



El sistema penal juvenil y los “no punibles”: ¿Proteger, responsabilizar o castigar? El quid de la cuestión (The juvenile penal system and the “non-punishable”: Protect, make responsible or punish? The crux of the matter)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES FORTHCOMING

DOI LINK: <https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL.2011>

RECEIVED 13 JUNE 2024, ACCEPTED 4 SEPTEMBER 2024, FIRST-ONLINE PUBLISHED 8 OCTOBER 2024

SILVIA GUEMUREMAN* 

Resumen

En la Argentina aún rige el régimen penal de la minoridad (decreto-ley 22.278/80) y es uno de los pocos países a nivel mundial que mantiene la edad mínima de responsabilidad penal (EMRP) en 16 años. Precisamente esta circunstancia, ha constituido alrededor de la edad un núcleo de discusión problemático con variadas posiciones y tesituras en torno a qué hacer con las personas que infringen la ley y cometen acciones disvaliosas y no son susceptibles de reproche penal. En este artículo he de focalizarme en reconstruir el arco de posiciones para lo cual me valdré de tres fuentes: opiniones de los funcionarios y magistrados de la justicia penal juvenil, colectadas a través de entrevistas; posiciones dogmáticas, expresadas en textos legales y proyectos de ley con trámite legislativo vigente, que independientemente de la EMRP fijada, realizan previsiones en relación a los “no punibles” o inimputables.

Palabras clave

Niños y adolescentes; responsabilidad penal; edad mínima de responsabilidad penal; justicia penal

Abstract

Argentina still governs the juvenile criminal regime (decree-law 22.278/80) and is one of the few countries in the world that maintains the minimum age of criminal responsibility (MACR) at 16 years old. Precisely this circumstance has constituted around the age a problematic core of discussion with varied positions and positions on what to do with people who break the law and commit disvaluable actions and are not subject to criminal reproach. In this article I will focus on reconstructing the arc of positions for which I will use three sources: opinions of juvenile criminal justice officials and magistrates, collected through interviews; dogmatic positions, expressed in legal

* Investigadora Principal del CONICET en el Instituto de Investigaciones Gino Germani. Universidad de Buenos Aires. Dirección de email: silviaguemureman@gmail.com

texts and bills with current legislative process, which regardless of the MACR set, make provisions in relation to the “non-punishable” or unimputable.

Palabras clave

Children and adolescents; criminal responsibility; minimum age of criminal responsibility; criminal justice

Table of contents

1. Presentación	4
2. Precisiones metodológicas sobre las fuentes y los usos de los recursos.....	6
3. Algunas claves de comprensión de la especificidad del procedimiento penal en la Argentina.....	7
3.1. Breve disquisición acerca del debate en torno a la imputabilidad, inimputabilidad y punibilidad	10
4. Arqueo de posiciones en base a testimonios extractados de entrevistas y textos judiciales	12
4.1. Posición radical	14
4.2. Posición responsabilizante, en la variante de la responsabilización subjetiva ..	14
4.3. Posición responsabilizante en la variante garantista	15
4.4. Derecho a la verdad.....	16
4.5. Posición oscilante entre la tutela y el castigo	17
5. Previsiones de los proyectos de ley en relación a los “no punibles”	17
6. Consideraciones finales	20
Referencias	21
Anexo: Detalle de entrevistas realizadas	24

1. Presentación

Acaso porque la Argentina no ha adecuado su ordenamiento legal en materia penal juvenil a las prerrogativas de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), acaso porque es uno de los pocos países a nivel mundial que mantiene la edad mínima de responsabilidad penal en 16 años, acaso porque esa edad está reñida con la región latinoamericana en que todos los países –con la sola excepción de Cuba– han fijado pisos más bajos en sus ordenamientos normativos a través de reformas legislativas, acaso por todos estos motivos, es que la Argentina es un caso excepcional y por tanto, un caso de estudio en el que cíclicamente, en forma más o menos espasmódica, la discusión sobre la edad mínima de responsabilidad penal vuelve a la agenda política, mediática y legislativa.

En efecto, en la Argentina aún rige el régimen penal de la minoridad (decreto-ley 22.278/80), resabio de la última dictadura cívico militar. Este ordenamiento vetusto y reñido con todos los cánones internacionales de un enfoque de derechos basado en los principios transversales de derechos humanos, resiste con estoicismo los embates y ofensivas legislativas en pos de modificación. Y su fortaleza, mal que nos pese, radica, no tanto en la convicción propia, como en la debilidad ajena, y la ineficiencia de los actores del campo político-legislativo para articularse en forma virtuosa y dar respuesta a dilemas fundamentales en una sociedad profundamente desigual en términos de distribución de ingreso, y con tasas de pobreza que viran desde la tristeza a la indecencia, tales como qué hacer y cómo responder ante la infracción penal juvenil, cómo abordar los casos de los niños y adolescentes que incurrir en delitos y acciones disvaliosas, que estrategias utilizar en términos de dispositivos que articulen estrategias saber-poder a la par que producen subjetividad.

De cara a la región, todos los países han armonizado la legislación con la CDN y todos han debido fijar una posición sobre la edad mínima de responsabilidad penal a partir de la cual, las conductas disvaliosas cometidas por los niños son susceptibles de reproche penal.¹ Sea cual sea la frontera política criminal fijada en términos de edad, ésta siempre supone una línea divisoria entre aquellos que quedan por encima o por debajo, y sobre todo aquellos que quedan en la línea de fuego. Cuanto más cercanos al límite, más cercanos a esa línea de fuego que es donde se producen las zonas de tensión más álgidas, y sobre las cuáles se posan las múltiples lupas interesadas en torcerla en uno u otro sentido.

En Argentina, esta línea divisoria se produce alrededor de los 16 años. Todos los países de América Latina que han dotado a sus países de principios rectores que enaltecen los estándares de la justicia penal que permite que las personas menores de edad que

¹ Para que no queden dudas, utilizo el concepto de “dispositivo” de Foucault: “... un conjunto resueltamente heterogéneo que compone los discursos, las instituciones, las habilitaciones arquitectónicas, las decisiones reglamentarias, las leyes, las medidas administrativas, los enunciados científicos, las proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas. En fin, entre lo dicho y lo no dicho (...)” (Foucault 1994/1999). Más aún, Agamben (2011), lo interpreta en un sentido por demás sugerente: “... llamo dispositivo a todo aquello que tiene, de una manera u otra, la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivos (...)”.

transitan el ámbito de la justicia gocen del usufructo de elevados estándares de derechos y garantías, han procedido a bajar la edad de punibilidad.²

Precisamente la circunstancia de haber mantenido la EMRP en los 16 años, ha constituido alrededor de la edad un núcleo de discusión problemático (Kierszenbaum 2017), aunque no siempre haya sido así (Guemureman 2018). Que haya habido múltiples intentos fracasados en pos de adecuar la legislación interna a las prerrogativas de la CIDN, no ha hecho más que prolongar la cuestión a lo largo de los años. La situación actual es que, de los catorce proyectos presentados por legisladores, tres proyectos mantienen la edad en los 16 años (uno con particularidades ya que, en el caso de los delitos graves, no establece piso inferior para el ingreso al sistema penal), todos los demás, bajan la edad mínima de responsabilidad penal: un proyecto a 12 años; otro, a 13 años; ocho a 14 años y el restante a 15 años. A estos catorce proyectos se añade la iniciativa elevada desde el Poder Ejecutivo (0010-PE-2024) que propone bajar la EMRP a los 13 años. (Guemureman 2023 y 2024, actualización con información parlamentaria³).

Lo cierto es que la especial circunstancia de regir los destinos de los niños y adolescentes que infringen la ley con un vetusto régimen penal, y un inadecuado marco normativo, en tensión, contradicción y flagrante violación de tratados internacionales a los que el mismo país ha suscripto, opuesto mismo a la propia constitución nacional, invita a que cíclicamente la cuestión se agite y viejos y nuevos temas salgan a la palestra de la discusión. La edad mínima de responsabilidad penal es una constante que atraviesa los debates políticos, sociales y legislativos, dependiendo posicionamientos atravesados por lógicas diversas, erráticas, contradictorias, en tensión. Situar el asunto en clave de diseccionarlo en tanto problema, supone establecer un piso de dialogo. Desde este artículo, esta autora entiende que la fijación de la edad constituye una decisión de política criminal que establece una línea divisoria entre aquellos que quedan por arriba o por debajo, y entre aquellos que la “justicia” puede perseguir con la finalidad de reprochar penalmente por sus acciones, y aquellos en que la “justicia” debe abstenerse de reprochar penalmente por estar debajo de la edad que la ley habilita.

