

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2015.

Ref. "Actuación N° 5169/2015. CRC Dr. Manuel Rocca. Actuación N° 8745/2014"

"Qué tiempos serán los que vivimos, que es necesario defender lo obvio." Bertolt Brecht.

1. Quien ha vuelto del futuro me informó que en nuestro país, **en el año 2020**, rige una nueva ley penal juvenil y que los institutos de menores ya no son lo que eran; en realidad no como los concebimos hoy, pues, en aquel mañana no muy lejano, esos Centros son abiertos o semiabiertos, con breves períodos de internación, poseen agua caliente en cocina y baños, estos últimos anexos a los dormitorios, con buenas duchas, y artículos de aseo personal, gozan de un excelente servicio médico con guardia permanente las veinticuatro horas del día, poseen historia clínica pormenorizada y actualizada, medicamentos por doquier, tienen teléfonos celulares propios y acceso libre a una línea telefónica privada para comunicarse con el exterior, también llevan ropa limpia, en buenas condiciones, y acorde al clima imperante y al gusto de los jóvenes, usan con libertad todas las instalaciones a su alcance como ser patios y parque, y son instruidos en talleres por personal especializado, recibiendo una buena educación escolar con acceso a todo el material necesario; además, con profusa educación física con pelotas de fútbol, básquet y vóleibol, no existe el aislamiento como castigo y poseen espacios de reflexión a cargo de profesionales idóneos. Por otra parte, el personal de vigilancia está debidamente capacitado, no viste ropa semejante a las que usan las fuerzas de seguridad oficiales y además

llevan placas identificatorias. La infraestructura edilicia es muy buena en mampostería, iluminación, ventilación, instalaciones eléctricas, con un generador propio acorde a las necesidades del establecimiento, seguridad contra incendio, detectores de humo, estufas y ventiladores, más un protocolo de actuación en casos de emergencia. Además, los barrotes han sido reemplazados por mallas metálicas, imaculada limpieza general, régimen de visitas amplio para familiares y seres queridos, y, fundamentalmente, con buenos dormitorios y no celdas, ropa de cama limpia, almohadas, con armarios para la guarda de las vestimentas en las habitaciones, todos los colchones son ignífugos, poseen un sector de esparcimientos con televisor a color, equipo de música, consola de videojuegos, juegos de mesa, computadoras con servicio a *internet*, y biblioteca, reciben las cuatro comidas acordes a sus edades de crecimiento, esto es, rica en proteínas y vitaminas, con un amplio sector comedor, etcétera.

Finalmente, el polizón del tiempo me informó que ningún menor de dieciocho años es juzgado por el sistema penal general ni se le atribuyen las consecuencias previstas para las personas mayores de esa edad; la privación de la libertad de las personas menores de dieciocho años infractoras a la ley penal es la excepción y el último recurso, siempre breve, siendo su libertad la regla del proceso, existiendo un sinnúmero de medidas alternativas a la prisión o encierro en institutos; además, el fiscal, en cualquier etapa del proceso, puede aplicar criterios de oportunidad renunciando total o parcialmente al ejercicio de la acción penal cuando prestare su consentimiento la persona ofendida, y, como si fuera poco, la ley se interpreta y aplica en función del respeto de los derechos de la persona menor de dieciocho años, su formación integral y su reintegración en su familia y comunidad. Algo más: ya no existe el Derecho penal simbólico, así como tampoco el Derecho penal del enemigo, y a Muñoz Conde se le entregó el Premio Nobel de Literatura.

Quedé boquiabierto, pero rápidamente tuve que salir de mi asombro cuando ese mismo viajero me preguntó ¿Cómo llegaron a esta horrible y penosa situación, hoy, en el año 2015? Me vi entonces obligado a responder, ya que el haberme revelado su secreto acerca del bienestar del que gozan las personas menores de dieciocho años que han delinquido, me llenó en alma.

Y haciendo un poco de memoria, le respondí: lo que sucede compañero es que ya en el año 1866, designado por el Presidente Juárez Celman, asumió la Jefatura de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires el Coronel Aurelio Cuenca, y dio inicio a su gestión con el siguiente edicto: *“Se prohíbe que los menores se entretengan en el juego del barrilete en la vía pública”*. Y unos años después, en 1892, el Dr. Daniel Donovan, a cargo de la misma jefatura, dictó otro, esta vez prohibiendo *“que los menores jueguen a la pelota en las calles de la ciudad”*.

Recuperado de su vahído, tuve que explicarle que la estigmatización de los jóvenes, únicamente por no haber alcanzado la mayoría de edad, nació hace muchos años en la República Argentina y mucho más si se trataba de niños o adolescentes hijos de inmigrantes que, a estar a los dichos de épocas pasadas, sólo eran vagabundos. Alertado que fue el viajero acerca de los pésimos resultados obtenidos por el Patronato de la Infancia, señalé que en el año 1905, el Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Dr. Joaquín. V. González, creó la Colonia Marcos Paz en la provincia de Buenos Aires, con la finalidad de educar a “menores vulnerables”, pero también albergar a otros que provenían de la Casa Correccional de la Capital Federal cuando su capacidad se desbordaba. Fue así que se creó un pabellón especial para los “incorregibles” y encausados, que con el correr del tiempo comenzó a ser llamado reformatorio, supuestamente, porque se pretendía darles nueva forma a esos niños que, por una u otra razón,

habían nacido “torcidos”, por lo que había que reeducarlos y, por supuesto, lejos de la Ciudad de Buenos Aires. Allí comienza a gestarse la invisibilidad del encierro. Pero el asunto, obviamente, se desmadró y la reeducación se transformó en castigo y éste en azotes y latigazos.

El peregrino volvió a desvanecerse; y a su regreso le advertí, un poco ofuscado por su endeblez, que tomara coraje porque lo que habría de relatarle era aún peor. Leí entonces unos artículos periodísticos aparecidos, respectivamente, los días 12 y 13 de junio del año 1914 en el diario La Nación, con motivo de una inspección judicial que se realizó en aquella Colonia. El primero, titulado *“Régimen Carcelario. La Colonia de Marcos Paz. Aplicación de castigos inhumanos. El Palo y el Rebenque”*, da cuenta que los internos eran sometidos a tratos crueles, y a estar a las explicaciones que brindaron los guardias, el castigo era merecido porque esos niños no hacían caso a las palabras ni a las advertencias que se les formulaban y que por tanto eran unos sinvergüenzas incorregibles merecedores, según la falta, a sufrir el dolor que le asestaban la carabina, la bayoneta, el palo, el machete, la vara y el rebenque. Se pregunta el autor de la nota que si, conforme lo indica nuestra Constitución, las cárceles no son para martirio de los reclusos sino para seguridad, y que eso quiere nuestra Carta Magna para los adultos delincuentes *“¿qué no ha de querer para los niños, cuyo delito consiste, menos felices que las bestias, en haber nacidos desamparados, sin luz de hogar, sin amor, sin afectos, sin los calores del regazo?”*. En el segundo artículo *“Régimen Carcelario. La Colonia de Marcos Paz. El Imperio de la arbitrariedad. Los Plantones”*, reflexiona su autor del siguiente modo: *“Nunca fue eficaz la escuela de la violencia en materia de disciplina. Rousseau la rechazaba indignado. Si un niño rompe el vidrio de un aposento, decía, dejadlo que sufra las consecuencias haciéndole sentir el frío colado por el portillo. Comprenderá luego que para no sufrir el frío será menester no quebrar*

vidrios.”. Luego, explica que en esa Colonia también existen lo que los guardias denominan el “plantón”, esto es, dejar al menor varias horas de pie, incluso durante toda la noche, siendo advertido de que en caso de no resistir será levantado a latigazos; y así ocurría, a diario.

Concluye: *“Que no macule el corazón de los infelices el odio imperecedero que dejan las injusticias en el corazón humano; que salgan de allí hombre sanos y fuertes, animosos para la lucha ... [pero] mientras vamos revisando el proceso, tropezamos a cada momento con la iniquidad y bien se indica la indignación en la que estalla la palabra mesurada y justiciera del inspector informante, sin cuya intervención el desorden se habría perpetuado y las pobres víctimas estarían todavía, a estas horas, bajo la amenaza brutal de la vara y el rebenque, autorizados por la dirección.”*

Pero hay más, porque en el mes de agosto del año 1919 el Dr. Luis Agote, impulsor de la nefasta Ley de Patronato (Nº 10.903) señalaba en la Cámara de Diputados que: *“Yo tengo la convicción profunda de que nuestra ley falla si no llegamos a suprimir el cáncer social que representan 12 a 15 mil niños abandonados moral y materialmente, que no conocen familia, porque es necesario saber que hay muchísimos padres que vienen como inmigrantes y abandonan a los niños a la entrada porque les incomodan; los dejan en los terrenos del puerto donde se alimentan con toda clase de inmundicias y con lo que su mayor o menor habilidad les permite obtener ... Las etapas de esta carrera de vagancia y el crimen son las siguientes: los padres mandan a los niños a vender diarios, y el primero, segundo y tercer día reciben el producto obtenido de la venta. Pero en seguida los niños juegan el dinero o se lo gastan en golosinas, y cuando llegan a sus casas, el producto de la venta se halla muy disminuido. Entonces los padres los castigan, y después de dos o tres correcciones, generalmente un poco fuertes, resuelve el niño no volver más a su*

casa y vive robando en los mercados, en los mataderos, durmiendo en las puertas de las casas, y finalmente cae en la vagancia y después en el crimen.”. Estigmatización pura.

A esta altura ya no quise abrumar más a mi amigable visitante, quizás por miedo a que sufriera un síncope, y entonces, de manera fugaz y *a vuelo de pájaro*, con algunas referencias traté de reflejarle qué sucedió en algunas de las décadas siguientes.

En los años '50 se dictó el Decreto-Ley 412/58, durante el gobierno de facto de Pedro Eugenio Aramburu (ratificado por Ley N° 14.467), estableciendo, de manera grotesca, su artículo 112 que *“La interna que tuviere hijos menores de dos años podrá retenerlos consigo. Cuando se encuentre justificado, se organizará una guardería infantil, con personal calificado.”*; en la década del '70 se bajó la de edad de imputabilidad a 14 años, y se modificó en Código penal (Ley N° 21.338), en algunos casos, de modo aberrante, sólo por citar un ejemplo: se impuso la pena de muerte [por fusilamiento] (artículo 5°), pero lo más paradójico es que incorporó el artículo 142ter, cuyo texto dispone: *“Se impondrá pena de muerte o de reclusión perpetua, al que privare a otro de su libertad personal si con motivo u ocasión del hecho se causare la muerte a la víctima”*; (es decir, *haz lo que yo digo pero no lo que yo hago*). Haré un alto aquí para señalar que han tenido suerte quienes detentaron el poder en esa década, pues, en ocasión de haber sido juzgados en la recordada causa N° 13/84, la Ley N° 23.077 ya había modificado aquel artículo 5° eliminando la pena de muerte de nuestro Código penal. Sigamos: en la década de los '80 se dictó el Decreto-Ley 22.278 *“Régimen Penal de la Minoridad”* que faculta al juez a disponer definitivamente del menor (punible o no), entre otros supuestos, *si presentare problemas de conducta* (aclaro entonces que mis hijos debieron haber sido judicializados hace años); en los '90 se sancionó la Ley N° 24.660 que en su

artículo 195 “elevó” de dos a cuatro años la edad de los menores para poder ser retenidos por la madre encarcelada, y en pleno siglo XXI, se dictaron las “*leyes Blumberg*” que elevaron a 35 años el plazo tradicional de 20 años de cumplimiento de pena de reclusión o prisión perpetua para habilitar la solicitud de libertad condicional (Ley N° 25.892); elevaron a 50 años de reclusión o prisión el máximo de pena a aplicar en caso de concurso real (Ley N° 25.928); y, también, modificaron el artículo 56 de la Ley N° 24.660 en referencia a la libertad asistida, e incorporaron el artículo 56*bis* por el cual se niega los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por ciertos delitos, así como también les prohíbe gozar de los beneficios de la prisión discontinua o semidetención y libertad asistida (Ley N° 25.948). También se dictó la Ley N° 26.472, modificatoria de la Ley N° 24.660 y del artículo 10° del Código penal, que autoriza al juez a convertir la pena de prisión efectiva en detención domiciliaria si la madre tuviere un niño menor de cinco años (únicamente menor de cinco años), sin haber advertido el legislador que al momento de su sanción (2009) nuestro país había ratificado por Ley N° 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño, que entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad y, además, desde el año 2005, se encontraba plenamente vigente la Ley N° 26.061 “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. En este punto, recordé que aún no existe el Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, pese a haber sido creado por el artículo 47 de la citada Ley N° 26.061, con la delicada misión de “*velar por la protección y promoción de sus derechos [niñas, niños y adolescentes] consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales.*”. En fin! Pero si de recordar desatinos se trata, no olvidemos que la pena de muerte, de manera definitiva, recién desapareció en nuestro país al derogarse, en el año 2008, el Código de Justicia Militar.

Viendo a mi exótico amigo casi moribundo, luego de haberle efectuado esa somera enunciación de normas, decidí *volverle el alma al cuerpo*, y entonces, como bien enseña el lenguaje popular, reanimarlo, después de *una de cal*, ahora con *una de arena* (no como se supone, aludiendo a algo malo y a algo bueno, sino usándolo en su verdadero significado: opuestos, distintos). Y si la de *cal* fue la mención de aquellos decretos ordenados por soldados entrenados únicamente para la guerra y no para el Derecho, así como el dictado de algunas de las leyes sancionadas sin espíritu, la de *arena* será recordarle que en el año 1994 se reformó la Constitución Nacional, no sólo reconociendo nuevos derechos fundamentales, sino, además, elevando a rango constitucional al Defensor del Pueblo de la Nación (86 CN) y al Ministerio Público (120 CN), integrado por el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación. Por otro lado, se creó la Cámara Nacional de Casación Penal (1991), los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal (1991), la Procuración Penitenciaria de la Nación (2004), la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes (2006), y el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias (2013). También, de fundamental importancia resultó, en el año 2013, el dictado de la Ley Nº 26.827 que creó el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como el Comité de Prevención contra la Tortura. Y, en el año 2014, se sancionó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación con novedosas incorporaciones en sus Principios y garantías procesales, en las Reglas de disponibilidad de la acción penal, y en las Medidas de coerción y cautelares; así como también, que la Comisión creada por Decreto Nº 678/2012, redactó el Anteproyecto de Código Penal de la Nación que elimina la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, proponiendo importantes penas alternativas, y fijando la pena máxima de prisión en treinta años, en concordancia

con lo dispuesto por el Estatuto de Roma (a mi gusto, demasiado severa, nadie soporta el encierro por esa cantidad de años). Finalmente le hice saber que algunos fallos judiciales dictados por nuestra Corte de Justicia protegen los derechos de los menores; por caso:

en la causa "*Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado*" (causa N° 1174 - 07/12/2005 - Fallos: 328:4343). Allí se sostuvo que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y respecto de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto; .

en la causa "*L., L. A. s/ causa N° 5400*" (18/12/2007 - Fallos: 330:5294) la Corte sostuvo, por mayoría, que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. En lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad

de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el “embuste de las etiquetas”;

en la causa “*Marteau, Alejandro Aramis s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas*” (causa nº 2570 - 17/03/2009 - Fallos: 332:512), se indicó que la “necesidad de la pena” a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a “gravedad del hecho” o a la “peligrosidad”, ya que la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o, con las palabras de la Convención sobre los Derechos del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1°); y

en la causa “*G., J. L. s/ causa n° 2182/06*” (15/06/2010 - Fallos: 333:1053) se señaló que si bien la sentencia que declara penalmente responsable al menor - como coautor del delito de secuestro extorsivo agravado-, no constituye sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la Ley 48, merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y hasta la libertad, ocasionando un perjuicio insusceptible de reparación ulterior. El régimen previsto en la ley 22.278 contiene un régimen penal de la minoridad que consagra un “derecho penal de autor”, en tanto prevé consecuencias jurídicas similares tanto para menores que requieren tutela por encontrarse en “situación irregular”, como para quienes han realizado comportamientos ilícitos.

