad judicial competente.

– Centros cerrados: establecimientos de régimen cerrado, para el cumplimiento de medidas privativas de la libertad ordenadas por la Justicia en el marco de un proceso penal.

#### 4.– Edad de los niños en conflicto con la ley penal

##### i) Edad mínima de responsabilidad penal (EMRP)

El Comité expresa su preocupación ante la existencia de un amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal (EMRP), resultante de los datos emergentes de los informes presentados por los Estados parte.

La cuestión básica de las edades es objeto de disposiciones muy diferentes de un Estado parte a otro: varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 o 16 años. Ante esta situación el Comité efectúa orientaciones y recomendaciones:

En primer lugar, en el párr. 31º de la observación general 10 recuerda que en el párr. 3º del art. 40 de la Convención se dispone que los Estados parte deberán tratar de promover, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, pero no menciona una edad mínima concreta a ese respecto.

El Comité entiende que esa disposición crea la obligación para los Estados parte de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP), que contribuye a excluir de la intervención penal a todos los niños que no han alcanzado este límite al momento de la comisión de la infracción. Aunque estos niños pueden materialmente realizar las acciones típicas, no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal; sólo las medidas de tipo educativo pueden ser previstas para ellos, dentro de la competencia de los servicios de protección en el interés superior de esos niños.

De acuerdo con las Reglas de Beijing, que en su art. 4 recomiendan no fijar el límite inferior a una edad demasiado temprana –habida cuenta de la madurez emocional, mental e intelectual del niño–, el Comité ha recomendado a los Estados parte que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable.

Sobre la base de estas recomendaciones, el Comité llega a la conclusión de que los Estados no deberían fijar una edad mínima a efectos de la responsabilidad penal inferior a los 12 años. Por lo que se alienta a los Estados parte a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta, y a continuar elevándola.

Asimismo, se insta a los Estados parte que tienen niveles de intervención penal más elevados (13, 14 o 15 años) a no disminuir este límite (12 años). Pues la fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto –14 o 16 años– contribuye a que el sistema de la justicia juvenil trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre "en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales", de conformidad con el apart. b del párr. 3º del art. 40 de la Convención.

##### ii) Información a incluir en los informes periódicos de los Estados

Los Estados partes deben incluir en sus informes información detallada sobre el trato que se da a los niños que no han alcanzado todavía la EMRP fijada por la ley cuando se alegue que han infringido las leyes penales o se los acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y qué tipo de salvaguardias legales existen para asegurar que reciban un trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal.

iii) Preocupación por las excepciones a la EMRP en casos de delitos graves (34)

En el párr. 34° el Comité expresa su preocupación por la práctica de prever excepciones a la EMRP, que permite la aplicación de una edad mínima menor a efectos de la responsabilidad penal en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber cometido un delito grave, o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro como para considerárselo responsable penalmente. Ante esta práctica, el Comité recomienda firmemente a los Estados parte no permitir más este tipo de excepciones.

iv) Límite de edad superior para la justicia juvenil

Con respecto al límite de edad superior para la justicia juvenil, el Comité considera que éste debería ser fijado a los 18 años, a fin de que coincida con la definición del niño emergente del art. 1 de la Convención.

Esto significa que las personas que han alcanzado o superado la edad mínima de la responsabilidad penal pero que en el momento de la presunta comisión de un delito no hayan cumplido aún 18 años serán tratadas conforme a las reglas específicas de la justicia juvenil –es decir, de acuerdo con el art. 40 , CDN.–.

Para los Estados que limitan la aplicación de la normas de justicia juvenil a los niños menores de 16 años, o que permiten como excepción que los niños de 16 o 17 años sean tratados conforme al derecho penal de adultos, el Comité recomienda eliminar estos casos para una aplicación plena, completa y no discriminadora de las normas de la justicia juvenil a todas las personas menores de 18 años.

Reconocimiento especial: el Comité observa con reconocimiento que algunos Estados parte permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, ya sea como norma general o como excepción.

v) Inscripción de nacimiento inmediata para fijar límites de edad (art. 7 )

En todas las situaciones el Comité destaca la necesidad de la inscripción inmediata de los nacimientos, en forma gratuita y accesible en los registros de estado civil oficiales. Además, si la edad no puede probarse fehacientemente, la duda ha de ser interpretada a favor del niño, es decir, no se lo considerará responsable penalmente (párrs. 35° y 39° de la observación general 10).

"Un niño que no tenga una fecha de nacimiento demostrable es sumamente vulnerable a todo tipo de abusos e injusticias en relación con la familia, la educación y el trabajo, especialmente en el marco del sistema de la justicia de menores. Deberá proporcionarse gratuitamente a todo niño un certificado de nacimiento cuando lo necesite para demostrar su edad. Si no hay prueba de edad, el niño tiene derecho a que se le haga un examen médico o social que permita establecer de manera fidedigna su edad y, en caso de conflicto o prueba no fehaciente el niño tendrá derecho a la aplicación de la norma del beneficio de la duda" (párr. 39°).

El art. 34 , ley 13634 (cap. II, "Disposiciones generales del proceso penal") establece que

"La edad del niño se comprobará con los títulos de estado correspondientes. Ante la falta de éstos, se estimará en base al dictamen pericial efectuado por un médico forense o por dos médicos en ejercicio de su profesión. El dictamen deberá realizarse y remitirse en un plazo que no exceda de 48 horas de ordenada la pericia".

5.– Los niños inimputables en la ley 13634: inconstitucionalidad de su art. 64

La ley bonaerense 13634 , complementaria de la ley 13298 , en el art. 32 (el primero del cap. II, sobre "Disposiciones generales del proceso penal") dispone que

"El presente régimen es aplicable a todo niño punible, según la legislación nacional, imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia".

La legislación nacional a la que remite la norma provincial es el art. 1 , decreto ley 22278 (LA 1980–B–1539), sobre el Régimen Penal de la Minoridad: "No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad".

Así, en la República Argentina la edad mínima a efectos de la responsabilidad penal juvenil ha sido fijada en 16 años.

Por lo tanto, si conforme al art. 64 , ley 13634, el régimen de la responsabilidad penal juvenil ha de aplicarse a todo niño punible, según la legislación nacional, quedan excluidos de su ámbito los niños que no hayan cumplido 16 años de edad.

Sobre este punto, en el párr. 31° de la observación general 10 el Comité precisa que edad mínima a efectos de la responsabilidad penal (EMRP) significa que

"Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños [muy] jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la edad mínima establecida el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños".

En consonancia con ello, el art. 63 del cap. VI de la ley 13634, titulado "De los niños inimputables", contempla la situación del niño "que no haya alcanzado la edad establecida por la legislación nacional para habilitar su punibilidad penal" en estos términos:

"Comprobada la existencia de un hecho calificado por la ley como delito, y presumida la intervención de un niño que no haya alcanzado la edad establecida por la legislación nacional para habilitar su punibilidad penal, el agente fiscal solicitará al juez de garantías su sobreseimiento.

"Sin perjuicio del cierre del proceso penal respecto del niño, si se advirtiere la existencia de alguna vulneración de sus derechos específicos, el juez de garantías establecerá la pertinencia de aplicar alguna de las medidas de protección integral de derechos establecidas en la ley 13298 , en cuyo caso solicitará la intervención del Servicio de Protección de Derechos correspondiente y comunicará tal decisión a su representante legal o ante su ausencia al asesor de incapaces".

A los fines de una adecuada interpretación de la disposición transcripta, recuérdese que el art. 33 , ley 13298 dispone que "En ningún caso una medida de protección de derechos ha de significar la privación de libertad ambulatoria del niño".

Recuérdese que, según el art. 11.b, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad –reglas que de conformidad con el art. 10 , ley 13298 se consideran principios interpretativos del sistema–,

"Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública" (el destacado me pertenece).

Conforme al sentido amplio de la privación de libertad, adoptado por el Sistema Internacional de Naciones Unidas y por nuestro sistema local, no solamente es privación de libertad la que se autodenomina como pena,

sino también toda modalidad de detención, prisión, encarcelamiento o internación en establecimientos de los que no se permita salir a los niños o adolescentes por su propia voluntad.

Sin embargo, en el art. 64 del mismo cap. VI, sobre los niños inimputables, se prevé una excepción incompatible con el texto y con la interpretación más reciente del derecho internacional de derechos humanos vigente (art. 40.3.a , CDN. y párrs. 31° y 34° de la observación general 10, sobre "Los derechos de los niños en la justicia juvenil", del Comité de los Derechos del Niño, 25/4/2007).

Según la redacción del art. 64 , ley 13634, "En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el fiscal podrá requerir al juez de garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo" (el resaltado me pertenece).

Precisamente, en el párr. 34° de la observación general 10 –ya mencionado– el Comité expresa su preocupación por la práctica de prever excepciones a la edad mínima a efectos de la responsabilidad penal (EMRP), que permite la aplicación de una edad mínima menor a efectos de la responsabilidad penal en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber cometido un delito grave –éste es el caso del art. 64 , ley 13634–, o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro como para considerársele responsable penalmente.

Ante ello, el Comité "recomienda firmemente que los Estados partes fijen una EMRP que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor".

Siguiendo la recomendación del Comité, y en coincidencia con los autores que han identificado metafóricamente al art. 64 , ley 13634 con "el agujero negro de las nuevas leyes de infancia de la provincia de Buenos Aires" [\(35\)](#) , deviene preciso "su urgente revisión, tanto en términos normativos como a la hora de su implementación práctica", a fin de que el sistema de responsabilidad penal juvenil bonaerense armonice plenamente con la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular los arts. 37 , 40 y 39 , y con las demás normas de las Naciones Unidas en la esfera de la justicia de juvenil, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana); las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, elaboradas en Viena (1997); y las recomendaciones de la observación general 10 (2007) del Comité, sobre los derechos del niño en la justicia penal juvenil.

## 6.– Las garantías de un juicio equitativo

### i) El niño como "titular del derecho al debido proceso" [\(36\)](#)

Recuerda el Comité de los Derechos del Niño que la mayoría de los derechos y garantías reconocidos al niño sometido a juicio penal en el art. 40.2 , CDN., cuyo objeto es asegurarle un proceso justo, también se reconocen en las Reglas de Beijing y en el art. 14 , PIDCyP., que el Comité de Derechos Humanos examinó y sobre el que formuló comentarios en su observación general 13 (13/4/1984), sobre "Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por ley (art. 14 )".

En el párr. 16° de la Observación general 13 del Comité de Derechos Humanos se establece:

"El párr. 4° del art. 14 dispone que en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. No en muchos

informes se ha proporcionado información suficiente sobre cuestiones tan pertinentes como la edad mínima en que no puede acusarse a un menor de un delito, la edad máxima en que se considera todavía menor a una persona, la existencia de tribunales y procedimientos especiales, las leyes que rigen el procedimiento contra los menores y la manera en que en todos estos arreglos especiales para menores se toma en cuenta `la importancia de estimular su readaptación social'. Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el art. 14 " (el resaltado me pertenece).

El Comité de los Derechos del Niño insiste en estas garantías, reconocidas al niño en el art. 40.2 , CDN. y en la observación general 10 como "normas mínimas" ("por lo menos"), es decir que "que los Estados partes pueden y deben tratar de establecer y observar normas más exigentes, por ejemplo, en materia de asistencia jurídica y con respecto a la participación del niño y sus padres en el proceso judicial".

En el art. 37 del cap. II, sobre "Disposiciones generales del proceso penal" –ley 13634–, se estipula que "El padre, madre o representante legal, serán notificados de toda decisión que afecte al niño, excepto que el interés superior del éste indique lo contrario".

Previo a ingresar en el análisis de dichas "normas mínimas", el Comité explicita la necesidad de la formación de las personas a cargo de la justicia juvenil, para una aplicación eficaz de los principios que enumera y explica. Una vez más el tema de la formación aparece en el texto de la observación general 10 como una suerte de exigencia de fondo para una justicia de calidad.

ii) Capacitación sobre el desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, especialmente del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables

Así, el Comité reconoce que "el respeto de esas garantías para los niños tiene algunos aspectos específicos" que habrá de analizar, pero previo a ingresar en su análisis quiere "subrayar que el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia de menores. Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, los niños con discapacidad, los desplazados, los niños de la calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo".

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado especialmente la significación de estos conocimientos extrajurídicos para comprender y valorar adecuadamente los "comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico" en los que incurren los niños y adolescentes:

"...éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental... Esta incuestionable inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional" (37) (fallo "Maldonado" ).

iii) La situación de las niñas: una minoría invisible

En el párr. 40° de la observación general 10 se ha considerado especialmente la situación de las niñas, de quienes –según el Comité– probablemente se hará caso omiso en el sistema de la justicia juvenil porque "sólo representan un pequeño grupo". Por ello el Comité señala especialmente que se han de atender sus necesidades específicas en relación con los malos tratos anteriores y las necesidades especiales en materia de salud.

Para analizar la situación de las niñas en la justicia juvenil considero que resulta de utilidad el concepto de "sobrevulnerabilidad" (38), pues al no encarnar las niñas el estereotipo de la población infantil en conflicto con la ley penal, se hallan "invisibilizadas".

Esta "invisibilidad" determina que "se incorporen insuficientemente a la agenda de proyectos de investigación y a la agenda de política penal acrecentando las condiciones de fragilidad y por lo tanto de vulnerabilidad en el marco de la vigencia y defensa de los derechos más elementales".

En la investigación sociojurídica sobre mujeres y jóvenes encarceladas en la Argentina "Voces del encierro" se ha pretendido, precisamente, "dar a conocer las características de dicha sobrevulneración y, por tanto, aportar herramientas para la elaboración de estrategias que tiendan a disminuir esa situación en las poblaciones jóvenes y de las mujeres encarceladas, promoviendo, asimismo, la sensibilización social sobre esa particular situación".