En este artículo he de focalizarme precisamente en reconstruir el arco de posiciones en torno a qué hacer con las personas que incurren en acciones disvaliosas o delictivas y no han alcanzado la EMRP, prescindiendo –al menos en primera instancia– de cuál sea ésta. Aclaro, para que no queden dudas de ningún tipo, que soy una firme defensora de la mantención de la EMRP en los 16 años, y esto, tal como lo he expresado en múltiples artículos, por razones fundamentalmente de política criminal, alimentadas por la convicción de la absoluta y probada ineficacia del sistema penal en cumplir con sus funciones prescriptas y declaradas como fines nobles (Guemureman 2015, 2017, 2018 y 2020). Sobran las razones para no querer más sistema penal, y menos un sistema penal

² Tal como expresamos en Guemureman y Bianchi (2020, p. 187), “[e]n América Latina la edad mínima de responsabilidad penal comienza a los 12 años. Ocho países tienen ese límite etario (Brasil, Ecuador, México, Honduras, Venezuela, Panamá, Costa Rica y El Salvador). Cuatro países fijaron la edad en los 13 años (Nicaragua, Uruguay, República Dominicana y Guatemala). Tres países tienen una edad mínima de reproche penal establecida en los 14 años (Paraguay, Colombia y Bolivia) y dos países consideran penalmente responsables a los adolescentes desde los 16 años (Argentina y Cuba), precisamente los dos únicos países de la región que no adecuaron su legislación interna a las prerrogativas de la CIDN”.

³ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/>

que capture a personas cada vez más pequeñas en edad, con los mismos indicadores de fracaso contumaz.

Para abordar este tema, me valdré de tres fuentes:

- Las opiniones de los funcionarios y magistrados de la justicia penal juvenil, colectadas a través de entrevistas, es decir, fuente primaria.
- Las posiciones dogmáticas, expresadas en textos legales (jurisprudencia, sentencias, o artículos académicos y jurídicos.
- Los proyectos de ley con trámite legislativo vigente, que independientemente de la EMRP fijada, realizan previsiones en relación a los que quedan “por debajo”, llamados no punibles o inimputables

2. Precisiones metodológicas sobre las fuentes y los usos de los recursos

Me valdré de las entrevistas realizadas por mí en ocasión de indagar sobre la justicia en contexto COVID, ocasión en la que entrevisté a trece jueces, cuatro Defensores y dos Fiscales. De los jueces, cinco procedían del Fuero Criminal y Correccional de la Justicia Nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires. También se entrevistó a un magistrado del fuero de responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires, una jueza de menores de Chaco, una de la provincia de Formosa y otra de la provincia de Jujuy. Completaron el elenco, un juez penal juvenil de la Provincia de Entre Ríos, un Juez de Familia, niñez y Adolescencia de la Provincia de Corrientes, una Jueza penal juvenil de Salta-Capital, y una jueza penal de niñez y adolescencia de la Provincia de San Juan. Los fiscales penales juveniles se desempeñaban en las provincias de Córdoba y Neuquén. De los Defensores, puede entrevistar a Defensores Penales en la Ciudad de Buenos Aires, destacando especialmente que se entrevistó al responsable de la Unidad Funcional no punibles y la responsable de la Defensoría de la Unidad de letrados Art. 22º ley 26.657 (control de legalidad en virtud de la ley de salud mental) y Defensores en la Provincia de Buenos Aires en dos Departamentos judiciales diferentes (Lomas de Zamora, y La Plata).⁴

En dicha indagación, el abordaje de los “no punibles” no era un tema preconfigurado en la guía de pautas de las entrevistas, sin embargo, fue un tema emergente en forma recurrente, y que permitió hacer un primer arqueo de posiciones.

A partir de la sistematización de las respuestas, es que requerí a los actores fallos, jurisprudencia, o bien producción escrita que me permitiera profundizar en las posiciones sustentadas. Así, obtuve fallos y textos de autor.⁵

En relación a los proyectos de ley, esta es una línea de indagación permanente que me ha permitido incorporar los proyectos presentados en los años 2022, 2023 y 2024 que, además de fijar una EMRP, tienen la particularidad de incorporar en forma específica un capítulo con previsiones en relación a los “no punibles”. Usualmente, en los Fundamentos de los proyectos de ley, el/los legisladores firmantes hacen alguna referencia cuya argumentación remite a otros textos judiciales y/o legales, genéricamente

⁴ En Argentina los fueros con competencia penal juvenil en las distintas jurisdicciones asumen diferentes nominaciones. Se reproduce con exactitud las denominaciones, de allí la dispersión de nominaciones que sólo refleja lo que sucede.

⁵ Iré precisando cada fuente al momento de reseñar posiciones.

hablando, abrevando en la instrumental definición que brinda Pardo (1992), en donde dice que es necesario conjugar las dos disciplinas en un análisis integral en la se enriquecerse mutuamente, dado que mientras la lingüística muestra y demuestra lo que sucede en los textos legales y muestra las estrategias empleadas por jueces, peritos, abogados en forma empírica y por lo tanto, pueden contribuir a que los actores del campo jurídico, conozcan lo que ellos mismos construyen con palabras.⁶ Pardo inscribe las sentencias judiciales en el amplio concepto de texto judicial, y explica las principales características de éste:

- Los textos judiciales –englobando en ellos leyes, sentencias, resoluciones, jurisprudencia– son textos en los que el poder es el verdadero artífice de su estructura formal, de donde deviene la necesidad de complejidad (oscuridad): “objetividad”, uso de verbos impersonales, de deícticos, etc.
- Son textos argumentativos en los que el juez no solo apoya uno u otro lado de la balanza, sino que entra en estrecha relación con la posición de los otros jueces con los que comparte su trabajo.
- Son textos sumamente aptos para estudiar recursos y estrategias lingüísticas, para reforzar, jerarquizar, mitigar, como en cualquier otro texto que ha merecido más atención (científico, político, literario) (Pardo 1992, p. 98).

Estas referencias constituyen para mí, nuevos disparadores y motores de búsqueda, que progresan en la configuración del corpus completo, a partir del cual se componen las posiciones con relación a qué hacer con los no punibles.

Así este artículo triangula la información procedente de la reconstrucción de la voz de los actores (procedentes del campo judicial o el campo político), con textos judiciales (fallos o jurisprudencia citada) y el resultado arroja un mapa de posiciones, completo, pero del cual no podría afirmar que sature teóricamente la cartografía.

3. Algunas claves de comprensión de la especificidad del procedimiento penal en la Argentina

Así como la EMRP está fijada en los 16 años por el Régimen penal de la minoridad, ley nacional 22.278/80, los mecanismos y modalidades de administración de los procesos penales están regidos por el código procesal o código de procedimientos en materia penal. Dado que la Argentina es un país federal, eso supone que hay competencias delegadas y no delegadas. En las materias en que las competencias han sido delegadas es el derecho público provincial el que regula los procedimientos en cada jurisdicción (Beloff 2005, 2020);⁷ así cada jurisdicción tiene su propio código de procedimientos en materia penal y los cambios producidos en los últimos años muestran la paradoja de códigos procesales más modernos y actualizados que leyes nacionales que regulan

⁶ Cf. Pardo 1992. Pardo remitiendo al célebre trabajo de Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, lo parafrasea, y subtitula a su propio libro, *Cómo juzgar con palabras: Análisis lingüístico de las sentencias judiciales*.

⁷ Dice Beloff en “Constitución y Derechos del niño” (2005, p. 776): “... lo que en principio no se discute a la hora de explicar el federalismo argentino es que los estados provinciales no han reservado para sí las facultades de dictar normas sustantivas o de fondo en determinadas materias (civil, penal, comercial, minería, trabajo, seguridad social y las leyes mencionadas específicamente en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional) y que sí han conservado, en cambio, las de dictar –en general– normas adjetivas o de forma (procesales)”.

cuestiones de fondo (Freedman 2012). En Argentina la ley de fondo que regula la respuesta estatal al delito de los menores de edad, la ley 22.278/80, no ha cambiado, sí en cambio hubo un gran movimiento en materia de códigos de procedimientos, y así, un mapa actualizado, nos informa que son muchas las provincias que tienen códigos procesales penales juveniles específicos;⁸ otras tantas que tienen previsiones de procedimientos penales dentro de las leyes de protección y/o dentro de los códigos procesales generales;⁹ en síntesis, casi todas las jurisdicciones cuentan con procedimientos penales actualizados que han incorporado en los últimos treinta años los principios transversales de derechos humanos (Beloff 2020). La ciudad de Buenos Aires es un caso especial, ya que coexisten dos códigos de procedimientos en materia penal, uno, el que rige la Justicia Nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, la ley 23.984/91 y sus modificaciones, y el Código 2.303/2007, Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que rige para las competencias que han sido traspasadas. Para sumar complejidad, en la Ciudad de Buenos Aires también se ha sancionado un Régimen Procesal penal juvenil (ley 2451/2007), siendo una de las jurisdicciones que tiene un ordenamiento procesal penal específico para personas menores de edad.

