



EdS

El tercer libro de la colección "Proceso Penal Adversarial" se ocupa de los procesos especiales y las técnicas especiales de investigación.

En primer lugar, aborda temas fundamentales para el trabajo del Ministerio Público Fiscal. La posibilidad de abreviar de diversas formas el procedimiento, que se dé un tratamiento especial a los casos de flagrancia y que exista una regulación específica para los asuntos complejos, permite que la acusación pública pueda organizar de mejor manera su flujo de trabajo. Además se reflexiona sobre las herramientas extraordinarias de investigación que se incorporaron.

Por otro lado, hay una materia pendiente en el ordenamiento jurídico argentino y es el referido a la responsabilidad penal juvenil. El CPPF dedica un artículo con normas generales y este libro aporta herramientas para la construcción de un proceso penal juvenil adecuado a las normativas internacionales.

Finalmente, se dedica a los procedimientos de acción privada –en el entendimiento que fortalecen la tutela efectiva de la víctima– y a los aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de los principios que rigen el sistema acusatorio adversarial.



Procesos especiales
y técnicas de investigación

Colección
Proceso Penal Adversarial

3

3

Procesos especiales y técnicas de investigación

COLECCIÓN
Proceso Penal Adversarial

DIRECTORES
Santiago Martínez
Leonel González Postigo





Procesos especiales y técnicas de investigación

COLECCIÓN
Proceso Penal Adversarial

DIRECTORES
Santiago Martínez
Leonel González Postigo

Julián Alfie	Marco Andrés Espinassi
Alejo Amuchástegui	Abel Fleming
Denise Bakrokar	Silvina Manes
Mary Beloff	Santiago Marino Aguirre
Martín J. Cafure	Daniel Rafecas
Sofía Díaz Pucheta	Daniela D. Rocha
Nicolás Escandar	Viviana Sánchez Rodríguez

 Editores
del Sur



El modelo acusatorio latinoamericano y su impacto en la justicia juvenil*

MARY BELOFF**

To say that juvenile courts have failed to achieve their goals is to say no more than what is true of criminal courts [...] But failure is most striking when hopes are highest. One reason for the failures of the juvenile courts has been the community's continuous unwillingness to provide the resources –the people and facilities and concern– necessary to permit them to realize their potential and to prevent them from acquiring some of the undesirable features typical of lower criminal courts in this country.¹

Dedicado a Julio Maier, jurista excepcional,
maestro exigente y padre de la reforma procesal penal
latinoamericana, *in memoriam*

* Agradezco a Virginia Deymonnaz su cuidadoso trabajo de edición e investigación sobre las referencias, y a ella, a Martiniano Terragni y a Diego Freedman, sus valiosos comentarios sobre una versión previa del texto.

** Profesora titular de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires.

¹ "Decir que los tribunales de menores no han logrado alcanzar sus objetivos, es decir no más que lo que es verdadero de los tribunales penales en los Estados Unidos. [...] Pero el fracaso es más llamativo cuando las esperanzas son más altas. Una de las razones de las fallas de los tribunales de menores ha sido la continua falta de voluntad de la comunidad para proporcionar los recursos –la gente y las instalaciones y la preocupación– necesarios para permitirles realizar su potencial y evitar que adquieran algunas de las características indeseables típicas de los tribunales penales inferiores en este país" Cfr. *US President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, The challenge of crime in a free society: a report*, 1967, p. 80, traducción propia.

I. LOS MODELOS COMO SOLUCIONES O COMO PROBLEMAS

Como consecuencia de las reformas de la justicia penal que tuvieron lugar desde los años '90, en América Latina todos los países sustituyeron sus leyes procesales de matriz inquisitiva o inquisitiva reformada (mixta), por otras que responden al llamado *modelo* o *sistema*² acusatorio (o adversarial). Esas reformas coincidieron con la modificación legal de la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad en todo el continente y pusieron en evidencia como nunca antes la dependencia sistémica de la justicia juvenil respecto de la justicia penal, más allá de algunos esfuerzos tardíos –como sucedió en Brasil–³ por sostener la tesis de la autonomía científica e institucional del *Derecho de menores* como nuevo *Derecho de la Infancia y la adolescencia* (vale destacar, con la loable intención político-criminal de evitar la reducción de la edad penal).

Los motivos por los que se produjeron esas reformas y sus características han sido profusamente analizados⁴. A los fines de este trabajo me interesa destacar tres que considero centrales: i. el agotamiento empírico de los sistemas vigentes, relacionado íntimamente con la pérdida de su legitimidad social; ii. la necesidad de avanzar en la concreción del programa constitucional de cada país; y, conectado con lo último, iii. el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en los derechos nacionales.

Más allá de las particularidades de cada lugar, las tendencias son comunes y merecen ser analizadas en conjunto, en tanto dan cuenta de una dinámica continental que arroja luz sobre una cantidad de cuestiones trascendentales para la justicia en América Latina que exceden el

propósito de este análisis. Por esa razón, si bien con algunos ejemplos específicos de la Argentina, intentaré no perder de vista la dimensión regional del fenómeno.

A lo largo de dos décadas aproximadamente, el proceso de reformas incluyó en el país la sanción de nuevas legislaciones sobre derechos del niño⁵ en los órdenes nacional⁶ y provincial⁷, así como la actualización de

2 Si bien en este contexto las dos palabras suelen utilizarse como sinónimos, intentaré distinguirlas con el siguiente alcance: utilizaré la palabra *modelo* cuando me refiera al ideal que se pretende alcanzar con una reforma, lo que requiere alguna estilización del concepto; en cambio utilizaré *sistema* para referirme a los cambios concretos que se produjeron.

3 Por todos ver Garrido de Paula, P. A. (2002), *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdiccional diferenciada*, en: *Revista dos Tribunais*, São Paulo.

4 Por todos, Maier, J.; Ambos, K.; y Woischnik, J. (coords.) (2000), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires: Ad Hoc.

5 Para simplificar la redacción, en ocasiones sólo utilizaré la palabra "niño", de la misma forma que lo hace la Corte IDH: "[T]omando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad."; y "El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes." Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, párrafo 42 y nota 45, respectivamente.

6 Ley n° 26.061, *Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, sancionada el 28/09/2005, promulgada de hecho el 21/10/2005, y publicada en el B.O. del 26/10/2005.

7 Catamarca: Ley n° 5.357 "Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (sancionada el 9/05/2013, y publicada en el BO del 30/08/2013); Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley n° 114 "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" (sancionada el 3/12/1998, y publicada en el BOCBA n° 624 del 3/02/1999) y Ley n° 2.451, "Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (sancionada el 3/10/2007, y publicada en el BOCBA n° 2.679 del 28/05/2007); Córdoba: Ley n° 9.944 "Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba" (sancionada el 4/05/2011, y publicada en el B.O. del 3/06/2011); Chaco: Ley n° 2.086 "Ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes" —antes Ley n° 7.162— (sancionada el 12/12/2012, y publicada en el B. O. n° 9.461 del 28/12/2012)) y Ley 2.950-M "Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia" (sancionada el 3/12/2018, y publicada en el BO. del 7/01/2019); Chubut: Ley III n° 21 (antes ley n° 4.347) "Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia" (sancionada el 16/12/1997, y publicada en el B.O. del 5/01/1998); Entre Ríos: Ley n° 9.861 "Protección integral de los derechos del niño, el adolescente y la familia" (sancionada el 3/09/2008 y publicada en el B.O. del 10/09/2008); Jujuy: Ley n° 5.288 "Ley de Protección de la Niñez, Adolescencia y Familia" (sancionada el 22/11/2001, y publicada en el BO. del 20/05/2002) y Ley n° 4.721 "Creación de juzgados de menores" (sancionada el 4/11/1993, y publicada en el B.O. n° 11 del 26/01/1994); La Pampa: Ley n° 2.703 "Adhesión a los artículos 1° a 41 de la Ley Nacional n° 26.061 y a los artículos pertinentes a su Decreto Reglamentario n° 415/06" (sancionada el 18/12/2012, y publicada en el BO. del 15/02/2013) y Ley n° 1.270 "Régimen de Protección a la Minoridad y la creación del fuero de familia y el menor en el Poder Judicial" (sancionada el 22/11/1990, y publicada en el B.O. del 21/12/1990); La Rioja: Ley n° 8.848 "Protección integral de los derechos del niño, la niña, el adolescente y la

los Códigos procesales penales (a mixtos⁸ o directamente acusatorios⁹),

familia" (sancionada el 4/11/2010, y publicada en el B.O. del 17/12/2010); Mendoza: Ley n° 9.139 "Sistema integral de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes" (sancionada el 20/12/2018, y publicada en el B.O. del 7/01/2019) y Ley n° 6.354 "Régimen jurídico de protección de la minoridad" (sancionada el 22/11/1995, y publicada en el B.O. del 28/12/1995); Misiones: Ley n° 16 (antes Ley n° 3.820) "Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes" (sancionada el 10/12/2010, y publicada en el B.O. del 27/12/2010); Neuquén: Ley n° 2.302 "Protección Integral de la Niñez y Adolescencia" (sancionada el 7/12/1999 y publicada en el B.O. del 4/02/2000); Provincia de Buenos Aires: Ley n° 13.298 "Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños" (sancionada el 14/01/2005, y publicada en el B.O. n° 25090 del 27/01/2005) y Ley n° 13.634 "Fuero de Familia y Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil" (sancionada el 28/12/2006, y publicada en el B.O. del 2/02/2007); Río Negro: Ley n° 4.109 "Protección Integral de los Derechos de Niñas, de los Niños y los Adolescentes" (sancionada el 8/06/2006, y publicada en el B.O. n° 4438 del 17/08/2006); Salta: Ley n° 7.039 "Ley de Protección de Niñez y la Adolescencia" (sancionada el 8/07/1999, y publicada en el B.O. del 20/08/1999); San Juan: Ley n° 727-C (7338) "Protección integral de los derechos de todos los niños y adolescentes" (sancionada el 5/12/2002, y publicada en el B.O. del 29/12/2003); Santa Cruz: Ley n° 3.062 "Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la provincia de Santa Cruz" (sancionada el 11/06/2009, y publicada en el B.O. del 11/08/2009); Santa Fe: Ley n° 12.967 "Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (sancionada el 19/03/2009, y publicada en el B.O. del 22/04/2009); Santiago del Estero: Ley n° 6.915 "Protección integral de niñas, niños y adolescentes" (sancionada el 14/10/2008, y publicada en el B.O. del 29/10/2008); Tierra del Fuego: Ley n° 521 "Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas, Adolescentes y sus Familias" (sancionada el 28/11/2000, y publicada en el B.O. del 2/07/2001); y Tucumán: Ley n° 8.293 "Protección integral de los derechos de la familia, de las niñas, niños y adolescentes" (sancionada el 21/05/2010, y publicada en el B.O. 7/06/2010).

- ⁸ Formosa: Ley n° 696 "Código Procesal Penal de la Provincia de Formosa" (sancionada el 21/10/1987, y publicada en el B.O. del 8/01/1988); Misiones: Ley XIV n° 13 "Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones" (sancionada el 10/10/2013, y publicada en el B.O. del 29/11/2013); San Juan: Ley n° 7.398 "Código Procesal Penal de la Provincia de San Juan" (sancionada el 14/08/2003, y publicada en el B.O. del 24/10/2003); San Luis: Ley n° VI-0152-2004 "Código Procesal Criminal de la Provincia de San Luis" (sancionada el 6/10/2004, y publicada en el B.O. del 25/10/2004); Santa Cruz: Ley n° 2424 "Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Cruz" (sancionada el 16/11/1995, y publicada en el B.O. del 5/12/1995); y Tucumán: Ley n° 6.203 "Código Procesal Penal de la provincia de Tucumán" (sancionada el 15/04/2010, y publicada en el B.O. del 15/04/2010).
- ⁹ Catamarca: Ley n° 5.097 "Código Procesal Penal de la Provincia de Catamarca" (sancionada el 3/07/2003, y publicada en el B.O. del 29/08/2003); Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley n° 2.303 "Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"

junto con cambios jurisprudenciales significativos, sin que esta intensa actividad fuera acompañada por una modificación significativa de la ingeniería institucional¹⁰, imprescindible para cumplir con la nueva legalidad.

Una consecuencia directa de las referidas transformaciones legales en los dos órdenes fue el paulatino acercamiento del proceso penal juvenil al proceso penal de adultos. Este acercamiento no debería ser problemático si se interpreta que la adopción del llamado *modelo* acusatorio (o adversarial) implica, en sí misma, la solución a todos los problemas empíricos denunciados, así como la concreción del programa constitucional y de las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. Pero ése no fue el caso.

(sancionado el 29/03/2007, y publicado en el B.O. n° 2.679 del 8/05/2007); Córdoba: Ley n° 8.123 "Código Procesal Penal de Provincia de Córdoba" (sancionada el 5/12/1991, y publicada en el B.O. del 16/01/1992); Chaco: Ley 965-N "Código Procesal Penal de la Provincia de Chaco" -antes Ley n° 4.538- (sancionada el 4/11/1998, y publicada en el B.O. del 12/07/1999); Chubut: Ley XV n° 9 (antes Ley n° 5478) "Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut" (publicada en el B.O. n° 9.988 del 5/05/2006); Entre Ríos: Ley n° 9.754 "Código Procesal Penal de Entre Ríos" (sancionada el 20/12/2006, y publicada en el B.O. 9/01/2007); Jujuy: Ley n° 5.623 "Código Procesal Penal para la Provincia de Jujuy" (sancionada el 5/11/2009, y publicada en el B.O. del 30/12/2009); La Pampa: Ley n° 3192 "Código Procesal Penal de la Provincia de la Pampa" (sancionada el 9/12/2019 y publicada en el B.O. n° 3.396 del 10/01/2020); Mendoza: Ley n° 6.730 "Código Procesal Penal" (sancionada el 16/11/1999, y publicada en el B.O. del 30/11/1999); Neuquén: Ley n° 2.784 "Código Procesal Penal para la Provincia de Neuquén" (sancionada el 24/11/2011, y publicada en el B.O. del 13/01/2012); Provincia de Buenos Aires: Ley n° 11.922 "Código Procesal Penal Provincia de Buenos Aires" (sancionada el 18/12/1996, y publicada en el B.O. 23/01/1997); Río Negro: Ley n° 5.020 "Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro" (sancionada el 10/12/2014, y publicada en el B.O. n° 5319 del 12/01/2015); Santa Fe: Ley n° 12.734 "Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe" (sancionada el 16/08/2007, y publicada en el B.O. del 31/08/2007); Santiago del Estero Ley n° 6.941 "Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero" (sancionada el 17/03/2009, y publicada en el B.O. del 11/05/2009); y Tierra del Fuego: Ley n° 168 "Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur" (sancionada el 19/08/1994, y publicada en el B.O. del 9/09/1994).

- ¹⁰ En general los cambios apuntaron a la reorganización (y/o eventual expansión) burocrática administrativa y judicial, a las denominaciones y funciones de las diferentes oficinas, pero no tanto a una modificación sustantiva definida a partir de las concretas exigencias del *corpus juris* en la materia. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires es un buen ejemplo en este sentido.

Argumentaré aquí que la forma en la que tuvieron lugar los cambios, al limitarse a las leyes y al trasladar automáticamente todas las previsiones del *modelo* acusatorio (diseñado e implementado para personas adultas¹¹) a la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad, dificulta el cumplimiento de las reglas y principios contenidos en el amplio *corpus juris* internacional de protección de derechos humanos que las ampara, el cual exige ajustes legales e institucionales que, de no tener lugar, convierten al *sistema* acusatorio —en lugar de en una solución—, en un problema en términos de reconocimiento de los derechos específicos de niñas, niños y adolescentes destinatarios de una imputación penal (principio de especialidad), al procesar sus casos prácticamente de la misma forma que la prevista para los imputados adultos.