Frente a estos tan categóricos fallos dictados por el máximo tribunal de justicia de nuestro país, mi amigo retomó la calma, ingresamos a un bar e ingerimos dos aguas sin gas con una pizca de limón.

Decidí entonces contarle un hecho lamentable ocurrido en uno de los Centro que alberga menores que infringieron la ley penal.

2. La actuación N° 5169/2015 se inició en esta Institución el 12 de agosto de 2015, en función de las facultades que le son propias al Defensor del Pueblo, en virtud de lo normado por el artículo 86 de la Constitución Nacional, a consecuencia del incendio ocurrido en el CRC “Dr. Manuel Rocca” con fecha 24 de julio de 2015 y en el que perdió la vida el menor Lucas Jesús Simone, sufriendo quemaduras graves Diego Brizuela, y otras lesiones internos y guardias.

En este marco, por intermedio de la Oficina de Personas Privadas de la Libertad, se requirieron informes a la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, que funciona en la órbita de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación (SENNAF) dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (f. 10); a la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación (f. 11); a la Procuraduría de Violencia Institucional del Ministerio Público Fiscal (f. 13); y al Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias (f. 15). A los tres últimos se les requirieron copias de los informes o actuaciones relacionadas con el caso, así como también que informaran acerca de falencias edilicias o de cualquier otra índole, detectadas en el Instituto. Por su parte, a la SENNAF se le solicitó que informara qué medidas se adoptaron como consecuencia del hecho acaecido, y copias de lo actuado.

Veamos las respuestas.

A fojas 18/95 obra la respuesta de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la

Defensoría General de la Nación. Acompañaron copia de varios informes elaborados con motivo de las visitas realizadas al Instituto con fecha 22 de diciembre de 2014 (fs.19/21), 29 de enero de 2015 (fs. 23/27), 19 de febrero de 2015 (fs. 29/33), 13 de marzo de 2015 (fs. 34/35), 30 de marzo de 2015 (fs. 37/53), 21 de abril de 2015 (fs. 58/65). Haré un alto aquí: en este último informe a f. 63vta., en verdad f. 1399vta. del expediente forjado en la Defensoría General de la Nación se advierte, como pendiente de las recomendaciones formuladas el 19 de febrero (f. 30), la necesidad de determinar qué colchones poseen menor nivel de inflamabilidad y toxicidad con el humo; habiendo sido la respuesta de la SENNAF (f. 71 propia y 1428 de la Defensoría General), brindada el 8 de junio de 2015, que se encontraba en trámite un expediente para la compra de colchones ignífugos. Me parece, es una opinión personal, que arrancamos mal o tarde. Sigamos; el 25 de julio de 2015, es decir, al día siguiente del incendio fatídico, y el 27 del mismo mes y año se realizaron sendas inspecciones a fin de conocer el estado de salud de los otros internos (fs. 82 y 83), y el 30 de julio de 2015 se realiza una nueva visita, en la que, entre otras falencias, se descubren colillas de cigarrillos en los dormitorios (ya había sido advertido el Instituto sobre este punto), y la realización de tareas, recién ahora, para colocar luces de emergencia. Como consecuencia de ello, la Comisión envía notas a la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal y a la Subsecretaría de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia, ambas dependientes de la SENNAF (v. fojas 87 y 88) indicándoles la necesidad de adoptar urgentes decisiones institucionales para garantizar la integridad de los internos, en concreto, que se proceda a la intervención de la guardia de seguridad. La visita del 3 de agosto de 2015 (fs. 89/91) arrojó como resultado que efectivamente se procedió a la intervención, siendo su nueva autoridad la propia Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, en cabeza de su Director Lic. José Rodríguez.

Finalmente, se realizó, hasta la fecha de remisión del informe requerido por esta Institución, otra visita el 10 de agosto de 2015 no demasiado alentadora, es decir, similar por no decir idéntica a tantas otras inspecciones, salvo que, esta vez, por fin, llegaron los colchones ignífugos.

A estar a las inspecciones realizadas y a las respuestas brindadas por los organismos de la SENNAF, pareciera que a las autoridades del Instituto, ignoro las razones y me resulta imposible emitir un juicio de valor certero al respecto, *hay que llevarlas como chicos* o darles órdenes precisas, como si no supieran que algunas acciones elementales deben realizar por sí solos: que a los menores, por razones de seguridad, se les prohíba fumar en los dormitorios; que se realicen actividades en beneficio de los menores; que se los incentive a usar el gimnasio; que salgan al patio y al parque con mayor frecuencia, que el personal de seguridad esté debidamente identificado; que se lleve como corresponde el libro de guardia; que el enfermero sea “más” amable, que gocen todos los sectores de un mínimo de limpieza, etcétera. Surge de la lectura de las actas que en cada visita debe reiterársele al director del Instituto cuáles son sus obligaciones o, al menos, de qué forma llevar adelante de mejor modo el Centro. Tampoco se quedan atrás las autoridades de los organismos que dependen del SENAFF pues ha debido la Comisión enviarles un número importante de notas para hacerles saber acerca de sus responsabilidades propias de la función, sin importar los problemas presupuestarios que pudieran tener ya que, luego del incendio, finalmente aparecieron los colchones ignífugos. Un poco de pintura, algunas estufas y ventiladores, elementos para el aseo personal como el dentífrico que reclaman, y una mejor alimentación (v. f. 24vta.), no creo que provoque un colapso en el presupuesto. Tampoco incidirá de modo grosero que se incremente el personal de seguridad (al menos para evitar fugas como la ocurrida el 24 de enero de 2015), teniendo en cuenta que los propios guardias

hacen especial hincapié en ello (v. f. 25). En definitiva, así vamos, así estamos, teniendo que concurrir mensualmente la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación, así como también el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, para obtener algunos pocos beneficios y algo de seguridad, higiene y limpieza en el Centro.

Y ya que me he referido al Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, daré cuenta de sus respuestas brindadas a esta Institución, glosadas a fojas 97/208. Véase.

A f. 158 el Sistema advierte en su visita del 16 de marzo de 2015 que unos menores alojados en la enfermería deben ser reubicados debido a la situación de encierro, falta de ventilación y luz adecuada, y hacinamiento que sufren, considerando que debe formarse de inmediato un Comité de crisis para evaluar, con urgencia, la situación y adoptar las medidas necesarias con el objeto de mejor garantizar los fines de la internación de los menores allí alojados.

Para variar, lo digo con dolor, los resultados son idénticos a los informados por la Comisión, y a los que me he referido más arriba; es decir, camas sin sábanas, algunos ventiladores de techo no funcionan, no hay heladera en los sectores comunes y, según informan las autoridades del Centro, el uso de la *playstation* funciona como “parte del régimen de premios y castigos” (v. f. 159vta.). Un disparate, al igual que la comida que, a veces, se sirve cruda, con sabor desagradable (v. f. 160). A consecuencia de un brote de parotiditis, no hubo clases educativas, ni gimnasio, ni talleres, lo que importa una situación de ociosidad mayúscula y, por supuesto, inconveniente, al menos para los menores. Durante casi diez horas, en la noche, permanecen encerrados, sin contar con

sanitarios ni con un mísero vaso de agua para ingerir, si es que a alguno de los menores así lo desea (v. f. 160vta.). Pero no haré énfasis en el asunto, quizás, no lo sé, no les esté permitido desear en horarios nocturnos. El uso del teléfono es casi prohibitivo, y sólo se les permite hacer llamados a partir de las 17.00 horas, por lo que, se advierte con facilidad, cerrados los juzgados y las defensorías a las 13.30 horas, jamás pueden comunicarse con ellos. Sin embargo, aclararon las autoridades del Instituto (sospecho que en uno pocos renglones dejaré de mencionarlo de ese modo, pues, según el Diccionario de la Lengua Española significa centro de enseñanza o establecimiento que se ocupa de un servicio concreto, o cuidado específico), que si deben hacer un llamado matinal siempre se efectúa en presencia de un guardia. También lo ignoro y no soy de formular prejuicios, pero pregunto: será que la autoridad quiere comprobar que no se efectúe denuncia alguna a sus defensores acerca del trato que reciben los menores. Tampoco lo sé.

Paradójico resulta el sector “enfermería” ya que debido a las dolencias que afectan a sus huéspedes, el lugar debería ser, como mínimo agradable; pero no: es el peor lugar del Centro, con encierro total, sin ventilación, etcétera, etcétera, etcétera (v. f. 163). Casi en idéntico estado se encuentra el patio, con la única diferencia que es abierto, pero sólo se usa una (1) hora por día, y la cancha de fútbol que está en malas condiciones y los internos han sufrido allí múltiples lesiones a consecuencia de su ellas, tampoco se utiliza porque la única pelota de fútbol existente “*es vieja y está en mal estado*” (v. f. 164vta.).

El relato que luce a f. 166 alcanza para no continuar con la lectura del resto de las fojas, debido a que la descripción que se hace del sector 2 es idéntica a la de los sectores 3 y 4: un comedor, un espacio común con nada, poco mobiliario, sin heladera, caluroso, baños en pésimas

condiciones, sin agua caliente, etcétera, etcétera. Los guardias lucen disfraces emulando los uniformes oficiales que visten las fuerzas de seguridad.

A esta altura de los acontecimientos me veo obligado a plasmar en el papel la indignación que siento; sin un poco de catarsis no podré continuar con el dictamen. Será posible que sea necesario que la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación, y el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias deban inspeccionar periódicamente Institutos de menores y formular a sus Directores reiteradas recomendaciones, más allá de cuestiones estructurales y de fondo, a fin de humanizar un poco la vida de los jóvenes allí alojados: agua durante la noche, un baño, un poco más de esparcimiento, no utilizar el uso de la *playstation* como variable del castigo, una pelota de fútbol, la carne cocida, un teléfono, una sábana, algo de ventilación y una pizca de sensibilidad. Muchos de los avances conseguidos, no vinculados al presupuesto que se les asigna, sólo se obtuvieron merced a las recomendaciones formuladas porque quien da órdenes y espera que se cumplan, también está acostumbrado a cumplir únicamente aquellas que le son impartidas en forma directa; y está claro que no comulgan con los buenos oficios y desconocen qué significa *motu proprio*, es decir, actuar voluntariamente; de propia, libre y espontánea voluntad. Y un párrafo también merecen los organismos dependientes de la SENNAF, pues, basta advertir la celeridad con la que proceden a las recomendaciones que le son formuladas; a modo de ejemplo: la nimia actividad de podar los árboles que finalmente se realizó (v., en particular f. 78, y fojas 70/71, entre otras), para darse cuenta que algunos desarreglos se solucionan con prácticas, reitero, de buena convivencia.

Algo más calmo, continúo con el análisis de la actuación N° 5169/2015. El Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control

Judicial de Unidades Carcelarias (f. 173) formula una importante serie de recomendaciones, las que son respondidas (f. 174 y ss.), con fecha 10 de mayo de 2015, por la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, dependiente de la SENNAF. Niega que los menores no tengan acceso a los sanitarios durante la noche, sin embargo aclara que instruyó a los directores de los Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado para que se les permita el uso de los baños, y a gozar de una hora de descanso diurna luego del almuerzo. Sorprende la respuesta vinculada a la vestimenta de los guardias, debido a que sin bien indica que se ha recomendado el uso de ropa más acorde a la población civil *“...esta implementación requiere de un proceso que desande usos y costumbres fuertemente arraigados en la Institución.”*. En cuanto al uso del teléfono hizo saber que los adolescentes podrán utilizarlo en horario diurno *“...con el acompañamiento del Equipo de Intervención Técnica ...”*. En honor a la verdad, un logro a medias; quizás deba insistirse en la importancia de la confidencialidad de las comunicaciones.

A fojas 188/89 obra un Informe de Situación, elaborado por el Director del Centro, informa sobre los hechos que culminaron con el incendio y la muerte de uno de los menores. Hace saber que se había cortado la luz en la zona y que aproximadamente a las 22.40 horas, Simone y Brizuela habrían prendido fuego los colchones en el dormitorio 5 del sector 2 donde se alojaban. Sin informar las demoras, si las hubo, en evacuar el lugar relata que ambos fueron llevados al hospital, falleciendo el primero y sufriendo quemaduras importantes el restante. Un Informe elaborado por la Coordinación de Delegados Inspectores de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (fojas 194/95) da cuenta del relato que el Director del Centro efectuó a los funcionarios que comparecieron a raíz de incendio. Sólo un párrafo transcribiré: *“Que el director manifestó, que según dichos de los jóvenes, la*

guardia que debía encontrarse en dicho sector estaba presente al momento en que se iniciaron los hechos lo que no puede aseverar dado que él no se encontraba presente en el establecimiento ... Cabe destacar que con relación al hecho propiamente dicho, se encuentra en etapa de investigación, y que a la fecha el guardia del sector fue apartado de su puesto de trabajo.”. Ya volveré sobre el asunto cuando señale el estado actual del sumario penal.

El Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias realizó una nueva visita el 25 de agosto de 2015 (fojas 196/208). Y si bien algún sector tuvo mejoras, éstas no fueron muchas; basta con advertir que en la visita del mes de marzo se le formularon al Centro diez (10) recomendaciones, y ahora fueron dieciséis (16) y algunas de ellas son reiteraciones de anteriores; por ejemplo: cese de aislamiento nocturno, la vestimenta de los guardias, mayor libertad para el uso del teléfono, etcétera. Y sorprende doblemente si recordamos lo informado (f. 174) por la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal al responder a las primeras recomendaciones oportunamente formuladas; máxime teniendo en cuenta que en la actualidad esa Dirección debido a su intervención, es responsable y se encuentra a cargo del Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia (v. f. 90vta., *in fine*).

Sospecho que de persistir el Instituto en esas prácticas, y tolerar su reiteración el Director Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, entendiéndolo que, por ejemplo, el aislamiento nocturno no es más que “un agravamiento en las condiciones de detención” y un trato cruel, inhumano y degradante, en los términos de la Ley N° 26.827 (v. artículos 1°, 4° y cc.), quizás, sea hora de elegir algunos otros cursos de acción.