En virtud del Régimen penal de la minoridad,

No es imputable el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido los 18 años, respecto a delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda los dos años, con multa o inhabilitación. (Artículo 1º -1er párrafo, ley 22.278)

pero,

Si existiere imputación contra alguno de ellos (o sea, por ejemplo, un niño o adolescente de hasta 15 años) la autoridad judicial lo dispondrá *provisionalmente*, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. (Artículo 1º -2do párrafo, ley 22.278)

Este segundo párrafo habilita la intervención tutelar, por motivos de protección, intención que queda aún más nítidamente expresada en el último párrafo del artículo:

Si de los estudios realizados resultare que *el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral*, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador. (Artículo 1º -último párrafo, ley 22.278)

⁸ Por mencionar algunos ejemplos: Provincia de Buenos Aires (Ley no 13.634/2006, Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño); Catamarca, Ley N° 5.544/2018 (Fuero de responsabilidad penal juvenil); Chaco, Ley N°2951-N/2018 (Régimen Procesal Penal Juvenil); Entre Ríos, ley N° 10.450/2016 (Del procedimiento penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad); Salta, Ley N° 8.097/2018 que establece un Régimen de Responsabilidad Penal para Niñas, Niños y Adolescentes; Santa Fe, Ley N° 11.452/96 - Código Procesal Penal Menores, modificado por le Ley 12.967/2009 de Promoción y Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y Santiago del Estero, Ley N°7349/2022 (Procedimiento Penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad).

⁹ Valga por caso las provincias de Córdoba, Chubut; Neuquén; La Rioja; Corrientes; Tierra del Fuego; San Luis; San Juan; Río Negro, Tucumán, La Pampa, Corrientes, Formosa, Jujuy, Mendoza y Santa Cruz.

La facultad de los jueces de menores de intervenir sobre la vida de las niñas y adolescentes en virtud de situaciones que hacen a su vulnerabilidad atravesada por problemáticas diversas, pero no necesariamente vinculada a la comisión de delitos, ha dado lugar a impugnaciones y recursos legales que han tenido como correlato la declaración de inconstitucionalidad del segundo, tercer y cuarto párrafo de artículo 1º.¹⁰ En síntesis, esta facultad de intervención judicial sobre no punibles, al menos normativamente, fue restringida. ¿Implica esto que los jueces de menores –con competencia penal– hubieran dejado de intervenir en forma lisa, llana y automática ni bien constatar que, por edad, los sujetos que llegaban a sus oficinas eran no punibles?; ¿Fue la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia la que encuadró a todos los jueces en las filas de posiciones no intervencionistas respecto a no punibles?¹¹ ¿Lograron las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del niño, especialmente la O.G Nº24/2019 aglutinar posiciones en torno a la necesidad de tramitar las situaciones de vulneraciones de derechos mediante medidas de protección especial, y no mediante el sistema penal?¹² ¿Acaso, logró instalarse el sistema de protección de derechos como el principal responsable de atender las situaciones de los niños incursores en acciones disvaliosas, “sustrayéndolos” de las mallas del sistema penal?

Podría seguir formulando preguntas, y todas tendrían la misma respuesta negativa: los jueces no resignan su potestad de intervención con relación a los niños y adolescentes no punibles que incurrir en acciones delictivas. No desconocen la CDN ni el *corpus juris moderno*; en la mayoría de los casos están al tanto de que son los organismos de protección los que deben intervenir, los que deben atender las situaciones en que las deprivaciones cronificadas son el augurio de muchos más males a futuro. Pero acaso porque los dispositivos de los sistemas de protección no son suficientes, acaso porque no tienen recursos, acaso porque la derivación a los sistemas de protección es como

¹⁰ Al respecto, Cf. C. 39.520 - “Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. s/ expediente tutelar” – CNCRIM Y CORREC FED – Sala I – 06/12/2006 (Firmado Dres. Freiler y Cavallo). En el primer apartado de la Resolución, se resuelve: “DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL del artículo 1º de la ley 22.278, en cuanto atañe a sus párrafos 2º, 3º y 4º, y del artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación, en relación con sus párrafos 2º y 3º”.

¹¹ La CSJN que se pronunció sobre el fondo de la cuestión planteada (fallo G.147 XLIV del 2/12/2008). La CSJN no declara la inconstitucionalidad de la ley 22.278 como aspiraba el recurso presentado, aunque confronta la Convención de los Derechos del Niño con la ley 22.278, concluyendo que indudablemente hay una marcada tensión, reconociendo que el régimen penal de la minoridad no garantiza el debido proceso. Finalmente, luego de un exhaustivo análisis, interpela al poder legislativo para que modifique la ley “en un tiempo razonable”, aunque “no corresponde la modificación de una ley por la vía pretoriana”. A su vez, exige a los jueces de menores que al aplicar la ley contemplen también el conjunto de derechos y garantías presentes en todo el ordenamiento jurídico y en la Constitución Nacional. La CSJN no escatima en recomendaciones para las instancias de aplicación de política pública en relación a la ley 26.061, cuyo cumplimiento exige la puesta a punto de dispositivos que no impliquen la judicialización de las personas menores de edad inimputables cuando las causas son de origen social. De resultados de este revés, la Fundación Sur, el CELS y la Asociación Xumex, presentan un recurso ante la CIDH promoviendo la denuncia contra el estado argentino.

¹² En esa OG, el CDN refuerza la idea de “desjudicializar” las problemáticas sociales de los niños, niñas y adolescentes inimputables y declara entre sus objetivos los de “Promover estrategias claves para reducir los efectos especialmente perjudiciales del contacto con el sistema de justicia penal, en línea con un mayor conocimiento sobre el desarrollo de los niños” y en tal sentido, “se exploren continuamente las posibilidades de evitar un proceso judicial o una condena, a través del desvío y otras medidas. Se ha demostrado que la exposición al sistema de justicia penal causa daño a los niños, lo que limita sus posibilidades de convertirse en adultos responsables” (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 24/2019, párrafo 2).

“lavarse las manos” ya que éstos, debieran –prescriptivamente hablando, resolver los problemas, pero –fácticamente hablando–, no lo hacen, es que muchos jueces suelen quedarse con los casos, y ya no solo para oficiar como garantes de legalidad, sino porque “no pueden quedarse de manos cruzadas y no hacer nada”. Algunos continúan interviniendo por vocación tutelar, y otros porque “no les queda otra”, lo cierto es que tan cierto afirmar que el sistema de protección no funciona, o no da abasto, como lo es afirmar que ha habido, hay y habrá niños y adolescentes debajo de la EMRP que infringen la ley, y cometen acciones disvaliosas, más o menos graves.

En todos esos casos, desairada la facultad de intervenir alegando situaciones de riesgo moral o material, quedan en pie las perspectivas de intervenir para proceder a la comprobación del delito.¹³

Desde ya las intervenciones en ningún caso tiene como correlato el reproche penal, ya que, de suyo, lo que corresponde es dictar un sobreseimiento.

Pero, no todos los sobreseimientos son iguales, ni proceden conforme a las mismas causales. Así, según nuestro ordenamiento procesal, el SOBRESEIMIENTO, procede, cuando 1°) La acción penal se ha extinguido. 2°) El hecho investigado no se cometió. 3°) El hecho investigado no encuadra en una figura legal. 4°) El delito no fue cometido por el imputado. 5°) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.¹⁴

Aquí es donde se divide la biblioteca, siendo que conforme al ordenamiento legal, en el caso de los no punibles, correspondería dictar el sobreseimiento por “inimputabilidad” una vez comprobada la minoría de edad, pero una rápida lectura de las estadísticas disponibles, muestra que no siempre es así, y que muchas veces, el sobreseimiento deviene como consecuencia de una “excusa absolutoria”, luego de investigar el hecho y constatar la participación del niño o adolescente; y otras tantas veces, la investigación preliminar concluye en que el niño o adolescente no estuvo implicado en el hecho, y en esos casos, procede un sobreseimiento por inc. 2° o 4°.¹⁵

3.1. Breve disquisición acerca del debate en torno a la imputabilidad, inimputabilidad y punibilidad

Sin pretender agotar una discusión tan compleja y susceptible de ser abordada desde perspectivas disciplinarias diferentes, cabe reponer algunas referencias sustantivas que remitan a la definición del concepto de imputabilidad. Han sido los juristas lo que han

¹³ ... “la autoridad judicial lo dispondrá *provisionalmente*, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador (...)”.