En el *Innocenti Digest* (39), dedicado a la justicia juvenil, se contempla la situación de las niñas privadas de libertad, de las que –en los términos de la observación general 10– probablemente se hará caso omiso en el sistema de la justicia juvenil, porque "sólo representan un pequeño grupo", y por ello quedan invisibilizadas sus necesidades específicas en relación con los malos tratos anteriores y las necesidades especiales en materia de salud:

"Los sistemas de justicia juvenil están esencialmente concebidos para los varones y se basan en presuposiciones, conceptos y explicaciones referidos a las infracciones cometidas por varones. Como consecuencia de ello se produce una falta de recursos organizativos y de otro tipo para tratar a las niñas detenidas, lo cual las coloca en una situación especialmente desventajosa" –en condiciones de "sobrevulnerabilidad"–.

Entre los principales problemas que afrontan las niñas privadas de libertad se incluyen:

"– la extrema escasez de instalaciones especializadas, tanto para las que se encuentran en prisión preventiva a la espera de juicio como para las que cumplen una condena, debido a que las infractoras juveniles son relativamente pocas; en consecuencia, las muchachas tienen más probabilidades de tener que vivir en reclusión lejos de sus familias;

"– por razones similares, tienen más probabilidades que los varones de encontrarse reclusas junto con adultos (en Gran Bretaña, por ejemplo, no hay centros especiales para muchachas detenidas). Más aún, las autoridades de algunos países justifican la práctica de mezclar a las niñas con las mujeres adultas en la misma cárcel, alegando que de hecho es un beneficio para las jóvenes, aunque no parece haber evidencia decisiva alguna que lo demuestre; en general, las niñas tienen menos acceso a la educación que los niños cuando se encuentran detenidas;

"– al igual que les ocurre a las mujeres adultas en general, es bien sabido que las necesidades higiénicas propias de las muchachas suelen pasarse por alto".

También en las Reglas de Beijing se reconoce que las niñas requieren una atención especial.

Regla 26.4: "La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo".

iv) Las reglas mínimas

Por último, estas garantías son reglas mínimas ("...se le garantice, por lo menos, lo siguiente", art. 40.2.b ) que los Estados deberían respetar; pero por supuesto que pueden –y el Comité así lo desea– ir más allá.

En resumen, he aquí los puntos que el Comité desarrolla en la observación general 10:

- Principio de la no retroactividad en la justicia juvenil (art. 40.2.a , CDN.).
- Presunción de inocencia (art. 40.2.b.i , CDN.) (40) .
- Derecho a ser escuchado (art. 12 , CDN.).
- Derecho a participar de manera efectiva en el proceso (art. 40.2.b.iv , CDN.).
- Derecho a ser informado rápida y directamente acerca de las acusaciones (art. 40.2.b.ii , CDN.).
- Derecho a gozar de asistencia jurídica o de otro tipo (art. 40.2.b.ii , CDN.).
- Decisiones rápidas ("sin demora") y que involucren a los padres (art. 40.2.b.iii , CDN.).
- Derecho a no declararse culpable (art. 40.2.b.iv , CDN.).
- Derecho a obtener que comparezcan y se interroge a los testigos (art. 40.2.b.iv , CDN.).
- Derecho a apelar ante un órgano superior, competente, independiente e imparcial, conforme a la ley (art. 40.2.b.v , CDN.).
- Derecho a contar con un intérprete gratuitamente (art. 40.2.b.vi , CDN.).
- Derecho al respeto de su vida privada (arts. 16 y 40.2.b.vii , CDN.).

v) Principio de no retroactividad en la justicia juvenil (art. 40.2.a , CDN.)

En el art. 41.2.a , CDN. se dispone –al igual que en el art. 15 , PIDCyP.– que la regla de que nadie será declarado culpable de haber cometido un delito por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran delitos según las leyes nacionales o internacionales, también es aplicable a los niños.

El Comité recomienda a los Estados que las modificaciones de la legislación penal a efectos de la prevención y lucha contra el terrorismo no han de entrañar un castigo retroactivo o no deseado de los niños.

Además, el Comité remite al art. 15 , PIDCyP., recordando a los Estados parte que la regla de que no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito está en relación con el art. 41 , CDN., que es aplicable a los niños en los Estados parte en el Pacto.

Art. 41 , CDN.: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:



"a. el derecho de un Estado parte; o

"b. el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

Por lo que ningún niño será castigado con una pena más grave que la aplicable en el momento de haberse cometido la infracción de la ley penal.

Además, si con posterioridad a la comisión del acto se produce un cambio legislativo por el que se impone una pena más leve, el niño deberá beneficiarse de ese cambio.

vi) Presunción de inocencia (art. 40.2.b.i , CDN.)

El Comité trata en el párr. 42° el principio conocido como presunción o estado de inocencia, considerándolo "fundamental para la protección de los derechos humanos del niño que tenga conflictos con la justicia. Esto significa que la carga de la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación".

Entre las repercusiones procesales de tal principio el Comité se refiere al *in dubio pro reo* en estos términos: "El niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tendrá el beneficio de la duda y sólo se le declarará culpable de los cargos que se le imputen si éstos han quedado demostrados más allá de toda duda razonable".

Por lo que el niño tiene "derecho a recibir un trato acorde con esta presunción, y todas las autoridades públicas o de otro tipo tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar el resultado del juicio".

En el art. 35 , ley 13634 se establece que "La imposición de cualquiera de las medidas previstas en esta ley requerirá la convicción sobre la existencia de los hechos juzgados, con desarrollo de las razones que llevan a aquella certeza no sólo respecto de los hechos sino de la participación y responsabilidad del niño en los mismos, siempre que no concurra alguna eximente...".

Además, el Comité consideró necesario insistir en este punto sobre la especificidad de los procesos de la justicia juvenil, derivada de la condición de personas en crecimiento, inherente a los niños, adolescentes o jóvenes que son titulares del debido proceso: "...los Estados partes deben proporcionar información sobre el desarrollo del niño para garantizar que se respete en la práctica esa presunción de inocencia. Debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable".

En el párr. 46° de la observación general 10, en el que se trata el derecho del niño a la participación efectiva en el proceso (art. 40.2.b.iv , CDN.), el Comité sostiene que, de conformidad con el art. 14, Reglas de Beijing, el procedimiento se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el niño participe en él y se exprese libremente. Además admite "que la edad y el grado de madurez del niño también pueden hacer necesario modificar los procedimientos y las prácticas judiciales".

vii) Derecho a ser escuchado (art. 12 , CDN.)

El Comité dedica tres largos párrafos al derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la legislación nacional, de conformidad con el art. 12.2 , CDN.

El derecho a ser oído en cualquier etapa del proceso ha sido establecido como "principio general del fuero de familia y del fuero penal del niño" en el art. 3 , ley 13634:

"Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho".

"No hay duda de que el derecho de un niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser escuchado es fundamental para un juicio imparcial", asegura el Comité.

Además, se tiene por "evidente" que el niño tiene "derecho a ser escuchado directamente", y no solamente por medio de un representante o de un órgano apropiado, si es en el interés superior del niño.

Se aclara que este derecho ha de respetarse "plenamente en todas las etapas del proceso, desde la fase instructoria, cuando el niño tiene derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez de instrucción, hasta las fases resolutoria y de ejecución de las medidas impuestas".

Durante todo el proceso ha de darse al niño la oportunidad de expresar su opinión libremente, y ésta deberá tenerse debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, conforme al art. 12.1 , CDN.

Por lo que, a fin de participar activamente en el proceso, el niño deberá ser informado no sólo de los cargos que pesan sobre él, sino también del propio proceso de la justicia juvenil y de las medidas que podrían adoptarse.

Entre otras disposiciones de la ley 13634 en las que se concreta este derecho fundamental, el art. 36 establece que "El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a:

"1. Ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma, del derecho a no declarar contra sí mismo y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, tutores o responsables y su defensor;

"2. No ser interrogado por autoridades policiales, militares, civiles o administrativas;

"3. Recibir información clara y precisa de todas las autoridades intervinientes del fuero, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético–sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa;

"4. Que la privación de libertad sea sólo una medida de último recurso y que sea aplicada por el período más breve posible, debiendo cumplirse en instituciones específicas para niños, separadas de las de adultos, a cargo de personal especialmente capacitado teniendo en cuenta las necesidades de su edad;

"5. Comunicarse personalmente con la autoridad judicial, recibir visitas e intercambiar correspondencia con su familia, al estudio y la recreación;

"6. Que no se registren antecedentes policiales que perjudiquen su dignidad.

"7. Que las decisiones sobre medidas cautelares, salidas alternativas al proceso y requisitoria de elevación a juicio, bajo pena de nulidad se dicten en audiencia oral con su presencia, la de su defensor, acusador y demás intervinientes, conforme a los principios de continuidad, inmediación, contradicción y concentración".

En el párr. 45° el Comité advierte que el niño debe tener la oportunidad de expresar su opinión respecto de las medidas (sustitutivas) que podrían imponerse, y que deberán tenerse debidamente en cuenta sus deseos o preferencias al respecto.

"Afirmar que el niño es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones relativas a la respuesta más apropiada que debe darse a las alegaciones de que ha infringido la ley penal".

Se aclara que si bien incumbe a los jueces adoptar las decisiones, "el hecho de tratar al niño como objeto pasivo supone no reconocer sus derechos y no contribuye a dar una respuesta eficaz a su comportamiento. Esta afirmación también es aplicable a la ejecución de la medida impuesta".

El Comité concluye con un dato de interés: "Las investigaciones demuestran que la participación activa del niño en la ejecución de las medidas contribuirá, la mayoría de las veces, a un resultado positivo".

Además de las disposiciones generales citadas de la ley 13634, otra disposición del nuevo derecho de la provincia de Buenos Aires que merece mencionarse en este punto es el art. 4, ley 13298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños –precisamente uno de los principios generales de todo el sistema–.

En este precepto se define que ha de entenderse por "interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad".

Para la determinación de dicho interés, en una situación concreta, establece la norma que se ha de apreciar –entre otros parámetros– "la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico" (art. 4, párr. 2°, inc. b, ley 13298).

viii) Derecho a participar de manera efectiva en el proceso (art. 40.2.b.iv, CDN.)

En el párr. 46° de la observación general 10 el Comité afirma que un juicio imparcial requiere que el niño pueda participar efectivamente en el proceso, para lo que es preciso que comprenda las acusaciones y las posibles consecuencias y penas, de modo que su representante legal pueda impugnar testigos, hacer una exposición de los hechos y actuar de forma apropiada respecto de las pruebas y las medidas que se impongan.

Se cita el art. 14, Reglas de Beijing: "Autoridad competente para dictar sentencia. 14.1. Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (Corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.

"14.2. El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente".

Finalmente, el Comité señala que la edad del niño y su grado de madurez pueden determinar la modificación de los procedimientos y de las prácticas judiciales.

ix) Derecho a ser informado sin demora y directamente sobre las acusaciones (art. 40.2.b.ii, CDN.)

Si bien me he referido al derecho a ser informado, me detendré en las precisiones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño respecto de las expresiones de su art. 40.2.b.ii "sin demora" y "directamente".

En el párr. 47° se puntualiza que "'sin demora' y 'directamente' significan lo antes posible, es decir, cuando el fiscal o el juez inicien las actuaciones judiciales contra el niño".

Resulta de interés la afirmación de la exigencia de la misma garantía "cuando las autoridades deciden ocuparse del caso sin recurrir a procedimientos judiciales". En estos casos el niño debe ser informado de los cargos que puedan justificar este criterio; porque conforme al art. 40.3.b , CDN. en la adopción de medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales se deberán respetar plenamente las garantías legales.

Asimismo, se señala que "el niño deberá ser informado en unos términos que pueda comprender". A estos fines, se podrá solicitar que la información sea dada en idioma extranjero, aunque también se ha de "traducir" la jerga jurídica oficial empleada en las imputaciones penales a un lenguaje que el niño pueda comprender.

En el párr. 48° se contempla la situación en la que resulte insuficiente proporcionar al niño un documento oficial, sino que se requiere una explicación oral. En estos casos se explicita que "Las autoridades no deben dejar esta tarea a cargo de los padres o los representantes legales o de quien preste asistencia jurídica o de otro tipo al niño. Incumbe a las autoridades (es decir, policía, fiscal, juez) asegurarse de que el niño comprende cada cargo que pesa contra él".

Adviértase que el Comité hace hincapié en que "la facilitación de esa información a los padres o los representantes legales no debe excluir su comunicación al niño. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias".

En la línea de sentido de la observación general 10 del Comité de los Derechos del Niño, la ley 13634 adecua la legislación provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en diversas disposiciones. Entre ellas:

Art. 36 : "El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a:

"1. Ser informado de los motivos de la investigación y de la autoridad responsable de la misma, del derecho a no declarar contra sí mismo y a solicitar la presencia inmediata de sus padres, tutores o responsables y su defensor;

"2. No ser interrogado por autoridades policiales, militares, civiles o administrativas;

"3. Recibir información clara y precisa de todas las autoridades intervinientes del fuero, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético–sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa...".

Art. 41: "Cuando un niño fuese aprehendido, deberá darse aviso inmediatamente a sus padres, tutores o responsables, al agente fiscal, al defensor oficial y al juez de garantías, indicando el motivo de la aprehensión, el lugar donde se encuentre y el sitio donde será conducido...".

Art. 49: "El agente fiscal, al ordenar la apertura de la investigación, dispondrá en forma inmediata la comprobación de la edad de la persona presuntamente menor de edad e informará al mismo, a sus padres, tutores o responsables y al defensor oficial, la existencia de la investigación y los cargos que se le imputan a

aquél para que ejerzan el derecho de defensa...".

Art. 54: "El debate se realizará el día y hora señalados, siendo de carácter reservado las actuaciones que se realicen en la audiencia. Después de verificada la presencia del niño, del agente fiscal, del defensor y los testigos, especialistas, peritos y terceros interesados que deban asistir a la audiencia, el juez o en su caso el Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil declarará abierta la audiencia de juicio oral e instruirá al acusado sobre la importancia y el significado de la misma, procediendo a ordenar la lectura de los cargos que se le atribuyen.

"El juez hará saber al acusado el derecho a permanecer o retirarse durante la sustanciación de la causa, pudiendo éste consultar a su defensor. Lo invitará a que esté atento a todo lo que se desarrolle en la audiencia e instruirá sobre la posibilidad de preguntar y repreguntar a testigos, peritos, intérpretes y a todo aquel que aporte datos durante la audiencia".

x) Derecho a gozar de asistencia jurídica o de otro tipo (art. 40.2.b.ii , CDN.)