El punto que quiero sostener es que, en el afán de introducir el nuevo *modelo* procesal, no se advirtió que su implementación al margen del principio de especialidad implicaría a la larga la pérdida de los derechos y garantías de las y los adolescentes. Eso no significa afirmar que la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad no deba adjudicarse en el marco del *modelo* acusatorio; por lo contrario, tanto para adolescentes como para adultos ése es el *modelo* que mejor permite llevar adelante el programa constitucional y cumplir con el derecho internacional en lo que se refiere al aseguramiento del debido proceso legal. Lo que sostengo es que el *modelo* acusatorio *tout court* es insuficiente porque ese programa —junto con el mencionado *corpus juris*— exigen que los Estados hagan algo más: tratar a los niños, las niñas, y a las y los adolescentes como tales, con la conciencia de que son sujetos que tienen un *status* existencial diferente del de las personas adultas¹².

11 Vale recordar que tampoco la implementación del modelo acusatorio para los adultos (como sistema acusatorio) supuso un cambio automático en la efectividad de las garantías procesales (por ejemplo, con la permanencia del uso masivo de la prisión preventiva). Más allá de las ventajas del sistema acusatorio, una implementación formal no implica por sí misma un avance en la resolución de los casos con mayor justicia.

12 "...en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está condicionado por una situación de radical vulnerabilidad. Quienes se encuentran en una situación tal, no están en condiciones de negociar por sí mismos relaciones equitativas de reciprocidad de derechos y obligaciones [...] En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por

En todo caso, lo que está en discusión no es el *modelo* acusatorio sino el *modelo* garantista, el cual requiere el cumplimiento de garantías *internas* (satisfechas por el modelo acusatorio), pero además *externas*, para no incurrir en lo que Luigi Ferrajoli llamó "la falacia garantista": "... la idea de que basten las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados y actuables de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones"¹³.

II. LA EXIGENCIA DE UNA RESPUESTA ESTATAL DIFERENCIADA AL DELITO DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD (PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD) COMO DERIVACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS A SU PROTECCIÓN ESPECIAL

Desde finales del siglo pasado la Corte IDH ha delineado, gradualmente, el contenido que debe tener la respuesta estatal al delito de las personas menores de dieciocho años de edad. Lo ha hecho a través de una hermenéutica iniciada en el primer caso en el que se pronunció sobre el alcance del artículo 19 de la *Convención Americana* (Derechos del Niño) a partir del reconocimiento de la existencia de un amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños¹⁴. Esta tesis, que en posteriores decisiones extendió a otros grupos en condiciones de

ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas ...", en: Garzón Valdez, E. (1994), Desde la modesta propuesta de "Swift" hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño, *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n° 15/16, 1994, pp. 737-738.

13 Cfr. Ferrajoli, L. (1995) (Andrés Ibáñez, P.; Alfonso Ruiz, M.; Bayón, J. C.; Terradillos, J.; y Cantarero R, trads.) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, p. 940.

14 Cfr. Corte IDH, caso "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafo 194.

vulnerabilidad¹⁵, le permitió conectar las disposiciones del sistema regional con las del universal y, así, apoyarse en buena medida en este tema, sobre las *Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño*

15 La expresión "*Corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" apareció en el voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso "Blake vs. Guatemala" (Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C n° 36) y luego, en la Opinión Consultiva n° 16 "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal" (Sentencia de 1° de octubre de 1999, Serie A n° 16), la Corte la retomó, al señalar que "está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)." (párrafo 115); pero sólo recién después de "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala" comenzó a aludir –en diversas decisiones tanto contenciosas como consultivas– a la existencia de diversos *corpus juris* específicos, de protección de derechos de integrantes de grupos vulnerables: el *corpus juris*: i. "sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas" (en "Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay", Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C n° 125, párrafo 163; y en "Suárez Peralta vs. Ecuador", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 49 del voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot); ii. "de protección de los derechos de propiedad indígenas" (en "Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras", Sentencia de 8 de octubre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 305, párrafo 103); iii. "internacional aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes" (en "Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C n° 272, párrafos 129 y 135); iv. "de protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano" (en la Opinión Consultiva n° 21, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional", 19 de agosto de 2014, Serie A n° 21, párrafos 249); v. "de protección de la integridad personal de las mujeres" (en "Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C n° 160, párrafos 276 –véase también el voto razonado del juez García Ramírez–; en "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C n° 205, párrafos 225 y 248 –"en materia de prevención y sanción de la violencia contra la mujer–; y en "Ríos y otros vs. Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C n° 194, párrafo 277); vi. "de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad" (en "Chinchilla Sandoval vs. Guatemala", Sentencia de 29 de febrero de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n° 312, párrafos 9 y nota 12 del voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot); vii. "de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual" (en "Atala Riffo y niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C n° 239, párrafo 272).

y otros organismos del sistema universal, sistema que –a diferencia del regional– ha emitido una cantidad considerable de instrumentos y resoluciones sobre la justicia juvenil durante el mismo período.

La jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con la aplicación del artículo 19 de la *Convención Americana a la justicia juvenil* probablemente constituya uno de los aportes más originales en la materia de las últimas dos décadas. De forma consistente ha derivado del derecho de los niños a su protección especial (o a medidas especiales de protección), la obligación estatal de proveer una respuesta penal integral diferenciada para personas menores de dieciocho años de edad (principio de especialidad).

Si se analiza con detenimiento la jurisprudencia del Tribunal, el principio de especialidad aparece como la traducción del derecho de los niños a su protección especial en la justicia juvenil. Esa traducción irradia sus efectos normativos y político-criminales sobre todos los derechos y garantías de la justicia penal, tanto sustantivos como procesales. Del mismo modo que para el Comité sobre Derechos del Niño, para la Corte IDH el principio de especialidad tiene efectos en los mecanismos restaurativos¹⁶, en el proceso que se sigue a las y los adolescentes¹⁷, en los órganos encargados de intervenir en dichos procesos¹⁸, en las leyes que determinan la responsabilidad penal de la persona menor de edad y sus consecuencias¹⁹, así como –arriesgaré aquí–, en la interpretación que hace de la ley penal general (dogmática especializada)²⁰.

16 Cfr. Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, cit. párrafo 211.

17 Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. párrafos 95, 98 y 101; caso "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, cit. párrafo 146.

18 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. párrafo 109; casos "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, cit. párrafo 210; "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, cit. párrafo 146; entre otros.

19 Corte IDH, caso "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, cit. párrafos 151, 162/166, 175; entre otros.

20 Con la misma idea, Couso Salas, J. (2012), La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII*, Valparaíso, 2012, 1er. semestre, pp. 267/322; y,

El Tribunal parte del reconocimiento de que los niños son diferentes de los adultos, motivo por el cual requieren de diferentes medidas de protección que les permitan disfrutar de los derechos en un proceso (no solo penal)²¹:

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.²²

Por esa razón exige que cualquier actuación que afecte a un niño "... debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo

más en general, Duce, M., y Couso Salas, J. (2013), *Juzgamiento penal de adolescentes*, Santiago: Lom.

²¹ En pocas ocasiones se encuentra la idea expresada tan clara como en el siguiente párrafo del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez: "En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar [...] –y en ello es enfática la Opinión Consultiva– que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la 'diferencia' entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas 'especiales' con respecto a los niños. La idea misma de 'especialidad' constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe –una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho– y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.", Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 27 del voto concurrente razonado del (cursivas agregadas).

²² Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 96.

momento su idoneidad y legitimidad". Con lo que, si bien los derechos y garantías procesales son aplicables a todas las personas, "...en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran [...], la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías."²³ Y además, "...las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención [Americana] se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño".²⁴

III. LOS ALCANCES DEL DEBIDO PROCESO LEGAL Y EL "JUICIO JUSTO" PARA LOS ADOLESCENTES INFRACTORES (EL MODELO ACUSATORIO EN CLAVE DE ESPECIALIDAD)

Dentro de los instrumentos y resoluciones que integran el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de los niños, las del Comité de Derechos del Niño ocupan un lugar central. Éste, en su *Observación General n° 24* que reemplazó la n° 10 sobre el mismo tema, analiza extensamente la respuesta estatal al delito de las personas menores de dieciocho años de edad. En particular, en relación con instituciones propias del modelo acusatorio, el documento incluye breves consideraciones sobre

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 98.

²⁴ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", Serie C n° 112, cit., párrafo 209; y Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 95. El tratamiento diferenciado comprende necesariamente también a los niños y niñas víctimas y testigos, así como a todas las situaciones en las que un niño comparece frente a una autoridad judicial o administrativa, en tanto el derecho a la protección especial es un derecho de todos los niños. No debe confundirse con el principio de especialidad que sólo se refiere a una respuesta penal diferenciada, aunque ambos impliquen derechos y garantías comunes.

las formas alternativas (*diversión o disposition*²⁵ sea que se recurra o no a procedimientos judiciales²⁶), la prisión preventiva²⁷ y el juicio²⁸.

Analizaré a continuación los derechos y garantías procesales que integran la respuesta estatal al delito del menor de edad en el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos específico, a partir de la interpretación que hacen de ellos la Corte IDH y el Comité de Derechos del Niño, para mostrar cómo ambos organismos ajustan los derechos y garantías generales derivados del debido proceso legal (*modelo* acusatorio) al principio de especialidad, con lo que se asegura en todos los casos el derecho de los niños imputados de delitos, a su protección especial.

III. i. Formas alternativas a la justicia (justicia restaurativa o diversión) o al juicio penal (disposición, principio de oportunidad, remisión, mediación o conciliación, suspensión a prueba)

La utilización de mecanismos alternativos a la justicia penal (*diversión*) constituye un mandato directo de la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 40. 3. b) que extiende sus efectos también hacia formas alternativas al juicio penal (disposición). Ninguno de estos mecanismos podía adoptarse dentro de marcos legales inquisitivos debido a la rígida concepción del principio de legalidad procesal que lo caracterizaba.

Un amplio sistema de respuestas restaurativas es uno de los componentes centrales de una justicia juvenil que respeta materialmente el

principio de especialidad²⁹. Así lo han reconocido la Corte IDH³⁰ y el Comité³¹. Este último define a las *medidas extrajudiciales* como aquellas "...que evitan recurrir a procedimientos judiciales [...] [e] implican derivar asuntos fuera del sistema de justicia penal oficial, por lo general a programas o actividades. Además de evitar la estigmatización y los antecedentes penales, este criterio resulta positivo para los niños, es acorde con la seguridad pública y ha demostrado ser económico"³²; ellas solo deben utilizarse cuando existan pruebas convincentes de que el niño ha cometido el presunto delito, de que con información adecuada y específica, junto con asistencia jurídica y de otro tipo, reconoce su responsabilidad "libre y voluntariamente", y de que este reconocimiento no se utilizará en su contra en ningún procedimiento judicial posterior. No pueden incluir la privación de libertad y, cuando se cumpla con la medida extrajudicial, se debe considerar cerrado definitivamente el caso³³.

En relación con las "intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales (*disposición*)" señala que se deben "ofrecer amplias oportunidades para aplicar medidas sociales y educativas y limitar estrictamente el uso de la privación de libertad, desde el momento de la detención, a lo largo de todo el procedimiento y en la sentencia" y que se debe asegurar

29 Un análisis exhaustivo del tema en Beloff, M. (2017), *Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil*, en: *Buenas prácticas para una justicia especializada*, Buenos Aires: Jusbaire, 2017, pp. 83/107.

30 También, Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 211.

31 También, Comité de Derechos Humanos (2007), *Comentario General n° 32* El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (2007): "Siempre que sea apropiado, en particular cuando se trate de rehabilitar a los menores que presuntamente hayan cometido actos prohibidos por el derecho penal, deberán verse medidas distintas de los procedimientos judiciales, como la mediación entre el autor y la víctima, conferencias con la familia del autor, servicios de orientación y apoyo psicológico, servicios a la comunidad o programas educativos, a condición de que sean compatibles con los requisitos del Pacto y otras normas pertinentes de derechos humanos." (párrafo 44).

32 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 15.

33 *Idem*, Párrafo 18.

25 Curiosa elección terminológica utilizada por la legislación argentina hace décadas y presente todavía en el Régimen Penal de la Minoridad (Ley n° 22.278/22.803).

26 El Comité de los Derechos del Niño en la *Observación General n° 24* sostiene que, de acuerdo con el artículo 40.3.b) de la CDN, los estados deben promover la adopción de medidas sin recurrir a procedimientos judiciales, para lo cual distingue dos categorías: a) "intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales" (párrafos 15/18), y b) "intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales –disposición–" (párrafo 19). Cfr. *Observación general n° 24* (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24, 18 de septiembre de 2019.

27 *Idem*, párrafos 82/95 ("Privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la sentencia").

28 *Idem*, párrafos 38/71 ("Garantías de un juicio imparcial").

"...un servicio de libertad vigilada o un organismo similar con personal competente que garantice recurrir, en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles, 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 en libertad anticipada."³⁴

Todas las leyes latinoamericanas prevén formas alternativas en sus dos variantes (*diversion* y *disposition*), bajo diferentes formatos jurídicos: como justicia restaurativa propiamente dicha, como conciliación, como mediación, como aplicación de criterios de oportunidad reglada (facultad de ejercicio discrecional regulado del ministerio público fiscal³⁵), como remisión (principio de oportunidad aplicado a la justicia juvenil) o como suspensión del proceso a prueba.³⁶

³⁴ Ídem, Párrafo 19.

³⁵ "19. En los países donde los fiscales están investidos de facultades discrecionales para pronunciarse sobre el enjuiciamiento de un menor, deberán tenerse especialmente en cuenta el carácter y la gravedad del delito, la protección de la sociedad y la personalidad y los antecedentes del menor. Cuando se pronuncien, los fiscales tendrán especialmente en cuenta las posibles alternativas del enjuiciamiento de conformidad con las leyes y procedimientos pertinentes en materia de justicia de menores. *Los fiscales harán todo lo posible por emprender acciones contra menores únicamente en los casos que sea estrictamente necesario.*" (cursivas agregadas) *Directrices sobre la función de los fiscales*, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF. 144/28/Rev. 1 p. 189 (1990).

³⁶ Por ejemplo, Brasil: "Estatuto del Niño y del Adolescente" (Ley n° 8.069), Capítulo V (De la remisión); Chile: Ley n° 20.084 "Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal", artículo 35 (Principio de oportunidad); Ecuador: "Código de la Niñez y Adolescencia", artículos 336, 351 (Remisión con autorización judicial), 352 (Remisión fiscal), y 356 (Audencia de evaluación y preparatoria de juicio); Guatemala: "Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia" (Decreto n° 27-03), Sección III (Formas de terminación anticipada del proceso); Nicaragua: "Código de la Niñez y la Adolescencia" (Ley n° 287), Cap. II (La conciliación); Perú: "Código de los niños y adolescentes" (Ley n° 27.337), Cap. VI (Remisión del proceso); y República Dominicana: "Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes" (Ley n° 136/03), artículo 245 (Formas de terminación anticipada del proceso). En la República Argentina, en razón del modelo federal, el Derecho público provincial regula algunas de estas medidas. Por mencionar algunos ejemplos: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley n° 2.451 "Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad

La remisión se incorporó por primera vez en el *Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil* (1989) como reglamentación de la *Regla 11 de Beijing*³⁷, en el entendimiento de que se trataba de un tipo de mecanismo de exclusiva aplicación en el ámbito de la justicia juvenil. De hecho, no es regulada por los códigos procesales penales acusatorios. En rigor, se

Autónoma de Buenos Aires", Título VIII (Vías alternativas de resolución de conflicto), artículos 54/75; Córdoba: Ley n° 9.944 "Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba", Cap. I *Bis* (Vía alternativa de resolución de conflictos), y el artículo 86 *bis* (Aplicación de normas) remite al Código Procesal Penal de la provincia (Ley n° 8.123) en cuanto a las reglas de disponibilidad de la acción (Sección Segunda - Reglas de disponibilidad de la acción penal, artículos 13 *bis/quinquies*) y de la suspensión de prueba (Título 4 - Suspensión del proceso a prueba, artículo 360 *bis*); Chubut: "Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut" (Ley XV-9 -antes Ley n° 5.478-), y artículo 407 (Mediación); Entre Ríos: Ley n° 10.450, Cap. X artículos 112/118 (De los medios alternativos al proceso penal y/o la sanción de la remisión de casos), y artículos 119/123 (De la mediación penal juvenil); Neuquén: Ley n° 2.302 "Protección integral del niño y el adolescente", artículo 64 (Promoción de acción penal y archivo), y 86 (Suspensión del proceso a prueba). Por otro lado, la ley n° 2.879 crea el Programa de mediación penal en el ámbito del Poder Judicial para poner en práctica el principio rector establecido en el artículo 64 de la Ley n° 2.302 y en el artículo 17 del Código Procesal Penal (Ley n° 2.784); y Provincia de Buenos Aires: Ley n° 13.634, artículo 1° dispone la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la provincia (Ley n° 11.922), Capítulo IV, artículo 404 (Suspensión del proceso a prueba).