¹⁴ Se toma el Art. 336° del CPMP 23.894/91. Art. 336 Procedencia. En el ordenamiento procesal de cada provincia, estas opciones se replican en forma más o menos idéntica, con variaciones que hacen a la forma, pero no al fondo de la cuestión. Vale por caso citar el Artículo 323° de la ley 11.922/97 –CPP de la Provincia de Buenos Aires, que tiene las mismas causales de procedencia para dictar el sobreseimiento; o el artículo 359° del Código Procesal penal de Tucumán (Ley 6203/10; o el artículo 356° del Código Procesal penal de la Provincia de San Juan (LEY 1.851-O/2018), y similares previsiones pueden hallarse en todos los códigos procesales en materia penal.

¹⁵ En las estadísticas de la BGD (Corte Suprema de Justicia), los sobreseimientos en la justicia nacional de menores se distribuyen en esta proporción: inc. 5°, 64,8% (no discrimina al interior si es inimputabilidad o excusa absolutoria); 7% inc.4 (el delito no fue cometido por el imputado); 3,7% inc.3° (el delito no encuadra en una figura legal); 3% inc.2° (el delito no se cometió), y 0,8% inc.1° (acuerdo conciliatorio o medidas alternativas). (BGD 2024, p. 25.)

establecido los consensos más estables y en tal sentido, la imputabilidad ha sido definida como “la capacidad humana de actuar culpablemente dentro de los cánones de la ley penal” (Frías Caballero 1981). Para su determinación, se han empleado fórmulas distintas, y a los efectos de este artículo solo cabe mencionar que existen fórmulas biológico-psiquiátricas, fórmulas psicológicas y fórmulas mixtas. Ciertas situaciones o estados personales de carácter bio-psicológico, denominados “causas de inimputabilidad” o “causas que excluyen la imputabilidad” aniquilan la capacidad personal de reprochabilidad, de modo que el autor del acto típicamente antijurídico deja de ser imputable.

La ausencia de culpabilidad, entendida como imposibilidad de reprochabilidad jurídica, es factible de ser explicada a partir de dos grandes teorías. Entre muchos otros, Cillero Bruñol (2001), refiere que para justificar la falta de responsabilidad como adultos de las personas menores de edad se invocan, o bien las doctrinas de la imputabilidad en sentido estricto (modelo de discernimiento), para las cuales el menor es equiparado al alienado mental, y entonces no tiene facultades plenas para entender y querer, o bien las doctrinas político criminales que consideran la edad mental como una barrera político criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito: el de adultos y el de personas menores de edad. A su vez, aquellos que adhieren a la postura de la edad como barrera político criminal, se dividen en dos grupos: los que siguen un modelo de protección y consiguientemente consideran al menor irresponsable y le asignan una medida de seguridad y/o protección, y aquellos que propician la aplicación de un modelo de responsabilidad, por medio de un sistema de derecho penal especial para adolescentes, que reconoce a estos últimos una especial capacidad de culpabilidad, y de allí, la necesidad de una justicia especializada.

Tanto los modelos de discernimiento como los de protección niegan la culpabilidad, pero no por ello renuncian a una intervención coactiva, aunque solapada bajo el disfraz de la protección y corrección. Los modelos en forma pura, o en forma híbrida, subyacen en las concatenaciones discursivas y fundamentos que subyacen en las voces de los actores judiciales y en los proyectos de ley a analizar en los apartados siguientes.

Tamar Pitch (2003; v. esp. cap. V), referente de la criminología crítica, analiza el tema de madurez y afirma que es factible detectar un encuentro entre derecho penal y ciencias sociales, que impone abordajes interdisciplinarios, ya que para los adolescentes que infringen la ley, no es tan claro quienes deben ser los expertos que tienen que dictaminar su “capacidad de entender y querer” como en el caso de los adultos, en que es el saber psiquiátrico quien dirime la cuestión. En el caso de los adolescentes, la “capacidad de entender y querer” es el producto de una investigación compleja, particular, caso por caso en la que se toman en cuenta otros indicadores que amalgaman la valoración de condiciones de vida, desventajas socioestructurales y aspectos vinculados a la psicología del desarrollo. Así, la inmadurez puede ser leída como atributo de situaciones socioculturales de pobreza y privación (Winnicott 1984/2003).¹⁶ Al no reconocer la culpabilidad, se deja a los niños y adolescentes a merced de un modelo de protección que combina, como bien dice García Méndez (2001) compasión y represión. La

¹⁶ Al respecto, Winnicott, en *Deprivación y delincuencia*, afirma que “una definición completa de *deprivación* incluye los sucesos tempranos y tardíos, el trauma en sí y el estado traumático sostenido, lo casi normal y lo evidentemente anormal” (1984/2003, p. 148).

inimputabilidad se resume en “la falta de capacidad del menor autor de un delito, de acuerdo a sus aptitudes psíquicas en situación de no poder motivarse conforme a las normas, cuando en el caso concreto no haya podido tener la comprensión de la antijuricidad de su propósito” (Tiffer Sotomayor 2000, p. 26).

4. Arqueo de posiciones en base a testimonios extractados de entrevistas y textos judiciales

Este apartado se nutre de tres fuentes: de los testimonios procedentes de la indagación que realicé en ocasión de abordar el funcionamiento de la justicia de menores durante la pandemia y de fallos judiciales; de sentencias paradigmáticas que sustentan posiciones típicas, y de textos de autor suministrados por los mismos protagonistas de las entrevistas. En el caso de las entrevistas, tal como explique más arriba, el objetivo estaba vinculado a conocer cómo daban continuidad a la administración de justicia en un contexto de Aislamiento y distanciamiento preventivo social y obligatorio (respectivamente, ASPO y DISPO), y el abordaje de no punibles emergió en forma espontánea desde las primeras entrevistas, y por eso, se convirtió en un eje de indagación específica.

Ante la pregunta sobre ¿Qué hacer con los niños y adolescentes que quedan debajo de la EMRP fijada por el ordenamiento legal?, emergieron posiciones que oscilaron entre la “variante” más radical, que considera que por debajo de la EMRP la justicia penal no debe intervenir, y que toda actuación debe derivarse a los organismos de protección de derechos; aquellos que si bien entienden que es el sistema de protección el que debe ocuparse de resolver la situación de vulnerabilidad o riesgo del niño que ha infringido la ley, también le asignan un lugar a la instancia judicial a los efectos de investigar si “el hecho pasó o no pasó” y si “el niño estuvo o no implicado en su comisión”. Esta posición contiene múltiples matices, cuyos polos oscilan entre la “averiguación de la verdad”, la investigación como garantía para el niño que, de no haber estado implicado en el hecho, le sería más conveniente un sobreseimiento por inc. 2º o 4º del código de procedimientos, que un sobreseimiento por no punibilidad –inc.5º–; la posición de la “responsabilización subjetiva”, que traducida en sencillo, podría explicarse como que “el niño entienda lo que hizo, esté en condiciones de responsabilizarse, aun cuando el reconocimiento no le implique ningún reproche penal ni ninguna consecuencia perjudicial. Y desde ya, en el arco de posiciones no faltan aquellas con motivaciones retributivas y punitivas que proponen el ingreso a la instancia judicial con una clara finalidad de coacción y disciplinamiento, despojada de una finalidad socioeducativa o responsabilizadora.¹⁷

Una reconstrucción de lo surgido en las entrevistas nos muestra que las posiciones de juez, fiscal o defensor inciden en la valoración sobre el abordaje de los no punibles. Entre los jueces, cada vez es más dominante la posición a favor de “averiguar si el evento sucedió o no sucedió” (E1);¹⁸ “Lo importante es existió o no existió el hecho, es autor o no es autor” (E1, E7, E9);¹⁹ “El corazón del problema es si fue o no fue” (E1); “se abre investigación para saber si fueron o no actores” (E7, E11, E12).²⁰ “Averiguar si el hecho

¹⁷ Transcribo la reconstrucción realizada en el artículo Guemureman (en proceso de evaluación) 2024.

¹⁸ Juez Penal Juvenil Entre Ríos (E1).

¹⁹ Jueza Penal Juvenil Salta (E7); Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia Chaco (E9).