Continúo: entre las nuevas recomendaciones que formuló el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de

Unidades Carcelarias, se destacan: mejorar la atención médica en todos sus aspectos, colocar matafuegos, reubicación de los detectores de humo, reparaciones edilicias, la provisión de mayores artículos de limpieza y, principalmente, el cese en el aislamiento nocturno.

A fojas 211/12, se encuentra agregada la respuesta brindada a esta Institución, con fecha 14 de septiembre de 2015, por la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal. En cuanto a las medidas que llevó a cabo, luego del incendio que ocasionó la muerte del menor Simone, informó: que se brindó asistencia terapéutica a los involucrados; que se reemplazó la totalidad de los colchones por otros ignífugos; que se revisaron las luces de emergencia; que se prevé instalar cámaras de seguridad; que se asistió a las autoridades del Instituto; y que se iniciaron actuaciones administrativas.

A f. 215 envió su respuesta la Procuraduría de Violencia Institucional, remitiendo copia de la visita que el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias efectuó en el Instituto el 25 de agosto de 2015, ya agregado a fojas 196/208.

Algo más: el 10 de noviembre, se tomó contacto con la Fiscalía de Menores N° 4, a fin de conocer el estado actual de la causa N° 77814/15, iniciada con motivo de la muerte de Simone y las lesiones sufridas por Brizuela, en el Instituto.

El Secretario de la Fiscalía, Alejandro Campagnolli, informó que el 2 de octubre enviaron, al Juzgado de Menores N° 3, Secretaría N° 7, dictamen solicitando la declaración indagatoria de Brizuela. Agregó que, recientemente, en función de lo solicitado por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, se remitió copia de ese dictamen a la Procuraduría a su cargo.

Habiéndose comunicado la Oficina de Personas Privadas de la Libertad de esta Institución con aquel Juzgado, el Dr. Guillermo Bassani, Secretario ad hoc, informó, que el 6 de noviembre de 2015 se le recibió declaración indagatoria a Brizuela y responsabilizó del hecho al joven fallecido Simone. Aún no se ha resuelto su situación procesal. Agregó el Secretario que las pericias efectuadas dieron cuenta que el incendio fue ocasionado por una llama libre que prendió fuego los colchones. Hasta el presente no hay otras personas imputadas.

3. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sostiene, con fundamentos en los “Principios de París” que: *“Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) son organismos estatales creados con un mandato constitucional o legislativo para promover y proteger los derechos humanos. Cuando se establecen según los Principios de París, estas instituciones se convierten en actores fundamentales en el sistema nacional de protección de los derechos humanos y fomentan vínculos importantes entre el Estado, la sociedad civil y los organismos internacionales de derechos humanos. A diferencia de otros organismos del gobierno, las INDH no están bajo la autoridad del ejecutivo, legislativo o el poder judicial y aunque reciben todo o gran parte de su financiamiento del Estado, son independientes. A diferencia de ONGs, las INDH tienen responsabilidades legales, como otros organismos del Estado. De manera imparcial, buscan determinar si el Estado está cumpliendo con sus obligaciones en materia de derechos humanos. No existe un modelo o nombre uniforme para las INDH, pero en nuestra región suelen llamarse: **defensorías del pueblo**, defensores públicos, comisiones nacionales o procuradores de derechos humanos, u ombudsman. El nombre no importa, sino sus funciones. Lo esencial*

es que sean establecidas conforme con los principios universales adoptados por las Naciones Unidas, denominados los Principios de París.”.

El Folleto Informativo N° 29, “Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos”, elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, indica que son derechos reconocidos a los *“defensores de los derechos humanos”*, entre muchos otros, **el de recabar, obtener, recibir y poseer información sobre los derechos humanos; el de presentar a los órganos y organismos gubernamentales y organizaciones que se ocupan de los asuntos públicos, críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda impedir la realización de los derechos humanos;** y el de denunciar las políticas y acciones oficiales en relación con los derechos humanos y a que se examinen esas denuncias. Y explica que: *“Los defensores abordan cualesquiera problemas de derechos humanos, **que pueden comprender desde las ejecuciones sumarias hasta la tortura, la detención y prisión arbitrarias, la mutilación genital de las mujeres, la discriminación ... Los defensores actúan en favor de derechos humanos tan diversos como el derecho a la vida, la alimentación y el agua, el nivel más alto posible de salud, una vivienda adecuada, un nombre y una nacionalidad, la educación, la libertad de circulación y la no discriminación. Algunas veces defienden los derechos de categorías de personas, por ejemplo, los derechos de la mujer, el niño, los indígenas, los refugiados y desplazados internos, y de minorías nacionales, lingüísticas o sexuales.”.***

Cabe señalar que los “Principios de París” fueron elaborados en el primer Taller Internacional de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, celebrada en París del 7 al 9 de octubre de 1991. Fueron adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de

las Naciones Unidas por la Resolución 1992/54, de 1992, reafirmada por la Asamblea General por la Resolución 48/134 de 1993.

Y al respecto señala el ACNUDH que: “Los *Principios de París* representan la principal fuente de estándares internacionales para la creación y funcionamiento de las INDH. Detallan sus competencias y responsabilidades, composición, garantías de independencia y sus métodos de operación. Sus competencias y responsabilidades: Tener un mandato amplio de promoción y protección de los derechos humanos, plasmado en un texto constitucional o legislativo; Presentar al gobierno u otra autoridad (de manera consultiva) sus opiniones, recomendaciones, propuestas e informes sobre cualquier asunto de derechos humanos. **Puede abarcar desde proyectos de ley, decretos, acciones, situaciones de violación de derechos humanos, etc.;** Asegurar la armonización de legislación y regulación nacional con los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es Estado es parte y promover la ratificación de los que faltan; **Contribuir a la elaboración de los informes que deben entregar los Estados a los órganos de las Naciones Unidas** y cooperar con el sistema universal, regional y nacional; Asistir en la formulación y entrega de programas de enseñanza e investigación de derechos humanos; Difundir los derechos humanos y los esfuerzos para combatir la discriminación y aumentar la información pública a través de la prensa y campañas de sensibilización. Métodos de operación: Tener la libertad de considerar cualquier asunto, independiente de su fuente, escuchar a toda persona y obtener cualquier documentación necesaria para analizar situaciones relevantes; Difundir a través de la opinión pública o la prensa, sus opiniones y recomendaciones; Organizar reuniones regulares con todos sus miembros y establecer grupos de trabajo o unidades locales o regionales para asistir en sus funciones; Consultar con actores relevantes en la protección y promoción de los

derechos humanos y establecer relaciones con ONGs que se ocupan de la promoción y protección de los derechos humanos. Funciones cuasi-jurisdiccionales adicionales: Las INDH pueden recibir y examinar quejas o peticiones individuales y deben buscar una solución mediante la conciliación o decisiones vinculantes; Asegurando la confidencialidad, deben informar a la persona de sus derechos y los recursos a su alcance; Pueden transmitir la petición a la autoridad competente o hacer recomendaciones directas para asegurar el cumplimiento de los derechos.”. Y, agrega que: “Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) son actores claves que pueden llenar los vacíos en la aplicación del derecho internacional de derechos humanos. Trabajan para asegurar el Estado de Derecho y luchar contra la impunidad en su país. También abogan por la aplicación nacional de los tratados y mecanismos internacionales de derechos humanos. Las INDH son fundamentales para promover el respeto de los derechos humanos en sus países. También pueden impulsar la elaboración de planes de acción y fomentar políticas públicas en derechos humanos. Presentan propuestas legislativas y evalúan el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Pueden aumentar la apropiación y pertenencia nacional de proyectos de cooperación técnica, mejorando así su sustentabilidad. También son un factor clave en el diseño e implementación de programas y actividades de derechos humanos a nivel nacional, dado su mandato amplio, base jurídica, variedad de tareas, naturaleza independiente, y la riqueza de sus redes de contactos. Representan un enlace clave entre el sistema nacional e internacional, ya que pueden facilitar la interacción con todos los actores del sistema de protección nacional, como el poder ejecutivo, poder judicial, el parlamento nacional y la sociedad civil.”.

Finalmente expresa con claridad que: a. “La facultad de iniciar investigaciones puede ser extremadamente importante y tener

consecuencias profundas, especialmente para los grupos desfavorecidos y vulnerables que es poco probable que tengan acceso a las INDH o dispongan de los recursos necesarios para informar a la INDH de su situación. **La facultad para iniciar investigaciones permite también a las instituciones velar por que los grupos vulnerables puedan expresarse públicamente y todo el mundo conozca y se interese por las violaciones de los derechos humanos, donde quiera que ocurran.** Gracias a las investigaciones puede conseguirse que algunos problemas ocultos lleguen a formar parte del debate público, un paso necesario para resolverlos.”; b. **“Las investigaciones sistémicas sirven para examinar cómo los sistemas -las leyes, políticas, prácticas, pautas de comportamiento y actitudes arraigadas- pueden actuar de manera discriminatoria o, de manera más general, vulnerar las normas de derechos humanos.** Esas pautas, políticas o prácticas pueden tener carácter estructural, es decir que se parte de la premisa de que las violaciones están incorporadas en el tejido de la sociedad y, por tanto, están arraigadas y generalizadas ... **Las investigaciones sistémicas no sólo ayudan a exponer problemas generalizados, sino que también pueden ser más efectivas que la investigación que varias denuncias individuales.”.**

Las INDH participan con derecho propio en todo el sistema de promoción y protección de los derechos humanos de la ONU, en particular en el Consejo de Derechos Humanos y el Examen Periódico Universal (EPU).

Y así intervienen por **tratarse de Instituciones que son consideradas por Naciones Unidas como independientes**, pues, precisamente, cumplen con los *Principios de París*, establecidos para garantizar su independencia. **Conforme a estos estándares son calificadas y en**

consecuencia acreditadas para participar en el foro internacional de los derechos humanos.

En el caso particular del EPU, mecanismo creado por el Consejo de Derechos Humanos para evaluar la situación de derechos humanos de los 193 Estados miembros, las *INDH* pueden presentar informes que son remitidos a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) en Ginebra, la cual se encarga de reunir toda la información que sirve de base para evaluar la situación de derechos humanos del país que es examinado.

Resta mencionar que para el ACNUDH **la Defensoría del Pueblo de nuestro país, conforme el análisis efectuado por el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales, “aplica”, “acredita” y cumple con los Principios de París.** *“Esta acreditación le permite participar y pronunciarse en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.”.*

Inicialmente la Defensoría del Pueblo de la Nación fue aceptada en el año 1999 y cada cinco (5) años debe presentar sus informes para “revalidar” su *status* de *INDH*, reitero, conforme los *Principios de París*. Y así ha sucedido periódicamente, habiendo sido su última reválida, en Ginebra, en el año 2011 y su próxima en el año 2016.

En mayo de 2015, el citado Comité Internacional de Coordinación de las *INDH* elaboró un *dossier* o *cuadro* acerca del *status* de las *INDH* y **la Defensoría del Pueblo de la Nación figura en *status* clase A**, esto es, *“Compliance with de Paris Principles”*, junto con otros 71 Estados, mientras que 10 no aplicaron (*status* clase C) y 26 obtuvieron un *status* clase B, es decir, *“Not fully in compliance with the Paris Principles”*.

Algo más: otras Instituciones, Procuradurías y Comisiones de nuestro país han intentado “aplicar” en Naciones Unidas para su reconocimiento como INDH con fundamento en los Principios de París; sin embargo no han conseguido su objetivo, **siendo el Defensor del Pueblo de la Nación, la única Institución de nuestro país reconocida por Naciones Unidas como principal garante de la República Argentina en la protección y promoción de los derechos humanos.** No es poco.

En definitiva, el Defensor del Pueblo de la Nación, conforme los Principios de París y el reconocimiento otorgado por Naciones Unidas, se encuentra facultado para: **a.** emitir dictámenes, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos; **b.** investigar toda situación de violación de los derechos humanos de la cual decida ocuparse; **c.** examinar todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia y que decida conocer en virtud de sus atribuciones; **d.** recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia; **e.** establecer grupos de trabajo y crear oficinas especializadas en temas o áreas específicas como sucede con las Relatorías o Comisiones, así como secciones locales o regionales para facilitar el desempeño de sus funciones; **f.** elaborar de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas; **g.** señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos y proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones; **h.** dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación; etcétera.

En resumidas cuentas, en pleno siglo XXI nadie podría discutir que el Defensor del Pueblo se encuentra facultado, por ejemplo,

para proteger e iniciar investigaciones vinculadas con el hacinamiento carcelario y sus derivaciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional, como principal garante internacional para la protección y promoción de los derechos humanos y garantías fundamentales, reconocidos por la legislación interna y los instrumentos universales.

Y no ignoro que hace muchos años, esta misma Asesoría tuvo algún reparo, considerando que la Procuración Penitenciaria de la Nación había sido creada para esos fines; sin embargo, ahora, frente a la profusa labor que viene desarrollando ese organismo, más las tareas que la Oficina de Personas Privadas de la Libertad de esta Institución también viene llevando a cabo, no queda más que rendirse frente a los resultados de ambos y trabajar mancomunadamente, en pos de una mejor calidad de vida para toda persona sometida al encierro. El dictado de la Resolución N° 2237/2009 de la SENNAF es prueba del modo en que no debe ejercerse la función pública. Sin embargo, respecto de ella me referiré en otro acápite, pues, no quiero desviarme del tema central que se viene desarrollando.

Así pues, resulta evidente que el artículo 86 de nuestra Constitución pone al Defensor del Pueblo de la Nación en un lugar privilegiado, al referir que su misión es la defensa y protección de los derechos humanos tutelados en ella y en las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración. Máxime, teniendo en cuenta lo resuelto por la CSJN en el fallo “Mazzeo” (330:3248) donde se expresa: *“19) Que así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras, en el sentido de aceptar como principio ya existente en ese momento, la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional, entre otros, a la Convención Americana sobre Derechos*

Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 20) Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso 'Ekmekdjian' (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.”.

Pero si aún quedara alguna duda, debo señalar que toda legislación interna cede, ante la duda, frente al principio *pro homine*, aplicado como un criterio de interpretación o como una norma de reenvío. No olvidemos que ha sido reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el principio *pro homine* como un “*principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.*” (Corte IDH, O.C. 5/85). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el principio *pro homine* indicando que “*en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos.*” (CIDH, Informe 35/07, c. 12.553, “Jorge, José y Dante Peirano Basso”, R.O.U., 1/05/2007).