³⁷ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, Regla 11. Remisión de casos: "11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente. 11.2. La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. 11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas." También, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*, # 57 y 58. La derogada Observación General n° 10 mencionaba a la remisión como medida alternativa en varios párrafos (párrafos 3, 24, y 27, entre otros).

denomina *remisión* a lo que técnicamente es una variante del principio de oportunidad, esto es, la facultad discrecional del Ministerio Público Fiscal para decidir en qué casos va a sostener la acción penal pública y en cuáles no³⁸, más allá de que en algunas jurisdicciones se la reglamente como facultad judicial³⁹.

³⁸ Por ejemplo, en Entre Ríos (una de las provincias que ha regulado el tema de forma más reciente y completa), la ley n° 10.450, en el artículo 112, dispone que la remisión "es la medida por la cual se evita la apertura de proceso penal al adolescente punible o se lo excluye del mismo una vez iniciado, con el fin de evitar los efectos negativos que éste pudiera ocasionar a su *desarrollo integral*" (cursivas agregadas). Establece que: "Sólo podrá utilizarse cuando se disponga de pruebas de que el adolescente ha cometido el delito que se le endilga, que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y que ese consentimiento no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior. Deberá informarse al adolescente en forma adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido, la duración de la medida y las consecuencias de su incumplimiento. Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la Remisión del caso deberán ser de sencillo cumplimiento, estar de acuerdo con su edad, su desarrollo, sus potencialidades y expresamente determinadas en cuanto su naturaleza y duración" (artículo 113). No procede "cuando se trate de infracciones tipificadas como delitos dolosos contra la vida, la integridad sexual, lesiones gravísimas y/o cometidos con armas" (artículo 114). El fiscal puede disponerla, "al momento de la apertura de la investigación o luego de la audiencia de imputación y en cualquier etapa posterior", con acuerdo del adolescente y su defensor, "cuando el adolescente se comprometiera a seguir un programa de orientación", para lo que con buen criterio se requiere un dictamen al equipo técnico interdisciplinario sobre la conveniencia de la medida (artículo 115). Las pautas de conducta y/o la remisión a programas comunitarios o de orientación son dispuestas por el juez o tribunal en una audiencia común, previo acuerdo de partes y del querellante, si lo hubiera (artículo 116). La remisión "quedará por fuera del proceso penal, el cual quedará paralizado y los plazos suspendidos a partir del acta de concesión" (artículo 117). El tiempo máximo de la remisión es un año; cumplido este plazo, si el adolescente cumplió las pautas y no fue condenado por un nuevo delito, se debe disponer su sobreseimiento o absolución; por lo contrario, en caso de incumplimiento, se debe disponer la revocación de la remisión y la continuidad del trámite judicial (artículo 118).

³⁹ En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la ley n° 2.451 regula la remisión como una "vía alternativa de resolución del conflicto" (artículo 53). En el artículo 75, dispone que: "La persona menor de dieciocho (18) años de edad sometida a proceso podrá por sí, o a través del/la Defensor/a requerir que se examine la posibilidad de no continuar el proceso, tomando en cuenta la gravedad del delito, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. También procederá a pedido del/la Fiscal Penal Juvenil. *El/la Juez/a Penal Juvenil puede actuar de oficio. Si el/la Juez/a considera admisible el pedido* convocará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con el/la imputado/a y la víctima, *podrá resolver* remitir a la persona menor de dieciocho (18)

La dificultad que se plantea en la práctica con todos los mecanismos y/o salidas alternas a la justicia juvenil o al juicio, se vincula tanto con los plazos y oportunidades para su interposición, como con el contenido del programa y/o de la reparación que se determine en cada oportunidad. En el primer supuesto, al extenderse a la justicia juvenil los criterios de preclusión del proceso penal general, en lugar de habilitar la utilización de estas instancias a lo largo de todo el proceso de modo que prevalezca el ideal restaurativo frente al adjudicatorio, de seguridad jurídica y economía procesal (en este caso, debido a la pérdida de recursos económicos que significaría disponerlas en procesos avanzados). En el segundo supuesto, como en la mayoría de los casos se utilizan estas formas por derivación al sistema procesal penal de adultos, su implementación pierde de vista el principio de especialidad el cual, de aplicarse, introduciría una finalidad socio-educativa o de reintegración social⁴⁰ en el mecanismo o medida. Por ese motivo una aplicación automática de las previsiones de la ley procesal general para no iniciar los procesos o bien para terminarlos de forma anticipada, puede ser interpretada por los adolescentes como una respuesta de impunidad, lo cual conspira contra el ideal de integración o

años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, extinguiendo la acción. El auto que decide la remisión será apelable por aquellos que hubieren manifestado su oposición en la audiencia. No procederá la remisión cuando se trate de causas relacionadas con causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectúen dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho." En rigor, esta regulación sería más compatible con la suspensión del proceso a prueba al punto de que se admite su procedencia aún con oposición del fiscal.

⁴⁰ No es la ocasión para hacer una distinción entre las diferentes terminologías (re- o directamente, socialización, re- o, directamente, integración, etc.) utilizadas para, en definitiva, lograr que la intervención estatal como consecuencia de la infracción penal del adolescente se dirija a la satisfacción de sus derechos fundamentales, entre los que se incluye llevar adelante una vida digna libre de violencia. Sobre la discusión pueden consultarse, entre muchos, Baratta, A. (1991), Resocialización o control social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado, en: Revista *No hay derecho*, n° 3, abril/mayo 1991, pp. 30-34.

reintegración social⁴¹, además de desconocer los derechos de las víctimas⁴² y de la sociedad en su conjunto.

III.i.a. Los derechos y garantías que definen a un juicio justo (*fair trial*) para un adolescente

En sintonía con la jurisprudencia anglosajona, el Comité de Derechos del Niño ha resumido las exigencias derivadas de los artículos 40.2 de la *Convención sobre Derechos del Niño* y 14 del *Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos*, como las garantías de un "juicio justo" (*fair trial*, aunque en español se las tradujo inexplicablemente como garantías "de un juicio imparcial")⁴³.

Como es característico en documentos de los organismos de monitoreo de tratados, el texto resulta jurídicamente algo impreciso, de ahí que dentro de las garantías de un juicio justo se incluyan derechos y garantías materiales procesales. Como este trabajo trata del impacto del modelo acusatorio (como modelo procesal), me limitaré a analizar los derechos y garantías adjetivos de modo de mostrar cómo el Comité intenta ajustar las reglas generales derivadas del debido proceso legal, al principio de

41 Cfr. Beloff, M. (2017), *Justicia restaurativa como justicia...*, ob. cit., *passim*.

42 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 25 (Protección Judicial); *Declaración Universal sobre Derechos Humanos*, artículo 8; *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. n° 40/34); *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* (adoptadas en el marco de la XV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, marzo de 2008); y *Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* (adoptadas por el Consejo Económico y Social, en su Res. 2005/20, de 22 de julio de 2005).

43 Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., *supra* nota 28: presunción de inocencia (párrafo 43); derecho a ser escuchado (párrafo 44/45); participación efectiva en los procedimientos (párrafo 46); información sin demora y directa de los cargos (párrafos 47/48); asistencia jurídica u otra asistencia apropiada (párrafos 49/53); decisiones sin demora y con la participación de los padres o los tutores (párrafos 54/57); presencia e interrogatorio de testigos (párrafo 61); derecho de recurso o apelación (párrafo 62/63); y asistencia gratuita de un intérprete (párrafos 64/65).

especialidad. Siempre que sea posible haré referencia también a la posición de la Corte IDH sobre el punto.

III.i.b. Principio de inocencia y medidas de coerción personal

El Comité de Derechos del Niño, sobre algunos derechos y garantías, no postula ajustes a las reglas generales. Ello sucede, por ejemplo, respecto de la presunción de inocencia (artículos 40.2.b.i CDN, 14.2. PIDCyP y 8.2. CADH)⁴⁴. En otros casos, menciona las reglas generales y agrega algunos matices en función del principio de especialidad. Finalmente, hay garantías que no son reguladas por ninguna norma especial del sistema universal o regional, por ejemplo, la de *ne bis in idem*⁴⁵, motivo por el cual

44 También, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 11; *Reglas de Beijing, Regla 7*; y *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, Regla 17. Sobre el tema, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que: "La presunción de inocencia requiere que la carga de la prueba de la acusación recaiga en la fiscalía, independientemente de la naturaleza del delito. El niño tiene el beneficio de la duda y solo es culpable si los cargos han sido probados más allá de toda duda razonable...", *Observación General n° 24*, cit., párrafo 43.

45 Si bien la CDN, de forma expresa no prevé la prohibición *ne bis in idem*, el principio está reconocido en el Derecho internacional. El PIDCyP establece que: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país." (artículo 14.7); en sentido similar, la CADH dispone que "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos." (artículo 8.4.). Para la Comisión IDH "Dentro de la justicia juvenil, el principio de *non bis in idem* cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que este sistema contempla medidas alternativas a la judicialización o a la privación de la libertad, las cuales una vez aplicadas, implicarían, como lo ha sostenido el Comité de los Derechos del Niño, el cierre definitivo del caso sin equipararse la decisión a una condena. Si el caso es cerrado definitivamente a través de las medidas alternativas a la judicialización y a la privación de la libertad, la Comisión considera necesario que los Estados cuenten con registros administrativos, en el primer caso, o de antecedentes ante la justicia juvenil, en el segundo caso, con la información confidencial de niñas, niños y adolescentes sujetos a dichas medidas, con la finalidad de evitar que las autoridades del sistema judicial juvenil procesen, e incluso, condenen a los niños [...] nuevamente por los mismos hechos en contravención del principio *non bis in idem*.", Comisión IDH, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, 13 de julio de 2011, párrafo 215. Debe tenerse presente que la Comisión hacía referencia en ese documento a la *Observación General n° 10* del Comité de Derechos del Niño, ya derogada. También para la Comisión IDH, este principio "implica que una persona condenada por

ni la Corte IDH ni el Comité la han incluido en sus consideraciones, con lo que rige con los mismos alcances que respecto de imputados adultos.

Aunque dentro de la presunción de inocencia el Comité no desarrolla el tema de las medidas de coerción procesal en general, ambos organismos tratan con algún detalle la cuestión de la detención cautelar, uno de los temas donde la aplicación del principio de especialidad se complejiza. Por lo general, todavía algunas legislaciones, pero sobre todo la práctica de algunos tribunales, no distinguen su contenido —eventualmente sí su justificación—, del de las medidas de protección (que por lo general se disponen en el marco de expedientes no penales ante vulneraciones de derechos) o de las sanciones penales juveniles (que suponen una declaración de responsabilidad penal).

Las reglas sin embargo son claras:

Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio [...] deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.⁴⁶

sentencia firme, no pueda ser condenada nuevamente si existe identidad en los hechos y en el contenido del fundamento jurídico que tipificó la conducta como delictiva." En este sentido, agregó que: "... si la conducta sancionada por la ley penal coincide con la conducta sancionada por otra norma punitiva, en ocasiones incluso de carácter administrativo, y existe identidad en los hechos por los cuales el niño fue condenado por sentencia firme, éste no podrá ser condenado nuevamente porque ello implicaría violar este principio. Sin embargo, ello no implica desconocer la posibilidad de que exista concurso de delitos o la posibilidad de que, aunque exista una sentencia firme, en instancias posteriores los órganos judiciales valoren el delito originalmente imputado en beneficio del infractor", párrafo 214.

⁴⁶ *Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, Regla 17.*

Específicamente respecto de la prisión preventiva la Corte sostuvo que se trata de la "medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito"⁴⁷ y que debe tener un carácter excepcional, para lo cual la ley debe establecer con claridad sus causas y condiciones⁴⁸. En relación con personas menores de edad, el tribunal también ha identificado el contenido de la medida de coerción con el de la sanción, aunque ha establecido reglas muy precisas para su utilización: no puede durar más allá de un plazo razonable (el "plazo más breve posible"⁴⁹), ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla⁵⁰; se debe aplicar con mayor rigurosidad —como medida de último recurso⁵¹—, ya que la regla debe ser la aplicación de medidas sustitutorias⁵² como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (de acuerdo con el amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño⁵³); y la finalidad de estas "medidas sustitutorias" debe ser "asegurar que los niños

⁴⁷ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 228.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Cf. Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 231. Cf. CDN, artículo 37 b); y *Reglas de Beijing, Regla 13.1*. También: Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit, párrafo 85.

⁵⁰ Cf. Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 229. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, "La detención preventiva no debe utilizarse excepto en los casos más graves e incluso entonces, solo después de haber considerado cuidadosamente el acogimiento en la comunidad..." (Observación General n° 24, cit., párrafo 86). Agregó que: "...debe aplicarse principalmente para asegurar la comparecencia en los procedimientos judiciales y cuando el niño presente un peligro inmediato para los demás. Si el niño [...] debe ser objeto de revisión periódica y su duración debe estar limitada por la ley" (párrafo 87).

⁵¹ Cf. *Reglas de Beijing, Regla 13.1*.

⁵² Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 230. Cf. *Reglas de Beijing, Regla 13.2*; y *Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, Regla 17*.

⁵³ CDN, artículo 40.4; y *Reglas de Beijing, Regla 18* (Pluralidad de medidas resolutorias).

sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción que se les imputa⁵⁴. El Tribunal no ha creado una regla de especialidad aquí, salvo que se interprete que ella aparece: *i.* en una intensificación de la ponderación de la excepcionalidad, *ii.* en que su duración debe ser aún más breve que cuando es aplicada a adultos, *iii.* en la previsión de medidas no privativas de libertad (aunque también existen con adultos, en general nunca implementadas de modo adecuado); y *iv.* en la exigencia de revisión periódica, presente en la *Observación General n° 10* pero no contemplada en la *n° 24*.

En líneas generales, el tribunal sostuvo que en los casos donde se encuentren involucrados menores de edad, el contenido del derecho a la libertad personal no puede deslindarse de su interés superior⁵⁵, así como tampoco de la posición de garante que "con mayor cuidado y responsabilidad" debe asumir el Estado hacia ellos⁵⁶.

Sobre las requisas personales no hay reglas específicas, pero sí las hay respecto de la prohibición de arrestos arbitrarios puesto que la CDN ordena que "ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente" (artículo 37.b)⁵⁷ De acuerdo con la Corte IDH la detención debe estar "en concordancia con las garantías consagradas en la Convención siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el

principio a la presunción de inocencia, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática"⁵⁸.