El art. 40.2.b.ii , CDN. establece que se garantizará al niño la "asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa".

En el párr. 49º el Comité señala que si bien la asistencia puede no ser siempre jurídica, ha de ser apropiada y gratuita. Se recomienda que los Estados parte "presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos".

Se explica que "Es posible otra asistencia apropiada (por ejemplo, de asistentes sociales), si bien esas personas deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de menores y haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia".

En el párr. 50º el Comité remite al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que el art. 14.3.b dispone que

"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"...b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección".

Por lo tanto, "el niño y la persona que le preste asistencia debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa". En consecuencia, se deberán asegurar las condiciones que garanticen la plena confidencialidad de las comunicaciones entre el niño y la persona que lo asiste, bien sea por escrito u oralmente, conforme a las previsiones de los arts. 40.2.b.vii y 16 , CDN.

xi) Decisiones "sin demora" y que involucren a los padres (art. 40.2.b.iii , CDN.)

En el párr. 51º el Comité adopta como punto de partida de sus recomendaciones la existencia de consenso internacional sobre "el proceso juvenil como un proceso de pronta adopción de decisiones", pues "cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado".

Seguidamente analiza las expresiones temporales de la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 37.d , "a tenor del cual todo niño privado de su libertad tendrá derecho a una pronta decisión sobre su acción para

poder impugnar la legalidad de la privación de su libertad", y en el art. 40.2.b.iii , en el que se utiliza la expresión "sin demora".

Observa el Comité que el término "pronta" es más fuerte –lo que se justifica dada la gravedad de la privación de libertad– que el término "sin demora". Señala, asimismo, que la expresión "sin demora" es más fuerte que la expresión "sin dilaciones indebidas" utilizada en art. 14.3.c , PIDCyP.

Recuérdese en este punto que en el párr. 16° de la observación general 13 sobre el art. 14 , PIDCyP. el Comité de Derechos Humanos (órgano de supervisión e interpretación del Pacto) señala que "Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el art. 14 " (el destacado me pertenece).

Sobre esta cuestión Binder (41) enfatiza: "...una idea simple, obvia inclusive, que, sin embargo, ha sido abandonada en la práctica del proceso penal de menores: todas las garantías y derechos pensados para los adultos (principio de inocencia, juicio previo, defensa en juicio, etc.) deben tener vigencia absoluta y más estricta en el proceso penal de menores. Toda estructuración especial del proceso debe generar una protección mayor por encima de esas garantías formales y nunca en desmedro de ellas". Agrega que "Lo mismo ocurre con las grandes garantías del derecho penal, tales como los principios de legalidad, culpabilidad, en fin, todo lo que solemos englobar dentro de un derecho penal `de acto' y no `de autor'".

En consecuencia, la nota primordial del proceso penal juvenil ha de ser "una vigilancia más estricta de la vigencia de las garantías judiciales", cuya primera manifestación es "un control más estrecho del juez y del defensor"; en segundo lugar podría mencionarse un aumento de las posibilidades reales de la defensa del niño: por ello se permite la participación de los padres o tutores en el proceso, "ejerciendo una suerte de defensa material de su hijo o tutelado".

En el párr. 52° el Comité recomienda que los Estados parte fijen y respeten plazos respecto del "tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva.

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

Agrega que en el proceso deben estar presentes quienes presten asistencia jurídica u otra asistencia apropiada; su presencia no se limitará al juicio ante un tribunal u otro órgano judicial, sino que se aplica también a todas las demás fases del proceso, a partir del interrogatorio del niño por la policía.

En la legislación bonaerense se ha establecido un "proceso de pronta adopción de decisiones" en todas sus fases, aunque de conformidad con los arts. 36.2 y 38 , ley 13634, el niño sujeto a proceso penal tendrá derecho a "no ser interrogado por autoridades policiales, militares, civiles o administrativas", y en ningún caso "será sujeto a interrogatorio por parte de autoridades policiales acerca de su participación en los hechos, ni se dejará constancia de manifestaciones que le hayan sido atribuidas como producidas ante esas autoridades. El incumplimiento de esta disposición implica la nulidad de lo actuado".

En el párr. 53° el Comité sostiene que "los padres u otros representantes legales también deberán estar presentes en el proceso porque pueden prestar asistencia psicológica y emotiva general al niño. La presencia de los padres no significa que éstos puedan actuar en defensa del niño o participar en el proceso de adopción de decisiones".

Se aclara que "el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño o de su representante legal u otra representación apropiada, o porque no vaya en el interés superior del niño (art. 3 , CDN.), limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el procedimiento".

Finalmente, respecto de la presencia de los padres, el Comité recomienda en el párr. 54° que los Estados parte "dispongan expresamente por ley la mayor participación posible de los padres o los representantes legales en el procedimiento incoado contra el niño", porque ello "generalmente contribuirá a que se dé una respuesta eficaz a la infracción de la legislación penal por el niño". En consecuencia, a fin de "promover la participación de los padres, se notificará a éstos la detención del niño lo antes posible".

En el art. 37 del cap. II, sobre "Disposiciones generales del proceso penal", ley 13634 se establece que "El padre, madre o representante legal, serán notificados de toda decisión que afecte al niño, excepto que el interés superior del éste indique lo contrario".

Asimismo, en el art. 41 del cap. III, sobre investigación preliminar preparatoria, ley 13634 se establece que

"Cuando un niño fuese aprehendido, deberá darse aviso inmediatamente a sus padres, tutores o responsables, al agente fiscal, al defensor oficial y al juez de garantías, indicando el motivo de la aprehensión, el lugar donde se encuentre y el sitio donde será conducido.

"A pedido del agente fiscal el juez de garantías del joven podrá librar orden de detención en los términos del art. 151 , CPP. (LA 1997–A–496), en el plazo de doce horas desde el momento de la aprehensión".

Cabe destacar que en el párr. 55° "el Comité lamenta la tendencia observada en algunos países a introducir el castigo de los padres por los delitos cometidos por sus hijos".

Señala que "La responsabilidad civil por los daños derivados del acto de un niño puede ser apropiada en algunos casos limitados, en particular cuando se trate de niños de corta edad (que tengan menos de 16 años). Sin embargo, la criminalización de los padres de niños que tienen conflictos con la justicia muy probablemente no contribuirá a una participación activa de los mismos en la reintegración social de su hijo".

xii) Derecho a no declararse culpable (art. 40.2.b.iv , CDN.)

En el párr. 56° el Comité remite a los arts. 14.3.g , PIDCyP. y 40.2.b.iv , CDN., en los que específicamente se dispone respecto de las personas menores de edad que no se obligará a un niño a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable.

Afirma el Comité que el significado de estas disposiciones es "en primer lugar –y desde luego– que la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño (art. 37.a , CDN.) y totalmente inaceptable".

Seguidamente se cita el art. 15, Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud del cual "Todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración".

En el párr. 57° el Comité reconoce que "Hay muchos otros medios menos violentos de obligar o inducir al niño a una confesión o a un testimonio autoinculpatario". Por ello el término "obligado" debe interpretarse de manera amplia y no restringirse al uso de la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. Ha de tenerse presente que "La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión

pueden inducirle a confesar lo que no es cierto". Se consideran como confesiones inducidas aquellas resultantes de promesas de recompensa, del tipo "Podrás irte a casa en cuanto nos digas la verdad", o cuando se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad.

Además, conforme afirma el Comité en el párr. 58º, "El niño sometido a interrogatorio debe tener acceso a un representante legal u otro representante apropiado y poder solicitar la presencia de sus padres".

Se recomienda la investigación independiente de los métodos de interrogatorio empleados, a fin de procurar que "los testimonios sean voluntarios y no resultado de la coacción, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y que sea creíble".

Por su parte, para considerar el carácter voluntario y la fiabilidad de una admisión o confesión hecha por un niño, los jueces u otros órganos judiciales deberán tener en cuenta la edad del niño, el tiempo de duración de la detención y el interrogatorio y la presencia de un abogado u otro asesor jurídico, los padres, o representante, independientes del niño.

Respecto de la policía y otros agentes encargados de la investigación, se requiere entrenamiento para evitar técnicas y prácticas de interrogatorio de las que se deriven confesiones o testimonios "poco creíbles y hechos bajo coacción".

xiii) Derecho a la presencia y examen de los testigos (art. 40.2.b.iv , CDN.)

En el art. 40.2.b.iv , CDN. se garantiza al niño, por lo menos, lo siguiente: "...que podrá interrogar y hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad".

El Comité destaca que dicha garantía "pone de relieve que debe observarse el principio de igualdad entre las partes (es decir, condiciones de igualdad o paridad entre la defensa y la acusación) en la administración de la justicia juvenil".

Respecto de la expresión "interrogar o hacer que se interroge" aclara que "hace referencia a la existencia de distinciones en los sistemas jurídicos, especialmente entre los juicios acusatorios y los juicios inquisitorios". Explica que en los juicios inquisitorios "el acusado a menudo puede interrogar a los testigos, si bien rara vez se hace uso de ese derecho, quedando esa tarea a cargo del abogado o, en el caso de los niños, de otro órgano apropiado".

El Comité considera como importante que "el abogado u otro representante informe al niño acerca de la posibilidad de interrogar a los testigos y de que puede expresar sus opiniones a este respecto, las cuales se tendrán debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño (art. 12)".

En el art. 54 del cap. IV sobre el juicio de la ley 13634 se dispone que "El debate se realizará el día y hora señalados, siendo de carácter reservado las actuaciones que se realicen en la audiencia. Después de verificada la presencia del niño, del agente fiscal, del defensor y los testigos, especialistas, peritos y terceros interesados que deban asistir a la audiencia, el juez o en su caso el Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil declarará abierta la audiencia de juicio oral e instruirá al acusado sobre la importancia y el significado de la misma, procediendo a ordenar la lectura de los cargos que se le atribuyen.

"El juez hará saber al acusado el derecho a permanecer o retirarse durante la sustanciación de la causa, pudiendo éste consultar a su defensor. Lo invitará a que esté atento a todo lo que se desarrolle en la audiencia e instruirá sobre la posibilidad de preguntar y repreguntar a testigos, peritos, intérpretes y a todo aquel que aporte datos durante la audiencia".



xiv) Derecho a apelar (art. 40.2.b.v , CDN.)

La garantía formulada en el art. 40.2.b.v , CDN. (derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad) es análoga a la establecida en el art. 14.5 , PIDCyP.

Esta apelación ha de someterse a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia.

El Comité observa que "bastantes Estados partes han formulado reservas con respecto a esta disposición a fin de limitar el derecho de apelación del niño a los delitos más graves y a las sentencias de prisión". A estos Estados parte se les recomienda que retiren sus reservas a la disposición contenida en el inc. v del apart. b del párr. 2º del art. 40 , CDN.

Respecto de los recursos, en el nuevo proceso de responsabilidad penal juvenil bonaerense los recursos se hallan regulados en el cap. V de la ley 13634 (secc. I: arts. 59 y 60 , sobre el recurso de apelación, y secc. II: arts. 61 y 62 , sobre los recursos contra el fallo).

xv) Derecho a la asistencia gratuita de un intérprete (art. 40.2.b.vi , CDN.)

En todas las etapas del proceso, no solamente en la vista oral, "si un niño no comprende o no habla el idioma utilizado por el sistema de justicia juvenil tiene derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete".

El Comité hace hincapié en la capacitación del intérprete para trabajar con niños, "debido a que el uso y la comprensión de su lengua materna podría ser diferente de los adultos".

El Comité remarca la trascendencia de "la falta de conocimientos y/o de experiencias a ese respecto", pues "podría impedir que el niño comprendiera cabalmente las preguntas que se le hicieran y dificultar el ejercicio de su derecho a un juicio imparcial y a una participación efectiva".

Asimismo, se puntualiza que la expresión de la Convención "si no comprende o no habla el idioma utilizado" significa que "un niño de origen extranjero o étnico, por ejemplo, que además de su lengua materna comprende y habla el idioma oficial, no tiene necesidad de que se le proporcione gratuitamente los servicios de un intérprete".

En el párr. 63º el Comité aborda la cuestión de los niños con "problemas del habla u otras discapacidades."

Respecto de ellos, y "de acuerdo con el espíritu del inc. vi del párr. 2º del art. 40 , y de conformidad con las medidas de protección especial previstas en el art. 23 para los niños con discapacidades", el Comité recomienda que los Estados parte les proporcionen "asistencia adecuada y efectiva por medio de profesionales especializados, por ejemplo, en el lenguaje de los signos, cuando sean objeto de un proceso de justicia de menores".

Finalmente, el Comité remite a la observación general 9, sobre "Los derechos de los niños con discapacidad", del Comité de los Derechos del Niño (2007).

xvi) Derecho al respeto de su vida privada (arts. 16 y 40.2.b.vii , CDN.)

La norma básica que reconoce el derecho de todo niño a la protección de la vida privada es el art. 16 , CDN., que se concreta en el proceso judicial mediante el derecho a que se respete plenamente su vida privada en

todas las fases del procedimiento.

En el párr. 64° el Comité de los Derechos del Niño explicita que "todas las fases del procedimiento" comprenden desde el primer contacto con los agentes de la ley (por ejemplo, petición de información e identificación) hasta la adopción de una decisión definitiva por una autoridad competente o el término de la supervisión, la libertad vigilada o la privación de libertad.

El Comité precisa que "el objetivo es evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación causen daño. No se publicará ninguna información que permita identificar a un niño delincuente, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales. Deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados por medio de esos comunicados de prensa".

Agrega que se deberá sancionar con medidas disciplinarias a los periodistas que vulneren este derecho del niño, llegando incluso a la aplicación de sanciones penal cuando sea necesario (por ejemplo, en caso de reincidencia).

En el párr. 65° se hace saber que en la mayoría de los Estados parte "la vista de una causa contra un niño acusado de haber infringido las leyes penales debe tener lugar a puerta cerrada. De acuerdo con esa norma, pueden estar presentes expertos u otros profesionales que hayan recibido un permiso especial de la Corte".