Nuestra Corte de Justicia nacional, el 23 de abril del 2008, en los autos N° 28/05 “Acosta, Alejandro Esteban sobre infracción al artículo 14 de la Ley 23.737”, (S.C.A. 2186, LXL, publicado en LL 2008-D-36),

aplicando el principio *pro homine*, resolvió dejar sin efecto el criterio sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal (Plenario N° 5, con motivo del trámite de la causa N° 1403 de su Sala III, "Kosuta, Teresa sobre recurso de casación", año 1999) expresando que correspondía la interpretación amplia del artículo 76bis, Cp., es decir, podía ser beneficiado con el instituto de la suspensión del juicio a prueba cualquier persona, aún cuando la pena por el delito cometido fuere superior a tres años de prisión; para ser más exactos, se autorizó la suspensión del juicio a prueba, aún cuando la pena prevista superare los seis años, *"si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del Fiscal."* Indicó la Corte: *"6°) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304: 1820; 314:1849; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad, (art. 18 de la C.N.) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal."*

Al año siguiente, con fecha 25/08/2009, en el fallo A. 891. XLIV, "Recurso de hecho - Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080 sobre la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737", la Corte declaró la inconstitucionalidad de esa norma (tenencia de estupefacientes

para consumo personal), al considerar que se violentaba el artículo 19 (CN). Los magistrados Highton de Nolasco y Maqueda expresaron: *“23) que a nivel internacional también se ha consagrado el principio ‘pro homine’. De acuerdo con el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido. No hay dudas que tal principio ‘pro homine’ resulta más compatible con la posición de la Corte en ‘Bazterrica’ que en ‘Montalvo’ pues aquel amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.”*. Sólo agrego, para comprender mejor el precedente, que en “Bazterrica” (Fallos 308:1292) y en “Montalvo” (Fallos 313:1333) se resolvió de manera contrapuesta: el primero, de manera similar a “Arriola” despenalizó el consumo de estupefacientes para consumo personal, mientras que en el segundo se volvió a criminalizar esa conducta. La Corte en “Arriola” tuvo en cuenta que ambos precedentes fueron dictados con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 que incorporó los tratados internacionales, y puso “blanco sobre negro” acerca de la preeminencia de los instrumentos internacionales por encima de la legislación interna. Precisamente indica en su Considerando 16: *“Que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en ‘Bazterrica’ y ‘Montalvo’, se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, ‘Bazterrica’ es un pronunciamiento del año 1986, y ‘Montalvo’ de 1990. Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el*

de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re ‘Mazzeo’, Fallos: 330:3248). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional. Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables (‘Verbitsky’ Fallos: 328: 1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (‘Casal’ Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (‘Maldonado’ Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (‘Tufano’ Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (‘Quiroga’ Fallos: 327:5863, ‘Llerena’ y ‘Dieser’ Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (‘Benítez’ y ‘Noriega’ Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (‘Barra’ Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (‘Gramajo’ Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (‘Santillán’ Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (‘Arancibia Clavel’ Fallos: -14- 327:3312; ‘Simón’ Fallos: 328:2056 y ‘Mazzeo’ Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones.”.

En síntesis, puede afirmarse sin rubor que el Defensor del Pueblo, actúa frente a violaciones de los derechos humanos sobre personas privadas de la libertad, con fundamento en el artículo 86 (CN), los

tratados y convenciones internacionales (incorporados como leyes supremas), el principio *pro homine*, y lo resuelto por la Corte IDH, la CIDH, y la CSJN. Es que el Derecho debe ser concebido como un sistema dinámico, y las resoluciones, informes, instrucciones, fallos e instrumentos internacionales, más los precedentes dictados por nuestra Corte con posterioridad al año 1994, así ya lo han decidido.

En materia de menores de edad, nuestra Corte de Justicia ha sido clara; entre muchos otros fallos, en la causa G.1961.XLII “G., M. S. c/ J., V. L. s/divorcio vincular”, del 26 de octubre de 2010, haciendo propios los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, resalta, en cuanto a que la interpretación y aplicación del derecho consta en *“evit[ar] atribuir a las normas un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, haciendo prevalecer unas a expensas de las otras; por lo que se adoptará como verdadero, el que las concilie y les dé efecto a todas ... el intérprete debe ceñirse tanto más estrechamente a ese protocolo, en los supuestos en los que está en juego la situación de un niño, donde su mejor interés -de rango superior-, opera sine qua non en un papel integrador”*.

Entonces, dejemos todos los organismos del Estado de navegar entre *Escila y Caribdis*, es decir, debatiéndonos acerca de quién es “más” competente, invocando razones de especificidad, sin advertir, como se dijo *supra*, que frente a flagrantes violaciones a los derechos humanos, los que las sufren suponen estar a buen resguardo y protegidos por las Instituciones que el propio Estado ha creado al efecto y que, por tanto, todas ellas navegan a través de un inmenso océano que se llama Carta Internacional de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana

sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; Declaración de Principios sobre la libertad de expresión; Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, entre muchas otras.

4. Aunado a lo expuesto, me veo en la obligación de señalar que a consecuencia de la Resolución N° 2237/2009 dictada por la SENNAF en contra de la PPN, ambos organismos decidieron batir a duelo a las Leyes N° 25.875 y N° 26.827, invitando a la contienda a las Leyes N° 24.660 y N° 26.061. Dos entes públicos pertenecientes al mismo Estado parte que ratificó todas las Convenciones y Tratados que reconocen derechos a niñas, niños y adolescentes, decidieron judicializar sus diferencias: ni más ni menos dirimir si la Procuración Penitenciaria de la Nación tenía (o no) facultades para inspeccionar los Institutos de menores que están bajo la órbita de esa Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Desenfrenadamente lucharon como ejércitos los artículos de unas y otras leyes bajo varias consignas: que prevalece el interés superior del niño; que sólo puede inmiscuirse en personas mayores privadas de libertad comprendidas en el régimen penitenciario; que ello no es cierto y que abarca a cualquier persona sometida a encierro en jurisdicción federal; que no, que sí, que de ningún modo, que los menores son visitados por la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes; que no se impugnó a tiempo el acto administrativo, que el habeas corpus no es la vía

apta, etcétera. (confr. causa N° 33893/2014, Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 38).

Sin tomar partido por unos ni otros, la verdad es que la contienda duró más de la cuenta y nadie sale victorioso de un prolongado combate; la historia así lo demuestra; en todo caso, sólo se obtiene una victoria a lo Pirro, sin vencedores ni vencidos, y aun suponiendo que la cruzada tuvo, en ambos, fines altruistas, no advirtieron, quizás como nunca sucede en las reyertas, que había un tercero expectante, ávido de que le sean reconocidos sus derechos, sin importarle quién habría de llevar el estandarte; y ese espectador es, ni más ni menos, que la persona privada de libertad, en este caso puntual, el menor alojado en un Centro Socioeducativo de Régimen Cerrado. Ya fijé posición acerca de su denominación, razón por la cual, *brevitatis causae* me remito a sus consideraciones y mucho más ahora en cuanto al concepto “Socioeducativo”; y no sólo por los resultados negativos que reflejan las inspecciones efectuadas, sino porque no creo en la socialización / educación de regímenes cerrados; personalmente creo que es el más claro ejemplo para definir la palabra oxímoron.

Volvamos: considero que la SENNAF debió haber abierto las puertas de los institutos, de igual modo que ahora lo hace para con el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias que, como se ha visto, integra la Procuración Penitenciaria de la Nación. Sospecho que las competencias de la SENNAF se han ampliado en demasía con el correr de los años y con el dictado de un sinfín de normas que, debo confesar, me ha llevado tiempo encontrar, y hasta intuyo que olvidaré alguna; pido perdón de antemano entonces por el olvido. Y no es una crítica, porque no ha sido su responsabilidad, pero viendo las infinitas atribuciones que posee, viene a mi memoria aquello que *el que mucho abarca poco aprieta*, o eso otro de que *no se puede estar en misa y en la procesión*.

Pero vayamos por partes, veamos algunas de las normas.

El Consejo Nacional del Menor y la Familia, creado por el Decreto N° 1606/90, pasó a denominarse Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, en virtud de lo dispuesto por el Decreto N° 295/01 y continuaron bajo su órbita los Institutos de menores, conforme surge del Anexo I de este último, así como sus objetivos, conforme su Anexo II.

Sin embargo, en el año 2005 se dictó la Ley N° 26.061 que creó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (artículo 43) y derogó los citados Decretos (artículo 76). Luego se dictó el Decreto N° 28/2007 que definió con precisión los objetivos de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, así como también las responsabilidades primarias y acciones de la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal. A su turno, el Ministerio de Desarrollo Social dictó la Resolución N° 3892/2011, que aprueba el Marco Conceptual de la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, dependiente de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia.

La simple lectura de ese Marco, que reconoce la necesidad de un profundo proceso de transformación del régimen penal juvenil, las referencias reiteradas y reenvíos que hace a la Ley N° 26.061, la necesidad de avanzar en la especialización, la férrea voluntad que expone en la calidad institucional que deben brindar los Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado con indicación expresa pero no taxativa de los derechos que deben gozar los adolescentes internos, más las preocupación que denota en lo que denomina “el trayecto hacia el egreso”, y, finalmente, los Dispositivos Penales Juveniles que indica, con especial énfasis en esos Centros, demuestran la honda preocupación del Poder Ejecutivo Nacional en lograr un profuso cambio en el régimen penal

juvenil y, de algún modo, aunque sucintamente, lo plasma en el “Plan Nacional de Acción por los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes 2012-2015”, siendo su objetivo general el de *“Generar condiciones para el cumplimiento efectivo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de ciudadanos, a través del desarrollo de políticas públicas integrales, implementadas interinstitucional e intersectorialmente y con enfoque territorial.”*. Y, en lo que aquí interesa, indica: *“26. Impulsar a nivel nacional la sanción de la reforma legislativa en materia de Sistema Penal Juvenil y a nivel provincial las adecuaciones procesales pertinentes. 27. Avanzar en la especialización de los dispositivos penales juveniles, creando y/o fortaleciendo los alternativos a la medida de privación de libertad.”*

Sinceramente no sé, lo digo sin altanería, pero vale la pena preguntarse si la SENNAF no debería ocuparse de las políticas públicas y de todas las misiones que le encomienda la Ley N° 26.061, que no son pocas, y dejar los Centros de Régimen Cerrados bajo la órbita de otro organismos estatal, más allá de la actual dependencia que tienen en forma directa con la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal.

Máxime teniendo en cuenta la delicada labor que le encomienda el artículo 44, inciso f), de la citada Ley N° 26.061, esto es, en función del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, elaborar y presentar ante el Comité de los Derechos del Niño los informes en representación de nuestro país como Estado parte *“...sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos [debiendo indicarse] las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo,*

contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.”.

Volviendo al asunto que movilizó la redacción de este dictamen, cabe agregar que las inspecciones realizadas en el Instituto Rocca demuestran que algunos problemas son estructurales y su reforma le corresponde a las máximas autoridades del Ministerio o de la Secretaría; sin embargo, algunas otras, si se quiere, dificultades de rango menor, podrían ser subsanadas por la Dirección Nacional, y otros inconvenientes más pequeños, pero no por esa razón menos importantes, deberían ser corregidos por el por Director del Instituto. Finalmente, un par de contratiempos detectados, simplemente encontrarían solución inmediata merced a la buena predisposición de los guardias.

Y estoy absolutamente convencido de que esa pirámide de conflictos sólo hallará resultados satisfactorios si las propuestas o recomendaciones que se dicten al efecto se dirigen al funcionario adecuado; de otro modo, debido a la brecha abismal entre la jerarquía del funcionario y el problema, nunca obtendremos absolutamente nada y nada será modificado en beneficio de los menores. Por caso, un trato más amable para con los adolescentes internados debe serle recomendado directamente a los guardias y no a la Secretaría para que así se lo ordene; la compra de una nueva pelota de fútbol (cuyo valor promedio oscila en los \$150) debe serle requerida al Director y no al Ministerio para que llame a una licitación; la posibilidad de que usen la línea telefónica durante el día, en horario judicial, puede serle requerido al Director o, en su caso, a la Dirección Nacional, pero sería poco práctico recomendárselo a la Secretaría; y así sucesivamente, pudiendo continuar con un sinfín de supuestos, como, por ejemplo, la compra de los colchones, el encierro nocturno, más periodicidad en las salidas al parque o al patio, una mejor comida, más talleres, etcétera.

Quiero significar con lo expuesto que no se trata sólo de detectar los problemas sino, fundamentalmente, de ser un poco más sagaces, a la hora pretender efectividades conducentes, y requerirle la solución a la persona adecuada, con un plazo razonable para su cumplimiento y, si no lo hace, escalar en la cadena de responsabilidades funcionales y advertirle entonces al superior jerárquico que el problema ya no es la falta de una nueva pelota de fútbol sino la desidia del Director a cargo. No sé si me explico con claridad; espero que sí.

Así como tantas veces hemos leído que tal o cual acción “*no es la vía apta*” para resolver el asunto, o fulano resulta incompetente o que mengano carece de personería o legitimación, es evidente, a estar a las recomendaciones que ha efectuado el “Sistema” y que ha debido reiterar meses después, que, tal vez, se estén dirigiendo “*a la persona equivocada*”. No lo sé, pero sospecho que el interrogante amerita un debate. Por supuesto que en modo alguno este sencillo pensamiento debe ser tomado como una crítica, pues, conforme se verá *infra*, dedicaré un párrafo especial a la labor que desarrollan quienes integran el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias.

Lo que digo es que quizás resulte de buena práctica elaborar un listado de problemas, otro de plazos, uno más con la solución a la que se pretende arribar y, finalmente, uno escalafonario de las autoridades competentes, y entonces ir entrecruzando los listados hasta llegar a la perfecta unión de unos y otros; concretamente: este problema tendrá mejor solución, y en breve plazo, si se lo planteamos a este o a aquel funcionario y no a otro, aun siendo el último de mayor jerarquía. Por caso, a f. 61vta. se informa que el Centro tiene vedado adquirir electrodomésticos, por lo que tanto los *DVDs* y otros artefactos deben ser adquiridos por la SENNAF.

De todos modos, sin dudas, recién lograremos una vida más humanizada para los adolescentes internados, “en el trayecto hacia el egreso”, cuando se dicte una nueva ley penal juvenil.

5. Varios proyectos de Ley Penal Juvenil se han presentado en estos años en el Congreso Nacional; durante el año 2012 tuvieron vigencia los siguientes: 6427-D-2010 (+16 -18); 1448-D-2011 (+14 -18); 1045-D-2010 (+14 -18); y 1524-D-2010 (+14 -18). Con vigencia al año 2015 se encuentran: 1330-D-2015 (+16 -18); 2236-D-2014 (+14 -18); 1802-D-2014 (+14 -18); 6545-D-2013 (+16 -18); y 1339-D-2013 (+14 -18).

Sin embargo, importante resulta el Proyecto **1524-S-2009** conjunto con los registrados bajos los números 0734-S-2008, 1564-S-2008, 1263-S-2009, 1555-S-2009, ingresado al H. Senado de la Nación el 26 de mayo de ese año, finalmente aprobado el 25 de noviembre del mismo año, habiendo caducado, en la H. Cámara de Diputados, el 29 de febrero de 2012.