Respecto de las condiciones mínimas que el Estado debe garantizar ante la detención de un niño, indicó que se requiere: que sea debidamente identificado, y que se determine su condición de menor de edad y las medidas de protección especial que le sean aplicables⁵⁹; que sea presentado inmediatamente (24 hs. para el Comité) ante el juez o la autoridad competente especializada⁶⁰; que se notifique lo antes posible a sus padres o tutores y que tome contacto con ellos; que tenga acceso inmediato a la asistencia letrada o a un abogado⁶¹; y que esté separado de los procesados adultos⁶².

III.ii. Derecho de defensa (derecho del niño a ser escuchado, a contar con asistencia técnica u otra asistencia adecuada)

Tanto la Corte como el Comité analizan el derecho a la defensa de niños y adolescentes infractores en función de la forma en la que está incluido en el Derecho internacional, no a partir de su formulación en el Derecho Constitucional y Procesal.

⁵⁴ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 230.

⁵⁵ Cf. Corte IDH, caso "Hermanos Landaeta Mejías y Otros vs. Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Serie C n° 281, párrafo 161.

⁵⁶ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 160; "Hermanos Landaeta Mejías y Otros vs. Venezuela", cit. párrafos 161 y 182; "Bulacio vs. Argentina", Serie C n° 100, párrafos 22 y 38; entre otros.

⁵⁷ El PIDCyP (artículo 9.1) y la CADH (artículo 7.3) establecen la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrarios, además de que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas." (artículo 7.2.) En este sentido, de acuerdo con el artículo 7.2 de la CADH "...cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.", Corte IDH, caso "Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela", cit. párrafo 158.

⁵⁸ Corte IDH, caso "Servellón García y otros vs. Honduras", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C n° 152, párrafo 88; "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 228; entre otros.

⁵⁹ De acuerdo con las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad: "[c]uando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo"; y "estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia" (Regla 18).

⁶⁰ Cf. Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, párrafo 90.

⁶¹ Cf. Corte IDH, casos "Bulacio vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, cit. 65, párrafo 132; "Hermanos Landaeta Mejías y Otros vs. Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. párrafo 170.

⁶² CDN, artículo 37.c.; CADH, artículo 5.5.; Reglas de Beijing, Regla 13.4; y *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Regla 17*. También Corte IDH, casos "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, cit., párrafo 172; y "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, cit. párrafo 146.

Así, por un lado analizan el derecho a ser escuchado⁶³ (artículo 12 CDN) y, por el otro, el derecho a la asistencia jurídica u otra asistencia adecuada (artículo 40.2.b.ii), lo que constituirían las dos manifestaciones centrales del derecho de defensa (material y técnica), al menos tal como se lo interpreta en el ámbito del derecho continental⁶⁴.

En relación con el derecho de defensa en sentido material (o derecho del niño a ser escuchado en un proceso penal en el que se le atribuye la comisión de un ilícito penal), además de las reglas generales, el Comité optimiza la contenida en el artículo 12 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, puesto que postula que debe tratarse de una escucha directa y no solo a través de un representante, en todas las etapas del proceso, desde el momento en que el niño entra en contacto con el sistema⁶⁵. De este modo ajusta la idea del derecho a ser oído propia de la especialidad clásica (en clave paternalista injustificada⁶⁶, puesto que en-

tonces prevalecía la opinión del representante), para asegurar el derecho de defensa en sentido material, en concordancia con el alcance que se asigna al derecho dentro del *modelo y sistema* acusatorios.

El derecho del niño a ser escuchado tiene otras implicancias, no solo jurídicas, pero en este contexto, hace a la garantía de defensa; en otras palabras, no hay debido proceso si no hay posibilidad material de que el niño pueda expresarse y ser escuchado "en un ambiente de comprensión"⁶⁷. Sobre este último punto la Corte IDH ha precisado que la participación de niños para asegurarles el mayor acceso⁶⁸ en los procesos,

Estado) tiene que hacerlo no sólo por ser más sabio o estar mejor informado sino guiado por el interés de la persona a quien se dirige su tratamiento paternalista [...] Las dos condiciones mencionadas son necesarias y su conjunción las transforma en suficientes. El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico). [...] El concepto de incompetencia básica fija un límite que algunos podrán considerar demasiado bajo. Sin embargo, me parece que es aconsejable mantenerse en esta línea de mínima y que los casos situados por encima de ella se encuentran en una zona de penumbra en la cual es muy difícil proponer criterios de aplicación universal. [...] La aceptación de estas dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la justificación moral del paternalismo jurídico permiten interpretarlo *no sólo como moralmente permitido* sino que también es posible afirmar que está *moralmente ordenado* como un medio eficaz para la reducción de las desigualdades. Es en este sentido un complemento necesario del principio de daño a terceros susceptible de ser interpretado como una obligación moral positiva. [...] Los argumentos que he procurado presentar apuntan a una justificación ética de algunas formas de paternalismo jurídico. Por ello la referencia al respeto de la autonomía de la persona y al principio de igualdad. *Sólo cuando la medida en cuestión, aplicada a un 'lb' [incompetente básico], promueve o defiende su autonomía o aspira a la superación de un déficit de igualdad puede hablarse de paternalismo éticamente justificado*. Es obvio en este sentido que formas de paternalismo jurídico practicadas en el pasado o en la actualidad no son éticamente justificables por más que puedan ser justificables desde el punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes...", en: Garzón Valdés, E. (1998), *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n° 5, pp. 156-172, cursivas agregadas.

⁶⁷ *Reglas de Beijing, Regla 14.2*; también Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 46.

⁶⁸ Corte IDH, *Opinión Consultiva n° 17*, cit. párrafo 102.

⁶³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit. párrafos 44/45. El Comité remite a la Observación General n° 12 y, de forma general, sostiene que: "Los niños tienen derecho a ser escuchados directamente, y no solo a través de un representante, en todas las etapas del proceso, desde el momento en que entren en contacto con el sistema. El niño tiene derecho a guardar silencio y no deben inferirse conjeturas negativas cuando los niños eligen no hacer declaraciones". (párrafo 45). También, Corte IDH, *Opinión Consultiva n° 17*, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", cit. párrafos 99/102 (participación del niño).

⁶⁴ Maier, J. B. J. (2004), *Derecho procesal penal. t. I. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 539-595; y t. II. *Parte General. Sujetos Procesales*, pp. 256-286.

⁶⁵ Cf. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit. párrafo 45.

⁶⁶ "El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida [...] Es obvio que la aplicación de medidas paternalistas supone una relación de superioridad en muchos casos, y, en este sentido de desigualdad. Ello se debe a la definición misma de incompetencia. Pero el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad [...] Precisamente porque el paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica, podía decir Rousseau [...] que la autoridad paternal 'toma más en cuenta la ventaja del que obedece que la utilidad del que ordena'. Fotion (1979) parece haber recogido esta idea con su sugerencia de la 'implicación completa' aplicada al modelo paternalista, es decir, que quien actúa paternalistamente (sea que se trate de un individuo, de una institución o del

depende de las características personales y de su interés superior, por lo cual los Estados tienen la obligación de evaluar la capacidad del niño para formarse una "opinión autónoma" en la mayor medida posible.⁶⁹

Es que no es lo mismo la forma en la que ejerce su derecho a ser escuchado un niño de doce años que un adolescente de diecisiete años de edad; por ese motivo, las condiciones materiales en las que esos actos se lleven a cabo pueden no ser necesariamente las mismas: ello dependerá de las necesidades de cada uno y el Estado tiene la obligación de generar la ingeniería institucional que permita que cada niña, niño y adolescente pueda expresarse y sea escuchado⁷⁰. De modo que la edad es un factor que se tiene que considerar especialmente, así como –en un ejemplo de interseccionalidad– otras condiciones personales tales como el género⁷¹, el origen étnico, las limitaciones lingüísticas o las que son consecuencia de formas expresivas propias de la cultura a la

que pertenece el niño⁷² o las circunstancias traumáticas que pudo haber atravesado⁷³.

Más adelante el Comité desarrolla, como garantía autónoma, el derecho a no declarar contra sí mismo (a no ser obligado a declararse culpable, artículo 40.2.b.iv)⁷⁴, con el alcance de que el término "obligado" debe interpretarse en sentido amplio y no ser limitado a la fuerza física, puesto que el riesgo de una confesión falsa aumenta con la edad y el desarrollo del niño, la falta de comprensión y el temor a consecuencias desconocidas, incluida la presunta posibilidad de encarcelamiento, así como en función de la duración y las circunstancias del interrogatorio⁷⁵. De forma coincidente la Corte IDH afirmó que:

... cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a este, entre

⁶⁹ En este sentido, el Comité sostuvo que el niño no debe probar su capacidad, "...los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad", Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 12, "El derecho del niño a ser escuchado"* (2009), párrafo 20.

⁷⁰ La Corte IDH sostuvo que "...hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un niño de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.", Corte IDH, *Opinión Consultiva n° 17*, cit. párrafo 101.

⁷¹ . Sobre los derechos y garantías de las niñas en la justicia juvenil puede consultarse Beloff, M. (2020), *La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil*, en: (Herrera, de la Torre, Fernández y Videtta, coord. gales.) Clérico, L. y Ronconi, L. (coords.), *Género, Derecho constitucional y derechos humanos*, t. II, Colección "Géneros, Derecho y Justicia". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni [en prensa].

⁷² En el caso "Rosendo Cantú otra vs. México" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, n° 216) la Corte concluyó que la víctima: "no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. Para poder poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a su esposo que hablaba español [...] la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia." (párrafo 185)

⁷³ Puede consultarse, Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C n° 350, párrafos 163/168; entre otros.

⁷⁴ PIDCyP (artículo 14.III.g) y CADH (artículo 8.2.g y 8.3).

⁷⁵ "El tribunal u otro órgano judicial, al considerar la voluntariedad y fiabilidad de la admisión de culpabilidad o la confesión de un niño, debe tener en cuenta todos los factores, incluidas la edad y la madurez del niño, la duración del interrogatorio o de la custodia, y la presencia de asistencia letrada u otro tipo de asistencia independiente y de los padres, tutores o adultos apropiados. Los policías y otros agentes encargados de la investigación deben tener una formación adecuada para evitar técnicas y prácticas de interrogatorio que puedan dar lugar a confesiones o testimonios poco creíbles u obtenidos bajo coacción, y, en la medida de lo posible, deberían utilizarse técnicas audiovisuales." Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 60.

ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.⁷⁶

Aunque fue algo más confusa al intentar conceptualizar la “confesión” en el párrafo anterior, tal vez por el señalado apartamiento de los organismos de monitoreo de tratados (aún jurisdiccionales) de la teoría procesal penal:

Dentro del proceso hay actos que poseen –o a los que se ha querido atribuir– especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda.⁷⁷

76 Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 129. Más adelante la argumentación se torna confusa. Sostiene que “En relación con procesos penales, afirmó que “...los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos”, razón por la cual “...no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión.”, párrafo 131. “No se entiende por qué la Corte afirmó que las personas menores de edad están excluidas de participar en procesos penales, contrariamente a lo afirmado en su propio texto [párrafos 108 y 109] y en precisas reglas internacionales, regionales y nacionales. Además, volvió a confundir aquí el sentido y los alcances de las diferentes declaraciones que puede brindar un menor de edad en un proceso que, de ser penal, en el ámbito del derecho procesal penal latinoamericano, operan como realización del derecho de defensa en sentido material y no como medio de prueba.”, Beloff, M. (2019). *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, p. 621.

77 Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 128. Este párrafo presenta dos dificultades: “Por un lado, la confesión no es un acto procesal, sino que puede resultar del contenido de un acto procesal que instrumenta un derecho fundamental como es la declaración del imputado en un proceso penal; por el otro, el texto parece referirse a toda clase de proceso (acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda)”, Beloff, M. (2019), *Derecho de los niños...*, ob. cit., p. 620.

Sobre el derecho a la defensa técnica, en palabras del *corpus juris*: a un “asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado” (artículo 40.2.b.iii)⁷⁸ –ampliamente desarrollado en las legislaciones–, subsisten numerosas dificultades en la práctica relacionadas con el hecho de que en ocasiones algunos abogados que patrocinan niños entienden que su función es similar a la de patrocinar adultos. No se ha avanzado mucho al respecto, a pesar de la producción de alguna literatura y jurisprudencia en la materia.

Por otro lado, es importante tener presente que tanto el Comité como la Corte IDH incluyen la exigencia de defensores especializados al desarrollar ampliamente los alcances del principio de especialidad en sus aspectos orgánicos (principio de especialidad en sentido amplio)⁷⁹ que se analizan más adelante.

De forma algo problemática el Comité aclara que no se debe permitir que los niños renuncien a la representación letrada “a menos que la decisión de renunciar se tome voluntariamente y bajo supervisión judicial

78 También, CADH, artículo 8.d, y PIDCyP, artículo 14.3.d; específicamente, en relación con niños, *Reglas de Beijing, Reglas 7* (Derechos de los menores) y 15 (Asesoramiento jurídico y derechos de los padres y tutores); *Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Regla 18.a* (Menores detenidos o en prisión preventiva); *Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal* (adoptados por Asamblea General de Naciones Unidas, en Res. 67/187 de 20 de diciembre de 2012), Principio 3, párrafo 58 (Asistencia jurídica a las personas sospechosas inculpadas de un delito penal); Principio 11 (Asistencia jurídica en aras del interés superior del niño), párrafos 34/35; Directriz 6 (Asistencia jurídica en la etapa posterior al juicio), párrafo 46; Directriz 10 (Medidas especiales para los niños), párrafo 53.a.; y Directriz 11 (Sistema de asistencia jurídica nacional), párrafo 22.

79 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 106; casos “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” cit., párrafos 210/211; *Opinión Consultiva n° 17*, cit. párrafo 109. De acuerdo con los *Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal* “La asistencia jurídica a los niños debe prestarse con carácter prioritario, en aras del interés superior del niño, y debe ser asequible, adecuada a la edad, multidisciplinaria, eficaz y adaptada a las necesidades jurídicas y sociales específicas de los niños.” (Principio 11 Asistencia jurídica en aras del interés superior del niño).

imparcial"⁸⁰. Se interpreta que "otra asistencia apropiada"⁸¹ es aceptable cuando los niños son remitidos a programas o se encuentran en un sistema que no da lugar a condenas, antecedentes penales o privación de libertad, pero de todos modos se indica que esta persona debe tener "conocimiento suficiente de los aspectos jurídicos del proceso de justicia juvenil y recibir una formación adecuada".

De forma concordante, todas las legislaciones latinoamericanas contemplan que los niños imputados por la comisión de infracciones penales cuenten con defensores técnicos y, en su mayoría, reclaman que sea especializado.⁸²

Por otro lado, a diferencia de los adultos, la Corte IDH determinó que los niños, además de un abogado, deben contar con asesoramiento psicológico y que se requieren formas especiales para tomarles declaración⁸³.

Dentro de la misma garantía de defensa, sobre el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete en todas las etapas del proceso (CDN, artículo 40.2.b.vi) se indica que estos deben estar capacitados para trabajar con niños⁸⁴. *La Observación General n° 24* aclara que el proceso debe

⁸⁰ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 51.

⁸¹ "Los Estados deben asegurar que se garantice al niño asistencia jurídica o asistencia de otro tipo adecuada desde el inicio del procedimiento, en la preparación y presentación de la defensa, y hasta que se agoten todas las apelaciones y/o recursos...", *Observación General n° 24*, cit. párrafo 49, y específicamente respecto de niños privados de libertad (párrafo 85). En cuanto a la mención "otro tipo de asistencia apropiada", el Comité sostuvo que: "Si los niños son remitidos a programas o se encuentran en un sistema que no da lugar a condenas, antecedentes penales o privación de libertad, una forma aceptable de asistencia puede ser 'otro tipo de asistencia apropiada' prestada por funcionarios capacitados, aunque los Estados que puedan proporcionar representación jurídica a los niños durante todos los procesos deberían hacerlo [...]". Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 52.