²⁰ Fiscal Penal Juvenil Córdoba (E11); Fiscal de delitos juveniles Neuquén (E12).

existió y si no pasó que no quede estigmatizado el adolescente” (E1, E6, E8)²¹ –muy válido para casos de abuso sexual–. La posición más extrema es la que predica el “derecho a la verdad”: “Hay derecho a la verdad, aunque haya sobreseimiento” (E11). En este sentido, la posición de la mayoría de los magistrados comulga con la posición de los fiscales: “si son delitos graves, hay que investigar (...) no es cuestión de cerrar porque es inimputable” (E11, E12). Justamente, “cerrar porque es inimputable” es la posición que esgrimen los defensores entrevistados, consustanciados con la tesitura de la imposibilidad de reproche, y por tanto “sustraerlos del sistema penal, y no mantenerlos ni un minuto” (E 13, E 14, E15).²²

Partidarios o no partidarios de la responsabilización subjetiva en los casos de no punibles, todos coinciden que cerrar la causa no implica desentenderse del caso ni de la suerte de los niños, niñas o adolescentes y en la necesidad de implicar al organismo de protección y a los programas dependientes de los organismos administrativos “en carácter de prevención” (E6, E8, E9, E12) o “restablecimiento del lazo social” (E1) “para que los casos no vuelvan a suceder” (E 8, E9), especialmente válido para los delitos graves como homicidio, violencia sexual o delitos con arma de fuego (E1).²³ En los casos de niños o adolescentes no punibles con grandes vulnerabilidades o problemáticas de consumo o de cuidado, o de violencias, los jueces entienden que se puede derivar a juzgados de familia (E1, E2, E3, E4, E16, E17).²⁴

Aparece la diferenciación entre el concepto de no punible y el de inimputable

si puede comprender, no es inimputable, es no punible por edad, entonces, no es cuestión de sobreseer por inimputabilidad; si resulta ser el autor, entonces hay causal de no punibilidad (...). El corazón del problema es si fue o no fue (de ahí) la importancia de la investigación, aunque luego se archive la causa. (E1)

En relación a la gravedad del delito, algunos jueces consideran que “en hechos graves, pueden estar entre 3 y 5 años internados. La liberación temprana es contraproducente” (E11).²⁵ Muchos jueces consideran que la privación de libertad para casos graves es procedente, aun si son no punibles.

Hay otros casos en que se realizan audiencias de conciliación entre el presunto autor y la víctima, y este mecanismo se activa antes de dar un cierre a la causa. En este sentido, la posición de la mayoría de los magistrados comulga con la posición de los fiscales: “si son delitos graves, hay que investigar (...) no es cuestión de cerrar porque es inimputable”.

²¹ Jueza Penal Juvenil San Juan (E6); Jueza Primera Circunscripción Formosa (E8).

²² Defensor Letrado La Plata-PBA (E13); Defensor Letrado Lomas de Zamora-PBA y Camarista en Casación (E 14), y Defensor ante los TOM-Justicia Nacional (E14).

²³ Dice el juez “en nuestra provincia se puede hacer un proceso”, y este juez ha sido coordinador general y coautor del Anteproyecto de ley Procesal Penal para Niños y Adolescentes de la Provincia de Entre Ríos.

²⁴ Jueces Nacionales de Menores (E2, 3 y 4); Defensora Unidad Letrados Art. 22- L.22657- (E16); y Defensor Unidad No punibles (E17).

²⁵ Muchas provincias tienen Centro educativo o residenciales con sectores asignados para inimputables, más allá del delito (Córdoba, Provincia de Buenos Aires, por ejemplo); en otras, pabellones en los dispositivos penales, y en algunas, como en la Ciudad de Buenos Aires, no hay dispositivos y no es posible a internar a no punibles por hechos penales, lo que implica que las causas derivadas al organismo administrativo redunden en medidas excepcionales de protección de derechos, y en internaciones cuyo control de legalidad lo ejerce un juez de familia.

De las opiniones vertidas, es factible construir una tipología, en la que es factible identificar estas posiciones “típicas” que se cristalizan en sentencias judiciales, y de allí que, para dar soporte a la enunciación de posición, se triángule con sentencias y fallos judiciales:

1. Posición radical: la justicia no debe intervenir de ninguna manera;
2. Posición responsabilizante alegando responsabilidad subjetiva;
3. Posición responsabilizante en la variante garantista;
4. Posición responsabilizante desde el derecho a la verdad;
5. Posición oscilante entre la tutela y el castigo.

4.1. Posición radical

Según esta posición, la sola constatación de la edad requiere del sobreseimiento de la causa por causal de inimputabilidad (inc.5º artículo 366 del CPP 23.984).

Refiere un Defensor:

[N]ada para hacer en la justicia, lo que hay que hacer es derivar a la actuación de distintos programas del Consejo de Protección Integral de Derechos de NNA de la CABA (DyAT, defensorías zonales, paradores, etc.). El objetivo es garantizar la restitución de derechos vulnerados. (E.17)

Esta posición se complementa con la posición del enunciante, quien la sostiene presentando en forma sistemática pedidos de sobreseimiento por inc.5º y recurriendo a instancias superiores para apelar posiciones no favorables.²⁶ Precisamente del fallo precitado, se extrae el párrafo que se transcribe:

En esa oportunidad, el colega [nombre de Camarista de una Sala de Casación] concluyó, luego de un profuso análisis, que ‘no existe base normativa para que, acreditada la inimputabilidad del menor o del adolescente, se prolongue la intervención tutelar del juzgado de menores, en franca contradicción con el diseño actual del legislador y el mandato de la Convención, sobre todo porque cualquier disposición del juez de menores que implique una intervención en el curso de la vida del niño constituye una intervención estatal que debe estar sostenida con una norma que claramente la habilite. Por lo demás, manifiesta que la consecuencia de la decisión cuestionada es una sobre intervención estatal sobre la situación del menor que puede tornar iatrogénica cualquier medida y ello, con toda seguridad, conspira contra el principio de interés superior que menciona la Cámara’. (...) En consecuencia, una exégesis correcta de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 22.278 determina que, acreditada la edad del niño, niña o adolescente al momento del hecho debe procederse a su desvinculación en los términos del art. 336, inc. 5, CPPN, al cese del trámite tutelar y a dar intervención a las autoridades establecidas por la ley 26.061 y a la justicia en lo civil de ser necesario.

Además, fundamenta los respaldos jurisprudenciales y doctrinarios (cf. Glanc 2020).

4.2. Posición responsabilizante, en la variante de la responsabilización subjetiva

Esta posición requiere diferenciar el concepto de *no punible* del de *inimputable*. Es bien expresada por el E.1, que además de apostar a la responsabilización, promueve acciones tendientes a restablecer el lazo social y determinar con verosimilitud si el adolescente

²⁶ Cf. CCC 38818/2019/1/1. Cámara Nacional de Casación 1-Sala 1; Y CCC 34994/2020/2/CNC1-SALA 3.

estuvo o no implicado en el hecho en cuestión. para los delitos graves como homicidio, violencia sexual o delitos con arma de fuego.

Se puede investigar, si, el no punible por edad no es inimputable, entonces, si puede comprender, no es inimputable, y no le corresponde un sobreseimiento por inimputabilidad. Lo importante es existió o no existió el hecho, es autor o no es autor.

Este juez destaca que “aun si es autor, entonces hay causal de no punibilidad. El corazón del problema es si fue o no fue. Importancia de la investigación, aunque luego se archive la causa”. Destaca que en el capítulo IX de la ley provincial 10.450 (Entre Ríos), se introduce el concepto de la procesabilidad de las personas adolescentes de 14 y 15 años de edad imputadas de la comisión de delitos muy graves, específicamente determinados y al solo efecto de demostrar o no su participación en el hecho.

Este nuevo concepto introducido en la legislación entrerriana es más acorde a las exigencias de la Convención Sobre Derechos de Niños, destacando el valor del proceso penal como escenario privilegiado para el ejercicio de los derechos y garantías. Se ha cuestionado el procedimiento con personas adolescentes no punibles cuando estos fueran imputados por hechos muy graves, argumentado que resulta inconstitucional llevarlos a proceso penal sin haber alcanzado los 16 años de edad, más allá de la prohibición expresa de aplicárseles medidas de coerción o pena alguna, cuando en realidad lo que resultaba contrario a nuestra Constitución Nacional y a la Convención Sobre los Derechos del Niños es archivar un proceso por no punibilidad (Ley 9324), sin investigación sobre la autoría, adoptar medidas tutelares privativas de libertad sin tener acreditada la participación en el hecho, desconociéndoles todas las garantías del debido proceso (arts. 3º, 37 y 40 CDN), cercenando el derecho a ser oídos (art. 12 CDN) y vulnerar su derecho constitucional de inocencia y defensa en juicio. (Barbirotto 2018)

4.3. Posición responsabilizante en la variante garantista

En esta posición se alega que la investigación preliminar es una garantía para el niño, sobre todo, si no ha sido autor del hecho que se le imputa. Una jueza lo expresa así: “si no pasó que no quede estigmatizado el adolescente” (E9).

Esta posición se plasma en forma mucho más nítida en fallos y sentencias. Valga por caso:²⁷

Se atribuye a los menores que menciona la comisión de un hecho ilícito. Ahora bien, sin requerimiento de instrucción no resulta posible investigar en estos obrados y, por ende, imposible llamarlos a prestar declaración indagatoria. De ese modo se impide a los mismos, ejercer su derecho de defensa dentro de un proceso, por lo que a mi entender el dictamen fiscal referido resulta nulo.