Y lo traigo a colación debido a que no sólo no es un tema menor que haya sido aprobado en el H. Senado, sino porque, además, coincidencia más o coincidencia menos, creo que refleja el espíritu que debe tener una ley penal juvenil. Así entonces, transcribo sus partes más importantes, a la espera que, a través de alguna mesa de diálogo, conforme se verá *infra*, o directamente por intermedio de esta Institución, en función de las facultades que le otorga el artículo 27 de la Ley N° 24.284, en cuanto faculta al Defensor del Pueblo de la Nación a proponer al Poder Legislativo la modificación de una norma cuya aplicación provoca situaciones injustas a sus habitantes, más los Principios de París que disponen, como se vio, que las INDH, como garante principal de los derechos que reconocen los instrumentos internacionales a los que cada Estado

se ha adherido, se proponga el dictado de una nueva legislación similar a ella.
Ahora la transcripción:

Artículo 2º.- No es punible la persona menor de 16 años. Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

Artículo 3º.- En ningún caso una persona menor de 18 años podrá ser sometida a juzgamiento por los tribunales de los fueros establecidos para las personas mayores, sino por vía de apelación.

Artículo 4º.- Son de aplicación obligatoria en el marco de la presente Ley todos los términos de la Ley 26.061. Las personas menores de 18 años son sujetos de derecho y podrán ejercer todos los actos necesarios para su defensa en cualquier fuero o jurisdicción.

Artículo 14º.- Medidas de coerción durante el proceso. Finalidad y alcances.

La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona menor de dieciocho (18) años, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Artículo 15º.- Condiciones.

El juez podrá ordenar medidas de coerción cuando se den las siguientes condiciones:

a) Semiplena prueba de responsabilidad del titular del derecho a afectar.

b) Verificación del peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida.

c) Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela

Artículo 16º. Medidas de coerción procesal.

Las medidas de coerción procesal tienen carácter excepcional. Única y fundadamente podrán ser decretadas cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho y las condiciones personales de la persona imputada hicieren presumir que la misma intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Podrán decretarse las siguientes medidas:

a) Abstenerse de concurrir a determinados lugares o tomar contacto con determinadas personas.

b) Comparecer periódicamente al juzgado.

c) Privación de libertad provisional domiciliaria.

d) Privación de libertad provisional en Centro Educativo Especializado de Rehabilitación e Inserción Social.

La privación de libertad tendrá carácter excepcional, sólo será ordenada como medida de último recurso, luego de descartar toda posibilidad de aplicación de otras medidas menos gravosas y siempre que resulte absolutamente indispensable a los fines de la aplicación de la presente ley.

La privación de la libertad es por tiempo determinado y éste debe ser el más breve posible.

Artículo 24º.- Mediación Penal.

En cualquier momento del proceso, el Ministerio Público, la víctima, el imputado o su defensor podrán solicitar que se inicie proceso de mediación

penal, el que tendrá carácter confidencial, voluntario, imparcial, estructurado e informal.

Su apertura implicará la suspensión de las actuaciones y del plazo de prescripción. Habiendo las partes arribado a un acuerdo se suscribirá un acta que se remitirá al Tribunal para su homologación. La suspensión subsistirá hasta el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas.

El acuerdo no implica aceptación de la comisión del delito por parte de la persona menor de dieciocho (18) años.

Cumplido el acuerdo, se declarará extinguida la acción penal a su respecto. Caso contrario, continuará el trámite del proceso.

Artículo 25°. Conciliación.

La conciliación es un acto voluntario entre la persona ofendida o su representante y la persona menor de dieciocho (18) años, quienes serán partes necesarias en ella.

Artículo 35°.- Carácter y finalidad de las sanciones.

Las sanciones previstas en el presente Título, serán de imposición excepcional y subsidiaria ante la imposibilidad de concluir el proceso mediante los otros institutos establecidos en esta ley. Su aplicación no menoscabará de modo alguno la dignidad personal de la persona menor de dieciocho (18) años y tendrán la finalidad de fomentar el sentido de responsabilidad personal por los actos propios, de respeto por los derechos y libertades fundamentales y de integración social, garantizando el pleno desarrollo personal, de sus capacidades y el ejercicio irrestricto de todos sus derechos, con la única excepción del que haya sido restringido como consecuencia de la sanción impuesta.

Artículo 37º.- Sanciones.

El juez podrá aplicar las siguientes sanciones:

1. Disculpas personales ante la víctima;
2. Reparar el daño causado;
3. Prestación de servicios a la comunidad;
4. Ordenes de supervisión y orientación;
5. Privación de libertad durante el fin de semana o tiempo libre;
6. Privación de libertad en domicilio;
7. Privación de libertad en centro educativo especializado de rehabilitación e inserción social.

Artículo 57º.- Información a las personas alojadas.

En el momento de ingresar la persona menor de dieciocho (18) años al centro educativo especializado de rehabilitación e inserción social, deberá entregársele copia íntegra del reglamento que regule el funcionamiento del mismo, conteniendo expresamente la descripción de sus derechos y obligaciones, en idioma que pueda comprender, junto con la información sobre las autoridades competentes ante las que puedan formular quejas. Para las personas menores de dieciocho (18) años que por distintas razones no comprendan la lengua escrita, se les deberá facilitar la información por otros medios de manera clara y accesible a sus capacidades.

6. Por todo lo que se ha señalado hasta aquí, esta Asesoría Legal y Técnica considera, en cuanto al trámite de la actuación N° 5169/2015, iniciada por el incendio ocurrido en el CRC Dr. Manuel Rocca, que correspondería su conclusión, debido a que con relación al hecho puntual interviene la Justicia, y con relación a los Institutos en general, se encuentra en

plena investigación la actuación N° 8745/2014, iniciada el 4 de diciembre de 2014, y copia del presente dictamen correspondería agregar a ella.

Pero, no sólo por ello sino por la intensa y silenciosa labor que se advierte viene desarrollando la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación que, además, integra el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias. Respecto de este último, dedicaré un párrafo debido al encomiable compromiso que demuestra, pues, más allá de los temas que se abordan en sus reuniones, y de las que he sido testigo junto la Oficina de Personas Privadas de la Libertad de esta Institución, efectúa visitas periódicas a cárceles e institutos de menores, empeño que luego se ve reflejado en cada una de las recomendaciones que propone.

Y en este punto, no puedo más que señalar que en la última reunión del día 3 de noviembre de 2015, llevada a cabo en la Sala de Acuerdos de la Cámara Federal de Casación Penal, quien suscribe y la Dra. María Eugenia Mugica tuvimos oportunidad de exponer, entre otros temas, con relación a la situación que atraviesan las niñas, niños y adolescentes cuando alguno de sus progenitores ingresa a la cárcel. Referimos en esa ocasión la necesidad de lograr mayor flexibilidad en otorgar la prisión domiciliaria a madres y padres únicos encargados de un menor, aun mayor de cinco años (confr. artículo 32, inciso f, de la Ley 24.660 y artículo 10º del Código Penal de la Nación); concretamente cuando los hijos de padres encarcelados tuvieren menos de dieciocho años de edad. Sobre ese punto los integrantes presentes del “Sistema” apoyaron esa idea, coincidiendo en la necesidad de fortalecer y promover el programa de arresto domiciliario concedido bajo vigilancia electrónica. Y para el cumplimiento de esos fines se nos ha invitado y nos hemos sumado a la Comisión

formada para trabajar en la recomendación sobre niños, niñas y adolescentes. Además, el “Sistema” propuso continuar monitoreando los Institutos de menores.

En ese marco, considero de buena práctica y toda lógica que resultaría importante continuar participando activamente en esas reuniones, planteando allí los problemas y, en lo particular, llevando el total de las inquietudes que han surgido en el presente asesoramiento. Es que, como se ha indicado bastante más arriba, el trabajo y esfuerzo conjunto siempre habrá de conseguir mayores logros que cualquier actuación individual, sin importar cuál es el organismo emisor de la propuesta.

Es que no resultaría una cuestión menor continuar participando dentro del “Sistema” y así poder, en ese ámbito de propuestas e ideas, volcar las necesidades que desde esta Institución se advierten con la finalidad de que se les reconozcan sus derechos a las personas privadas de libertad, mayores y menores de edad. Más adelante me referiré a las propuestas concretas que entendemos deberían ser analizadas, en conjunto, con el “Sistema” que está integrado por: la Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal; su Subcomisión, compuesta por una magistrada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y jueces de tribunales orales y; un juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y correccional Federal; los jueces nacionales de ejecución penal; la Procuración General de la Nación representada por la Procuraduría contra la Violencia Institucional; la Defensoría General de la Nación -Comisión de Cárceles-; la Procuración Penitenciaria de la Nación; y, en carácter de miembros consultivos, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Centro de Estudios Legales y Sociales.

Y en ese aspecto, unido a lo que se viene indicando, debe recordarse la existencia del Plan de Acción de Gobierno Abierto

Nacional, instaurado en el marco de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP - *“Open Government Partnership”*), que es una iniciativa multilateral voluntaria que busca mejorar el desempeño gubernamental, fomentar la participación cívica y mejorar la capacidad de respuesta de los gobiernos hacia sus ciudadanos. En sus inicios, OGP creció de 8 a 60 países participantes, los cuales trabajan con la sociedad civil local para desarrollar e implementar un plan de acción nacional de gobierno abierto. OGP ha establecido un Mecanismo Independiente de Evaluación (IRM - *“Independent Reporting Mechanism”*) para evaluar periódicamente el avance de cada gobierno en lo que respecta a sus compromisos, promoviendo así una mayor rendición de cuentas a nivel país. OGP es supervisado por un Comité Directivo integrado por un número igual de representantes de los gobiernos y la sociedad civil, un modelo único que personifica el objetivo de participación cívica. Concretamente, el Plan de Acción de Gobierno Abierto, proclama: *“Desde este lugar, un gobierno se considera ‘abierto’ en la medida que está centrado en las necesidades de la ciudadanía e impulsa interacciones con y entre ciudadanos, agentes públicos, políticos, organismos públicos de los distintos poderes y niveles de gobierno, asociaciones de la sociedad civil, grupos de interés, entre otros. Estas interacciones y servicios deben estar enmarcadas en políticas y acciones de fortalecimiento ciudadano e institucional, con la intención de facilitar el acceso a la información pública, promover la transparencia y la rendición de cuentas, proveer servicios de excelencia, **generar espacios de colaboración, propugnar el pluralismo, la expresión de opiniones** y la participación ciudadana en los ciclos de gestión de las políticas.”*

También anuncia que sus objetivos: *“...van mucho más allá de lo conocido como Datos Abiertos (Open Data en inglés). Apuntan a una concepción más integrada e igualitaria de Gobierno Abierto, donde*

*subyace el desafío por alcanzar mayores niveles de inclusión social en un marco de ampliación de derechos, respeto a la diversidad y de fortalecimiento de la integración regional.”. Finalmente, y con base en los procedimientos que hacen pie en la transparencia y participación ciudadana, nos alerta que: “Un gobierno participativo promueve el derecho de la ciudadanía a participar activamente en la formulación de políticas públicas y facilita el camino para que las administraciones públicas se beneficien del conocimiento, ideas y experiencia de los ciudadanos. **Promueve la creación de nuevos espacios de encuentro** que favorezcan el protagonismo e implicación de los ciudadanos en los asuntos públicos.”.*

En síntesis, quienes participan en el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, cuya mayoría integra el Poder Judicial de la Nación, más allá de su labor jurisdiccional diaria, han decidido asumir un compromiso y un rol diferente, y con las experiencias propias de cada organismo e institución, arribar a un consenso para que fluyan las recomendaciones que de él emanan. Y sospecho que el Defensor del Pueblo puede colaborar en esa tarea, teniendo en cuenta sus veinte años de existencia. En definitiva, cada uno desde su función visualizar los problemas por los que atraviesan las personas privadas de libertad y proponer soluciones. En resumidas cuentas: *una mano lava la otra y las dos lavan la cara.*

7. Aquel peregrino del tiempo, luego de que le relatara todo lo visto hasta aquí, me recordó haber leído, en su trayecto de regreso al presente, que Unicef tiene dicho, con relación al régimen penal juvenil que: *“Los Estados deben fijar, según la Convención de Derechos del Niño, una edad mínima de responsabilidad penal, lo que significa que los jóvenes por debajo de esa edad no deben ser castigados. Esto no implica que no haya ningún tipo de reacción o intervención institucional, sino que no puede ser realizada desde el*

ámbito de la Justicia penal y deben actuar los organismos de protección de la infancia. El Comité de Derechos del Niño ha considerado que es razonable una edad mínima de responsabilidad penal entre los 14 a 16 años **y recomienda que se vaya elevando con los años**. Está probado, según la experiencia internacional, que tiene mejor efecto preventivo una intervención en clave de protección que la actuación de la Justicia penal juvenil.”.

Y que: “El abanico de sanciones previsto es amplio y está especialmente concebido para promover la inserción social. De allí que las medidas en libertad en el entorno social y comunitario al que pertenece el adolescente infractor ocupen el grueso de los posibles listados: la amonestación; la multa; la reparación del daño causado; la prestación de servicios a la comunidad; la libertad asistida; y la privación de libertad. La privación de libertad sólo debe ser impuesta en aquellos casos en donde el adolescente ha cometido infracciones graves como homicidio, violación, secuestro...”, máxime teniendo en cuenta que: “La privación de la libertad en un centro de régimen cerrado es una medida excepcional porque, de conformidad con numerosas investigaciones empíricas llevadas a cabo en la última década, el aislamiento de una persona que está en proceso de formación, lejos de promover cambios positivos de conducta, contribuye a su desarraigo, a su estigmatización y a su desocialización. Por otro lado, si se acepta que la pena debe ser proporcional al delito cometido y, tal y como lo demuestran los datos existentes en América Latina, la mayoría de los adolescentes cometen delitos menos graves la reclusión en un centro de régimen cerrado debería ser la sanción menos frecuente. También en base a investigaciones empíricas, se estima que las medidas alternativas facilitan la inserción social de los adolescentes en un número muy elevado de casos. El hecho de que se cuente con su consentimiento y su participación en la elaboración del plan educativo y con la participación de los padres o

representantes y de la comunidad a lo largo del cumplimiento permiten que el adolescente infractor reflexione sobre las consecuencias de sus acciones y reciba y se sienta estimulado ante el reconocimiento que la comunidad le brinda si cumple con el plan pactado.” (aclaro: extracto obtenido de la siguiente fuente: http://www.unicef.org/argentina/spanish/que_es_el_sistema_penal_juvenil.pdf).

También me informó que en el año 2020 tiene trámite parlamentario un proyecto de ley que elimina los Centros, y que tal como hace muchos años instara el Consejo Económico y Social del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a reducir *el ingreso de niños en instituciones de régimen cerrado porque la reclusión de niños en esas instituciones debe tener lugar como medida de última instancia y durante el período más breve*, la H. Cámara de Senadores dio media sanción al proyecto, pues, me dijo, se ha demostrado que no son buenos para la resocialización de los internos ni para intensificar sus relaciones familiares y que, en definitiva, no cumplen su cometido; más bien, agregó, todo lo contrario, porque en algunos países se ha utilizado *el principio del interés superior del niño al decidir la privación de libertad supuestamente como medio para "proteger" a los niños, en vez de incrementar las garantías de los derechos del niño*.