⁸² Entre otras, Argentina: *Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, artículo 27.c; República Dominicana: *Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes* (aprobado por ley n° 136 el 7/08/2003), artículo 253; Uruguay: *Código de la Niñez y la Adolescencia*, artículo 74.f).

⁸³ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay" cit., párrafo 211.

⁸⁴ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 64.

ser llevado en el idioma que habla el niño o debe dársele un intérprete. La preferencia por el idioma que habla el niño es crítica, sobre todo en países en los que se hablan varios idiomas.

Otra consecuencia del derecho de defensa material aparece, en términos del Comité, en la garantía de una participación *efectiva* en los procedimientos (CDN, artículo 40.2.b.iv) donde surgen más claras las exigencias derivadas de la especialidad, en tanto se reclama "el apoyo de todos los profesionales que intervienen" (con lo que se alude a los equipos interdisciplinarios con los que el Comité abre esta sección⁸⁵) y que el adolescente pueda "*comprender* las acusaciones y las posibles consecuencias y opciones, a fin de poder dar instrucciones a su representante legal, recusar a testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan [...] en un ambiente de comprensión que permita al niño participar plenamente."⁸⁶ Esta participación del niño en condiciones de igualdad y con asistencia letrada alcanza al derecho a presenciar e interrogar testigos (CDN, artículo 40.2.b.iv)⁸⁷.

III.ii.a. Derecho a recibir información sin demora y directa de los cargos

Sobre el derecho a recibir información sin demora y directa de los cargos (CDN, artículo 40.2.b.ii.)⁸⁸, el Comité mantiene la posibilidad clásica de que ello suceda directamente o, cuando proceda, a través de sus padres o tutores (a quienes no se debe confiar la explicación de los cargos)⁸⁹. Se

⁸⁵ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 39.

⁸⁶ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 46, cursivas agregadas.

⁸⁷ En sentido similar, *Reglas de Beijing, Regla 7*.

⁸⁸ Destacado agregado. En sentido similar, *Reglas de Beijing, Regla 7*.

⁸⁹ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 48. El artículo 14.4 del PIDCyP establece 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." Al interpretarlo, el Comité de Derechos Humanos, en el *Comentario General n° 32*, "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y

aclara de todos modos que las autoridades deben asegurarse que el niño reciba una explicación verbal, que comprenda los cargos, las opciones y los procesos, sin que baste con proporcionarle un documento oficial⁹⁰. Sobre esta garantía la Corte IDH sostuvo la necesidad de notificar a los familiares o responsables del niño cuando este es sometido al sistema de justicia juvenil al señalar que: "...El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada..."⁹¹

En otro orden, la exigencia de la presencia obligatoria de los padres o auténticos cuidadores en el proceso (salvo que ella no responda al interés superior del niño) expresa también el principio de especialidad.

III.ii.b. Plazo razonable

Sin que se comprenda bien el motivo, en la Observación General n° 24 el Comité regula sobre el plazo razonable (CDN, artículo 40.2.b.iii,

cortes de justicia" (2007), sostuvo que: "Los menores de edad deben gozar por lo menos de las mismas garantías y protección que el artículo 14 del Pacto concede a los adultos. Además, los menores necesitan una protección especial. En los procedimientos penales, en particular, deben ser informados de los cargos que pesan en su contra y, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, recibir asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa, ser juzgados sin demora en una audiencia con las debidas garantías, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asistencia adecuada y, a menos que se considere que ello sea contrario al interés superior del niño, en particular teniendo en cuenta su edad o situación, en presencia de sus padres o tutores legales. La detención antes del juicio o durante él debe evitarse en la medida de lo posible." (párrafo 42).

⁹⁰ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 48.

⁹¹ Corte IDH, caso "Bulacio vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C n° 100, párrafo 130; "Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C n° 110, párrafo 93; "Hermanos Landaeta Mejía y otros vs. Venezuela", cit., párrafo 170; entre otros.

decisiones sin demora) junto con el derecho a la participación de los padres o tutores.

En cuanto al primer punto se precisa que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la conclusión de las actuaciones debe ser mucho más corto que el establecido para los adultos, sin que la brevedad afecte el respeto pleno de las garantías jurídicas⁹²; y que deben aplicarse plazos igualmente breves para las medidas extrajudiciales.⁹³

La Corte IDH no se ha expedido en causas de adolescentes infractores sobre la vulneración del plazo razonable⁹⁴, sino solo respecto del

⁹² Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafos 54/55. "En razón de la edad de los niños sometidos a esta justicia especializada, las decisiones deben ser tomadas en forma rápida, sin que ello implique negar alguna de las garantías del debido proceso. La importancia de la razonabilidad del plazo de los procesos ante el sistema de justicia juvenil no se limita únicamente a los casos en que se haya privado de libertad al niño acusado, puesto que, independientemente de las medidas de prisión preventiva, la duración del proceso afecta los derechos de los niños.", Comisión IDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, cit., párrafo 204.

⁹³ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 55. Tanto el PIDCyP (artículos 9.3. y 14.3.c) como la CADH (artículos 7.5 y 8.1.) disponen que toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un "plazo razonable" y "a ser juzgado sin dilaciones indebidas"; en tanto la CDN establece que la causa será dirimida "sin demora" (artículo 40.2.iii). De acuerdo con las *Reglas de Beijing*: "Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias." (Regla 20) "La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra.", Cfr. *Comentario a la Regla 20*.

⁹⁴ Algunas legislaciones locales regulan la duración del proceso seguido contra adolescentes penalmente responsables: Catamarca: la Ley n° 5544 "Régimen Procesal de responsabilidad penal juvenil" establece que "La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de noventa (90) días a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal Penal deberá solicitar prórroga al/la Juez/a Penal, quien podrá acordarla hasta por sesenta (60) días más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. En caso de flagrancia el plazo de la investigación preparatoria será reducido a la mitad. Si hubiere más de un/a (1) imputado/a el término correrá independientemente para cada uno de ellos. El/la imputado/a podrá cuestionar las prórrogas ante el/la Juez/a, solicitando que se fije un plazo razonable para que se clausure la investigación preparatoria, que no podrá exceder los

plazo de duración de la prisión preventiva⁹⁵ del plazo para revisar la condena y obtener la libertad condicional⁹⁶. En general y, particularmente, en causas en las que las víctimas fueron niños, afirmó que para determinarlos deben tenerse en cuenta: la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; la conducta de las autoridades judiciales; y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada

previstos precedentemente. El proceso penal tiene un plazo máximo de duración de un (1) año, a contar desde la declaración del imputado y hasta el dictado de la sentencia." (artículo 36 Plazos-perentoriedad); Ciudad Autónoma de Buenos Aires: la Ley n° 2.451 Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que: "La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de noventa (90) días a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal Penal Juvenil deberá solicitar prórroga al/la Juez/a Penal Juvenil, quien podrá acordarla hasta por sesenta (60) días más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. En caso de flagrancia el plazo de la investigación preparatoria será reducido a quince (15) días, prorrogable hasta por quince (15) días más en los mismos términos que en el párrafo anterior. Si hubiere más de un/a (1) imputado/a el término correrá independientemente para cada uno de ellos. El/la imputado/a podrá cuestionar las prórrogas ante el/la Juez/a, solicitando que se fije un plazo razonable para que se clausure la investigación preparatoria, que no podrá exceder los previstos precedentemente." (artículo 47); Santa Fe: Ley n° 11.452, Código Procesal Menores, dispone que: "Sin perjuicio de la interposición del recurso previsto en el Artículo 83, se completará la investigación penal, con intervención del Asesor de Menores, el Defensor del Menor y el Fiscal, en un plazo que no excederá de sesenta días. Durante dicho plazo no se admitirá ningún recurso" (artículo 84).

⁹⁵ Cf. CDN, artículo 37.b. La Corte IDH, en el caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", sostuvo que, en el caso de niños, la prisión preventiva debe aplicarse durante el "plazo más breve posible" (párrafo 231), cit. *supra* nota 49.

⁹⁶ En el caso "Mendoza y otros vs. Argentina" la Corte sostuvo que: "...al momento de los hechos el artículo 13 del Código Penal de la Nación contemplaba la libertad condicional para las personas sancionadas con prisión y reclusión perpetuas, luego de cumplidos 20 años de condena [...] este período fijo luego del cual podría solicitarse la excarcelación no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, las cuales se van actualizando con el transcurso del tiempo y, en cualquier momento, podrían demostrar un progreso que posibilitaría su reintegración en la sociedad [...] Todo lo contrario, es un plazo abiertamente desproporcionado para que los niños puedan solicitar, por primera vez, la libertad, y puedan reintegrarse a la sociedad, pues los niños son obligados a permanecer más tiempo privados de la libertad, es decir 20 años, con el fin de poder solicitar su eventual libertad, que el tiempo vivido antes de la comisión de los delitos y de la imposición de la pena..."; párrafo 296.

en el proceso.⁹⁷ De esos cuatro requisitos, el que tiene connotaciones específicas derivadas de la edad es el último, aunque el tribunal no las ha desarrollado concretamente en ningún caso.

En este tema se plantea una de las mayores dificultades interpretativas de la justicia juvenil, originada en la tensión permanente entre las exigencias procesales y la satisfacción del mejor interés del niño, reconocido como principio rector en cualquier decisión que involucre a una persona menor de edad. La gravedad y la urgencia no deben ser valoradas en general, sino en función de la especificidad del sujeto (niño), de su condición esencial de vulnerabilidad; en estos casos, los deberes estatales se intensifican y requieren la ponderación de factores adicionales (derivados del derecho a su protección especial) a los considerados en casos en los que se encuentran involucrados adultos.

III.ii.c. Derecho al recurso

Otra diferencia con las reglas generales derivadas del modelo acusatorio, es que el Comité no limita el derecho al recurso (CDN, artículo 40.2.b.v⁹⁸; PIDCyP 14.5; CADH, artículos 8.2.h y 25) –extrañamente traducido como apelación⁹⁹– a los delitos más graves¹⁰⁰. Una vez más prima el principio

⁹⁷ Corte IDH, casos "Furlan y familiares vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 152; "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C n° 214, párrafo 133; "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C n° 350, párrafo 278; entre muchos otros.

⁹⁸ En sentido similar, *Reglas de Beijing, Regla 7*.

⁹⁹ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 62 (Derecho al recurso o apelación/*Right of review or appeal*).

¹⁰⁰ Además, tanto el mencionado Pacto (artículo 9.4.) como la CADH (artículo 7.6.) reconocen a toda persona privada de libertad el "derecho a recurrir" ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida "sobre la legalidad" de la medida. Sobre el tema la Corte sostuvo que "...el derecho de recurrir del fallo adquiere una relevancia especial tratándose de la determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos.", caso "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, cit. párrafo 247. De acuerdo con la Comisión: "...en todos los casos, el derecho al recurso

de especialidad sobre la idea de economía procesal, en tanto la mayor cantidad de infracciones que cometen los adolescentes no son graves como no deben serlo sus consecuencias jurídicas, lo cual conduciría –de aplicarse los criterios generales– a que ninguna de ellas fuera revisable.

Por otro lado, a diferencia de un modelo acusatorio (de partes) estricto, la *Observación General n° 24* recomienda que se analice la inclusión de recursos automáticos (de oficio) para ciertas decisiones (como la aplicación de una pena privativa de la libertad)¹⁰¹.

III.ii.d. Derecho al pleno respeto de la vida privada

Finalmente, del derecho al pleno respeto de la vida privada en todas las fases del procedimiento (artículos 16 y 40.1 y 2.b.vii¹⁰²) se derivan varias reglas. La central es directamente contraria a su equivalente en el modelo acusatorio de adultos¹⁰³, al exigirse que los Estados celebren las

debe garantizar un nuevo examen integral de toda la decisión recurrida, lo que implica que este recurso debe incluir la posibilidad de impugnar la adopción de medidas cautelares y de sanciones, así como toda resolución judicial relevan.” Comisión IDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, cit., párrafo 211.

¹⁰¹ Comité de Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 62.

¹⁰² Las *Reglas de Beijing* disponen que: “Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad” y que “no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.” (Regla 8) “La regla 8 destaca la importancia de la protección del derecho de los menores a la intimidad. Los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas sobre los efectos perjudiciales (de diversos tipos) que dimanar de la individualización permanente de los jóvenes como ‘delincuentes’ o ‘criminales’ [...] también hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados). Corresponde proteger y defender, al menos en principio, el interés de la persona...”, Comentario a la Regla 8.

¹⁰³ El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.” (CADH, artículo 8.5); “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal,

audiencias de la justicia juvenil a puertas cerradas, con excepciones muy limitadas claramente definidas por la ley, con lo que se disuelve la regla de publicidad de los juicios orales.

También se reclama: que si el veredicto y/o la sentencia se dictan en público en una sesión del tribunal, no se revele la identidad del niño¹⁰⁴; que los expedientes y registros sean de carácter estrictamente confidencial; que los informes de jurisprudencia relativos a niños sean anónimos; que no se incluyan datos de niños en cualquier registro público de delincuentes o cualquier otro registro que, sin ser público, dificulte el acceso a oportunidades de reintegración¹⁰⁵; que exista una protección permanente contra la publicación de información relativa a delitos cometidos por niños; y que se eliminen los antecedentes penales de los niños cuando alcancen la edad de 18 años, automáticamente o, en casos excepcionales, tras un examen independiente¹⁰⁶.

Para la Corte IDH:

Quando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos,

cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; “...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.” (PIDCyP, artículo 14.1); también, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 11.

¹⁰⁴ “[A]un en los casos en que se excluye al público del juicio, la sentencia, con inclusión de las conclusiones esenciales, las pruebas clave y los fundamentos jurídicos, se deberá hacer pública, excepto cuando el interés de menores de edad exija lo contrario.”, Comité de Derechos Humanos, *Observación General n° 32* (2007), “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales”, párrafo 29. También, Corte IDH, caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, Serie C n° 112, cit., párrafo 211.

¹⁰⁵ Tanto las *Reglas de Beijing* (Regla 21) como las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Regla 3.12) establecen la confidencialidad de los registros/expedientes de los menores, los que no podrán ser consultados por terceros sino sólo por personas directamente interesadas o autorizadas. Tampoco “...se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.”, *Reglas de Beijing*, Regla 21.2.

¹⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit. párrafos 66/71.

no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura...¹⁰⁷

Algunas leyes provinciales argentinas y latinoamericanas mantienen la prohibición de juicio público, pero otras habilitan al niño –con asistencia jurídica–, a decidir si prefiere un juicio reservado o una audiencia pública. De todos modos, en ningún caso se habilita la difusión en los medios y el acceso irrestricto de medios a la sala de audiencia¹⁰⁸.

IV. LA DIMENSIÓN ORGÁNICA DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Tanto el PIDCyP (artículo 14.1) como la CADH (artículo 8.1.), establecen que toda persona tendrá derecho a ser oída, con las debidas garantías por un "juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley..."¹⁰⁹; y puntualmente, la CDN dispone que "...la causa será

¹⁰⁷ Corte IDH, *Opinión Consultiva n° 17*, cit. párrafo 134.

¹⁰⁸ Entre otros, Bolivia: *Código niña, niño y adolescente* (Ley n° 548), artículo 310; Colombia: *Código de la infancia y la adolescencia* (Ley n° 1.098) artículo 147; Costa Rica: *Ley de Justicia Penal Juvenil* (Ley n° 7576), artículo 99; Perú: *Código de los niños y adolescentes* (Ley n° 27.337), artículo 190 (Principio de confidencialidad y reserva del proceso). En el ámbito local: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley n° 2.451, artículo 78; Córdoba: Ley n° 9.944 *Promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, artículo 104; Chubut: *Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut* (Ley n° XV-9), artículo 409; Entre Ríos: Ley n° 10.450, artículo 104; La Pampa: *Régimen de protección a la minoridad y creación del Fuero de la Familia y el Menor en el Poder Judicial* (Ley n° 1270), artículo 29; Misiones: *Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones* (Ley n° XIV-13), artículo 430; San Luis: *Juzgados de Familia y Menores* (Ley n° IV-0089-2004), artículo 20; Santa Cruz: *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Cruz* (Ley n° 2424), artículo 396; y Tierra del Fuego: *Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur* (Ley n° 168), artículo 381.