Atento a la excepcionalidad del juicio público en la justicia juvenil se requiere "previa autorización por escrito del tribunal", y esa decisión es pasible de apelación por parte del niño.

En el párr. 66° el Comité recomienda a los Estados parte que establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra un niño que tenga conflictos con la justicia se lleven a cabo "a puerta cerrada", debiendo ser limitadas y hallarse claramente definidas legalmente las excepciones a esta regla.

Asimismo, se puntualiza que "el veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública sin revelar la identidad del niño".

Respecto de la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente, el Comité advierte que el derecho a la vida privada (art. 16) exige que todos los profesionales mantengan la confidencialidad, en todos sus contactos externos, de toda la información que posibilite la identificación del niño.

En cuanto a los registros de personas menores de edad delincuentes, el respeto del derecho a la vida privada se concreta en su carácter estrictamente confidencial; por lo que no podrán ser consultados por terceros, a excepción de las personas que participen directamente en la investigación y resolución del caso.

Asimismo, a fin de evitar la estigmatización y/o los prejuicios, los registros de menores delincuentes no deberán utilizarse "en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente" (Reglas de Beijing 21.1 y 21.2), o "como base para dictar sentencia en esos procesos futuros".

## "Regla 21. Registros

"21.1. Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la

tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

"21.2. Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente".

Finalmente, en el párr. 67° el Comité recomienda que los Estados parte adopten "normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños delincuentes cuando éstos cumplan 18 años, o, en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño, a petición de éste, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la última condena)".

En el proceso de la responsabilidad penal juvenil bonaerense ha quedado ampliamente consagrado el derecho del niño a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

En el art. 4 del título sobre "Principios generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño", ley 13634, se estipula que "Todo proceso que tramite ante estos fueros tendrá carácter reservado, salvo para el niño, representantes legales o guardadores de hecho y las partes".

En el art. 5 del mismo título se establece que "Queda prohibida la difusión de la identidad de los niños sujetos a actuaciones administrativas o judiciales, cualquiera sea su carácter y con motivo de dichas actuaciones, en informaciones periodísticas y de toda índole. Se consideran como informaciones referidas a la identidad: el nombre, apodo, filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma que permita su individualización".

En el art. 36 del cap. II, sobre "Disposiciones generales del proceso penal", se establece que "El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a:

"...6. Que no se registren antecedentes policiales que perjudiquen su dignidad".

En el mismo sentido, el art. 38 del cap. II de la ley 13634, sobre "Disposiciones generales del proceso penal", prescribe que "En ningún caso el niño será sujeto a interrogatorio por parte de autoridades policiales acerca de su participación en los hechos, ni se dejará constancia de manifestaciones que le hayan sido atribuidas como producidas ante esas autoridades. El incumplimiento de esta disposición implica la nulidad de lo actuado".

En el art. 39 del cap. III, sobre "Investigación preliminar preparatoria", se prohíbe "a los organismos administrativos con funciones de policía llevar antecedentes sobre los delitos atribuidos a niños".

El art. 51 se refiere al Registro de Procesos del Niño, que se creará en el ámbito del Poder Judicial: "El juez de garantías solicitará información al Registro de Procesos del Niño, que se creará en el ámbito del Poder Judicial, respecto de la existencia de procesos pendientes contra el niño, a efectos de la acumulación y control de la continuidad del proceso. La falta de este informe no suspenderá el trámite ni el pleno ejercicio de las garantías del procesado".

En la etapa de juicio el art. 53 establece que "No será aplicable lo normado por el art. 342, CPP., respecto de la publicidad de la audiencia de debate, la cual tendrá carácter de reservado. Excepcionalmente, podrán estar presentes aquellas personas expresamente autorizadas por el juez. La decisión judicial es inimpugnabile".

El art. 54, sobre la audiencia de debate, estipula que "El debate se realizará el día y hora señalados, siendo de carácter reservado las actuaciones que se realicen en la audiencia...".

Mediante el art. 86 de las disposiciones finales "Se incorpora, a continuación del art. 94 ter , decreto ley 8031/1973 (LA 1973-A-735) –Código de Faltas Provinciales (t.o. 1987, LA 1987-A-800)–, el cap. VIII ter, y en él, como art. 94 quater, el siguiente:

"Artículo 94 quater: será sancionado con multa equivalente al valor de uno a diez haberes mensuales del agente de seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y hasta treinta días de arresto, el que revelare la identidad de los niños sujetos a actuaciones administrativas o judiciales, cualquiera sea su carácter y con motivo de dichas actuaciones, en informaciones periodísticas y de toda índole. Se consideran como informaciones referidas a la identidad: el nombre, apodo, filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma que permita su individualización".

En la aplicación de estas garantías, el Comité insiste para que todos los menores sean tratados de manera igual, principalmente los jóvenes reincidentes, respecto de quienes se tiende a disminuir las garantías y aumentar las penas.

#### xvii) Las decisiones

En esta sección, titulada "Medidas", el Comité examina las decisiones tomadas en la etapa de la investigación, sobre todo el tema de las alternativas posibles para evitar remitir todos los casos a la Corte (ver la remisión antes citada), las decisiones tomadas por el juez o por el tribunal juvenil especializado, y dedica dos puntos a las cuestiones especiales de la pena máxima y de la cadena perpetua.

Tratándose de las decisiones judiciales, se recomienda insistentemente a los Estados prever una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de la libertad, a fin de poder responder a la gran diversidad de las situaciones que pueden producirse, tanto desde el punto de vista de la infracción como desde el punto de vista de las situaciones personales de los autores, y a fin de que "la privación de la libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible" (art. 37.b , CDN.).

En el art. 58 , ley 13634 se dispone que "La sanción impuesta por la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

"1. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del mismo, sino también a la particular situación y necesidades del niño.

"2. Las restricciones a la libertad personal del niño sólo se impondrán luego de un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

"3. En el examen de los casos se considerará como un factor rector el interés superior del niño".

El Comité insiste claramente en las posibilidades de respuesta mediante medidas educativas, de sanciones reparadoras que excluyan cualquier tipo de violencia o de trato inhumano o degradante (principio básico de la dignidad). En efecto, "la aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párr. 1º del art. 40 de la Convención".

En el art. 68 , ley 13634 bonaerense se establece que "Comprobada la participación del niño en el hecho punible y declarada su responsabilidad, o en los casos de inimputabilidad, el juez o, en los casos que corresponda el tribunal, sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación de fondo podrá disponer las siguientes medidas:

"1. Orientación y apoyo sociofamiliar.

"2. Obligación de reparar el daño.

"3. Prestación de servicios a la comunidad.

"...7. Derivación a los Servicios Locales de Protección de Derechos.

"8. Imposición de reglas de conducta".

Con respecto a la finalidad de las medidas, conforme al art. 69 , ley 13634, "Las medidas señaladas en el artículo anterior tendrán por finalidad fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno, con acciones educativas que se complementarán con la intervención de la familia, la comunidad y el municipio respectivo, con el apoyo de los especialistas que el juez determine...".

En los arts. 79 , 80 y 81 , ley 13634 se regula la libertad asistida, el régimen de semilibertad y la privación de libertad, respectivamente.

En el art. 83 de la misma ley se reconocen como derechos del niño privado de libertad, entre otros, los siguientes:

"1. Tener acceso a los objetos necesarios para la higiene y aseo personal.

"2. Recibir escolarización y capacitación.

"3. Realizar actividades culturales, deportivas y de recreación.

"4. Tener acceso a los medios de comunicación social.

"5. Recibir asistencia religiosa, si así lo deseara y según su credo.

"6. Mantener la posesión de sus objetos personales que no impliquen peligro para sí o terceros y disponer las medidas para su resguardo y conservación.

"7. Tener acceso a la luz solar y al aire libre el máximo tiempo posible en cada jornada".

En cuanto a la pena de muerte la observación general 10 reitera la prohibición formulada por el art. 37.a , CDN., al igual que el art. 6 , PIDCyP.; precisa que el momento determinante es el momento de la comisión del acto y no el momento del juicio, "lo que significa que no se impondrá la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena".

El Comité recomienda a todos los Estados que aún no han abolido la pena de muerte respecto de los cometidos por personas menores de 18 años a hacerlo explícitamente y a suspender la ejecución de las penas máximas pronunciadas hasta la decisión legislativa de abolir dichas penas.

Con respecto a la prisión perpetua el Comité reitera sus recomendaciones, es decir, no permitir este tipo de pena sin la posibilidad de libertad: "No se condenará a cadena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o libertad condicional a ningún joven que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el delito".

En cuanto a las sentencias dictadas contra personas menores de edad el Comité señala que la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico. Para ello remite al art. 25 , CDN., en el que se reconoce el derecho a un examen periódico para todos los niños que hayan sido internados para los

finés de atención, protección o tratamiento.

Asimismo, si se ha condenado a personas menores de edad con la pena de cadena perpetua con la posibilidad de la puesta en libertad o de libertad condicional, esta pena debe armonizarse con los objetivos de la justicia de menores consagrados en el art. 40.1 , CDN.; lo que significa, entre otras cosas, que el niño condenado debe recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. Asimismo, se ha de examinar periódicamente el desarrollo y la evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad.

Sin embargo, considerando que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia juvenil (art. 40.1 , CDN.), el Comité recomienda firmemente a los Estados parte la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años.

7.– Privación de libertad (art. 37 , CDN.)

i) Principios básicos

En el art. 37 , CDN. se consagran los principios fundamentales que rigen la privación de la libertad, los derechos procesales de toda persona menor de edad respecto de ella y las disposiciones sobre el trato y las condiciones de aplicabilidad.

En el párr. 79° el Comité enuncia los principios fundamentales relativos a la privación de libertad:

A) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y

B) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.

Preocupa al Comité la prisión preventiva que se extiende durante extensos períodos de tiempo, meses e incluso años, vulnerando gravemente el art. 37.b , CDN. Por lo que los Estados parte deberán contemplar alternativas eficaces, a fin de dar cumplimiento a la obligación asumida de utilizar la privación de libertad como medida de último recurso.

Asimismo, se destaca que la aplicación de la prisión preventiva como castigo vulnera el principio de la presunción de inocencia, consagrado en el art. 40.2.b.i , CDN. Por lo tanto, la legislación ha de determinar las condiciones de ingreso y permanencia en prisión preventiva. Su duración debe ser limitada por ley y ser objeto de revisión periódica.

En el párr. 81° se explicita que "Toda decisión relativa a la prisión preventiva, en particular sobre su duración, incumbe a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y el niño deberá contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada".

Respecto de la regulación de la prisión preventiva en el nuevo proceso de la responsabilidad penal juvenil bonaerense, el art. 43 , ley 13634 contempla a la prisión preventiva como una medida cautelar, entre otras (art. 42 , inc. g).

En el art. 43 se dispone que "En causas graves, el agente fiscal podrá requerir al juez de garantías para que, dentro del plazo de cinco días desde la detención, se fije una audiencia oral para decidir la procedencia o no de la prisión preventiva. El juez podrá decretar excepcionalmente la prisión preventiva de un niño al finalizar la audiencia, a requerimiento del agente fiscal, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

"1. Que existan indicios vehementes de la existencia del hecho y motivos suficientes para sospechar que el niño ha participado en su comisión.

"2. Que haya motivos para suponer que el niño pueda evadir la justicia o entorpecer la investigación.

"3. Que se haya recibido declaración al imputado o se hubiera negado a prestarla.

"4. Que no sea posible aplicar otra medida cautelar no privativa de la libertad. En ningún caso procederá la prisión preventiva cuando el delito imputado tenga una pena en expectativa susceptible de ejecución condicional, conforme a lo previsto al art. 26 , CPen.

"La prisión preventiva no podrá exceder de 180 días. Transcurrido este plazo, si no se hubiere realizado el juicio, el niño será puesto en libertad sin más trámite por el juez de la causa, sin necesidad de requerimiento fiscal o de la defensa. Si por la complejidad de los hechos investigados o la pluralidad de presuntos autores el plazo establecido resultare insuficiente, el juez podrá prorrogarlo, a requisitoria del fiscal en forma motivada, por un plazo razonable que no podrá exceder 180 días. Vencido el mismo, será puesto en libertad sin más trámite".

En el art. 44 se contempla la posibilidad de la aplicación de las otras medidas menos gravosas (art. 42 , incs. a a f): "Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el niño imputado, el juez de garantías deberá imponer tales alternativas en lugar de la prisión preventiva, estableciendo las condiciones que estime necesarias".

En cuanto al trato y a las condiciones de ejecución el art. 46 estipula que "Los niños privados de su libertad deberán estar alojados en centros especializados.

"Los niños deben estar siempre separados de los mayores cuando estén en prisión preventiva o cumpliendo una sanción privativa de libertad.

"Los niños detenidos antes del juicio deberán ser separados de los condenados".

En el mismo sentido el art. 81 , ley 13634 establece que "La privación de libertad deberá ser cumplida en establecimientos exclusivos y especializados para niños. Durante el período de privación de libertad, incluso para la preventiva, serán obligatorias las actividades sociopedagógicas".

Asimismo, cabe mencionar los arts. 48 y 50 , ley 13634:

El primero fija un término de 120 días como máximo a partir del inicio de las actuaciones, para las investigaciones, cuando hubiere detenidos. El agente fiscal podrá solicitar al juez de garantías la ampliación del plazo anterior, teniendo en cuenta la complejidad del hecho o número de autores o partícipes. Dicha ampliación no excederá en ningún caso los 60 días.

El segundo establece que "El juez de garantías del joven podrá decretar la libertad del niño procesado, aunque mediare oposición del Ministerio Público Fiscal sin cumplir otra formalidad, siempre que no hallare mérito para que continúe la detención y así lo manifestare fundada y razonadamente en su resolución".

ii) Derechos procesales (art. 37.d , CDN.)

En el párr. 82° el Comité afirma que "Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre

dicha acción".

Seguidamente, en el párr. 83° se destaca que "Todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de veinticuatro horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta".