En efecto, atribuirles en la vista (...) la autoría de la comisión de un hecho ilícito y a su vez declarar su no punibilidad sin haber escuchado a los sindicados como autores, negándoles la posibilidad de efectuar su descargo, vulnera el principio de inocencia, el debido proceso legal y la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional, 75 inc. 22 de la misma 8 incs. 1 y 2 C.A.D.H.; art. 12, art. 40 C.D.N.) (...). El hecho de no ser punible no implica, a mi entender, que deba dejarse de investigar el ilícito que se les endilga (...). Más aún, la norma transcrita manda al juzgador a la

²⁷ El fallo citado ha sido recuperado por Freedman (2012, p. 68 y ss.).

comprobación del hecho ilícito que se les atribuye, pues éste es presupuesto, de las medidas tutelares que pueda disponer.

Es decir que no basta con la mera acreditación de la edad, sino que se vuelve imperativa la verificación de la existencia del episodio ilícito que se les adjudica (...). En resumen, atribuir un ilícito a menores sin darles la posibilidad de ser escuchados equivale a dejarlos sujetos a las medidas tutelares del juez de menores (art. 1 y 3 bis Ley 22278) sin gozar de las garantías que se le conceden, incluso, a los que pueden ser calificados como no punibles según el art. 34 del Código Penal. (Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego, Sala Civil, Comercial y del Trabajo, "M. R. S.; A. M. J; y T. C. A. s/ robo en grado de tentativa", 28/4/2009)

Y el efecto devastador en la subjetividad del adolescente del riesgo de quedar estigmatizado, cuando "él no fue", queda claro en este fragmento de una psicóloga de larga trayectoria en equipos interdisciplinarios de juzgados con competencia penal juvenil:

Si nos encontramos con un caso de inocencia y no se le da lugar a la palabra en el escenario judicial, no solo se arrasa con la posibilidad de la defensa en juicio, sino que se contribuye a procesos de estigmatización social, ya que un sobreseimiento por no punibilidad nada dice acerca del estado de inocencia de un sujeto. Además, es práctica común que cuando acontece un hecho grave se tomen medidas de protección excepcional con argumentos que disfrazan una respuesta, que en el fondo no es más que de aquietamiento a la conmoción social (...). Si tenemos en cuenta que la adolescencia es el periodo donde más se trabaja en la construcción de la identidad, ¿cómo afecta al sentimiento de sí el estigma ante la duda por la culpabilidad? ¿Qué consecuencia tendrá esta marca ante la mirada de la comunidad de la cual el adolescente forma parte? (...). (Sarmiento 2018, pp. 155–156)

4.4. Derecho a la verdad

Es un derecho a conocer los hechos más allá del tiempo transcurrido. Es especialmente útil para echar luz sobre casos de delitos contra la integridad sexual, que en muchos casos prescribieron. También en casos de violencias estatales sucedidas hace muchos años.²⁸ En ambos casos, los juicios por la verdad se realizan en pos de favorecer la "reparación integral":

El concepto de reparación integral incorporado al ámbito de los derechos humanos... Tales medidas de reparación incluyen (...) a las reparaciones simbólicas, las garantías de no repetición y las medidas transformativas o diferenciadas, cuyas posibilidades de implementación dependerán de la materia sometida a juzgamiento y del ámbito de competencia de cada órgano judicial (...). Aquí es necesario destacar que la reparación integral no siempre debe identificarse con la sanción penal (sentencia condenatoria). Las medidas de satisfacción se conciben como medidas de reparación simbólica, que al reconocer de forma debida a las víctimas o supervivientes, pueden facilitar un proceso de rehabilitación a nivel individual y colectivo. En la satisfacción entrarían la revelación pública y completa de la verdad siempre que no se ponga en riesgo a víctimas o

²⁸ Sin ánimo de extenderme, solo cito una histórica resolución de la Cámara Federal de la Plata Resolución 18/98), que decidió, por mayoría y luego de un intenso debate entre sus miembros, ante una presentación de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos de La Plata: "declarar el derecho de los familiares de las víctimas de los abusos del Estado ocurridos en el pasado gobierno de facto (1976/83) de conocer cuáles fueron las circunstancias relacionadas con la desaparición de ellas y en su caso el destino final de sus restos" (...) encarando el Tribunal la investigación del "derecho a la verdad" (...).

supervivientes–, las disculpas públicas que incluyan el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.²⁹

La realización de juicios por la verdad es reparadora tanto para la víctima como para presunto autor. Dice una jueza: “Hay derecho a la verdad, aunque haya sobreseimiento” (E7).

Cabe destacar que se encuentra expresamente vedado aplicar medidas de coerción procesal o penas. La finalidad de su regulación consiste en garantizar el derecho de las víctimas a saber qué fue lo que sucedió – derecho a la verdad – y facilitar procesos de responsabilización subjetiva a partir de la declaración de autoría o participación en el hecho. (Sarmiento 2018)

De la jurisprudencia, vale recuperar este fallo:

... la determinación de la verdad no es únicamente un derecho de las víctimas en este caso, toda vez que el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tomar conocimiento de la ocurrencia de los hechos aberrantes denunciados y tener información para evitar su reiteración.³⁰

4.5. Posición oscilante entre la tutela y el castigo

Esta posición puede vislumbrarse en estos fragmentos:

[aunque] no se formula proceso., en hechos graves, pueden estar entre 3 y 5 años internados. La liberación temprana es contraproducente. En la Provincia, el Centro educativo que aloja jóvenes de toda la provincia, tiene un sector para INIMPUTABLES, más allá del delito. (E.11)

Aunque sea autor, no habrá juicio ni aplicación de pena, pero sí se puede trabajar para que no vuelva a ocurrir. (E.9)

... no es cuestión de cerrar porque es inimputable (...). De mientras se hace tratamiento socioeducativo. (E7)

en esos casos, igual se hace la denuncia, y se deriva al organismo administrativo de niñez, que siempre está desbordado. En el Juzgado se hace Cámara Gesell e informe psicológico. Se sugiere a los padres algún tratamiento. Y se les recomienda ir a los Talleres, sobre todo a los efectos de prevención. (E8)

5. Previsiones de los proyectos de ley en relación a los “no punibles”

En los proyectos con trámite parlamentario vigente, aparece replicada una posición sobre el abordaje de los no punibles, esto es sobre los adolescentes que cometen acciones disvaliosas pero están por debajo de la EMRP fijada.

Así, aun cuando algunos legisladores afirmen que “debajo de la EMRP no hay excepciones de imputabilidad ni de punibilidad”, se habilitan canales para el abordaje de los no punibles.

²⁹ Cf. RESOLUCIÓN Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 3001-31543-2023 del 21 de febrero de 2024, citada en Causa nro. PP-07-00-034786-21/00 del Juzgado de Garantías N° 8. Abuso sexual prescripto. Deber de investigar (10/03/2024).

³⁰ Cf. causa 79.503/18 resuelta el 30 de noviembre de 2023. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 41, Secretaría nro. 112.

Valga como ejemplo el proyecto 1168-D-2024 que persigue como finalidad “promover la responsabilidad ciudadana, garantizar la paz social, la responsabilidad del Estado en la resolución de conflictos, y el derecho de las víctimas a una reparación se podrán realizar mediaciones o acuerdos restaurativos de carácter voluntario”. (Art. 57º). En el capítulo 11 de “inimputables”, habilita que sujetos de edad inferior pueden ser invitados a mediaciones o acuerdos restaurativos, a los que podrán asistir de manera voluntaria (art. 57º). En el artículo 58º se especifica que

declarada la inimputabilidad en los términos de la presente ley, el juez o fiscal deberá consultar al equipo interdisciplinario, y dará intervención en forma conjunta o alternativa a: a) el Sistema de Protección Integral, en los casos y para los fines previstos en el art. 7 de la presente ley;³¹ b) el equipo de facilitadores, para que se intente, a través de un abordaje interdisciplinario y de la utilización de instancias de mediación y/o acuerdos restaurativos (...) cuando se hubiere determinado la presunta intervención de la niña, niño o adolescente mayor de DOCE (12) años y menor de QUINCE (15) años en un hecho ilícito.

Es en este artículo donde se verifica la voluntad del legislador: sistema penal para los NYNA de 12 a 15 años. Tanto la mediación como los acuerdos restaurativos son medidas que constituyen una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.³² Así se promueve un Abordaje Restaurativo entendido como un proceso en el que todas las partes implicadas en un conflicto (persona ofensora, víctima y comunidad) resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. En Abordaje Restaurativo muestra un rostro más humano, y por tanto, edulcora el ingreso de los no punibles al sistema penal.