Y agregó que el proyecto se funda en el artículo 40.3. de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone: ***Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes.*** Y también en el artículo 40.4. que reza: ***Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los***

*programas de enseñanza y formación profesional, **así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones**, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

Y como pareciera que su viaje de regreso no fue corto ni sencillo, luego de que le narrara la situación actual del *CRC Dr. Manuel Rocca*, sostuvo que, a su criterio, allí no se cumplen hoy algunas de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

En primer término recitó lo que sigue:

11. *“A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley; b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”.*

15. *“Las presentes Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo en donde haya menores privados de libertad. Las partes I, II, IV y V de las Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de internamiento en donde haya menores detenidos, en tanto que la parte III se aplica a menores bajo arresto o en espera de juicio.”*

17. *“Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales.”.*

31. *“Los menores privados de libertad tendrán derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana.”.*

32. *“El diseño de los centros de detención para menores y el medio físico deberán responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores en tratamiento de internado, teniéndose debidamente en cuenta la necesidad del menor de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades de esparcimiento. El diseño y la estructura de los centros de detención para menores deberán ser tales que reduzcan al mínimo el riesgo de incendio y garanticen una evacuación segura de los locales. Deberá haber un sistema eficaz de alarma en los casos de incendio, así como procedimientos establecidos y ejercicios de alerta que garanticen la seguridad de los menores. Los centros de detención no estarán situados en zonas de riesgos conocidos para la salud o donde existan otros peligros.”.*

33. *“Los locales para dormir deberán consistir normalmente en dormitorios para pequeños grupos o en dormitorios individuales, teniendo presentes las normas del lugar. Por la noche, todas las zonas destinadas a dormitorios colectivos, deberán ser objeto de una vigilancia regular y discreta para asegurar la protección de todos los menores. Cada menor dispondrá, según los usos locales o nacionales, de ropa de cama individual suficiente, que deberá entregarse limpia, mantenerse en buen estado y mudarse con regularidad por razones de aseo.”.*

34. *“Las instalaciones sanitarias deberán ser de un nivel adecuado y estar situadas de modo que el menor pueda satisfacer sus necesidades físicas en la intimidad y en forma aseada y decente.”.*

35. *“La posesión de efectos personales es un elemento fundamental del derecho a la intimidad y es indispensable para el bienestar psicológico del menor. Deberá reconocerse y respetarse plenamente el derecho de todo menor a poseer efectos personales y a disponer de lugares seguros para guardarlos. Los efectos personales del menor que éste decida no conservar o que le sean confiscados deberán depositarse en lugar seguro. Se hará un inventario de dichos efectos que el menor firmará y se tomarán las medidas necesarias para que se conserven en buen estado. Todos estos artículos, así como el dinero, deberán restituirse al menor al ponerlo en libertad, salvo el dinero que se le haya autorizado a gastar o los objetos que haya remitido al exterior. Si el menor recibe medicamentos o se descubre que los posee, el médico deberá decidir el uso que deberá hacerse de ellos.”.*

36. *“En la medida de lo posible, los menores tendrán derecho a usar sus propias prendas de vestir. Los centros de detención velarán porque todos los menores dispongan de prendas personales apropiadas al clima y suficientes para mantenerlos en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes. Los menores que salgan del centro o a quienes se autorice a abandonarlo con cualquier fin podrán vestir sus propias prendas.”.*

66. *“Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un*

sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona.”.

67. “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas.”.

81. “El personal deberá ser competente y contar con un número suficiente de especialistas, como educadores, instructores profesionales, asesores, asistentes sociales, siquiátras y sicólogos. Normalmente, esos funcionarios y otros especialistas deberán formar parte del personal permanente, pero ello no excluirá los auxiliares a tiempo parcial o voluntarios cuando resulte apropiado y beneficioso por el nivel de apoyo y formación que puedan prestar. Los centros de detención deberán aprovechar todas las posibilidades y modalidades de asistencia correctivas, educativas, morales, espirituales y de otra índole disponibles en la comunidad y que sean idóneas, en función de las necesidades y los problemas particulares de los menores reclusos.”.

82. *“La administración deberá seleccionar y contratar cuidadosamente al personal de todas las clases y categorías, por cuanto la buena marcha de los centros de detención depende de su integridad, actitud humanitaria, capacidad y competencia profesional para tratar con menores, así como de sus dotes personales para el trabajo.”.*

83. *“Para alcanzar estos objetivos, deberán designarse funcionarios profesionales con una remuneración suficiente para atraer y retener a hombres y mujeres capaces. Deberá darse en todo momento estímulos a los funcionarios de los centros de detención de menores para que desempeñen sus funciones y obligaciones profesionales en forma humanitaria, dedicada, profesional, justa y eficaz, se comporten en todo momento de manera tal que merezca y obtenga el respeto de los menores y brinden a éstos un modelo y una perspectiva positivos.”.*

84. *“La administración deberá adoptar formas de organización y gestión que faciliten la comunicación entre las diferentes categorías del personal de cada centro de detención para intensificar la cooperación entre los diversos servicios dedicados a la atención de los menores, así como entre el personal y la administración, con miras a conseguir que el personal que está en contacto directo con los menores pueda actuar en condiciones que favorezcan el desempeño eficaz de sus tareas.”.*

85. *“El personal deberá recibir una formación que le permita desempeñar eficazmente sus funciones, en particular la capacitación en psicología infantil, protección de la infancia y criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño, incluidas las presentes Reglas. El personal deberá mantener y perfeccionar sus conocimientos y capacidad profesional asistiendo a cursos de formación*

en el servicio que se organizarán a intervalos apropiados durante toda su carrera.”.

86. “El director del centro deberá estar debidamente calificado para su función por su capacidad administrativa, una formación adecuada y su experiencia en la materia y deberá dedicar todo su tiempo a su función oficial.”.

87. “En el desempeño de sus funciones, el personal de los centros de detención deberá respetar y proteger la dignidad y los derechos humanos fundamentales de todos los menores y, en especial: a) Ningún funcionario del centro de detención o de la institución podrá infligir, instigar o tolerar acto alguno de tortura ni forma alguna de trato, castigo o medida correctiva o disciplinaria severo, cruel, inhumano o degradante bajo ningún pretexto o circunstancia de cualquier tipo; b) Todo el personal deberá impedir y combatir severamente todo acto de corrupción, comunicándolo sin demora a las autoridades competentes; c) Todo el personal deberá respetar las presentes Reglas. Cuando tenga motivos para estimar que estas Reglas han sido gravemente violadas o puedan serlo, deberá comunicarlo a sus autoridades superiores u órganos competentes facultados para supervisar o remediar la situación; d) Todo el personal deberá velar por la cabal protección de la salud física y mental de los menores, incluida la protección contra la explotación y el maltrato físico, sexual y emocional, y deberá adoptar con urgencia medidas para que reciban atención médica siempre que sea necesario; e) Todo el personal deberá respetar el derecho de los menores a la intimidad y, en particular, deberá respetar todas las cuestiones confidenciales relativas a los menores o sus familias que lleguen a conocer en el ejercicio de su actividad

profesional; f) Todo el personal deberá tratar de reducir al mínimo las diferencias entre la vida dentro y fuera del centro de detención que tiendan a disminuir el respeto debido a la dignidad de los menores como seres humanos.”.

Luego de ello, el hombre intemporal me hizo dos preguntas *¿usted puede aseverar que en los institutos de menores de Argentina se cumplen, no digo las 87, pero al menos algunas de las Reglas que acabo de recitarle?* Me quedé mudo, no supe qué responder; y acto seguido, más preocupado, me inquirió nuevamente *¿usted cree que llegarán al año 2020?* Me encogí de hombros, levanté las cejas, pero al final tomé un poco de aire, de coraje y contesté: ***présteme atención porque todo lo que diré a partir de ahora y hasta el final quizás responda a sus preguntas.***

8. Habré de enumerar las acciones y políticas públicas que entiendo deberían llevarse adelante para lograr una verdadera transformación en el régimen penal juvenil. Comenzaré con las de máxima, si es que verdaderamente queremos llegar al año 2020 felices con institutos de menores que funcionen de maravilla; y culminaré con una mínima muy mínima propuesta para cumplir antes de finalizar el 2015, precisamente, fecha límite que impuso el Ministerio de Desarrollo Social para realizar el Plan Nacional de Acción por los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Esta Asesoría Legal y Técnica aconseja:

8.1. El dictado de una nueva ley penal juvenil.

a. Imputabilidad a partir de los dieciséis años, con expreso compromiso de elevarla hasta llegar a los dieciocho años de edad, de conformidad con lo que dispone la Convención sobre los Derechos del Niño y

nuestra Ley N° 23.849; de otro modo el derecho penal simbólico habrá ganado la batalla.

El Comité de los Derechos del Niño, su 54º período de sesiones, concretamente en la 1541ª sesión (CRC/C/SR.1541), el 11 de junio de 2010, señaló *“80 ... el Comité recomienda al Estado parte que, teniendo en cuenta la Observación general N° 10 (2007) del Comité, relativa a los derechos del niño en la justicia de menores: a) Derogue la Ley N° 22278, relativa al régimen penal de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil; ... d) Adopte todas las medidas necesarias, incluido el reforzamiento de la política de sanciones alternativas y medidas de reintegración para los menores infractores, a fin de garantizar que los niños sean privados de libertad únicamente como último recurso y durante el menor tiempo posible.”*.

Pero, además, con fecha 7 de octubre de 2015, Unicef Argentina, en su campaña que promueve 12 propuestas para 12 millones de niñas, niños y adolescentes que viven en el país, solicita, como propuesta 9, *Impulsar la sanción de una ley de Responsabilidad Penal Juvenil acorde a la Convención de los Derechos del Niño.*

Y en su **Agenda por la Infancia y Adolescencia 2016-2020**, sostiene que:

“La normativa argentina y los sistemas de justicia penal juvenil no resultan compatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño. De acuerdo al Régimen Penal de la Minoridad vigente, entre los 16 y los 18 años de edad los adolescentes son punibles penalmente e incluso tienen menos garantías procesales que los adultos. Esta situación presenta grandes diferencias de una provincia a otra, que elaboran sus propios regímenes procesales penales con fuertes diferencias en el tratamiento de un mismo delito según el organismo

interviniente. La ausencia de una ley marco nacional favorece estas diferencias entre provincias. En el caso de los adolescentes menores de 16 años, aunque la ley establece que no deben ser penados, en algunas jurisdicciones existe la posibilidad de que el juez dicte medidas de protección y los prive de su libertad, contraviniendo los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En 2010 casi la totalidad de los 1.508 casos registrados eran varones, argentinos, mayoritariamente entre 16 y 17 años, y 7 de cada 10 no estaba recibiendo educación formal al momento de su detención. Existen fuertes diferencias entre las provincias también en este aspecto: casi la mitad de los casos se concentran en la ciudad y la provincia de Buenos Aires, mientras que en la región Norte se encuentra el 24% y en la región Pampeana el 22%. La escasa implementación de medidas alternativas a la privación de la libertad y de justicia restaurativa, las malas condiciones edilicias de los centros de detención, el bajo grado de especialización del sistema de justicia juvenil así como el escaso acceso a sus derechos cuando están privados de libertad (acceso a una defensa efectiva, conocimiento del proceso penal al que se ven sometidos, acceso a la educación, al esparcimiento y a la salud) son desafíos persistentes que no requieren de un cambio de la legislación de fondo para poder ser superados.

Avanzar en la superación de estos desafíos requiere de la aprobación de una Ley de Justicia Penal Juvenil que no disminuya la edad de imputabilidad, que cree un sistema especializado en línea con los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos, que garantice que cada adolescente sea sometido a un proceso penal con las debidas garantías, en el que se le apliquen -como regla- medidas no privativas de la libertad, dejando como sanción excepcional (solo en casos de extrema necesidad) la restricción de la libertad personal. De la misma manera, sería importante que se operativice la aplicación de medidas alternativas, como la justicia restaurativa, las

instancias de mediación y la justicia comunitaria. Por último, representaría un gran avance contar con un sistema de información nacional sobre niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal para poder dimensionar el fenómeno y diseñar políticas públicas acordes.”.

Y, además, así se sostuvo y reiteró en el I Foro de Justicia Juvenil y Periodismo, que se llevó a cabo el 30 de octubre de 2015 en la provincia de Catamarca, organizado por la Corte de Justicia de esa provincia, y en el que participaron magistrados, funcionarios y defensores oficiales del Poder Judicial, Unicef Argentina, Defensoría del Público, y periodistas de todo el país.

b. Que la nueva legislación no se aparte un ápice de los preceptos rectores de la Convención, así como tampoco del plexo normativo interno que rige en nuestro país, en especial la Ley N° 26.061. Tampoco de las recomendaciones de Unicef y las Reglas de ONU a las que hice referencia más arriba (Reglas de La Habana). Y ni una coma o punto y coma, de las Reglas de Beijing referidas a la administración de justicia de menores, ni de las Reglas de Tokio referidas a las penas no privativas de libertad para menores, de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Raid), entre otras. Debe quedar claro que el Comité sobre los Derechos del Niño, órgano de Naciones Unidas que supervisa la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, determinó que las reglas de Naciones Unidas para los menores privados de la libertad, las reglas de Beijing, las de Tokio, las directrices de Riad y las recomendaciones del Comité integran la interpretación de la Convención.

c. La privación de la libertad en un centro de régimen cerrado es una medida absolutamente excepcional y sólo procederá, por auto debidamente fundado, en delitos graves a definir, por ejemplo el homicidio, y

únicamente si el menor no tuviere madre o padre para encargarse de él, y de su libertad pudiere derivar riesgo o perjuicio para terceros.

d. La regla absoluta será la imposición de sanciones alternativas, similares o conforme las que se establecieron en el proyecto de ley referido más arriba. También deberán tenerse en cuenta las que indica el Anteproyecto de Código Penal de la Nación al que se aludió en otro acápite; por ejemplo: detención domiciliaria, detención de fin de semana, obligación de residencia, prohibición de residencia y tránsito, prestación de trabajos para la comunidad, cumplimiento de instrucciones judiciales, multa reparatoria. En este sentido, recuérdese lo aconsejado por Unicef Argentina en su **Agenda por la Infancia y Adolescencia 2016-2020**, recientemente transcripta.

El Consejo Económico y Social del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en su Resolución N° 1997/30 referente a la Administración de la justicia de menores, señaló que: *“Hay que proceder a un examen de los procedimientos existentes y, cuando sea posible, preparar iniciativas para no recurrir a los sistemas de justicia penal en el caso de jóvenes acusados de delitos. Deben tomarse las medidas oportunas para ofrecer por conducto del Estado una amplia serie de medidas sustitutivas en las fases previas a la detención, prejudiciales, judiciales y postjudiciales, para prevenir su reincidencia y promover su rehabilitación social. Deben utilizarse mecanismos oficiosos para solucionar controversias en casos en que estén involucrados delincuentes infantiles, comprendidas la mediación y las prácticas de justicia retributiva o tradicional, en particular los procesos en que intervienen las víctimas. En las diversas medidas que se adopten deberá recurrirse a la familia, siempre que su intervención favorezca al niño. Los Estados deben velar por que las medidas sustitutivas cumplan con lo dispuesto por la Convención, por las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de*

justicia penal, así como por otras reglas y normas vigentes en materia de prevención del delito y justicia penal, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) Resolución 45/110 de la Asamblea General, anexo., especialmente en lo referente a asegurar el respeto de las debidas garantías procesales al aplicar tales medidas y del principio de la intervención mínima.”.