Sobre esta cuestión, el Comité recomienda que los Estados parte regulen estrictamente el examen periódico de la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. En los casos en que no fuera posible la libertad provisional (por ejemplo, mediante la aplicación de medidas alternativas) deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de treinta días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva.

Teniendo en cuenta la práctica frecuente de aplazamiento de las vistas de causa ante los tribunales, el Comité insta a los Estado parte a que adopten las disposiciones jurídicas conducentes para que el órgano judicial competente adopte una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación.

Asimismo, el Comité advierte que el derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad no sólo incluye el derecho de apelación, sino también el derecho a dirigirse a un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuando la privación de libertad haya sido una decisión administrativa (por ejemplo, la policía, el fiscal u otra autoridad competente).

Respecto del derecho a una "pronta" decisión el Comité sostiene que "significa que la decisión debe adoptarse lo antes posible, por ejemplo, en un plazo de dos semanas a partir de la fecha de la impugnación".

iii) Trato y condiciones de ejecución de la privación de la libertad (art. 37.c , CDN.)

Las condiciones de ejecución de la privación de libertad son tratados por el Comité en los párrs. 85° a 89°. Se basan en:

- art. 37.c , CDN.;
- en las Reglas de La Habana;
- en las Reglas Mínimas para el Trato de los Reclusos.

En el párr. 89° el Comité destaca que en todos los casos de privación de libertad son aplicables, entre otros, los principios y normas que allí se enuncian.

La primera condición planteada ha sido invocada reiteradamente por el Comité: la obligación de separar a las personas de menores de edad de los adultos, separación que implica también personal especializado y formado.

La segunda establece la obligación de mantener los lazos con la familia (parientes, amigos, comunidad –recuérdese el art. 3 del Anexo I del decreto 300/2005 –) durante toda la duración de la ejecución, lo que significa disponer de lugares de detención accesibles para las familias (desde el punto de vista territorial y respecto de los regímenes de las autorizaciones).

Resulta de interés tener en cuenta que en las recientes Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño sobre Uruguay se recomienda al Estado en el párr. 68°, pto. g, que "Garantice que los niños privados de



libertad permanezcan en contacto con la comunidad, en particular con sus familiares, así como con amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y tengan la oportunidad de visitar su hogar y a su familia".

La tercera condición impone el respeto de la vida privada del niño y la necesaria estimulación de su desarrollo.

La cuarta condición remite a la necesidad de implementar la educación escolar, la formación profesional y/o la ocupación, de tal manera que se prepare al niño para su reingreso en la vida social.

La quinta concierne a la obligación de ofrecer a los jóvenes detenidos los cuidados de salud (incluyendo la salud mental y genésica).

La sexta condición es la exclusión de todo recurso a la fuerza o a la violencia en el centro de detención, incluso como método de castigo: las medidas disciplinarias deben respetar el principio de dignidad del niño. Por lo que quedan excluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del menor.

La séptima condición se refiere a la facultad otorgada al niño de quejarse o de petitionar ante una autoridad administrativa o judicial independiente.

Por último, la octava condición impone prever visitas e inspecciones regulares a los lugares de detención, dirigidas por personas calificadas e independientes (defensor de los derechos del niño, art. 16 , Anexo I del decreto 300/2005).

Finalmente, la observación general 10 insiste en que ningún niño puede ser privado de su libertad de manera ilegal o arbitraria, pues muchos menores son encarcelados únicamente por su conducta molesta, aunque no se configure un tipo penal, por actos que si hubieran sido realizados por adultos no habrían sido reprimidos. A este tema ya me he referido ampliamente con anterioridad.

Recuérdese que también integra las recomendaciones el "Informe sobre violencia contra los niños" (2006).

## 8.- Organización de la justicia juvenil

Esta cuestión básica es objeto del cap. V de la observación general 10, en el que se retoma el párr. 3º del art. 40 , CDN., sobre las medidas que los Estados parte han de adoptar para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.

El Comité señala que si bien en esta observación general se han expuesto las características que deberían reunir las disposiciones básicas de esas leyes y procedimientos, quedan a la discreción de los Estados partes las demás disposiciones, lo cual también se aplica a la forma de esas leyes y procedimientos.

Se hace hincapié en la necesidad de contar con unidades especializadas en las fuerzas policiales y entre los fiscales, los jueces, los abogados y todas aquellas personas que integran el sistema –cuestión a la que me he referido previamente con amplitud–.

Los órganos judiciales del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil bonaerense, creado por la ley 13634, son los establecidos en el art. 18 :

"El Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil estará integrado por:

"a) Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal.

"b) Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil.

"c) Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil.

"d) Juzgados de Garantías del Joven.

"e) Ministerio Público del Joven".

Se observa que la ley contempla la especialización del Ministerio Público (art. 24 ) y de los jueces de garantías y responsabilidad penal juvenil, pero obvia el requisito de la formación específica respecto de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal.

Conforme al art. 47 , ley 13634, "El personal policial en general, y en especial el que trate en forma habitual con niños o se dedique a la prevención, deberá recibir la instrucción y capacitación especial en la materia".

Asimismo, el art. 25 , ley 13634 prevé que "Cada departamento judicial deberá contar con un Cuerpo Técnico Auxiliar único, a fin de asistir profesional y exclusivamente, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los del Ministerio Público que intervengan en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil. Dicho cuerpo interdisciplinario estará integrado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales, y se conformará con los recursos humanos que actualmente integran los planteles técnicos de los Tribunales de Menores...".

El art. 78 del cap. VIII, ley 13634, sobre medidas judiciales, se refiere a los operadores especializados, que con el apoyo y la supervisión del juez o tribunal realizarán las siguientes funciones:

- A) Promover socialmente al niño y a su familia, proporcionarles orientación e insertarlos, si es necesario, en un programa oficial o comunitario de auxilio y asistencia social.
- B) Supervisar la asistencia y el aprovechamiento escolar del niño y promover su matrícula.
- C) Hacer diligencias en el sentido de la profesionalización del niño y de su inserción en el mercado de trabajo.
- D) Todas aquellas acciones que tiendan a posibilitar la construcción con el niño de un proyecto de vida digno.
- E) Presentar al juez o tribunal, cada dos meses, un informe del caso.

Me he referido previamente al decreto 151 (42) , firmado por el gobernador de la provincia de Buenos Aires y refrendado por los ministros de Seguridad, Justicia, Desarrollo Humano y Salud, que crea en el ámbito provincial el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, y a la resolución 172 sobre Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil (43) , del Ministerio de Desarrollo Humano del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, en cuyo Anexo I se definen los objetivos y las acciones de las dependencias del Sistema de la Responsabilidad Penal Juvenil (Subsecretaría de Promoción y Protección de Derechos del Niño, Unidad de Coordinación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, Dirección de Medidas Alternativas), y en cuyo Anexo II se tipifican las instituciones y establecimientos para el cumplimiento de las medidas judiciales dependientes de la Unidad de Coordinación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil:

- Centros de Referencia.
- Centros de Recepción.

– Centros de Contención.

– Centros Cerrados.

#### 9.– Datos estadísticos e investigación

Finalmente, el Comité expresa su preocupación ante la carencia de datos sobre el número y el tipo de delitos cometidos por las personas menores de edad, la utilización de la prisión preventiva y el promedio de su duración, el número de niños a los que se han aplicado medidas distintas de los procedimientos judiciales (remisión de casos), el número de niños condenados y el tipo de penas que se les han impuesto.

Se insta a los Estados a producir datos estadísticos confiables sobre estas cuestiones, porque constituyen un elemento básico para la elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de prevención y de respuesta efectiva, de conformidad con los principios y disposiciones de la Convención.

En el párr. 99º, con el que se cierra la observación general 10, el Comité aborda cuestiones básicas, ineludibles en un documento sobre la política integral de justicia juvenil emitido por un órgano de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño, que asume su rol con compromiso y responsabilidad:

i) Evaluación periódica del funcionamiento práctico de su justicia juvenil, preferentemente por medio de instituciones académicas independientes especializadas. En particular se habrá de evaluar la eficacia de las medidas adoptadas, incluidas las relativas a la discriminación, la reintegración social y la reincidencia.

La investigación de cuestiones, como las disparidades en la administración de la justicia juvenil que comporten discriminación, y las novedades en ese ámbito (por ejemplo, programas efectivos de remisión de casos o nuevas actividades de delincuencia juvenil) indicarán en qué aspectos claves se han logrado resultados positivos y en cuáles la situación es preocupante.

ii) Participación de las personas menores de edad en la labor de evaluación e investigación, especialmente de aquellas que han estado en contacto con partes del sistema de justicia juvenil.

Sobre este punto se advierte que ha de respetarse y protegerse plenamente la intimidad de los participantes y la confidencialidad de su cooperación. Para su cumplimiento el Comité remite a los Estados parte a las "actuales directrices internacionales sobre la participación de niños en la investigación".

## II. RELACIONES ENTRE LA ARGENTINA Y EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. SU IMPACTO SOBRE LA REFORMA BONAERENSE

Con los elementos desarrollados previamente, abordaré la situación (44) de la Argentina ante el Comité de los Derechos del Niño como órgano de supervisión de la aplicación local de la Convención sobre los Derechos del Niño.

a) Los informes de la Argentina (art. 44 , CDN.)

Informe inicial: siguiendo el art. 44 , CDN., la Argentina debía presentar su informe inicial (45) en enero de 1993, y lo presentó en marzo de mismo año. En respuesta, el Comité redactó las "Observaciones Finales: Argentina" (CRC/C/15/Add.35, 15/2/1995) (46) .

Informe periódico: luego de la presentación del segundo informe periódico argentino, que vencía en enero de 1998 y se presentó en agosto del mismo año, el Comité emitió las "Observaciones Finales: Argentina" (CRC/C/15/Add.187, 9/10/2002) (47) –las últimas emanadas del órgano de control sobre la situación

argentina ante el art. 4 , CDN.–.

Informes periódicos pendientes: en cuanto a los tercero (pendiente) y cuarto informes periódicos de la Argentina, éstos deberán ser presentados al Comité antes del 2/1/2008.

Dicho plazo ha sido establecido en el párr. 68° de las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño (9/10/2002), resultantes del examen del segundo informe periódico presentado por la Argentina:

"...el Comité subraya la importancia de una práctica de presentación de informes que se ajusta plenamente a lo dispuesto en el art. 44 , CDN. Un aspecto importante de las obligaciones que tienen los Estados parte para con los niños en virtud de la Convención es asegurar que el Comité de los Derechos del Niño tenga periódicamente la oportunidad de examinar los progresos realizados en la aplicación de la Convención. Al respecto, es fundamental que los Estados partes presenten los informes con regularidad y en el momento previsto. El Comité reconoce que algunos Estados partes tienen dificultades para hacerlo. Como medida excepcional y para ayudar al Estado parte a cumplir sus obligaciones en materia de presentación de informes ajustándose plenamente a la Convención, el Comité invita al Estado parte a que presente su próximo informe periódico antes de la fecha establecida en virtud de la Convención para el cuarto informe periódico, es decir, el 2/1/2008. En ese informe se combinarán los informes periódicos tercero y cuarto".

#### b) Rol de las ONGs

Es interesante mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño es el único instrumento internacional de derechos humanos que expresamente, en su art. 45 , otorga una función de control en su aplicación a las organizaciones no gubernamentales.

En virtud del rol activo y de los aportes de las ONGs durante la redacción de la Convención, en el mencionado artículo se ha autorizado al Comité para invitar a las organizaciones no gubernamentales a prestar asesoramiento sobre la aplicación de la Convención, participando en grupos de trabajo, ya sea mediante el envío de informes escritos o realizando la presentación de información oralmente.

#### c) "Observaciones Finales: Argentina" y reforma legislativa bonaerense

A continuación he de revisar las "Observaciones Finales: Argentina" (9/10/2002) del Comité de los Derechos del Niño, resultantes del examen del segundo informe presentado por el Estado, en virtud del art. 44 , CDN., destacando las preocupaciones y recomendaciones del Comité que se encuentren relacionadas con la reforma provincial, sin perjuicio de agregar alguna mención breve a aquellos temas que, por su relevancia para las niñas, niños y adolescentes, reclaman prioridad en las agendas nacional y provincial.

El documento, conformado por 68 párrafos numerados, se estructura en cuatro partes:

a. Introducción.

b. Medidas de seguimiento adoptadas y progresos realizados por el Estado parte.

c. Factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la Convención.

d. Principales motivos de preocupación y recomendaciones (párrs. 11° a 68°).

En el párr. final el Comité establece el plazo de presentación del próximo informe periódico nacional, en el que se han de combinar el tercero pendiente y el cuarto (2/1/2008).

El Comité abre la sección, destinada a expresar sus preocupaciones sobre la situación de la Argentina frente a las obligaciones contraídas al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, con un lamento motivado en la falta de observación por parte del Estado de las recomendaciones formuladas en las primeras Observaciones Finales sobre el país (CRC/C/15/Add.35, 15/2/1995), especialmente las referidas a la coordinación con las provincias y a las medidas presupuestarias, que en esta nueva oportunidad reitera, instando al Estado a su puesta en práctica.

#### 1.– Legislación nacional y provincial basada en la doctrina de la "situación irregular"

En materia de legislación al Comité le preocupa que (recuérdese que las observaciones datan de 2002) "la ley vigente relativa al niño, a saber, la ley 10903 (ALJA 1853–1958–1–219) (Ley de Patronato), se remonte a 1919 y se base en la doctrina de la 'situación irregular', en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial... de manera que no existe ninguna ley nacional vigente en que se considere que el niño es sujeto de derechos.

"Además, el Comité observa que, con frecuencia, la legislación provincial no se ajusta a las disposiciones y los principios de la Convención" (párr. 15°).

Por ello recomienda al Estado el párr. 16° que:

i) Tome todas las medidas necesarias para que el Congreso apruebe sin tardanza el Proyecto de Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Adolescente.

Respecto de esta recomendación, en la actualidad se halla vigente la ley 26061 (LA 2005–D–4576) de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (B.O. del 26/10/2005), que derogó la ley 10903 .

ii) Vele por que, una vez promulgada, la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Adolescente se aplique plenamente de conformidad con la Convención, prestando especial atención a la necesidad de asignar los recursos humanos y financieros necesarios para poder contar con estructuras adecuadas.