Si bien es el caso más explícito, son varios los proyectos que hacen provisiones específicas para los sujetos que queden debajo del límite de punibilidad fijado.

Así, el proyecto 0804-D-2023, establece que

en el caso de aquellos niños y adolescentes que, estando alcanzados por la inimputabilidad prevista en el presente artículo, incurrieren en una conducta tipificada en el código penal, la autoridad judicial dispondrá provisionalmente conforme lo normado en el siguiente artículo, procederá a la comprobación del delito, tomará

³¹ Artículo 7º - Intervención del Sistema de Protección Integral. Cuando la persona adolescente se encuentre en situación de vulnerabilidad social o económica tales como formar parte de hogares en situación de pobreza o indigencia, falta de acceso a servicios públicos, falta de acceso a educación, situación de calle, consumo problemático de estupefacientes, entre otros, la o el juez deberá dar intervención inmediata al órgano administrativo de protección de derechos de la provincia correspondiente o la Ciudad de Buenos Aires para que adopte las medidas tendientes a su acompañamiento y protección integral, promoviendo el acceso a sus derechos humanos, económicos, sociales y culturales. La autoridad administrativa informará mensualmente al juzgado respecto a las medidas adoptadas y al avance de la persona adolescente. (primer párrafo).

Artículo 7º (segundo párrafo) Se deberá crear una mesa de articulación local entre las autoridades judiciales competentes y las autoridades administrativas provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de evaluar anualmente los avances de las personas adolescentes en situación de vulnerabilidad social o económica, y la propuesta de políticas públicas para atenderlas integralmente.

³² En el Artículo 6º Principios, derechos y garantías especiales. (Capítulo 2 - Principios, derechos y garantías del Sistema Nacional), la Justicia Restaurativa es incorporada en el inciso h.

conocimiento directo del adolescente, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al adolescente en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Y si

de los estudios realizados resultare que el adolescente se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.³³

En el proyecto 3143-D-2023, el legislador trae

una novedosa respuesta para los jóvenes inimputables, a quienes determinada la existencia del hecho ilícito y su probable participación en éste a través de una investigación preliminar, previa consulta a un equipo interdisciplinario, serán derivados a los órganos de protección previstos en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes u otros órganos públicos para que implementen instancias restaurativas de resolución de conflictos con la víctima y la comunidad afectada. Los equipos interdisciplinarios deberán mantener las entrevistas necesarias, y ser parte en el acompañamiento y derivación del caso a mediación y/o acuerdos restaurativos, *para realizar un abordaje de responsabilidad subjetiva que permita reparar los daños generados.*

Una previsión similar contempla el proyecto 4379-D-2022, que en el artículo 7º, establece que:

Cuando se atribuya la supuesta comisión de un delito de acción pública a un menor no imputable, los fiscales con competencia en la materia, previa investigación del hecho e individualización del o los autores, remitirán las actuaciones a la autoridad administrativa del Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes previsto por la Ley Número 26.061 a sus efectos, cesando de inmediato la intervención del fuero especializado.

En esta misma tesitura se ubica el proyecto 3556-D-2024, estipula que:

El organismo administrativo de protección integral de niñas, niños y adolescentes de cada jurisdicción debe prever dispositivos y programas de acompañamiento especializados y restaurativos para esta población. (Artículo 4º)

También en el grupo de los proyectos que promueven la responsabilización de los infractores por debajo de la EMRP, se puede ubicar otra diputada, que si bien en el artículo 3 sobre "Punibilidad", postula que "Será punible toda persona mayor de 16 años

³³ En un viaje al pasado, además de hablar de "situación de abandono o riesgo moral o material" conceptos que creíamos perimidos al derogarse la ley del Patronato, repropone el instituto de la disposición tutelar en el artículo 11º.- "La disposición determinará: a) La obligada custodia del niño o adolescente por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere".

y menor de 18 años que fuere acusada de cometer o participar en la comisión de un delito de acción pública, aún en grado de tentativa, luego en el párrafo siguiente, postula que:

En los términos de esta ley, será punible *toda persona menor de 16 años* que fuere acusada de cometer o participar en la comisión, aún en grado de tentativa, de alguno de los delitos tipificados en los artículos 79, 80, 81, 91, 119 párr. 2 y párr. 3, 166 inc. 2 y 170 del Código Penal de la Nación, o un delito cuya pena máxima fuere superior a los 15 años.³⁴ Es decir, que para los delitos graves, no hay establecida una edad mínima de responsabilidad penal, no hay límite inferior, es decir, abre como posibilidad la ventana de imputar y reprochar penalmente a personas menores de 14 años, incluso a niños si, al momento de infligir la ley, sin importar la edad, sean imputables conforme a comprensión de la criminalidad de sus actos, aunque sean no punibles (Proyecto 2227-D-2023).

El proyecto 0132-D-2022, que ha tenido múltiples representaciones, si bien fija la EMRP en los 14 años, establece que por debajo de esa edad las personas “no podrán ser perseguidas penalmente ni objetos de ninguna medida que restrinja cualquiera de sus derechos”. Idéntico espíritu detenta el proyecto 3910-D-24, presentado el 24 de julio de 2024. Desde otro bloque partidario, el proyecto 6500-D-2022 (representado en 2024 bajo el expediente 2647-D-24), es uno de los proyectos que mantiene la edad de punibilidad en los 16 años, pero aun así prevé la investigación en los casos que menores de 16 años incurran en delitos que prevean pena privativa de libertad superior a tres años (artículo 29º). El proyecto 3830-D-24, que también fija la EMRP en los 16 años, prevé la intervención del sistema de protección integral “cualquiera fuere su edad, se encontrare en una situación de vulneración de derechos” (artículo 13º).

El proyecto 2423-D-2024 presentado por el partido de gobierno, fija la edad de responsabilidad penal en 12 años, pero los menores de esa edad quedan exentos de responsabilidad. El proyecto que elevó el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación para su tratamiento (0010-PE-2024), condensa todas las previsiones ya que en el artículo 24º, establece que:

En los casos de inimputabilidad el juez deberá realizar una investigación a los efectos de determinar la existencia y circunstancias de un hecho ilícito (...) y como RESPUESTA (Artículo 25º), “se deben hacer evaluaciones, seguimiento y control de los inimputables, internación (...) (y que) previamente a la disposición de libertad, el juez deberá a) ordenar un peritaje psicológico y psiquiátrico (...); b) ordenar un amplio informe ambiental para comprobar las condiciones de vida, familia, educación y trabajo, estudios y contención y comprobar su relación con la sociedad; c) consultar al equipo interdisciplinario y dar intervención en forma conjunta o alternativa a diferentes organismos de protección de derechos (...) y/o equipos de salud mental (...).

6. Consideraciones finales

Tal como puede visualizarse, los proyectos de ley con posibilidades ciertas e inminentes de discutirse en el Congreso de la Nación contienen las posiciones típicas respecto a qué hacer con los no punibles, pero ocurre que trece proyectos proponen bajar la EMRP: ocho de los proyectos proponen la fijación de la edad mínima de responsabilidad penal a los

³⁴ Delitos contra la vida, delitos contra las personas (lesiones graves), delitos contra la integridad sexual, delitos de robo agravado –por uso de armas, por poblado o despoblado y en banda, o seguido de muerte, y privación ilegítima de la libertad y secuestro.

14 años, uno a los 15, dos a 13 y otro a los 12 años. Aun así, y no conformes con ese salto regresivo en términos de principios transversales de derechos humanos, también proponen intervenciones sobre los que quedan “por debajo” de ese límite. Por cierto, y con motivaciones bien distintas, también las propuestas que mantienen la EMRP actual introducen previsiones sobre los “no punibles”. La tesitura de la responsabilización subjetiva, que estuvo bien explicitada en el proyecto 0363-D-2019, aún no encontró reedición. Cabe decir que el artículo 57º de aquel proyecto, contenía un título, y un capítulo específico destinado a legislar sobre las personas no punibles.³⁵ Explícitamente establecía:

El proceso penal con personas mayores de catorce (14) y menores de dieciséis (16) años de edad tendrá como objetivo primordial facilitar procesos de responsabilización subjetiva a partir de la declaración de autoría o de participación en el hecho de que se lo acusa, mediante un procedimiento dotado de todos los derechos y garantías reconocidos en corpus jure sobre los Derechos del Niño (...). Este procedimiento aspirará a dar una respuesta a la víctima del delito, haciendo hincapié en la averiguación de la verdad como acto fundamental de reparación simbólica a las víctimas. (Art.57º).