Recuérdese, conforme se indico *supra*, que la propia Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 40.4. que deberán los Estados partes disponer de diversas medidas y posibilidades alternativas a la internación en instituciones.

e. Se facultará al juez a disponer el cese de la internación del menor o su reemplazo por una o más sanciones sustitutas, debiendo el magistrado analizar, como mínimo dos veces al año, el mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la internación, oyendo personalmente al interesado.

f. Se establecerá en la misma ley un régimen de conciliación, mediación y resolución alternativa de conflictos penales, similar al que rige en la provincia de Buenos Aires, conforme lo dispuesto por la Ley 13.433 (actualizada por la Ley 13.943).

8.2. El dictado de una ley especial que establezca una pena máxima de prisión a imponer por todo delito cuando el hecho hubiera sido cometido por un menor imputable y luego alcanzare la mayoría de edad, del modo en que rigen en otros países de la región, conforme se verá *infra* en el punto 9.h.

8.3. Instar por la designación y puesta en funcionamiento del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley N° 26.061.

Vale recordar que desde hace muchos años así se viene reclamando. Por caso, el Comité de los Derechos del Niño, en su 54º período de sesiones, concretamente en la 1541ª sesión (CRC/C/SR.1541), el 11 de junio de 2010, señaló *“20. El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para acelerar el nombramiento, por el Parlamento, del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y que éste se encargue de vigilar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos. El Comité recomienda que el Defensor pueda recibir e investigar las denuncias presentadas por niños o en nombre de éstos sobre violaciones de sus derechos, y que se le asignen los necesarios recursos humanos, técnicos y financieros.”*.

8.4. Puntualmente, en las reuniones periódicas que lleva adelante el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, **proponer el dictado de una recomendación** general a los Directores de los Institutos a fin de recordarles el documento elaborado por el Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, la Representación de UNICEF en la República Argentina y la Universidad Nacional de Tres de Febrero, titulado *“Adolescentes en el Sistema Penal. Situación Actual y Propuestas para un Proceso de Transformación”*, que en su Capítulo III *“HACIA UN SISTEMA PENAL JUVENIL RESPETUOSO DE LOS DERECHOS HUMANOS”*, punto IV. *Dispositivos Penales Juveniles*, acápite 2. b. *Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado*, indica expresamente que:

“El Centro socioeducativo de régimen cerrado es el dispositivo para la aplicación de la medida de privación de la libertad impuestas a adolescentes menores de 18 años infractores y presuntos infractores de la Ley penal,

dispuestas por juzgados y tribunales especializados de competencia provincial y federal.

Las medidas socioeducativas aplicadas en los Centros deben tender a construir junto con el adolescente un escenario que lo aleje de la transgresión de la norma penal. Es decir, que estimule su capacidad de ejercer derechos, tanto como la de respetar los derechos de los otros y asumir obligaciones en relación con una tarea (de aprendizaje, de capacitación, de convivencia) junto a un grupo de personas, en el marco de la institución. Muy especialmente, los Centros deben trabajar desde el principio en función de las alternativas de egreso de los jóvenes, para lo cual resulta esencial que los residentes trabajen sobre los aspectos convivenciales de manera prioritaria, a fin de obtener una progresiva autonomía personal en dispositivos menos restrictivos.”

Y que: “El Centro debe procurar proveer un ámbito donde los jóvenes alojados puedan, aún con los inevitables condicionamientos que impone la medida de encierro, esbozar sus propios proyectos de vida y adquirir algunas herramientas básicas necesarias para su desarrollo. Tal formulación debe ser eminentemente práctica, en la medida en que su expresión se canaliza en actitudes, comportamientos y elecciones vitales cotidianas. El instrumento indispensable para lograr este propósito es la educación formal (de modo de no interrumpir -o reestablece- su inclusión en el sistema educativo), y expresiva, laboral, deportiva y recreativa.

La especificidad del dispositivo al interior del sistema de responsabilidad juvenil y su modalidad organizativa exige la consideración de algunos aspectos indispensables para un eficaz funcionamiento: Cambios profundos en la concepción de seguridad: la falta de integración de las áreas de trabajo de los Centros en un proyecto común y la ausencia de un plan de capacitación sistemático del personal, conducen a una serie de prácticas que identificamos

como prácticas de seguridad estática. Estas prácticas, que suelen caracterizar la cotidianidad de los actuales "institutos" penales para adolescentes, se centran en el control físico de los residentes y en la idea de su contención como eje central de las intervenciones. La comunicación del personal con los residentes toma generalmente la forma de amenaza y, entre los jóvenes entre sí, de presiones que se vehiculizan a través de un argot carcelario para la obtención de ventajas en base al dominio sobre los más débiles. Las acciones del personal se piensan o imaginan sobre el conflicto ya desatado y en la rutina cotidiana pasan desapercibidas situaciones poco significativas en sí mismas pero indicativas de dificultades en la convivencia, que hubiesen requerido intervenciones oportunas al momento de producirse. Por lo general, se instala así un nivel de violencia intrainstitucional relativamente alto.

Las actuales exigencias que se desprenden de una normativa respetuosa de los derechos humanos proponen superar el modelo de seguridad estática por prácticas de seguridad dinámica. Las prácticas de seguridad dinámica se centran en la educación como misión prioritaria del Centro para posibilitar el desarrollo de los proyectos de vida de los residentes; promueven un trato interpersonal basado en el respeto y en el cuidado de los otros; e implican que las intervenciones de todo el personal debe constituir un ejemplo en este sentido, para que los jóvenes puedan paulatinamente asumir como propio este modo de relación. Asimismo, posibilitan la intervención en los primeros niveles de la escalada del conflicto (en situaciones de poca importancia pero en las que se entiende que su resolución desactiva el estallido del mismo), permiten mantener un bajo y controlable nivel de violencia en las instituciones y redundan en una mayor sensación de seguridad y de bienestar laboral de todo el personal.

Para la implementación de dichas prácticas, el Centro debe contar con personal especializado y suficiente, entre el que adquiere especial relevancia el

equipo de operadores. Pues si se pretende que la administración formal de la vida en los Centros no represente para los adolescentes un corte abrupto entre las normas de la sociedad circundante y las normas internas de la institución, resulta necesario que los operadores trabajen con los adolescentes hábitos de convivencia a través de rutinas y actividades cotidianas; también que tomen a su cargo la tarea de prevenir y mediar en los conflictos a través de estrategias socioeducativas, transfiriendo a los adolescentes herramientas para su resolución de manera no violenta. Los Centros de mayor tamaño pueden requerir la presencia de operadores educativos que acompañen activamente a los adolescentes en las actividades educativas formales e informales y que intervengan en los conflictos de baja intensidad que se produzcan en esos ámbitos.

En definitiva, la posibilidad de convivir con otros no puede ser aprendida individualmente y practicada en forma privada; antes bien, debe ser una característica del entorno social e institucional. Los Centros deben constituirse en espacios convivenciales para que sus residentes puedan respetar y aprender el arte de la convivencia.”.

8.5. Proponer al Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, visto que, como se ha indicado *supra*, nos ha invitado a sumarnos a la Comisión para redactar la pertinente recomendación sobre niños, niñas y adolescentes; y, además, se propuso continuar con los monitores a los Centros de Régimen Cerrado, **mantener reuniones con los adolescentes internos** (podría instrumentarse mediante la elección de dos o tres “delegados” por Instituto), a fin de conocer sus inquietudes y peticiones; y si el traslado de los menores fuere un problema logístico, entonces fijar un cronograma de visitas.

Resulta ocioso recordar que, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño, 54º período de sesiones, en su 1541ª sesión (CRC/C/SR.1541) el 11 de junio de 2010, refirió de manera expresa que “37. *El Comité recomienda al Estado parte que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención y teniendo en cuenta la Observación general Nº 12 (2009), relativa al derecho del niño a ser escuchado, vele por que se respete el derecho a audiencia en todas las actuaciones relacionadas con el niño, incluso sin previa petición de éste. Recomienda además que la información sobre el derecho del niño a ser escuchado se difunda ampliamente entre los padres, maestros, funcionarios públicos, jueces, abogados, periodistas, y los propios niños, para que éstos tengan más oportunidades de participar de manera significativa.*”.

8.6. Proponer al Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias **incluir como tema, en próximas reuniones, la posibilidad que a los internos se les permite el uso de teléfonos celulares.** No sólo para una mejor comunicación con sus familiares, y con el “afuera”, a través de las redes sociales, sino, además, para poder comunicarse con sus defensores oficiales en horario diurno, visto las restricciones que sufren en la actualidad, conforme surge de las inspecciones realizadas.

He visto que la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, de la Defensoría General de la Nación, en su visita del 30 de marzo de 2015 (v. f. 38vta.) señala que en una inspección anterior fue informada que un menor fue descubierto con un teléfono celular manteniendo conversaciones con un guardia de seguridad “...en las que se habría detectado la negociación para el ingreso de sustancias así como avisos de guardia en relación a requisas, recorridas, etc.”

En primer lugar me gustaría conocer qué sanciones recibió el guardia, y en segundo término no me parece lógico que

paguen justos por pecadores, y entonces se prohíba a toda la comunidad internada la comunicación exterior. Finalmente, nunca me gustó el uso del potencial para casos como el que ahora nos ocupa “*se habría detectado*”. No me parece correcto generar esa duda frente a un hecho de tamaña gravedad: sucedió o no sucedió, así de simple, claro y sencillo.

8.7. Proponer la creación de un Comité integrado por jueces, legisladores, representantes del Poder Ejecutivo, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación, **para llevar adelante el seguimiento de las recomendaciones** que emanan del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias.

El Consejo Económico y Social del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en su Resolución N° 1997/30 referente a la Administración de la justicia de menores, señaló que “*21. Debe crearse un órgano independiente que, de ser necesario, verifique las condiciones en los establecimientos de detención y presente informes periódicos. La verificación debe realizarse en el marco de las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores, en particular las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Los Estados deben permitir que los niños se comuniquen libremente y con carácter confidencial con los órganos de verificación. 22. Los Estados deben atender positivamente a las solicitudes de acceso a establecimientos de detención de las organizaciones humanitarias, de derechos humanos y otras organizaciones interesadas.*”.

Mientras tanto, no sería mala idea que el Defensor del Pueblo de la Nación, efectuó ese seguimiento, dentro del marco de la investigación que lleva adelante en la actuación N° 8745/2014 y a la que se

hizo referencia *supra*, en función de las facultades que le otorga el artículo 24 de la Ley N° 24.284 que lo autoriza a *“Solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estimen útil a los efectos de la fiscalización, dentro del término que se fije. No se puede oponer disposición alguna que establezca el secreto de lo requerido. La negativa sólo es justificada cuando ella se fundamenta en la salvaguarda de un interés atinente a la seguridad nacional.”*, además, de su calidad de INDH y los Principios de París. En su caso, así habrá de proponerse.

El Consejo Económico y Social del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en la citada Resolución N° 1997/30, indicó que *“23. Por lo que se refiere a los niños en el sistema de justicia penal, deben tenerse plenamente en cuenta las inquietudes planteadas por las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y otras partes interesadas, en particular las cuestiones sistémicas...”*.

De los resultados que obtenga el Defensor del Pueblo informará mensualmente al Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, y sin perjuicio de que no se me olvida que también lo integran, considero prudente informar de manera directa a la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación, y a la Procuración Penitenciaria de la Nación. También sería acertado elaborar un Informe especial al H. Congreso Nacional, en los términos que dispone el artículo 31 de la citada Ley N° 24.248, sin perjuicio de su inclusión en el Informe anual.

8.8. En lo realizado hasta el presente, **proponer la compulsión de las recomendaciones efectuadas al Centro *Manuel Rocca*** por el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades

Carcelarias, verificar cuáles se han cumplido, proponer la reiteración de las aún pendientes, y analizar con los integrantes del “Sistema” nuevos cursos de acción, sea imponiendo plazos o trasladando los reclamos a la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal.

8.9. Invitar a las autoridades de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y, en su caso, de la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, a firmar un convenio con el Defensor del Pueblo de la Nación con el objeto de elaborar un Protocolo de atención integral, en lo concerniente al ingreso, internación y egreso de los menores durante su permanencia en los Centros de Régimen Cerrado.

8.10. Asimismo, y teniendo en cuenta que el Defensor del Pueblo, por su función, mantiene vinculación con todos los organismos de la Administración, **coadyuvar** con la SENNAF y aquella Dirección Nacional en la agilización de cualquier trámite administrativo cuya demora pueda traducirse en vulneración a los derechos de los internos. También parece acertado iniciar un canal de comunicación directo a fin de derivar o evacuar consultas puntuales que ingresen al Defensor del Pueblo.

8.11. Finalmente, **proponer la realización de talleres dentro de los Centros de Régimen Cerrado** sobre temas y materias a convenir, fijando un cronograma de actividades, en beneficio de los menores para un mayor conocimiento de sus derechos y obligaciones. Todo ello, en el marco de los compromisos asumidos y de los que da cuenta el informe que luce a f. 160 de la actuación N° 8745/14.

8.12. Invitar a las autoridades de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y de la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, a fin de conocer los resultados obtenidos luego de concluido el “Plan Nacional de Acción por los Derechos de Niñas, Niños

y Adolescentes 2012-2015”, en particular lo referente a los Centro de Régimen Cerrado, teniendo en cuenta que ellos representan más del 50% de los institutos de menores existentes y allí se alojan el 80% de la población juvenil. También resultaría interesante conocer el gasto público dirigido a Niñez, en especial las partidas asignadas a esos Centros, y, por otro lado, iniciar un canal de diálogo a los fines de revisar las prácticas y criterios de los equipos técnicos profesionales de los establecimientos.

8.13. Conforme lo aconsejado por la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, de la Defensoría General de la Nación (v. f. 51, *in fine*), **proponer que se inste** a la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal a elaborar, a la brevedad posible, el protocolo para la aplicación de la Resolución N° 991 de SENNAF. En honor a la verdad, aclaro que ignoro si se ha cumplido con esa rogatoria, pues, esta Institución ha recibido un borrador, pero dejo constancia de ello, toda vez que si es definitivo, entonces amerita su debate y revisión.

8.14. Señalé al inicio de este capítulo que comenzaría con las propuestas de máxima; ya he concluido con ellas, pero también indiqué que habría una de mínima muy mínima para cumplir antes de finalizar el 2015. Veamos: la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, de la Defensoría General de la Nación señaló, en su visita del 30 de marzo de 2015, que en el sector del patio “el piso de la cancha de fútbol se observó deteriorado” (f. v. 41vta.); y que en el sector del parque “notamos el césped crecido de la cancha de fútbol” (v. f. 46), y si bien no ignoro que a f. 30 se informa que los jóvenes venían de jugar a ese deporte y a f. 196vta. que lo estaban practicando en el preciso momento de la visita, la verdad es que los menores a f. 164vta. refirieron **“que si bien tienen una pelota de fútbol la misma es vieja y ésta en mal estado.”**

En consecuencia la propuesta de mínima muy mínima es que se provea de una pelota de fútbol a los adolescentes alojados en el CRC “Dr. Manuel Rocca”. Y no me parece un tema menor ni mucho menos, sino fundamental y de importancia suprema, porque si advertidas que fueron las autoridades del Instituto acerca del reclamo que los internos le formularon al Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, concretamente, que la pelota no servía porque era vieja y estaba en mal estado, con el agravante que específicamente se recomendó mayor tiempo de recreación y más salidas periódicas al patio y al parque (v. fojas 51vta. y 173vta.), ningún artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Ley N° 26.061, de las Reglas de La Habana, de las Reglas de Beijing, de las Reglas de Tokio, de las Reglas de Raid, ni de los objetivos que señala el Plan Nacional de Acción por los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes 2012-2015, se habrá cumplido en el CRC “Dr. Manuel Roca” si no puede darse solución al asunto.