Adviértase el énfasis del Comité sobre lo que constituye una condición de posibilidad de la efectiva vigencia del nuevo sistema: personas y recursos presupuestarios para implementar la nueva normativa.

iii) Vele por que la legislación provincial en su conjunto se ajuste plenamente a las disposiciones y los principios de la Convención.

Este inciso concierne a las obligaciones provinciales frente a sus niñas, niños y adolescentes de adecuar su legislación a los tratados internacionales ratificados por el Estado, máxime en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, que integra el bloque federal de constitucionalidad (art. 75 , inc. 22, CN.).

En la provincia de Buenos Aires el ajuste recomendado por el Comité de los Derechos del Niño se ha observado mediante la puesta en vigor de la Ley de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños –ley bonaerense 13298 –, que con su complementaria ley 13634 conforman el Sistema Integral de Protección de la Niñez y Adolescencia, que deroga el decreto ley 10067/1983 (LA 1983–B–2163) (Ley del Patronato Provincial), y con ello desplaza "la doctrina de la 'situación irregular', en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial", siguiendo la recomendación del Comité de los Derechos del Niño.

#### 2.– Recursos destinados a los niños

Este tema es clave para el Comité y para los operadores del sistema comprometidos con la aplicación local de la Convención. Respecto de las asignaciones presupuestarias destinadas a los niños, en el párr. 19° el Comité expresa su preocupación ante la insuficiencia de los recursos para atender a las prioridades nacionales, provinciales y municipales en materia de promoción y protección de los derechos del niño y para eliminar las desigualdades existentes entre las zonas rurales y urbanas, y en las propias zonas urbanas, en particular en Buenos Aires, en lo que respecta a los servicios públicos que se prestan a los niños.

Por ello, conforme al art. 4 , CDN., el Comité alienta al Estado parte a que:

- i) Revise las políticas económica y social y la asignación de recursos presupuestarios para que se atribuya el máximo de recursos disponibles a la promoción y protección de los derechos del niño en los ámbitos nacional, provincial y municipal, especialmente en las esferas de la salud, la educación, el bienestar social y la seguridad, tal como recomendó en el párr. 16° mencionado con anterioridad.
- ii) Determine la cantidad y la proporción de recursos que se dedican a los niños en los planos nacional y local para evaluar los efectos de los gastos realizados en la esfera de la infancia.

### 3.- Principios generales

Los Principios Generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, identificados en la observación general 5 del Comité, han de ser tenidos en cuenta en todo proceso de decisión que afecte a un niño, aun en el ámbito del hogar (arts. 18 y 3 , CDN.).

En el párr. 27° el Comité expresa su preocupación sustentada en que "los principios de no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del niño, y respeto de las opiniones del niño no se tengan plenamente en cuenta en la legislación y en las decisiones administrativas y judiciales del Estado parte, ni en las políticas y los programas nacionales, provinciales y municipales para la infancia".

Por ello recomienda al Estado en el párr. 28° que:

- i) Integre adecuadamente los Principios Generales de la Convención, enunciados en los arts. 2 , 3 , 6 y 12 , en todas las leyes que atañan a los niños.
- ii) Aplique esos principios en todas las decisiones políticas, judiciales y administrativas, así como en los proyectos, programas y servicios que afecten a los niños.
- iii) Aplique esos principios al planificar y formular políticas en todos los niveles, así como en las medidas que adopten las instituciones de bienestar social, salud y educación, los tribunales y las autoridades administrativas.

### 4.- Principio de no discriminación

Seguidamente el Comité expresa su preocupación sobre la no aplicación plena del principio de no discriminación "a los niños que viven en la pobreza, los niños indígenas, los hijos de trabajadores migrantes, sobre todo los de los países vecinos, los niños de la calle, los niños con discapacidades y los adolescentes marginados que no estudian ni trabajan, especialmente con respecto a su posibilidad de gozar de servicios adecuados de atención de la salud y de educación".

Por ello recomienda al Estado que:

- i) Vigile la situación de los niños, en particular la de los que pertenecen a los citados grupos vulnerables.

ii) Elabore, sobre la base de los resultados de esa labor de vigilancia, estrategias integradas en las que se prevean medidas concretas con objetivos bien definidos para poner fin a todas las formas de discriminación.

#### 5.- Respeto de las opiniones del niño

Al respecto, el Comité hace hincapié en la necesidad de afianzar la participación de los niños "tanto en las escuelas como fuera de ellas, en todas las cuestiones que les atañan", recomendando al Estado que cumpla con el art. 12 , CDN., mediante medidas conducentes a su efectivización.

Asimismo, recomienda que se garantice a todos los niños, que tengan suficiente madurez, la posibilidad de expresar sus opiniones y ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte.

Recomienda también la organización de campañas de sensibilización, destinadas a los niños, los padres, los profesionales que trabajan con niños o para ellos y la población en general, en el sentido de que los niños tienen derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones.

#### 6.- Derecho a la identidad

En el párr. 34º el Comité aprecia la labor realizada por la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad para encontrar a los niños desaparecidos, alentando al Estado, de conformidad con el art. 8 , "a que continúe e intensifique sus esfuerzos para encontrar a los niños que desaparecieron durante el régimen militar".

Adviértase que en el art. 8 , ley 13298 "El Estado garantiza los medios para facilitar la búsqueda e identificación de niños a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad, asegurando el funcionamiento de los organismos estatales que realicen pruebas para determinar la filiación, y de los organismos encargados de resguardar dicha información". Dicho artículo ha sido reglamentado ampliamente por el decreto 300/2005 , Anexo I, arts. 8.1 a 8.4.

#### 7.- Derecho a no ser sometido a tortura

Sobre la violación a este derecho por parte de la provincia de Buenos Aires también se expidió el Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles o Degradantes en las Observaciones Finales sobre la Argentina (CAT/C/CR/33/1, 10/11/2004), citadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Verbitsky" (JA 2005-IV-612).

El Comité de los Derechos del Niño también expresa en el párr. 36º "profunda preocupación por la violencia institucional y los informes sobre torturas y malos tratos a que han sido sometidos algunos niños en comisarías de policía y que, en algunos casos, produjeron la muerte".

Hace especial mención a la situación en la provincia de Buenos Aires, resultante de "otros informes sobre la brutalidad policial, especialmente el fenómeno del gatillo fácil, sobre todo en la provincia de Buenos Aires, que ha producido la muerte de muchos niños".

Asimismo, el Comité "observa que, de acuerdo con la Suprema Corte de de Buenos Aires, varios de los niños que después murieron habían informado de que la policía provincial los había sometido a presión y torturas, y que la mayoría de los casos no se investigan adecuadamente y los autores no son llevados ante la justicia".

El decreto 300/2005 , en su Anexo 1, reglamentario de la ley 13298 , prevé una figura trascendente en esta materia: el defensor de los derechos del niño (art. 16.1), que se encargará del control del estado y condiciones de detención del niño en conflicto con la ley penal, de acuerdo con criterios y estándares de evaluación elaborados en el marco de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de

Libertad, que serán publicados en internet para su público conocimiento. Obsérvese que todo ciudadano que advierta la violación de estos estándares puede comunicarlo al defensor de los derechos del niño, que deberá proceder a su verificación en el plazo de 48 horas.

En el párr. 37° de las Observaciones Finales el Comité de los Derechos del Niño, teniendo en cuenta el párr. a del art. 37 , CDN., insta al Estado a que:

- i) Realice un estudio sobre esas cuestiones para evaluar su magnitud, alcance y naturaleza.
- ii) Ponga en práctica el plan nacional de acción para la prevención y eliminación de la violencia institucional recientemente aprobado.
- iii) Investigue de manera eficaz y en un plazo razonable los casos de muerte, tortura y maltrato de niños de los que se ha informado.
- iv) Adopte urgentemente medidas para separar del servicio activo o suspender, según corresponda, a los presuntos autores mientras se lleva a cabo la investigación, o retirarlos del servicio si se los declara culpables.
- v) Proporcione formación sistemática a las fuerzas del orden en derechos humanos y derechos del niño y en las formas de evitar el uso de la fuerza.
- vi) Establezca un mecanismo de presentación de denuncias al que se pueda recurrir fácilmente y que tenga en cuenta los intereses del niño e informe a los niños de sus derechos, entre ellos el derecho a presentar denuncias.
- vii) Vele por que se exija la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de los niños detenidos.
- viii) Adopte todas las medidas adecuadas, teniendo en cuenta el art. 39 , CDN. para que los niños que hayan sido torturados o maltratados puedan disponer de servicios de recuperación física y psicológica y de reintegración social, y sean indemnizados.

#### 8.- Entorno familiar y otros tipos de tutela

El Comité dedica los párrs. 40° y 41° a los "niños privados del medio familiar", expresando también sobre este problema "profunda preocupación" porque la ley 10903 , de 1919, y la ley 22278 se basan en la doctrina de la "situación irregular" y no distinguen, "en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia".

Teniendo en cuenta que a la fecha de las Observaciones Finales la que sería la ley 26061 tenía media sanción, el Comité recomendó al Estado parte "que establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección que puedan ponerse en práctica inmediatamente una vez que se ponga en vigor la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño, que sustituirá la ley 10903 y la ley 22278 ".

A pesar de que la ley 22278 sobre Régimen Penal de la Minoridad (48) continúa vigente, nótese que en la provincia de Buenos Aires la ley 13634 –complementaria de la ley 13298 – disuelve el fuero de menores y crea el fuero de la responsabilidad penal juvenil, siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores



Privados de Libertad (Reglas de la Habana) (art. 10 , ley 13298).

En el párr. 42° el Comité "expresa su grave preocupación" por la cantidad de niños, especialmente niños de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar.

Sobre este problema, y en el marco del art. 20 , CDN., el Comité recomienda al Estado que:

- i) Adopte medidas eficaces para desarrollar y afianzar la colocación en familias de guarda, hogares de guarda de tipo familiar y otros tipos de tutela de tipo familiar.
- ii) Interne a niños en instituciones únicamente como medida extrema.
- iii) Tome todas las medidas necesarias para mejorar las condiciones reinantes en las instituciones.
- iv) Proporcione apoyo y formación al personal que trabaja en las instituciones.
- v) Establezca mecanismos eficaces para recibir y tramitar las denuncias presentadas por niños que se encuentran en régimen de guarda, para cerciorarse de que se cumplan las normas relativas a la guarda y, teniendo en cuenta el art. 25 , CDN., implantar un régimen de examen periódico de la colocación.

Esta recomendación ha sido seguida por el legislador bonaerense en la elaboración del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. En primer lugar se ha fijado como objetivo principal de toda política provincial respecto de todos los niños "su contención en el núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social" (art. 3 , ley 13298), entendiendo por "núcleo familiar" a los padres, a la familia extensa y a toda persona de la comunidad que represente para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección (art. 3 , decreto 300/2005, Anexo 1).

En el art. 9 (49) se dispone que "La ausencia o carencia de recursos materiales del padre, madre, tutor o guardador, sea circunstancial, transitoria o permanente, no constituye causa para la exclusión del niño de su grupo familiar, o su institucionalización".

En la misma línea, el art. 34 estipula que "Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños".

Asimismo, se reitera en esta disposición el concepto ya consignado en el art. 9 de los Principios Generales: "Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencia o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares".

Las medidas de protección de derechos serán limitadas en el tiempo, manteniéndose solamente mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación del derecho, debiendo ser revisadas periódicamente de acuerdo con su naturaleza.

Se establece expresamente que "En ningún caso una medida de protección de derechos ha de significar la privación de la libertad ambulatoria del niño. El cese de la medida proteccional por decisión unilateral del niño no podrá ser sancionado bajo ningún criterio o concepto. En consecuencia, queda expresamente prohibido disponer medidas de coerción contra el niño por razón de abandono de programa" (art. 33 , ley

13298, modif. por el art. 99 , ley 13634).

El art. 36 , ley 13298 agrega que "El incumplimiento de las medidas de protección por parte del niño no podrá irrogarle consecuencia perjudicial alguna".

El abandono del programa o medida de protección se halla reglamentado en el art. 36.1 , decreto 300/2005. No podrá ordenarse pedido de captura, sino que se habrá de limitar la actuación a la solicitud de búsqueda de paradero ante la autoridad correspondiente con comunicación de la deserción a la autoridad que dispuso la medida.

En la resolución 171, Anexo II, del Ministerio de Desarrollo Humano (Gobierno de la Provincia de Buenos Aires) –autoridad de aplicación del Sistema (art. 1 , decreto 300/2005)– se contempla la figura del "abandono unilateral del programa (erróneamente denominado `fugas' (nota)<FD 45000554 [50]>)".

Las medidas, que se hallan previstas en el art. 35 , ley 13298, son las siguientes:

- i) Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar.
- ii) Solicitud de becas de estudio o para guardería y/o inclusión en programas de alfabetización o apoyo escolar.
- iii) Asistencia integral a la embarazada.
- iv) Inclusión del niño y la familia en programas de asistencia familiar.
- v) Cuidado del niño en el propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa.
- vi) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o de alguno de sus padres, responsables o representantes.
- vii) Asistencia económica.
- viii) Con carácter excepcional y provisional, la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro horas, al asesor de incapaces y al juez de familia. El juez de familia deberá resolver la legalidad de la medida.

Ha de tenerse en cuenta que la medida prevista en el art. 35 , inc. h, consistente en la permanencia temporal del niño en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o salud, ha sido caracterizada como "excepcional y provisional", requiriéndose el control de la legalidad del juez de familia (51) .

Además, el inc. h se halla exhaustivamente reglamentado en el Anexo 1 del decreto 300/2005 , reglamentario de la ley 13298 (52) : art. 35.1, medida de abrigo (inc. h); art. 35.2, motivos graves; art. 35.3, provisionalidad. En este punto, considérese que, en consonancia con los principios orientadores establecidos, mientras dure la permanencia del niño fuera del hogar, el Servicio Local de Protección trabajará con su familia biológica para promover la modificación de las causas que llevaron a la amenaza o violación de derechos que originó tan extrema medida y se favorecerá todo contacto o vinculación del niño con su familia; art. 35.4, excepcionalidad; art. 35.5, entidades de atención de salud; art. 35.6, fracaso de la estrategias de protección para reintegrar al niño a su medio familiar.