¹⁰⁹ En sentido similar, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 10; y *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, artículo 26. La Corte IDH sostuvo que: "La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial

dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley..." (artículo 40.2.b.iii.)¹¹⁰. Sobre estas exigencias de la organización judicial, la Corte IDH agregó la necesidad de establecer órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a personas menores de edad, distintos de los correspondientes a los mayores de edad¹¹¹:

...Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad...¹¹²

En la misma línea y de forma complementaria estableció que:

...una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de *órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos* y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal...¹¹³

competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales..." Opinión Consultiva n° 17, cit. párrafo 120.

¹¹⁰ En sentido similar, *Directrices de Riad*, *Directriz 52*.

¹¹¹ Cfr. CDN, artículo 40.3.

¹¹² Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 109, destacado agregado. En este sentido, en el caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay" concluyó que: "...el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, violó los artículos 2 y 8.1 de la CADH, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma" (párrafo 213).

¹¹³ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay" cit., párrafo 210, cursivas agregadas. También, Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit., párrafo 109;

Más allá de las referencias generales a la temática y de remisiones a las disposiciones de la *Convención sobre Derechos del Niño*, al redefinir el alcance y las características de la justicia de menores, la Corte IDH sostuvo en un caso sobre adolescentes privados de libertad, que la jurisdicción especial para niños infractores, así como sus leyes y procedimientos, deben tener, entre otras, las siguientes características: el reconocimiento de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y el aseguramiento de que quienes ejerzan estas facultades estén especialmente preparados y capacitados en temas relacionados con "los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales".¹¹⁴

En resumen, el Tribunal exige no solo un régimen legal específico (especialidad restringida o formal) sino también la creación de órganos jurisdiccionales especializados encargados de desarrollar un proceso especial en el que se aseguren a los adolescentes todos sus derechos (especialidad orgánica o material).¹¹⁵

Con el mismo alcance se expidió el Comité de los Derechos del Niño:

caso "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, cit. párrafos 146/147.

¹¹⁴ Cf. Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", cit., párrafo 211. También, Reglas de Beijing, Regla 6.3.

¹¹⁵ En este sentido, en el caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay" concluyó que: "...el Estado, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial, violó los artículos 2 y 8.1 de la CADH, ambos en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma" (párrafo 213) De acuerdo con la Comisión IDH, "...todos los procesos en los que estén involucrados niños menores de 18 años deben ser conocidos por un juez especializado en la materia como parte del derecho de toda persona a ser juzgada por un órgano judicial competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley". Comisión IDH, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, cit. párrafo 162.

Un sistema integral de justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al niño asistencia letrada u otro tipo de asistencia adecuada.¹¹⁶

Por lo que recomendó que los Estados que "...establezcan tribunales de justicia juvenil como entidades separadas o como parte de los tribunales existentes" y que, en aquellos casos en que no sea posible, "se nombre a jueces especializados para entender de los casos de justicia juvenil."¹¹⁷

¹¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 106.

¹¹⁷ Ídem, párrafo 107. En sentido similar las *Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal o Directrices de Viena* (aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 1997/30 de 21 de julio de 1997), establecen una cláusula flexible: "Los Estados deben crear Tribunales de Menores con jurisdicción principal sobre los menores que cometan actos delictivos y procedimientos especiales concebidos para tener en cuenta las necesidades concretas de los niños. Como alternativa, los tribunales ordinarios deberán incorporar esos procedimientos en la forma que corresponda. Siempre que sea necesario, de conformidad con los artículos 3, 37 y 40 de la Convención, se estudiará la adopción de medidas legislativas nacionales y de otra índole para que se reconozcan al niño, todos sus derechos y se le asigne protección cuando comparezca ante un tribunal que no sea de menores.", Directriz 14 b). Por su parte, la Comisión IDH sostuvo que: "...mira con preocupación que, fuera de las ciudades principales es frecuente que no existan jueces específicamente designados o capacitados para atender los casos de niños que son acusados de infringir leyes penales, de forma tal que el grado de especialización que exhibe el sistema jurídico es incluso menor. En muchos Estados, en los distritos fuera de la Capital o de las ciudades principales, los niños infractores son procesados por jueces ordinarios. De hecho, es común que el mismo juez que conoce todos los demás asuntos conozca los relativos a la justicia juvenil, o, si existe un juez de lo familiar, éste se encargue de los niños infractores. La distribución geográfica del sistema de justicia juvenil es un elemento básico para evaluar la capacidad del Estado para procesar y sancionar a niños infractores según los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Si bien la Comisión reconoce que no siempre es posible que existan en todo el territorio jueces dedicados a conocer exclusivamente casos de niños acusados de infringir leyes penales, considera que, como mínimo, los jueces que conozcan estos casos deben estar debidamente capacitados para poder decidir casos sobre justicia juvenil, en aplicación de todos los derechos y garantías específicos establecidos para los niños...", Comisión IDH, *Justicia Juvenil y derechos humanos en las Américas*, cit., párrafo 91.

La dimensión orgánica del principio de especialidad se verifica no solo en los organigramas y espacios institucionales, sino también, fundamentalmente, en el entrenamiento¹¹⁸:

En aras de la calidad de la administración de la justicia juvenil, es esencial que todos los profesionales involucrados reciban una formación multidisciplinaria adecuada sobre el contenido y el significado de la Convención. Dicha capacitación debe ser sistemática y permanente, y no debe limitarse a informar sobre las disposiciones legales nacionales e internacionales aplicables en la materia. Debe incluir información, tanto novedosa como ya establecida, procedente de diversos ámbitos sobre, entre otras cosas, las causas sociales y de otra índole de la delincuencia, el desarrollo social y psicológico de los niños, incluidos los descubrimientos recientes de la neurociencia, las disparidades que pueden constituir discriminación contra determinados grupos marginados, como los niños pertenecientes a minorías o a pueblos indígenas, la cultura y las tendencias del mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades de grupo, y las medidas extrajudiciales y las sentencias no privativas de la libertad de que se dispone, en particular las medidas que evitan recurrir a procedimientos judiciales.¹¹⁹

Otro requisito de la dimensión orgánica del principio de especialidad es la existencia de equipos multidisciplinarios¹²⁰ que asesoren, como auxiliares

del juez (eventualmente, también del ministerio público fiscal y/o de la defensa pública) en la adopción¹²¹ de las diferentes medidas y/o mecanismos que puedan adoptarse, en su evaluación y seguimiento una vez implementadas, en su revocación por incumplimiento, etc.

De acuerdo con estas exigencias, las diversas legislaciones provinciales y latinoamericanas prevén la intervención de equipos multidisciplinarios (a los que denominan de diferentes formas) en la justicia juvenil.¹²²

V. INSTITUCIONES DEL MODELO ACUSATORIO DE DISCUTIBLE APLICACIÓN EN LA JUSTICIA JUVENIL (ALGUNAS FORMAS ABREVIADAS, EL LLAMADO "PROCEDIMIENTO POR FLAGRANCIA" Y EL JUICIO POR JURADOS)

Más allá de los déficits señalados del modelo acusatorio en punto a la traducción del principio de especialidad en los sistemas de justicia juvenil

¹²¹ La *Regla 16* de Beijing (Informe sobre investigaciones sociales) establece que con el fin de "facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente", a excepción de los delitos leves, y antes de dictarse una resolución definitiva se efectuará "una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiere cometido el delito."

¹²² Entre otras, Brasil: el "Estatuto del Niño y el Adolescente" (Ley n° 8.069) los denomina "equipo interdisciplinario" (artículos 150 y 151); Bolivia: el "Código Niña, Niño y Adolescente" (Ley n° 548) los denomina "equipo interdisciplinario" (artículo 271); Perú: el "Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes" (Decreto 1.398) hace referencia a "equipos técnicos interdisciplinarios" (artículo 30); República Dominicana: "Código para el sistema de protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes" (Ley n° 136), los denomina "equipo multidisciplinario" (Sección V Del equipo multidisciplinario de atención integral, artículos 266/269); Uruguay: "Código de la Niñez y la Adolescencia" (Ley n° 17.823), refiere a "equipo técnico" (artículos 69 y 76); Costa Rica: "Ley de Justicia Penal Juvenil" (Ley n° 7.576) como "unidades de profesionales" (artículos 93). En el ámbito local: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley n° 2.451, artículo 67 (Intervención del equipo técnico); Córdoba: "Ley de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Córdoba" (Ley n° 9.944), artículo 72 (Equipo técnico judicial); Chubut: "Ley de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia" (Ley III n° 21), artículo 82 ("equipos técnicos interdisciplinarios"); Mendoza: "Régimen jurídico de protección de la minoridad" (Ley n° 6.354), artículo 168 ("cuerpo auxiliar interdisciplinario"); Neuquén: "Ley de protección de niños y adolescentes" (Ley n° 2.302), artículo 44 (Equipo interdisciplinario); y San Luis: "Juzgados de Familia y Menores" (Ley n° IV-0089-2004), artículo 4 ("cuerpo profesional auxiliar").

¹¹⁸ Para las Reglas de Beijing la dimensión orgánica del principio de especialidad se extiende hasta la policía: "12.1 Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que tratan a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dedican 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." En el Comentario se indica: "La regla 12 señala la necesidad de impartir una formación especializada a todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de la justicia de menores. Como la policía es el primer punto de contacto con el sistema de la justicia de menores, es muy importante que actúe de manera informada y adecuada...", Comentario a la Regla 12.

¹¹⁹ Comité de los *Derechos del Niño*, *Observación General n° 24*, cit., párrafo 112.

¹²⁰ Cfr. Beloff, M. (2018), *El rol de los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de protección de derechos del niño*, en: *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal*. Buenos Aires: JusBaires, 2018, pp. 53-78.

latinoamericanos, sus ventajas para cumplir con el programa constitucional tanto en términos de derechos y garantías como político-criminales están fuera de discusión. Es claro que en términos de principios, el modelo acusatorio garantiza un más completo y mejor aseguramiento del debido proceso legal, por lo tanto, garantiza a la vez un mayor y mejor aseguramiento de dicho programa y del *corpus juris*. Por otro lado, la mayor flexibilidad, la existencia de mecanismos alternativos al proceso y al juicio que de ella se derivan, cierta discrecionalidad regulada, mayor celeridad, mayor transparencia derivada de la oralidad, son todas ventajas político-criminales que no parecen –en principio– contravenir los derechos de niños y adolescentes imputados de delitos.

I. Sin embargo, el *sistema acusatorio* (esto es, la práctica del modelo acusatorio de acuerdo con la definición que planteo al inicio) requiere para ser viable de algunas instituciones que conspiran contra la satisfacción de derechos y garantías de cualquier imputado, tanto adulto como niño. Por lo general, se trata de mecanismos que apuntan a lograr mayor celeridad de los procesos en términos de obtención de resultados en plazos más breves, en casos en los que la evidencia parece contundente en contra del imputado de modo que la celebración del juicio, con todas sus formalidades, solo demoraría un resultado al que se puede llegar de todos modos, con seguridad jurídica y certeza epistémica, sin celebrarlo.

Me refiero básicamente, en sus expresiones en el orden nacional y federal, al juicio abreviado¹²³ y al procedimiento por flagrancia.

¹²³ La disidencia total del senador Villarroel en el debate parlamentario de la ley que incorporó al régimen procesal penal federal este instituto alertó acerca de las posibles consecuencias negativas que podría acarrear el juicio abreviado en el sistema de garantías del proceso penal. El senador expresó que: "...En el modelo que rige nuestro procedimiento, la persistencia de rasgos inquisitivos de la instrucción sumada a la simplificación del juicio supone el peligro de trasladar a la instrucción el peso de la decisión sobre el hecho punible, la responsabilidad del imputado y la pena aplicable, debilitando a su vez los rasgos que constituyen la garantía más importante de control de los actos de la instrucción durante el juicio, es decir, el carácter contradictorio, oral y público del debate, el principio de inmediación, la necesidad de producción íntegra de la prueba en esa etapa, etcétera. La modificación propuesta importa además otro grave peligro, señalado reiteradamente por autores críticos del *plea bargaining* estadounidense: la posibilidad de que la no aceptación de la propuesta del fiscal por parte del imputado y su defensor

La introducción del juicio abreviado en el orden federal-nacional¹²⁴ (así como en las jurisdicciones provinciales¹²⁵) fue objeto de críticas variadas de la doctrina¹²⁶ y de algún debate jurisprudencial inicial, pero con el tiempo se impuso como la forma dominante de adjudicación de casos penales dentro de modelos acusatorios (aún mixtos, como el nacional-federal vigente). Esto no debería sorprender, puesto que en el derecho anglosajón norteamericano, sobre el que se basa el modelo acusatorio

vaya acompañada de la amenaza de un pedido de condena más grave [...] El rechazo del acuerdo por parte del imputado lo coloca en situación especialmente desventajosa, ya que 'impone' al ministerio público y al tribunal la carga de realización de un juicio pleno, mucho más trabajoso y exigente que las simples formalidades del juicio abreviado...", *Diario de Sesiones*, Cámara de Senadores de la Nación, reunión 29ª, 21 de mayo de 1997, pp. 2360-2361.

¹²⁴ Ley n° 23.984, "Código Procesal Penal de la Nación", artículo 431 bis.

¹²⁵ Corrientes: Ley n° 2.945 "Código Procesal Penal para la provincia de Corrientes", Título II Procedimientos Abreviados (artículo 374-377); Chaco: Ley n° 965-N- (Antes Ley n° 965) "Código Procesal Penal de la Provincia de Chaco", Cap. II Juicio Abreviado (artículos 426/429); Chubut: Ley XV n° 9 (Antes ley n° 5478) "Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut", Cap. I Juicio Abreviado (artículo 355); Formosa: Ley n° 696/87 "Código Procesal Penal de la Provincia de Formosa", Título II Juicio Abreviado (artículos 503/506); Jujuy: Ley n° 5623 "Código Procesal Penal para la Provincia de Jujuy", artículo 385 (Juicio abreviado inicial) y 494 (Juicio abreviado. Trámite); Misiones: Ley n° XIV-n° 13 "Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones", Cap. IV Juicio Abreviado; Provincia de Buenos Aires: Ley n° 11922 "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", Cap. III Juicio Abreviado (artículos 395/403); Santa Cruz: Ley n° 2424 "Código Procesal Penal de la provincia de Santa Cruz", artículo 518; Santiago del Estero: Ley n° 6941 "Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero", Cap. III Juicio Abreviado (artículos 422/431); entre otros.

¹²⁶ En líneas generales, las críticas de la doctrina refieren a la ausencia de publicidad en la negociación entre la acusación y el imputado y su defensa; a la aceptación de responsabilidad penal y de la pena por el acusado respecto de casos sin evidencias contundentes de cargo; a la ausencia de información a los imputados –muchos de ellos privados de libertad–; y a la vulneración a la garantía constitucional sobre la prohibición de ser obligado a declarar contra uno mismo. Entre muchos, Horvitz, M. I. (2014), Peligros actuales para el proceso penal acusatorio, en: *Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, Santiago: Universidad Central de Chile, n° 8, diciembre de 2014, pp. 61-72. Máximo Langer ha elaborado el estudio crítico comparado más completo y agudo sobre la utilización extendida del juicio abreviado: *Plea bargaining, trial-Avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions*, 4 *Annual Review of Criminology*, en prensa.

latinoamericano, alrededor de un 90-95% histórico de procesos se resuelven con mecanismos equivalentes (*plea bargaining*)¹²⁷, cuya baja calidad jurídica habilita considerarlos como expresiones de una justicia actuarial¹²⁸. El panorama penal latinoamericano mutó del preso sin condena (característico de los sistemas inquisitivos regionales hasta los años 90¹²⁹) al condenado sin juicio (al que eventualmente se le suman presos sin condena) con la introducción de este mecanismo procesal abreviado, que se aplica en todos los países y en todas las provincias argentinas sin mayores ajustes al principio de especialidad en el caso de imputados adolescentes.