Es probable que el escenario actual nos depare un régimen de responsabilidad juvenil “moderno”. También es verosímil apostar a que en un contexto atravesado por punitivismos combinados de distinta índole y exclusiones crecientes, el proyecto que se termine aprobando fije la EMRP en un límite inferior al actual. También es factible que el proyecto que finalmente se plasme en la ley que regirá la administración de justicia para personas menores de edad infractoras a la ley penal, contenga previsiones para aquellos que queden por debajo de EMRP fijada. En este escenario, en que soy marcadamente pesimista, sólo me queda albergar la esperanza de las mejores razones de las garantías y los derechos, y no del castigo y la realización de la exclusión, ora por la pobreza, ora por el sistema penal.

Referencias

- Agamben, G., 2011. ¿Qué es un dispositivo? *Sociológica* [en línea], 26(73). Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v26n73/v26n73a10.pdf>
- Barbirotto, P., 2018. *Adolescentes No Punibles. Interpretación de la reforma introducida por la Ley N° 10.450 (Entre Ríos)*, 139–148, especialmente 144 y 145.
- Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes (BGD), 2024. *Informe Estadístico BGD 2023 - Niños, Niñas y Adolescentes en la Justicia Nacional de Menores* [en línea]. CABA: BGD/Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/bgd/verNoticia?idNoticia=8062>
- Beloff, M., 2005. Constitución y Derechos del niño. En: D. Baigún et al., eds., *Separata de Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 765-795.

³⁵ TÍTULO IV SOBRE LAS PERSONAS NO PUNIBLE/CAPÍTULO I DEL PROCESO PENAL Art. 57º a 61º. Este proyecto tuvo el asesoramiento del juez penal de Entre Ríos, el E1 en la grilla de entrevistas.

- Beloff, M., 2020. El modelo acusatorio latinoamericano y su impacto en la justicia juvenil. En: S. Martínez y L. González Postigo, eds., *Procesos especiales y técnicas de investigación*. Buenos Aires: Del Sur.
- Cillero Bruñol, M., 2001. Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, nº 2.
- Documento SENAF, 2020. ANEXO 9.2. Normas provinciales de procedimientos penales para personas menores de edad.
- Foucault, M., 1999. *Obras esenciales, Vol. III: Estética, ética y hermenéutica*. Barcelona: Paidós. (Originalmente publicado en 1994).
- Freedman, D., 2012. *Procedimientos Penales Juveniles a Nivel Provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial* [en línea]. Unicef, Oficina de Argentina. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/procedimientos-procesales-penales-juveniles>
- Frías Caballero, J., 1981. *Imputabilidad Penal, capacidad personal de reprochabilidad ético social*. Buenos Aires: Ediar.
- García Méndez, E., 2001. La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: Notas para la construcción de una modesta utopía. En: E. García Méndez, ed., *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 121–139.
- Glanc, P., 2020. Las disposiciones tutelares de jóvenes inimputables: de la situación irregular al paradigma de Protección Integral de Derechos. *Análisis del Derecho Penal y Procesal Penal, Revista de Doctrina y Jurisprudencia penal*, nº 4.
- Guemureman, S., 2015. Jóvenes y sistema penal: de las leyes que no fueron y de las leyes que pueden ser. El espejo de Brasil. *Voces en el Fénix*, 51, 80–89.
- Guemureman, S., 2017. Pinceladas sobre el proceso de reforma legislativa. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires*, 12, 97–105
- Guemureman, S., 2018. La derogación del Régimen penal de la minoridad ley 22.278/80: una cruzada maldita. Relato en varios tiempos de una reforma legislativa fracasada. En: A. Quintero, ed., *Aportes para la construcción de una Justicia Juvenil especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Jusbaire, 109–137.
- Guemureman, S., 2023. Justicia penal juvenil y reforma legislativa: un análisis sociológico. *Revista Argentina de Investigación Educativa*, 3(6), 165–192.
- Guemureman, S., 2024. Genealogía y linajes de los proyectos de reforma del Régimen Penal de la Minoridad en Argentina. En: G. Martín Aimar, ed., *Doctrina Actualizada Adolescente Penal Juvenil. Ponencias del 1er Congreso Nacional Penal Adolescente y Juvenil 2023. Tomo I*. Neuquén: IUS, Libros jurídicos.
- Guemureman, S., en proceso de evaluación, 2024. Justicia penal juvenil y reconfiguraciones punitivas y administrativas durante la pandemia. En: G. Tenenbaum y N. Viscardi, eds., *Los caminos de la inseguridad en América Latina*.

- Guemureman, S., y Bianchi, E., 2020. Responsabilidad penal juvenil, riesgo y peligrosidad. Dicotomías e hibridaciones desde el análisis de Argentina, de cara a América Latina. En: L. Mayer, M.I. Domínguez y M. Lerchundi, eds., *Las desigualdades en clave generacional hoy. Las juventudes y las infancias en el escenario latinoamericano y caribeño*. CLACSO, 173 206. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv1gm01ch.10>
- Kierszenbaum, M., 2017. ¿Qué hacer con los no punibles? *Pensamiento Penal* [en línea]. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45101-hacer-adolescentes-no-punibles>
- Pardo, L., 1992. *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras. Análisis lingüístico de sentencias judiciales*. Buenos Aires: CEAL.
- Pitch, T., 2003. *Responsabilidades limitadas: Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Sarmiento, L., 2018. Fundamentos psicológicos de la procesabilidad a adolescentes no punibles. En: P. Barbirotto, L. Sarmiento y H. Valente, eds., *Proceso Penal para Personas Adolescentes – Ley 10.450 comentada*. Entre Ríos: Abogar, 151 y ss.
- Tiffer Sottomayor, C., 2000. Ley de justicia penal juvenil dentro de los modelos teóricos de política criminal y fuentes legales. En: M. González Oviedo y C. Tiffer Sotomayor, eds., *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. Unicef Costa Rica, 91–180.
- Winnicott, D., 2003. *Deprivación y delincuencia*. Buenos Aires: Paidós. (Originalmente publicado en 1984).

Anexo: Detalle de entrevistas realizadas

ID	CARGO	JURISDICCIÓN	EJERCICIO DEL CARGO ACTUAL (desde)
E1	Juez Penal Juvenil	ENTRE RIOS	Desde 2015
E2	Juez de Menores	C.A.B.A	Desde 2007. Juzgado Nacional de menores 7
E3	Juez de Menores	C.A.B.A	Desde 2018. Juzgado Nacional de menores 5
E4	Juez de Menores	C.A.B.A	Desde 2018. Juzgado Nacional de menores 4
E5	Juez de Menores	C.A.B.A	Desde 2018. Juzgados Nacionales de menores 2 y 6
E6	Jueza Penal Juvenil	SAN JUAN	Desde el 2002. Competencias: penal contravencional y de ejecución.
E7	Jueza Penal Juvenil	SALTA	Desde 2014.
E8	Jueza de Primera Circunscripción	FORMOSA	Concurso para juez de menores. Competencias mezcladas: competencia penal, contravencional y narcomenudeo (narcocrimen de menores).
E9	Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia	CHACO	Desde 2016.
E10	Juez Titular de Menores	CORRIENTES	Desde diciembre 2019.
E11	Fiscal Penal Juvenil	CORDOBA	Ejerce desde noviembre de 2019. Fue jueza penal juvenil hasta 2018.
E12	Fiscal de Delitos Juveniles	NEUQUEN	Fiscal de Delitos Juveniles. 1º Circunscripción Judicial desde 2012
E13	Defensor Letrado	BUENOS AIRES (LA PLATA)	Defensor en el Fuero de Responsabilidad penal juvenil ante las instancias de responsabilidad y juicio en el Departamento Judicial de La Plata. Desde 2012.
E14	Defensor y Camarista TOM	C.A.B.A Y BUENOS AIRES (LOMAS DE ZAMORA)	Fue designado juez en 2020. Anteriormente se desempeñaba como Defensor en el Fuero de Responsabilidad penal juvenil ante las instancias de responsabilidad y juicio en el Departamento judicial de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires).
E15	Defensor ante TOM	C.A.B.A	Fue autorizado para desempeñarse como Defensor “ad hoc” de esa Defensoría General ante todas las instancias y tribunales durante 2007 y luego prestó colaboración a la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales de Menores, cargo que ya titularizado ejerce desde 2009.
E16	Defensora Unidad Letrados Art. 22 (L.22657)	C.A.B.A	Coordinadora desde mayo de 2015.
E17	Defensor Unidad NO PUNIBLES	C.A.B.A	Unidad Funcional de Asistencia a las Personas Menores de 16 años, a cargo de la representación de personas de menores de 16 años ante los Juzgados Nacionales de Menores y Juzgados Criminales y Correccionales federales. Desde 2019.

C.A.B.A : Ciudad Autónoma de Buenos Aires.