Asimismo, en el art.7 del tít. I, sobre "Principios generales del fuero de familia y del fuero penal del niño", se dispone que "La internación y cualquier otra medida que signifique el alojamiento del niño en una institución pública, semipública o privada, cualquiera sea el nombre que se le asigne a tal medida y aun cuando sea provisional tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada".

Recuérdese que en la observación general 10 se afirma que los derechos de un niño privado de libertad se aplican, de conformidad con la Convención, a los niños que tienen conflictos con la justicia y a los niños internados en instituciones para su cuidado, protección o tratamiento, incluidas instituciones de salud mental, educativas, de desintoxicación, de protección de la infancia o de inmigración (53).

Respecto de la recomendación del Comité referida a las denuncias presentadas por niños que se encuentran en régimen de guarda, el defensor de los derechos del niño es uno de los mecanismos previstos en la nueva normativa para recibir y tramitar con eficacia dichas denuncias, pues conforme al art. 16.1 (decreto 300/2005 , Anexo 1, reglamentario de la ley 13298 ), la misión de la nueva institución es precisamente la defensa, promoción y protección de los derechos del niño, amparados por la Constitución Nacional, provincial, y las leyes que rigen la materia, frente a hechos, actos u omisiones de la Administración Pública provincial, municipal o de cualquier integrante del Sistema de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños.

#### 9.– Explotación económica

La explotación económica constituye otro motivo de preocupación para el Comité, relacionado estrechamente con la reforma bonaerense cuyo norte es la contención de los niños en la familia mediante la implementación de políticas públicas destinadas al fortalecimiento familiar.

En el párr. 58º el Comité destaca que la Argentina ratificó en 1996 el convenio 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, y en 2001 el convenio 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, ambos de la OIT.

Sin embargo, observa "con profunda preocupación, el número cada vez mayor de niños menores de 14 años que son objeto de explotación económica, especialmente en las zonas rurales, a causa de la crisis económica. También le preocupa la falta de datos e información sobre esta cuestión".

Por esa razón, teniendo en cuenta el art. 32 , CDN., recomienda al Estado que:

- i) Realice un estudio completo sobre el trabajo infantil para evaluar la magnitud, el alcance y la naturaleza de ese problema.
- ii) Siga aprobando leyes y mejorando las existentes para proporcionar protección a los niños que trabajan, de conformidad con los convenios OIT. 138 y 182, entre otras cosas, para aumentar a 15 años la edad mínima para el empleo.
- iii) Siga elaborando y garantice la aprobación del plan nacional para evitar y erradicar el trabajo infantil.
- iv) Establezca un sistema fiable de reunión de información sobre el trabajo infantil.
- v) Combata y erradique lo más eficazmente posible todas las formas de trabajo infantil, incluso aumentando su cooperación con el IPEC/OIT y Unicef.

#### 10.– Administración de la justicia juvenil

En el párr. 62° el Comité realza con satisfacción el hecho de que se ha aprobado el Proyecto de Ley sobre la Responsabilidad Penal Juvenil, en el que se establecen límites para dicha responsabilidad y los procedimientos que deben aplicarse, de conformidad con lo dispuesto en el párr. 3° del art. 40 , CDN.

Pero se reitera la "profunda preocupación" por la vigencia de la ley 10903 , de 1919, y la ley 22278 , que se basan en la doctrina de la "situación irregular" y no distinguen "claramente entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia".

La Corte Suprema en el fallo "Maldonado" ("M., D. E. y otro", 7/12/2005) ha tomado esta preocupación del Comité para sustentar los diversos embates que había venido sufriendo el paradigma de la "situación irregular" en el derecho internacional, especialmente en las convenciones promovidas a instancias de las Naciones Unidas, haciendo notar que "recientemente, nuestros legisladores, en el sentido de las recomendaciones de Naciones Unidas, derogaron la ley 10903 , 'Agote', y la reemplazaron por la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En dicho ordenamiento se establece que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento ante el que se vean involucrados (art. 27 )".

Sin embargo, como ya he anticipado, la ley 22278 continúa vigente (54) .

El Comité expresa su preocupación por el hecho de que, en virtud de lo dispuesto en el art. 205 , CPPN. (55) , un niño puede permanecer incomunicado hasta 72 horas. También observa con preocupación las precarias condiciones en que se encuentran los niños privados de libertad, entre las que cabe citar la falta de servicios básicos adecuados, como los de educación y salud, la ausencia de personal debidamente formado y el recurso a los castigos corporales y al aislamiento.

Ante esta situación del sistema penal juvenil, el Comité recomienda al Estado que revise no solamente su legislación sino también sus prácticas, a fin de "lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37 , 39 y 40 , así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)".

Resulta de interés tener en cuenta que tanto en las Observaciones Finales sobre Chile (56) como en las Observaciones Finales sobre Uruguay (57) , ambas de reciente data (abril y julio de 2007, respectivamente), como así también en Observaciones Finales sobre otros países de fechas anteriores, se agrega un documento internacional a los recomendados en las Observaciones Finales sobre la Argentina (2002): son las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, elaboradas en Viena, también mencionadas en el "Informe sobre la violencia contra los niños" (2006).

El Comité subraya la necesidad de asignar, entre otras cosas, suficientes recursos humanos y financieros para acelerar el proceso de adecuación legislativa a la Convención.

Seguidamente, llama la atención sobre "una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección".

Asimismo, siguiendo el art. 37 , CDN., recomienda que "se recurra a la prisión, incluso la prisión preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breves posible y no superen la duración del período previsto por la ley, y garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos", adoptando "las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento" y aplicando "medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad, cuando ello sea posible".

Reitera la incorporación en las leyes y prácticas de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), sobre todo para que esos menores puedan utilizar procedimientos de denuncia eficaces que abarquen todos los aspectos del trato que reciban.

Finalmente, insta al Estado a que, teniendo en cuenta el art. 39 , CDN., se adopten las medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de los niños que han pasado por el sistema de justicia de menores.

Si bien ya he mencionado este tema previamente, al analizar la observación general 5 del Comité, considero que adquiere particular relevancia en el tratamiento de las reformas legislativas sobre los sistemas de justicia penal juvenil. Ejemplificando la relación directa con los niños, que ha de propiciarse a fin de dar cabal cumplimiento al párr. 1º del art. 12 , CDN. (en "los asuntos que afectan al niño"), el Comité considera que ha de conocerse la opinión de determinados grupos de niños sobre cuestiones concretas (que los afectan), por ejemplo, "la opinión de los niños que tienen experiencia con el sistema de justicia de menores sobre las propuestas de modificación de las leyes aplicables en esa esfera" (párr. 12º de la observación general 5).

El sistema de responsabilidad penal juvenil (ley 13634 y decreto 151), articulado sabiamente por el legislador de la provincia de Buenos Aires en la malla de contención del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño (ley 13298 ), configura la respuesta bonaerense a la preocupación del Comité de los Derechos de los Niños en este punto. Pues, siguiendo las recomendaciones, el novel proceso de justicia juvenil se ha edificado sobre la doctrina de la protección integral, cuyos pilares son la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices de Riad para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

En este contexto normativo, el niño como sujeto de derecho (58) es también sujeto de obligaciones (59) , por lo tanto, responsable. Al respecto señala Mary Beloff (60) que "el sistema creado a partir de la Convención Internacional es un sistema basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo. Los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica" (61) .

Responsables, de manera específica, significa precisamente que frente a la infracción a la ley penal no han de ser tratados exactamente igual que los adultos; sino que son efectivamente titulares "por lo menos" de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el art. 14 , PIDCyP., pero tienen además "otros derechos propios derivados de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado" (Corte IDH., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 54º (nota)<FD 45000554 [62]>, OC.-17/2002).

Binder ha considerado "importante recalcar una idea simple, obvia inclusive, que sin embargo ha sido abandonada en la práctica del proceso penal de menores: todas las garantías y derechos pensados para los adultos (principio de inocencia, juicio previo, defensa en juicio, etc.) deben tener vigencia absoluta y más estricta en el proceso penal de menores. Toda estructuración especial del proceso debe generar una protección mayor, por encima de esas garantías formales y nunca en desmedro o abandono de ellas. Lo mismo ocurre con las grandes garantías del derecho penal, tales como los principios de legalidad, culpabilidad, en fin, todo lo que solemos englobar dentro de un Derecho Penal `de acto' y no `de autor'. Entonces, la primera característica de un proceso penal de menores debe ser una vigilancia más estricta de la vigencia de las garantías judiciales (63) ... Lo correcto es que el proceso penal aumente las garantías en caso de que se encuentre involucrado un supuesto inimputable. Se trata, pues, de diseñar un juicio especial, que aumente las garantías y no las

disminuya con el pretexto –una vez más– de un supuesto paternalismo" (64).

El reconocimiento de esta especificidad derivada de la condición de persona en crecimiento –lo que implica "mayor indefensión potencial y mayor capacidad dañosa del proceso penal" (65) – constituye "un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica (LA 1994–B–1615)" (66).

11.– Edad mínima a efectos de la responsabilidad penal (art. 40.3.a.v)

Así, el sistema de justicia penal específico para las personas mayores de 16 años (67) y menores de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito se ha de edificar sobre:

i) Los arts. 37 (68), 39 y 40, CDN., presididos por los Principios Generales de dicho instrumento (arts. 2, 3, 6, 12).

ii) Las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, especialmente la observación general 10, sobre "Los derechos de los niños en la justicia juvenil", del 25/4/2007, sobre justicia penal juvenil (no ha sido mencionada en las Observaciones Finales sobre la Argentina, porque éstas fueron emitidas en 2002).

iii) Los tres documentos que, juntamente con la Convención, conforman los pilares de la doctrina de la "protección integral":

A) las Directrices de Riad para la Prevención de la Delincuencia Juvenil;

B) las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; y

C) las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, o Reglas de Beijing.

iv) La opinión consultiva OC.–17/2002, sobre la "Condición jurídica y derechos humanos de los niños", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los instrumentos jurídicos internacionales detallados previamente resultan de ineludible consideración en el análisis, interpretación y aplicación del sistema de responsabilidad penal juvenil estructurado por la ley 13634, en los que además abrevan sus principios generales locales: los Principios Generales establecidos en el tít. I de la ley 13298 (arts. 1 a 13) y en los Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal Juvenil del tít. I de la ley 13634 (arts. 1 a 7).

Obsérvese que me he referido a las personas menores de 18 años y mayores de 16 años, porque, según el art. 40.3.a, CDN., los Estados han de establecer "una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales".

La Argentina cumple con esta disposición internacional disponiendo en el art. 1, ley 22278, sobre el Régimen Penal de la Minoridad (según la ley 22803), que "No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad".

A ella remite la ley bonaerense 13634, complementaria de la ley 13298, cuando en su art. 32 (el primero del cap. II, sobre "Disposiciones generales del proceso penal") dispone que "El presente régimen es aplicable a todo niño punible, según la legislación nacional, imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia"; de lo que se infiere que no es aplicable a los niños que no hayan cumplido 16 años.

En un apartado previo me he referido con amplitud a la cuestión de la edad de los niños en conflicto con la ley y a la crítica del art. 64 , ley 13634 sobre los niños inimputables (69) , en el que se prevé una excepción incompatible con el texto y con la interpretación del art. 40.3.a , CDN. (párrs. 31° y 34° de la observación general 10, sobre "Los derechos de los niños en la justicia juvenil", del Comité de los Derechos del Niño, del 25/4/2007).

12.– Plazo de presentación del próximo informe periódico: 2/1/2008

Las Observaciones Finales sobre la Argentina (2002) concluyen en el párr. 68°, estableciendo el inminente plazo de presentación del próximo informe periódico nacional, en el que se han de combinar el tercero pendiente y el cuarto: 2/1/2008 (70) .

### III. ANEXO

#### a) Normativa bonaerense

- Ley 13298 .
- Decreto 300/1985 .
- Ley 13634 .
- Decreto 44.
- Ley 13645 .
- Decreto 151 del Poder Ejecutivo provincial.
- Resoluciones MDH (Ministerio de Desarrollo Humano) 166, 171 y 172.

#### b) Otra normativa

- Ley 26061 .
- Decreto 415.

#### c) Principios interpretativos del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de los Niños (art. 10 , ley 13298)

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana).
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

#### d) Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (ONU)

- Convención sobre los Derechos del Niño.

- Observación general 5 del Comité de los Derechos del Niño (ONU).
- Observación general 10 del Comité de los Derechos del Niño (ONU).
- "Observaciones Finales: Argentina" (2002), Comité de los Derechos del Niño (ONU).
- Observación general 13, sobre el art. 14 , PIDCyP., del Comité de Derechos Humanos (ONU).

e) Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos (OEA)

- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 19. OC.–17/2002, opinión consultiva 17, sobre la "condición jurídica y derechos humanos del Niño", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002).

f) Jurisprudencia relevante

- Corte Sup., fallo "Maldonado" ("M., D. E. y otro"), 7/12/2005.
- Corte Sup., fallo "Verbistky" ("Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa `Verbistky, Horacio s/hábeas corpus' "), 3/5/2005.
- Sup. Corte Bs. As., "A., R. M. s/privación ilegal de la libertad – violación homicidio", 21/3/2007, fallo sobre la inconstitucionalidad del art. 36 , decreto ley 10067/1983.

NOTAS:

(1) Corte Sup., consid. 33 del fallo "M., D. E. y otro", 7/12/2005 (fallo "Maldonado" [JA 2006–II–581]).

(2) Pizzolo, Calogero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal", LL 2006–D–1023.

(3) Comentario el fallo de la Corte Sup. "Felicetti" (Fallos 323:4130 ), 21/12/2000 (JA 2001–I–484), LL 2001–B–64, anotado por Walter F. Carnota, en el que la Corte Suprema había asumido el rol de "intérprete final" de instrumentos internacionales (Albanese, Susana, "La operatividad de las normas convencionales a dieciséis años de vigencia de la Convención Americana", JA 2001–I–484. Citada en Pizzolo, Calogero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino..." cit.).