Su amplia aceptación tampoco debería llamar la atención, pues no solo constituye un modo rápido de finalización de los procesos penales, sino que genera para el imputado una condena más leve que la que

127 Devers, L. (2011), *Plea and charge bargaining*, US Bureau of Justice Assistance, Department of Justice, 2011; Smith, D. A. (1986), The plea bargaining controversy, en: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 77, n° 3, p. 949, 1986; Alschuler, A. (1979), Plea bargaining and its history, en: *Columbia Law Review*, Vol. 79, n° 1, pp. 1-43; Friedman, L. M. (1979), Plea bargaining in historical perspective, en: *Law & Society Review*, Vol. 13, n° 2, pp. 247-259; y Heuman, M. (1978), *Plea bargaining and case pressure: the experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys*. Chicago: The University of Chicago Press.

128 Utilizo la expresión empleada por Bernard Harcourt con un sentido más amplio que el que él le asignó en su libro sobre el tema, referido a la utilización de métodos estadísticos (antes que clínicos) de diagnóstico criminal. Cfr. Harcourt, B. (2013), *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 85. Me parece indicada para describir el conjunto de mecanismos de adjudicación de casos penales fundados en la negociación de cargos y penas entre las partes, en los que la intervención judicial, de tener lugar, es mínima y está alejada del aseguramiento de todas las exigencias derivadas del debido proceso legal.

129 El debate parlamentario de la ley n° 24.825, que introdujo el juicio abreviado en el *Código Procesal Penal de la Nación*, explicita que el propósito con esa ley no era disminuir los índices de personas privadas de su libertad, sino aumentar el nivel de condenas en la estadística criminal: "...La introducción de la oralidad al sistema judicial en materia penal ha resuelto sustancialmente la lentitud de los procesos. Sin embargo, hoy observamos que los tribunales están abarrotados por causas que no pueden resolver. También es cierto que en las cárceles hay más presos sin condena que los que cuentan con ella. Por eso hoy nadie duda de la necesidad de agilizar los procedimientos en las causas penales, sobre todo porque está en juego la libertad de los individuos...". *Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación*, reunión 40, 23 de octubre de 1996, p. 4.218.

eventualmente podría corresponderle de celebrarse el juicio oral, al tiempo que descongestiona el sistema penal al evitar también el trámite recursivo en casi todos los casos.

Un análisis preliminar de su aplicación a los adolescentes penalmente responsables parecería conducir no solo a su compatibilidad con el *corpus juris*, sino también a su conveniencia político-criminal. En efecto, la institución aparentaría ser conciliable con las exigencias de: i. proveer una respuesta en tiempos oportunos para el adolescente, esto es, una respuesta rápida; ii. que evita los efectos negativos del proceso penal (en línea son las soluciones al estilo *diversion* o *disposition*); y iii. lo cual conduciría a que se acelerara su reintegración social a partir de que el asunto obtiene enseguida del hecho, una solución institucional¹³⁰.

Sin embargo, su aplicación en la justicia juvenil presenta algunos problemas particulares, normativos y empíricos.¹³¹ El principal es la señalada incompatibilidad con el principio de especialidad, en tanto como derivación del derecho de los niños a su protección especial, asigna a la intervención penal una finalidad preponderante de reintegración social¹³². Esa incompatibilidad es doble: procesal y material. Como mecanismo procesal no está conectado en ningún momento con ese propósito político-criminal (en rigor, puede afirmarse que implica todo lo contrario como mensaje al joven, a la víctima y a la comunidad en término de los valores en juego), y además la transacción de cargos por monto de sanción claramente presupone una idea retributiva del castigo.

El proceso penal adolescente y el propio juicio oral pueden tener consecuencias positivas desde el punto de vista pedagógico cuando son debidamente implementados; por lo contrario, pueden acarrear

130 En Argentina Germán Martín ha hecho un importante ejercicio argumental en este sentido.

131 Cfr. Beloff, M.; Freedman, D.; Kierszenbaum, M. y Terragni, M. (2017), La justicia juvenil y el juicio abreviado, en Beloff M. (dir.) (2017), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires: Ad Hoc, pp. 139-185.

132 En este sentido, la priorización de la eficacia y eficiencia en cuanto a lo obtención de condenas frustraría de manera absoluta el fin educativo que para el niño puede tener un debate oral, en el que se discuta su responsabilidad y le permita comprender el sentido negativo de su comportamiento.

consecuencias nocivas si no se tiene en cuenta la condición existencial del adolescente. El juicio como instancia formalizada de reproche comunitario y de responsabilización subjetiva a partir de la toma de conciencia del daño ocasionado contribuye a la finalidad socio-educativa de manera fundamental. Lo hace de dos maneras: por un lado, al provocar una reflexión sobre lo sucedido que contribuya a fortalecer nociones de autonomía, libertad y responsabilidad, y, por el otro, al facilitar el trabajo posterior de los equipos técnicos los cuales, luego del juicio, contarán con mayores herramientas objetivas e institucionales para sortear las posibles defensas de negación que el o la adolescente puedan oponer para no asumir las consecuencias de sus acciones.

En los hechos el juicio abreviado implica el uso masivo y generalizado de una respuesta punitiva de baja calidad, burocrática y alejada de los ideales de resocialización prescriptos por el *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños el cual —vale recordar—, a pesar de su vastedad y densidad, en lo que constituye un elemento normativo fundamental del sistema, no lo regula en ningún ámbito¹³³.

Por otro lado, el juicio abreviado presenta problemas derivados de la competencia reducida de los adolescentes para negociar cargos y condenas con el acusador público¹³⁴, al menos en casos en los que se plantee su aplicación cuando el joven no ha cumplido aún la mayoría de edad.

¹³³ "...La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas...", CSJN, Fallos 328:4343, del considerando 19 del voto de la jueza Argibay.

¹³⁴ La objeción a la aplicación del juicio abreviado en la justicia juvenil no es reciente. La jurisprudencia se ha centrado en la discusión de la capacidad del imputado menor de edad: "...Encuentro imposible la validación del juicio realizado al menor M. G. B., por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 16, por haberse dictado sentencia sirviéndose del procedimiento contenido en el artículo 431 *bis* del CPPN, en un juicio abreviado. Entiendo que no se puede tener por válida la expresión de voluntad emitida por quien en ese momento contaba con diecisiete años de edad, y era asistido por un defensor que no tenía conocimiento de ello, omitiéndose dar intervención al Ministerio Público Pupilar. Además, este procedimiento no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento para los menores,

Todo ello no cierra la posibilidad de pensar alguna forma alternativa que no demande los tiempos del proceso penal diseñado para personas adultas a la vez que asegure los derechos y garantías derivados del debido proceso legal y del principio de especialidad; pero el juicio abreviado tal como se lo legisló e implementa en América Latina no tiene nada que ver con eso.

La objeción al procedimiento por flagrancia obedece a otras razones, dependientes de la forma en la que ha sido regulado en el orden federal-nacional argentino. En rigor, procesos más breves no solo no serían incompatibles, sino que son requeridos por el *corpus juris* (de hecho, la idea de una *justicia amigable a los niños* debería seriamente considerar este aspecto) particularmente por el singular sentido que tienen el tiempo y los plazos procesales para los adolescentes. La dificultad radica en que el mecanismo tal como fue legislado, supone que la persona se encuentra detenida, lo cual invierte la regla de excepcionalidad de la privación de libertad de una persona menor de edad, sea cautelar o sancionatoria.

ii. Otro dispositivo institucional propio del modelo acusatorio (más que propio se podría afirmar que pertenece a su esencia), es el de la adjudicación de casos penales mediante jurados. En rigor, el juicio por jurados fue el arreglo institucional a partir del cual se desarrollaron los modelos acusatorios/adversariales (anglosajones) de administración de justicia (no a la inversa).

es decir para quienes no tienen capacidad de hecho...", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa n° 4.642, "N., J. A. s/recurso de revisión", resuelta el 12/08/04, del voto de la Jueza Ledesma, entre otros. En sentido similar, la jurisprudencia anuló la sentencia condenatoria y el acuerdo de juicio abreviado celebrado por un imputado menor de edad que fue juzgado y condenado sin las previsiones de la ley 22.278 respecto de la imposición de pena: "...Se han vulnerado reglas de procedimiento, pues a la fecha de los sucesos por los que recayera sentencia condenatoria, el nombrado tenía la edad de diecisiete años, correspondiendo en consecuencia la intervención de la justicia de menores y la aplicación de las previsiones de la ley 22.278, que regula el régimen penal de la minoridad. Siendo ello así, corresponde anular la sentencia impugnada en virtud de que la misma fue dictada en violación a la dicha norma legal, que en sus artículos 1, 2 y 4 establece en qué supuestos y bajo qué requisitos corresponde imponer una sanción penal a los menores que hubieran cometido delitos...", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa n° 3.167, "N., R. L. s/recurso de revisión", resuelta el 8/06/01, entre otras.

Las dificultades de su aplicación en la justicia juvenil son de diverso orden y las hemos analizado en otra ocasión¹³⁵. Las relacionadas con la discusión acerca de la naturaleza jurídica del instituto (principio político, garantía o derecho y, en este caso, de quién) que no es posible desarrollar aquí, abren dos líneas argumentales: una sobre la pregunta respecto de si un adolescente imputado puede ser juzgado por un jurado (no necesariamente integrado por personas de su grupo de edad), y otra, acerca de si puede integrar un jurado en general (no necesariamente para juzgar a otros jóvenes, por ejemplo, en un caso en el que un adulto comete un delito en perjuicio de una persona menor de edad).

En principio, el amplio *corpus juris* internacional que regula en detalle derechos y garantías de adolescentes infractores no contiene ninguna referencia a él. Por ese motivo no es posible afirmar que integre la garantía genérica del debido proceso legal o de juicio justo (*fair trial*)¹³⁶ requerida para determinar la responsabilidad penal de un adolescente. Con el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos en ocasión de tratar el tema¹³⁷. Por otro lado, se plantea la dificultad de asegurar el principio de especialidad en un mecanismo ideado a partir de una justificación retributiva de la sanción penal. Este obstáculo podría sortearse con la intervención de un juez especializado en la etapa de determinación de la sanción¹³⁸; sin embargo, subsiste el problema

¹³⁵ Cfr. Beloff, M.; Kierszenbaum, M.; y Terragni, M. (2017), La justicia juvenil y el juicio por jurados, en: *La Ley*, Buenos Aires: 26 de septiembre de 2017, Año LXXXI, n° 183, pp. 1-5.

¹³⁶ En el mismo sentido USSC, "McKeiver v. Pennsylvania", 403 U.S. 528, 1971.

¹³⁷ "...Despite all these disappointments, all these failures, and all these shortcomings, we conclude that trial by jury in the juvenile court's adjudicative stage is not a constitutional requirement." [A pesar de todas estas decepciones, de todos estos fracasos y de todas estas deficiencias, llegamos a la conclusión de que el juicio por jurados en la etapa de adjudicación del tribunal de menores no es un requisito constitucional] Cfr. Supreme Court of the United States, Joseph McKeiver Edward Terry v. State of Pennsylvania, In re Barbara Burrus et al., n° 322 y 128, argumentada los días 9 y 10 de diciembre de 1970 y resuelta el 21 de junio de 1971.

¹³⁸ "[L]os legos votan sobre las cuestiones relativas a la existencia del hecho delictuoso - con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes-, la participación del imputado y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, mas no sobre la sanción aplicable. Con ello es claro que los menores de dieciocho años sometidos al proceso de

respecto de si el principio de especialidad orgánica requiere *in totum* agentes especializados, tal como parece desprenderse de las normas internacionales.

Un juicio celebrado mediante un jurado integrado por un elevado número de personas que no son pares etarios del adolescente (en general, doce; justificación política del instituto¹³⁹) ni especialistas, quienes determinan la responsabilidad a partir de un intercambio no dirigido a determinar la verdad histórica sino la verdad vencedora en la controversia, no luce como una respuesta compatible con la finalidad preponderante de reintegración social.

Por estas razones el juicio por jurados no resulta compatible con el principio de especialidad, tanto en su concepción estricta como amplia, además de no resultar una exigencia del debido proceso legal ni del aseguramiento de un juicio justo. Ello explica además por qué las provincias argentinas que en los últimos años han comenzado a incorporarlo para el enjuiciamiento criminal, lo han excluido respecto de adolescentes penalmente responsables¹⁴⁰.

mayores mantienen incólume los principios constitucionales que les asisten, en particular, el interés superior del niño y la especialidad del fuero, puesto que la intervención de los jurados populares solo se limita a la decisión sobre la determinación de los hechos y la participación de los imputados en los mismos, y se deja librado tanto las medidas tutelares, como en su caso la ponderación de la necesidad de pena y su monto a la competencia del Juez de Menores..." Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, sentencia n° 262, autos "M., V. A. y otro p.ss.aa. robo calificado por el uso de arma impropio, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "M", 3/2009), del 6/10/2009.

¹³⁹ Desde su justificación política, la habilitación de personas de dieciséis años para votar en elecciones generales en la Argentina, o para conducir algunos vehículos, agregaría razones para defender la participación de adolescentes en jurados; sin embargo, ése argumento directamente conduce al reclamo por la reducción de la edad penal general, en tanto ambos suponen la agencia (capacidad) moral completa del sujeto.

¹⁴⁰ En la República Argentina, regulan el juicio por jurados las provincias de Chaco: Ley n° 2.364-B -antes Ley n° 7.661- *Juicio penal por jurados* (publicada en el B.O. del 16/07/2015); Chubut: Ley XV n° 9 -antes Ley n° 5.478- *Código Procesal Penal*, artículos 5 (Participación ciudadana), 301 (Juicio por jurados. Integración del tribunal), 303 (Selección de jurados y vocales legos), 335 (Juicio por jurados. Decisión. Reglas), entre otros; también Ley XV n° 30, *Juicio por jurados y con vocales legos* (publicada en el B.O. del 17/02/2020); Neuquén: Ley n° 2.784, *Código Procesal para la Provincia de Neuquén*, Libro IV Juicio oral y público - Título II Juicio por jurados populares, artículos 197-212;

VI. EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN LA LEY Y EN LA PRÁCTICA (EVITAR LA FALACIA NORMATIVISTA)

Como indiqué al comienzo, los derechos y garantías regulados por el *corpus juris* están reconocidos en el derecho interno latinoamericano (ya sea en las legislaciones latinoamericanas como en las provinciales argentinas y en el orden nacional). Algunos de ellos ya lo estaban con anterioridad a las reformas, porque responden al principio de especialidad definido en clave tutelar clásica de un modo que no resulta incompatible con su formulación moderna. Se trata, entre otras garantías y derechos, de la exigencia de la participación de los padres o cuidadores¹⁴¹, de que

y Provincia de Buenos Aires: *Ley n° 11.922, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*. La Suprema Corte de Justicia de la provincia resolvió, por Res. 818/15 (3/05/2015), la exclusión del juicio por jurados del proceso penal juvenil, en razón de que no se estableció esa competencia en la ley 14.543 (modificatoria del CPP): "...deben tenerse en cuenta las particularidades del fuero, dadas por la especial normativa nacional y supranacional que lo regula. Que de lo expuesto se desprende que el procedimiento de juicio por jurados no se encuentra contemplado en la legislación que no puede ser suplida por este Tribunal por exceder su potestad reglamentaria". Algunas provincias que han regulado el juicio por jurados han excluido la participación de adolescentes, como Río Negro: *Ley n° 5.020, Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro*, Libro I Principios generales y lineamientos, Título II, Cap. IV "Integración de Tribunales de jurados", artículos 34/38; Libro IV Juicio oral y público, Título II Juicio por jurados populares, artículos 102/207; o lo han prohibido expresamente para juzgar adolescentes, como en Córdoba: *Ley n° 8.123 Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba* y *Ley n° 9.944*, artículo 103: "...El Tribunal, en ningún caso, se integrará con jurados...". En cuanto a los requisitos para ser jurado, el artículo 338 bis, 2.b) del *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires* (ley n° 11.922) establece como requisito para ser jurado "[t]ener entre 21 y 75 años de edad"; el *Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén* establece en su artículo 43 "Requisitos. Para ser jurado se requiere: (...) 2) Tener veintiún (21) años de edad."; el *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba* (ley n° 8.123) establece en su artículo 558: "1) Para ser jurado se requiere mayoría de edad; (...); el *Código Procesal Penal de Río Negro* (ley n° 5.020), en el artículo 11.a, exige "Ser mayor de dieciocho (18) años de edad." (artículo 34.2); y la *Ley n° 2.364-B, Juicio penal por jurados* de la Provincia de Chaco (antes ley n° 7661) demanda "...tener entre 25 y 65 años de edad...".