(4) Se recomienda la lectura de Bidart Campos, Germán y Albanese, Susana, "El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", JA 1999–II–347; Pizzolo, Calogero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino..." cit.; Sagüés, Néstor, "Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos", JA 1999–II–364; Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", LL 2003–D–1373.

(5) Gialdino, Rolando E., "El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", RDLSS 2006–23–2085, LNOL 0003/401335. Citas recomendadas: nota 5: ver Sudre, Frédéric, "Droit International et européen des Droits de l'Homme", Ed. Puf, París, 1997, p. 389; nota 6: Dupuy, Pierre M., "Droit International Public", Ed. Dalloz, París, 1998, p. 224, con referencia al Comité de Derechos Humanos; nota 7: Nowak, Manfred, "UN. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR. Commentary", Kehl/Strasbourg/Arlington, N. P. Engel, 1993, p. 576. Gialdino resalta que Nowak, con



referencia al Comité de Derechos Humanos, afirma que sus observaciones generales son adoptadas por consenso entre todos sus miembros y, por ende, con la participación de variadas escuelas del pensamiento y del Derecho, lo cual "subraya el carácter autorizado de estas interpretaciones" (resaltado en el original de Nowak). "Esta afirmación es extensible a todos los restantes Comités", concluye Gialdino en el trabajo citado. Gialdino, Rolando E., "Control internacional de los derechos humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas", ED 204–683, 2003.

(6) Abreviatura utilizada por el Dr. Gialdino: "observaciones generales".

(7) Gialdino, Rolando E., "El derecho al trabajo en la observación general 18..." cit.

(8) Metáfora apropiada y sugerente utilizada por Gialdino.

(9) Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, del 14/12/1990.

(10) Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, del 14/12/1990.

(11) Lamentablemente, la expresión "juvenile justice" utilizada en el título ("Children's rights in juvenile justice") y en el cuerpo del texto original en inglés de la observación general 10 ha sido traducida como "justicia de menores".

(12) Recordar la OC.–17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños" (28/8/2002): "...67. Las Directrices de Riad han señalado que 'la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental...' (apart. 12). Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna (infra 86)" (<http://>).

(13) Bonasso, Alejandro, "Adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos y responsabilidades. El caso de Uruguay", en García Méndez, Emilio (comp.), "Adolescentes y responsabilidad penal", Ed. Ad–Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 95.

(14) "Bases para la formulación de políticas de la niñez, adolescencia y la mujer. Lineamientos para las metas en salud, nutrición y desarrollo de la próxima década. Documentos de discusión. Talleres técnicos", V Reunión Ministerial Americana sobre Infancia y Política Social, Kingston, Jamaica, 9 a 13/10/2000 (documentos Prigepp, 2006).

(15) Íd.

(16) Foro con Gladys Acosta, desarrollado entre los días 17 y 18/8/2006, Seminario sobre Infancias y Género, Prigepp–FLACSo, Buenos Aires, 2006.

(17) Konterllnik, Irene, "La participación de los adolescentes: ¿exorcismo o construcción de ciudadanía?", trabajo presentado en el seminario "La participación de los niños y los adolescentes", organizado por Unicef y ASDI, Santa Fe de Bogotá, diciembre de 1998.

(18) CRC/C/URY/CO/2, 5/7/2007.

(19) Cillero, Miguel, "La responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del niño", Revista Justicia y Derechos del Niño, n. 7, Unicef, septiembre de 2005, p. 100.

(20) Observación general 10, nota 1.

(21) Observación general 5, párr. 12°.

(22) Baratta, Alessandro, "Infancia y democracia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (coords.), "Infancia, ley y democracia", Ed. Temis–Depalma, Santa Fe de Bogotá–Buenos Aires, 1998, ps. 31/57.

(23) Binder, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ed. Ad–Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 164.

(24) "Committee on the Rights of the Child. Forty–third session. 11–29/9/2006. Day of General Discussion on the Right of the Child to Be Heard" (original: en inglés): reafirmación de la vinculación entre los arts. 12 y 13 , CDN.: "...12. The Committee reaffirms the links between art. 12 and art. 13, as the right to receive and impart information is an important pre–requisite to realise participation of children. The Committee urges States parties to consider developing child friendly information in relation to all matters affecting children".

(25) Traducción personal.

(26) CRC/GC/2001/1, 17/4/2001.

(27) Observación general 13 (1999) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre "el derecho a la educación".

(28) Binder, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal" cit., ps. 103/104.

(29) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/491/08/PDF/N0649108.pdf?OpenElement>.

(30) Corte Sup., "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa `Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus' ", 3/5/2005, consid. 50.

(31) CAT/C/CR/33/1, 10/12/2004.

(32) Ley 13298, art. 3 : "Los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos deben disponer, entre otros, de los siguientes programas de protección:

"a. Programas de asistencia técnico jurídica.

"b. Programas de localización.

"c. Programas de orientación y apoyo.

"d. Programas socioeducativos para la ejecución de las sanciones no privativas de la libertad.

"e. Programas de becas.

"f. Programas de asistencia directa, cuidado y rehabilitación".

(33) Se recomienda la lectura de las resoluciones del Ministerio de Desarrollo Humano 166, 171 y 172, con sus respectivos Anexos: <http://>.

(34) El art. 64 , ley 13634, sobre los "niños inimputables", se ha legislado en sentido contrario a la recomendación del Comité de los Derechos del Niño en la observación general 10 (párr. 34°): "En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el fiscal podrá requerir al juez de garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo".

(35) En coincidencia, Blanck, Ernesto, "El agujero negro de las nuevas leyes de infancia de la provincia de Buenos Aires", <http://> (Fundación Sur Argentina). En el mismo sentido, el Dr. Emilio García Méndez en la Jornada de Debate: Fuero de Familia y Fuero Penal del Niño, Desafíos de la Nueva Legislación Bonaerense, organizada por la Unión de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y la Fundación Conurbano (Espacio Abierto para Construir Ciudadanía), que se desarrolló en la Sala de Juicios Orales del Edificio de Tribunales de Lomas de Zamora, el 17/7/2007.

(36) Maier, Julio B.J., "Los niños como titulares del derecho al debido proceso", revista Justicia y Derechos del Niño, n. 2, Unicef–Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de Área para la Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, noviembre de 2000. Conferencia inaugural del Dr. Julio B. J. Maier en el II Curso de Especialización "Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño", para jueces, abogados y fiscales del Cono Sur, organizado por Unicef, Oficina de Área para la Argentina, Chile y Uruguay y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos (UBA), del 22 al 26/11/1999.

(37) Consid. 37 del fallo de la Corte Sup. "Maldonado" ("M., D. E. y otro", 7/12/2005).

(38) Daroqui, Alcira, Fridman, Daniel, Maggio, Nicolás, Mouzo, Karina, Rangugni, Victoria, Anguillesi, Claudia y Cesaroni, Claudia, "Voces del encierro. Mujeres y jóvenes encarceladas en la Argentina. Una investigación sociojurídica", Ed. Jurídicas Omar Favale, Buenos Aires, 2006, ps. 18/19.

(39) Innocenti Digest (versión española sobre justicia juvenil) es una publicación del Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de Unicef, Florencia, enero de 1998, p. 14.

(40) Art. 40.2.b.i. Modalidad de expresión alternativa: art. 40 , párr. 2º, literal b, cap. i.

(41) Binder, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal" cit., p. 282.

(42) <http://>.

(43) <http://>.

(44) Cuadro sobre el estado de situación de los informes entregados al Comité de los Derechos del Niño por los gobiernos de los países de América Latina, el Caribe y Canadá. Informe elaborado por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN): <http://>; fuente: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. (<http://>).

(45) CRC/C/8/Add.2.

(46) CRC/C/15/Add.35 (15/2/1995).

(47) CRC/C/15/Add.187 (9/10/2002).

(48) Ley 22278 (según ley 22803 ), sancionada y promulgada el 25/8/1980 y publicada en el B.O. del 28/8/1980.

(49) Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, anotada y concordada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 552 (un "estándar regional": la pobreza no es causal de separación del niño de su familia de origen –art. 33 , ley 26061–).

(50) Se deroga la normativa administrativa en este sentido (es especial el decreto 9102/1974 , cap. VII, "Actuaciones y procedimientos especiales", apart. B, inc. 4, "Menores fugados del hogar o de lugares donde hubieren sido internados o extraviados"), y los organismos de serguridad deberán modificar la normativa interna y las prácticas institucionales en este sentido (art. 36.1 , decreto 300/2005).

(51) Lopes, Cecilia y Massano, María Alejandra, "Medidas de protección de personas versus medidas de protección de derechos en la provincia de Buenos Aires", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

(52) Resolución 171 del Ministerio de Desarrollo Humano del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Anexo II, sobre "Medidas de Protección Especial de Derechos: Abrigo – Guarda Institucional": "En este punto, entonces, resulta preciso el reordenamiento del modelo de internación de niños en entidades de gestión estatal y/o privada. Pues aun cuando el nuevo sistema impulse el fortalecimiento de las familias, la permanencia del niño en su hogar y toda una serie de estrategias tendientes a ello, esto no trocará mágicamente la realidad, y deberemos asumir que ciertos niños habrán de permanecer transitoriamente en un ámbito distinto al de sus familias de origen. Pero esto habrá de ocurrir sólo bajo ciertas circunstancias, por determinado período y siempre con una estrategia establecida y supervisada".

(53) Observación general 10 del Comité de los Derechos del Niño (25/4/2007), nota 1.

(54) Crivelli, Ezequiel, "¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del Régimen Penal de Menores en la provincia de Mendoza", JA 2007–II, fasc. 7, 16/5/2007, p. 51.

Fallo del Juzgado Penal de Menores de Tunuyán, "M., G. G. A. R.", 18/12/2006. Se declara la inconstitucionalidad del art. 1 , ley 22278 –ley 22803 –, en cuanto faculta a la autoridad judicial a disponer provisional o definitivamente de las personas menores de edad "no punibles" respecto de las cuales existiere imputación de delito, pues esta disposición importa una disposición tutelar por tiempo indeterminado que no obedece garantías procesales ni principios fundamentales del derecho derivados del debido proceso legal. Asimismo, decreta la inconstitucionalidad del art. 114 , inc. e, ley 6354 de la provincia de Mendoza, en cuanto habilita al juez en lo penal de menores a tomar medidas de protección respecto de menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas (arts. 31 , 75 , inc. 22 y 116 , CN.).

Obsérvese que el magistrado José A. Miguel recuerda que el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones Finales sobre la Argentina (2002) celebra la aprobación de un proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil que establece límites, siguiendo lo dispuesto por el art. 40 , párr. 3º, CDN., y denuncia la continuidad de la ley 22278 basada en la doctrina de la situación irregular (consids. VI y VIII).

Asimismo, afirma que la ley 26061 cumple con el mandato constitucional y en buena medida con la recomendación del Comité, cuando "como regla general aparta los procedimientos judiciales para los casos de niños presuntamente protagonistas de una conducta penalmente ilícita que no tienen capacidad para infringir las leyes penales –entre otras situaciones– y ubica en su lugar procedimientos y medidas administrativas revisables judicialmente pero ajenas a la atmósfera punitiva propia de la justicia penal de Menores, satisfaciendo de esta manera el interés superior del niño (art. 3 CDN.)".

Sin embargo, el juez no deja de advertir que "la ley 26061 sólo en parte ha asumido dichas observaciones, en la medida en que en nuestro ordenamiento aún persisten vestigios del sistema de la situación irregular y la

disposición definitiva a través de los postulados de la ley 22278 y el art. 412 , CPPN., lo que a todas luces resulta contradictorio con los presupuestos constitucionales y es susceptible de comprometer la responsabilidad de nuestro país en el ámbito internacional".

(55) "Art. 205. El juez podrá decretar la incomunicación del detenido por un término no mayor de 48 horas, prorrogable por otras veinticuatro mediante auto fundado, cuando existan motivos para temer que se pondrá de acuerdo con terceros u obstaculizará de otro modo la investigación.

"Cuando la autoridad policial haya ejercitado la facultad que le confiere el inc. 8 del art. 184, el juez sólo podrá prolongar la incomunicación hasta completar un máximo de 72 horas. En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal.

"Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos que solicite, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena.

"Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción".

(56) CRC/C/CHL/CO/3, 23/4/2007.

(57) CRC/C/URY/CO/2, 5/7/2007.

(58) Cap. 1.6. Recordar el tratamiento del tema en el voto del Dr. Hitters en el fallo de la Sup. Corte Bs. As. sobre inconstitucionalidad del decreto ley 10067/1983 (art. 36 ), con cita de Mary Beloff (causa "A., R. M. s/privación ilegal de la libertad – violación homicidio" , 21/3/2007).

(59) Obsérvese que, en este sentido, en el art. 4 , ley 13298 se prevé como uno de los parámetros para determinar el interés superior del niño en una situación concreta: "...c. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes".

(60) Beloff, Mary, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos", en García Méndez, Emilio (comp.), "Adolescentes y responsabilidad penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 39.

(61) Observación general 13, sobre el art. 14 , PIDCyP., del Comité de Derechos Humanos (párr. 16°).

(62) Corte Sup., 7/12/2005, "Maldonado" ("M., D.E. y otro"), consid. 32.

(63) Binder, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal" cit., p. 282.

(64) Íd., p. 283.

(65) Ibíd., p. 281.

(66) Consid. 33 del fallo "Maldonado" .

(67) Remito al capítulo anterior, en el que me he referido con amplitud del tema de las edades de los niños en conflicto con la ley penal. El art. 40.3.a dispone que los Estados han de establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. La Argentina ha cumplido con esta disposición internacional prescribiendo en el art. 1 , ley 22278 (según la ley 22803 ) que

"No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido 18, respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación".

(68) Art. 11.b, Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad.

(69) Apart. 5, "Los niños inimputables en la ley 13634: inconstitucionalidad de su art. 64 ".

(70) Se recomienda la lectura de las Observaciones Finales sobre Chile y sobre Uruguay, ambos documentos de reciente data.

2007