¹⁴¹ Entre otras: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *Ley n° 2.451 Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, artículo 35; Córdoba: *Ley n° 9.944*, cit., artículo 104; Chubut, *Ley III n° 21 Ley de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia* (Antes ley 4347) artículo 19; Mendoza: *Ley n° 6.354*, artículos 11 y 165; San

las audiencias sean a puertas cerradas¹⁴², de que no se lleven registros ni antecedentes¹⁴³, o de que no se divulgue la identidad del niño o adolescente¹⁴⁴.

Juan: *Ley n° 727*, artículo 25 (Garantías procesales); Río Negro: *Ley n° 4109*, artículo 62. Las legislaciones latinoamericanas también prevén la participación de los padres: Costa Rica: *Ley Justicia Penal Juvenil* (*Ley n° 7.576*), artículo 33 (Padres o representantes del acusado); Guatemala: *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia* (Decreto n° 27-03), artículo 163 (Padres o representantes del adolescente); Perú: *Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes* (Decreto 1.398), artículo 22 (Padres, tutores o responsables); entre otras.

¹⁴² Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *Ley n° 2.451 Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, artículo 78 (Debate); Córdoba: *Ley n° 9944*, cit., artículo 104; Entre Ríos: *Ley n° 10.450, Del procedimiento penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad*, artículo 104; La Pampa: *Ley n° 1270 Régimen de Protección a la Minoridad y Creación del Fuero de la Familia y el Menor en el Poder Judicial*, artículo 29; Mendoza: *Ley n° 6.354*, artículo 164; San Juan: *Ley n° 754*, artículo 439 (Oralidad y publicidad). Entre las legislaciones latinoamericanas, Bolivia: *Código Niña, Niño y Adolescente* (*Ley n° 548*), artículo 310 (Reserva); Colombia: *Código de la infancia y la adolescencia* (*Ley n° 1.098*) artículo 147; Costa Rica: *Ley Justicia Penal Juvenil* (*Ley n° 7.576*), artículo 99 (Oralidad y privacidad); Guatemala: *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia* (Decreto n° 27-03), artículo 212 (Oralidad y privacidad); y México: *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* (2016), artículo 32 (Publicidad) y 142 (Oralidad y publicidad); entre otras.

¹⁴³ Mendoza: *Ley n° 6.354*, artículo 13 (los registros serán secretos); San Juan, *Ley n° 0089-2004 Juzgados de Familia y Menores*, artículo 20. Entre las legislaciones latinoamericanas, Bolivia: *Código Niña, Niño y Adolescente*, (*Ley n° 548*), artículo 263 ("El registro de antecedentes penales y policiales, será reservado (...); Colombia: *Código de la infancia y la adolescencia* (*Ley n° 1.098*), artículo 159 (Prohibición de antecedentes); México: *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, artículo 37 (Registro de procesos); Perú: *Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes* (Decreto 1.398), artículo 19 (Derechos del adolescente).

¹⁴⁴ Entre otras: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *Ley n° 2.451, Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, artículo 9 (Garantía de discreción. Confidencialidad); Mendoza: *Ley n° 6354*, artículo 12; San Juan: *Ley n° 727*, artículo 22 (Reserva de identidad); Río Negro: *Ley n° 4109*, artículo 17 (Reserva de identidad) y 67 (Privacidad). Entre las legislaciones latinoamericanas que prevén expresamente la reserva a la identidad del niño, Bolivia: *Código Niña, Niño y Adolescente* (*Ley n° 548*), artículo 10 (Reserva y resguardo de identidad) y artículo 144 (Derecho a la protección de la imagen y de la confidencialidad); Colombia: *Código de la infancia y la adolescencia* (*Ley n° 1.098*), artículo 153 (Reserva de las diligencias); Costa Rica: *Ley Justicia Penal Juvenil* (*Ley n° 7.576*), artículo 21 (Principio de confidencialidad); Guatemala: *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia* (Decreto n° 27-03), artículos 152 (Derecho

En lo que se refiere exclusivamente a los derechos y garantías derivados del debido proceso legal, ese reconocimiento vino dado en buena medida por el acercamiento de la justicia juvenil a la justicia penal de adultos, debido a que las leyes especiales en su gran mayoría remiten a los Códigos Procesales (vale recordar, también nuevos y acusatorios)¹⁴⁵.

El problema se encuentra en considerar que ese reconocimiento formal/legal es suficiente para cumplir con el sistema de garantías derivado del amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. Esa conclusión, presente al comienzo del proceso

a la privacidad), 153 (Principio de confidencialidad), y 154 (Principio de inviolabilidad de la defensa); y Perú: *Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes* (Decreto 1398), artículo 18 (Reserva de la identidad del adolescente).

¹⁴⁵ En la Argentina sólo algunas jurisdicciones elaboraron procedimientos específicos para adolescentes imputados de delitos. Catamarca: *Ley n° 5.544 Régimen Procesal de responsabilidad penal juvenil*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *Ley n° 2.451 Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*; Chaco: *Ley n° 2.051 Proceso aplicable a los adolescentes*; Entre Ríos: *Ley n° 10.450 Del procedimiento penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad*; Santa Fe: *Ley n° 11.452 Código Procesal de Menores*; Salta: *Ley n° 8.097 Régimen de Responsabilidad Penal para niñas, niños y adolescentes*. Por otro lado, algunas legislaciones, si bien en las leyes de protección prevén un capítulo especial a adolescentes infractores, remiten subsidiariamente al Código Procesal Penal: Córdoba: *Ley n° 9.944 Promoción y Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Título VII Procedimiento Penal Juvenil (artículos 82/109); y Mendoza: *Ley n° 6.354 Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad*, Título III De la justicia en lo penal de menores (artículos 109/169); en tanto, algunos Códigos Procesales Penales destinan un capítulo a menores infractores: Tierra del Fuego: *Ley n° 168 Código procesal penal de la provincia de Tierra del Fuego Antártida e islas del Atlántico Sur*, Libro III Juicios - Título II Juicios especiales - Cap. II Juicio de Menores (artículos 378/386); Santiago del Estero: *Ley n° 6.941 Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero*, Título II, Cap. I Juicio de Menores (artículos 403/407). En América Latina, Chile: *Ley n° 20.084 Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal* (2005); Colombia: *Ley n° 1.098 Código de la infancia y la adolescencia*, Libro II (Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos), Título I (Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y otras disposiciones) artículos 139/191; Costa Rica: *Ley n° 7.576 Ley de Justicia Penal Juvenil, y sus modificatorias, Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juvenil* (ley n° 8.460) y la *Ley de Justicia Restaurativa* (Ley n° 9.582); Guatemala: *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia* (Decreto n° 27-03), Título II (Adolescentes en conflicto con la ley penal); México: *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*; y Perú: *Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes* (Decreto 1.398).

de reformas¹⁴⁶, es un buen ejemplo de falacia normativista, una variante de lo que Ferrajoli denomina la *falacia garantista*, puesto que sin ajustes externos (por ejemplo, los derivados de la condición de que se trata de personas diferentes que las adultas, la generación de una ingeniería institucional acorde, etc.) ni la nueva y mejor legislación sobre el tema, ni tampoco la más precisa interpretación de la Corte IDH, pueden impactar en la práctica, la que da cuenta de que niñas, niños y adolescentes infractores son tratados de forma más o menos similar a los adultos a pesar de todos estos cambios (con las notables excepciones de la aplicación de penas no privativas de libertad o privativas de libertad pero con duraciones máximas inferiores, alguna opción adicional de solución procesal anticipada a las previstas en la ley procesal penal general y, en mínimos casos, con plazos reducidos).

Luego de casi veinticinco años de reformas legales, en América Latina no se ha logrado coordinar la actividad estatal (amplia) dirigida a asegurar derechos de protección (medidas especiales de protección para asegurar DESCs) con la orientada a responder a los delitos de los adolescentes (restringida). En los hechos la justicia juvenil tiene problemas similares a los sistemas penales de adultos, básicamente la enorme distancia que existe entre el reconocimiento legal de derechos y garantías, y su vigencia efectiva. Ello se explica, centralmente, por la ausencia de una ingeniería institucional adecuada que asegure suficientes operadores idóneos, programas restaurativos o sancionatorios no privativos de libertad, profesionales de la intervención psicosocial entrenados y con adecuadas condiciones laborales, o centros de detención no superpoblados y con instalaciones adecuadas, por mencionar algunos ejemplos de carencias notables de los sistemas penales para adolescentes en el continente; pero también por la dependencia del proceso penal juvenil del modelo acusatorio diseñado para los procesos penales seguidos contra personas adultas.

Regreso a la Corte IDH porque la importancia de sus fallos es crítica, al haber reiniciado la conversación interrumpida hace casi un cuarto de siglo entre los deberes estatales de prestación hacia niñas y niños, y el

¹⁴⁶ Cf. Beloff, M. (2019). *Derechos del niño. Su protección especial ...*, ob. cit., pp. 55-72.

reconocimiento de sus derechos de defensa (o libertades negativas). Se podría afirmar, *mutatis mutandi*, que para la Corte IDH, en materia de derechos del niño y justicia juvenil, no hay un sistema de garantías completo si los Estados no respetan tanto las garantías internas como las externas.

La mencionada ausencia de la ingeniería institucional necesaria para asegurar la especialidad obedece, en buena medida, a la prevalencia del enfoque de los derechos de defensa sobre los derechos de protección, característico de la "traducción latinoamericana" del *corpus juris*¹⁴⁷. Concretamente, el diseño, implementación y la consolidación exitosa de estas nuevas respuestas penales diferenciadas de las del sistema penal general están directamente conectados con la eficacia de los mecanismos y medidas orientados a garantizar los DESCs de niños y niñas en el continente (*garantías externas*). Por eso tiene tanta relevancia el hecho de que la Corte IDH, desde la primera sentencia en la que interpretó el artículo 19 de la CADH, haya asociado sostenidamente los deberes estatales vinculados con los adolescentes imputados o declarados penalmente responsables, a los vinculados con sus derechos de protección especial.

A pesar de las precisas exigencias del derecho internacional, el desconocimiento del derecho de los niños a su protección especial y de los deberes derivados que el Estado tiene hacia ellos, pone a la región en la situación de correr el riesgo de repetir la experiencia estadounidense en la materia. En ese país, para ser reconocidos en sus derechos de libertad (*garantías procesales, internas*), los niños pagaron el precio de ser tratados como adultos (lo que llegó a incluir, hasta hace relativamente poco tiempo¹⁴⁸, la aplicación de la pena de muerte en algunos estados).

Sin llegar a esos extremos, la aplicación automática de instituciones propias del modelo acusatorio, pensadas para descomprimir los sistemas penales, sin los ajustes requeridos por el principio de especialidad, desconoce las obligaciones estatales en la materia y, además, no cumple con la finalidad político-criminal de contribuir a la reducción de la violencia.

VII. EL DESAFÍO DE INTEGRAR REGLAS Y PRINCIPIOS A MODELOS

Es poco frecuente en la actualidad que se plantee un debate jurídico en América Latina respecto de cuáles son los derechos y garantías que integran la respuesta estatal al delito imputado a una persona menor de edad (con independencia de la eventual –y espasmódica– reacción represiva de endurecimiento de las leyes penales expresada en un reclamo de rebaja de edad de imputabilidad o de aumento de la duración de las sanciones que suele tener lugar inmediatamente después de que algún niño comete un hecho violento, reacción muchas veces encubierta bajo un discurso garantista¹⁴⁹); pero que los principios y reglas sean claros, y que la argumentación de la Corte IDH en el tema sea consistente, no evita que, en ocasiones, en la práctica ellos no se apliquen. Como otro ejemplo del acercamiento de la justicia juvenil a la justicia penal de adultos, el sistema especializado se asemeja al general en cuanto este último casi sistemática (y sistémicamente) desconoce en la práctica garantías y derechos de las personas adultas procesadas o condenadas, debidamente reguladas por la ley.

El sistema acusatorio ha contribuido a que los adolescentes sean tratados como adultos *in bonam partem*; pero su aplicación automática ha comprometido sus derechos y garantías en clave de especialidad.

Recuperar el modelo garantista requiere poner el foco en los principios y reglas. Si el modelo (aunque sea acusatorio) no cumple con ellos, entonces es preciso hacer los ajustes que sean necesarios, aunque ello implique modificar el modelo.

En una sentencia en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos debatía entre la aplicación de la regla de duda razonable o la de preponderancia de evidencia en un caso seguido contra adolescentes, se afirmó:

Mi esperanza consiste es que la decisión de hoy no signifique el final de un programa generosamente concebido de tratamiento compasivo dirigido a mitigar

¹⁴⁷ Cfr. Beloff, M. (2019). *Derechos del niño. Su protección especial ...*, ob. cit., supra nota 76, Cap. II.

¹⁴⁸ Cf. USSC, "Roper v. Simmons", 543 U.S. 551, 2005.

¹⁴⁹ Una crítica a la propuesta de soluciones represivas bajo un discurso garantista puede encontrarse, entre otros, en Beloff, M., *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 21.

los rigores y el trauma de exponer a los adolescentes imputados a un tribunal penal tradicional; cada paso que tomamos atrasa el reloj a la era previa al tribunal de menores. No puedo considerar una manifestación de progreso el transformar a los tribunales de menores en tribunales penales, que es lo estamos bien encaminados de lograr. Sólo podemos esperar que la respuesta legislativa no refleje la nuestra mediante la abolición de estos tribunales.¹⁵⁰

Mi esperanza consiste en que el modelo acusatorio latinoamericano no anule el modelo garantista de derechos de niños, niñas y adolescentes. Los modelos sirven para delinear la política criminal, pero si no realizan los principios ni las reglas son un envase, una cáscara vacía. Es necesario y posible compatibilizar e integrar el modelo de garantías como garantías sustantivas, de prestación, con garantías de libertad, de defensa, de niños, niñas y adolescentes. Ése es en definitiva el contenido del principio de especialidad, y eso exigen el programa constitucional y el *corpus juris*, nada más, y nada menos.

¹⁵⁰ "My hope is that today's decision will not spell the end of a generously conceived program of compassionate treatment intended to mitigate the rigors and trauma of exposing youthful offenders to a traditional criminal court; each step we take turns the clock back to the pre-juvenile-court era. I cannot regard it as a manifestation of progress to transform juvenile courts into criminal courts, which is what we are well on the way to accomplishing. We can only hope the legislative response will not reflect our own by having these courts abolished". (Disidencia del juez Burger, *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), traducción propia.