Una pelota señor Director ... una mísera pelota que habrá de tener la dicha de ser protagonista absoluta y jugar con unos adolescentes encerrados a consecuencia de una ley penal juvenil dictada por Jorge Rafael Videla. Una pelota para que esos chicos puedan **soñar**, por un rato, que son Tévez, Agüero o Messi, mientras sus vidas se consumen a la espera del dictado de un régimen de resolución alternativa de conflictos o de medidas alternativas o sustitutas de la prisión.

Con infinita elocuencia se pregunta Mario Benedetti *¿Qué pasaría si de pronto una injusticia, sólo una, es repudiada por todos, todos que somos todos, no unos, no algunos, sino todos?*

9. Debo hacer un alto aquí, porque tal vez, para algunos, haya resultado original la idea del viajero en el tiempo que vino a

contarme cómo funcionan los Centro de Régimen Cerrado en el año 2020; pero **si no se entiende con claridad de lo que estamos hablando seriamente, y qué es lo que está juego verdaderamente, este dictamen no habrá servido absolutamente para nada, ni para nadie.**

a. Desde siempre el hombre ha luchado contra un enemigo que hasta el presente le ha sido imposible vencer, y es su propio error. Este enemigo ha sido y sigue siendo el principal factor de pérdidas humanas, y la razón por la cual resulta imposible vencerlo, es su lugar de radicación: el propio ser humano.

Se afirma que el ser humano es falible y vulnerable, esto es, que siempre, aún en las condiciones más favorables, estará propenso a tener fallas y que el entorno influirá en todo momento sobre su comportamiento. Sobre estos factores deberá construirse la estrategia para evitar el error.

El error humano es provocado por una variedad de condiciones relacionadas no solamente con la conducta individual inapropiada, sino, además, con su entorno, más próximo o más lejano; no importa.

Es importante señalar que el error es una acción que se desvía no intencionalmente, de un comportamiento esperado de acuerdo con algún estándar. El error involucra problemas con el procesamiento mental de la actividad, o con la información que se tiene del asunto.

El desempeño humano está dado en función del comportamiento y de los resultados de esa conducta, pero el comportamiento es altamente influenciado por las consecuencias experimentadas por una persona cuando esa conducta ocurre.

Y resulta que estos eventos pueden ser evitados por medio del entendimiento de las razones por las cuales los errores ocurren y por la aplicación de las experiencias aprendidas de eventos pasados (o errores).

Nuevos eventos pueden ser evitados sea aprendiendo de errores propios del pasado o de los errores por otros cometidos.

En síntesis, la lucha contra el error humano nunca terminará, ya que es como un virus que permanentemente va mutando, va cambiando porque las condiciones y las personas siempre son distintas, y porque, precisamente: *errar es humano*. Y es que se considera que es intrínseco a la naturaleza humana el equivocarse, por lo que hay que aceptar los errores, y aprender de ellos para evitar que se repitan. La frase ha entrado en el lenguaje común, como aforismo con el que se busca mitigar un fallo, un error, siempre y cuando sea esporádico y no se repita.

La expresión latina completa es: *errare humanum est, sed perseverare diabolicum*; que traducida literalmente significa: "errar es humano, pero perseverar [en el error] es diabólico.". Si bien la frase le es atribuida a San Agustín, en sus Sermones (164, 14) dice: *Humanum fuit errar, diabolicum este a animositatem por error Manere* ("el error fue propio del hombre, pero es malo para insistir en el error de orgullo"), se considera que su origen pertenece a Cicerón (Filípica XII 5.), que dijo: *Cuiusvis hominis est err: nullius nisi insipientis, perseverar en el error* ("lo que es común a errar, es sólo el ignorante perseverar en el error").

De todas formas, su significado es claro: equivocarse es parte la naturaleza humana; sin embargo, esto no puede ser un factor atenuante para repetir un error, sino un medio para aprender de la experiencia.

b. Está claro que siempre la comisión de un ilícito se presenta para el filósofo como un error, y reniego de los juristas que pretenden, como única solución posible, imponer una pena de prisión, y casi siempre de cumplimiento efectivo, encasillando a quien violó la ley dentro de un específico inciso de algún artículo del Código Penal de la Nación, que le otorgue un poco de efímera paz a la sociedad que vio quebrantado su sosiego. Es cierto que “el contrato social de Rousseau” nos condiciona; pero no seamos ingenuos; delinque, en mayor o menor escala, quien no encuentra “su lugar” en este mundo tan convulsionado. Excluyo a los traficantes, a los que atentan contra el orden constitucional, y algunos más, violadores, pedófilos, etcétera, así como los que se dedican a la “*trata*”, pero seamos sinceros, la humanidad, aún desde sus inicios, aprende de sus errores. Quizás no seamos la mejor especie del planeta, pero es a la que pertenecemos, y si pensáramos en infinitas especies, también deberíamos castigar a las que se comen sus crías, y también a aquellos animales que con “premeditación” mutan de color para atrapar a su presa; del mismo modo que a otras tantas que actúan con alevosía, y unas cuantas más que aburre mencionar.

Sócrates fue condenado por error, y tanto San Agustín, Beccaria y Michel Foucault han advertido hasta el cansancio acerca de la inutilidad de las penas severas. Aprendemos de los errores, y quienes no, sin dudas, volverán a cometerlos y en su caso serán declarados reincidentes. Luchemos por una sociedad más justa, más equitativa, más digna, más legítima, pero no llevemos las cosas al extremo de encerrar, por y para siempre, a un menor de edad que salió a robar y, en su caso, desgraciadamente dio muerte a una persona. No justifico nada, es decir, el que delinque que pague sus culpas, pero arrastramos un régimen penal de la minoridad dictado hace treinta y cinco años, y que no se ha modificado ni siquiera luego de aparecida la Convención

sobre los Derechos del Niño y de dictada la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061).

c. A veces se hace engorroso “explicar” el derecho penal. Para los legos es mejor la cárcel que una pena alternativa; y para los especialistas de esa rama del derecho, quizás sea mejor pasarse sus vidas enarbolando teorías para justificar equis conceptos a cenar algunas noches con amigos. No hay nada más simple que el derecho penal; jamás comprendí la colación, el concurso preventivo y tampoco las infinitas definiciones acerca del acto administrativo. Sin embargo pareciera que el derecho penal es complicado y he llegado a la conclusión que quienes lo hacen “difícil” tienen sólo dos designios: 1. Castigar al delincuente sin más, por comulgar con ideas autoritarias; 2. Ser “más papistas que el Papa” y entonces suponer que sólo delinque el “marginal” y, por tanto, debemos “soportar” su injusto. El derecho penal de autor, en el primer caso, y las eximentes o exenciones de pena de prisión, en el segundo, me han llevado a concluir que casi estamos en el mismo discurso que enfrentaron, hace 2400 años, a los sofistas con los socráticos. Seguir discutiendo en el siglo XXI acerca de la teoría del delito resulta anacrónico, si tenemos en cuenta que algunos tribunales de nuestro país aún condenan a un pibe que delinquiró a los dieciséis años de edad a la pena de prisión perpetua.

d. Como bien sostuvo Descartes: *“...juzgaba que las ciencias expuestas en los libros, al menos aquellas compuestas y progresivamente engrosadas con las opiniones de muchas y diversas personas, no están tan cerca de la verdad como los simples razonamientos que un hombre de buen sentido puede naturalmente realizar en relación con aquellas cosas que puedan estar tan carentes de prejuicios o que puedan ser tan sólidos como lo hubieran sido si desde nuestro nacimiento hubiésemos estado en posesión del*

uso completo de nuestra razón y nos hubiéramos guiado exclusivamente por ella, pues como todos hemos sido niños antes de llegar a ser hombres, ha sido preciso que fuéramos gobernados durante años por nuestros apetitos y preceptores, cuando con frecuencia los unos eran contrarios a los otros y, probablemente, ni los unos ni los otros nos aconsejaban lo mejor.” (Discurso del método, Segunda parte).

Es rara la ciencia penal y dentro de ella el derecho penal que se ha pasado la vida analizando de qué mejor modo encarcela a un semejante. Quizás sea lineal el razonamiento pero quienes hemos leído un poco del asunto, sabemos que se ha derramado mucha tinta para justificar la imputabilidad, describir conductas ilícitas, explicar el dolo eventual, y definir la peligrosidad, pero puesto bastante menos énfasis en las eximentes de pena. Seguramente sea injusto para con algunos juristas, por ejemplo Ferrajoli, entre muchos otros, en su caso, sé que sabrán comprenderme y entender qué puede leerse entre líneas. A esta altura sospecho que debí, dentro de la ciencia penal, haber elegido otra rama diferente al derecho penal que estudia el delito desde el punto de vista fundamentalmente jurídico, y no desde un punto de vista social, cultura, más humano o natural.

e. Conforme la ley penal de la minoridad que rige en nuestro país, es imputable el menor entre los dieciséis y dieciocho años de edad. Durante ese período, conforme lo indica la Ley N° 22.278, el infractor será provisional o definitivamente dispuesto y, en su caso, declarado penalmente responsable y sometido a un tratamiento tutelar, mientras se espera que adquiriera la mayoría edad: una vez cumplidos los dieciochos años, **el juez podrá absolverlo o condenarlo** con la pena de prisión que corresponda por el delito cometido, con la facultad para reducir la pena en función de la escala prevista para la tentativa, es decir, de un tercio a la mitad.

Pero, como señalé al inicio de este capítulo, lo que debe quedar claro y de manera resplandeciente sin un ápice de sombras, es que mientras el menor (+16 -18) permanece internado en el Centro, aun declarado penalmente responsable, no se ha dictado condena a su respecto, pues, ella sólo corresponderá una vez alcanzada su mayoría de edad; y con posibilidad cierta de ser absuelto. Entonces, el internado no se encuentra cumpliendo una condena de prisión efectiva, razón por la cual no tiene porqué sufrir, ni un minuto, las consecuencias que siempre se derivan de ella. No hay *chance* ninguna de que se lo trate como a un condenado, sencillamente, porque no lo es y porque las leyes internas y los instrumentos internacionales así lo establecen de manera clara y aún más resplandeciente. Por supuesto que no desconozco que para el supuesto que se decidiera absolverlo, la Ley N° 22.278 faculta al magistrado a prescindir del requisito de esperar su mayoría de edad (artículo 4º, *in fine*), pero todos sabemos que rara vez sucede.

Y es ése el **meollo del asunto**: nos encontramos frente a un adolescente que ha infringido la ley penal y que por alguna de las razones que la Ley N° 22.278 autoriza, el magistrado ha dispuesto de él y enviado a un Centro de Régimen Cerrado pero no a una cárcel, presidio, prisión o penitenciaría, y mucho menos al penal de Ushuaia, a la Isla de Alcatraz o a San Quentin. Simplemente lo ha remitido a un instituto acondicionado para alojar menores de edad a la espera de que, oportunamente, sea condenado o **absuelto**. Y en ese *mientras tanto* las autoridades de esa suerte de colegio pupilo enrejado deben lograr su integración social, intensificar sus relaciones familiares, fomentar el sentido de la responsabilidad y, en su caso, hacerles conocer que así como gozan de infinitos derechos el Estado también impone obligaciones.

Algo más: el adolescente de dieciséis años que comete el delito de homicidio calificado o agravado por haber actuado “con el

concurso premeditado de dos o más personas” (artículo 80º, inciso 6, Cpn.) cuya pena es de prisión perpetua, en función de la clara disposición del artículo 13º, recién podrá obtener su libertad condicional pasado treinta y cinco (35) años de prisión efectiva (sin perjuicio de régimen de progresividad que prevé la Ley N° 24.660). En consecuencia, quien delinquiró a los dieciséis años obtendrá su libertad “condicional” a los cincuenta y un años de edad. Un disparata mayúsculo, al menos para mí; quizás otros seres humanos consideren que está bien y que sin dudas saldrá de la cárcel resocializado y reeducado y, por tanto, le será fácil reinsertarse socialmente, precisamente porque ha dejado de ser un chiquilín que otrora robaba y ahora es todo un hombre, *hecho y derecho*.

Y allí también radica **el quid de la cuestión**, y las razones por las cuales desde hace más de treinta años no se dicta una nueva ley penal juvenil. Nadie quiere *ponerle el cascabel al gato*, frente a un derecho penal simbólico nadie quiere pagar el costo político de votar en nuestro H. Congreso una nueva ley, discutiendo si la inimputabilidad debe bajar a los catorce años, mantenerse en dieciséis, fijar tiempos máximos de privación de la libertad, medidas alternativas a la prisión, etcétera. No, nadie quiere, de ningún modo, y entonces, otra vez, *en ese mientras tanto*, discutimos mejoras en los Centros de Régimen Cerrado; y no está mal porque, sinceramente, *uno hace lo que puede con lo que tiene*, y como he señalado en reiteradas ocasiones en este asesoramiento, destaco la labor que desarrolla el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, así como también la que lleva adelante la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación, pero a veces la historia nos impone la necesidad de dar un salto hacia el vacío y, en su caso, aceptar sus consecuencias, del mismo modo que a algunos magistrados no les

tiembla el pulso para declarar la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Espero haber sido lo suficientemente contundente y claro en ese acápite para comprender verdaderamente de qué hablamos cuando se hace referencia a *los pibes chorros* y cuando se escucha por ahí vociferar a algunas gentes frases como *hay que matarlos a todos* o, aún peor, *hay que encerrarlos y que se pudran en la cárcel*. No sé, sinceramente, en estos casos, qué me crispa más los nervios ¿será la ignorancia o el autoritarismo?

f. Mario Alberto Juliano Director de la Asociación Pensamiento Penal, habló con “Infojus Noticias” y explicó por qué la cadena perpetua es inconstitucional. *“El juez de la ciudad de Necochea cuestionó las últimas reformas al Código Penal que convierten en ‘indefinida’ a la perpetua ... En la Argentina hoy la prisión perpetua es una pena de muerte encubierta”*, dijo Juliano. Hasta 2004 un preso podía obtener la libertad condicional después de cumplir veinte años de prisión, pero ahora, como se vio, tiene que esperar a cumplir treinta y cinco años detenido como mínimo. *“En el orden técnico la perpetuidad en la Argentina nunca había sido discutida porque incluía un agotamiento razonable. Hasta la incursión de Juan Carlos Blumberg en la política criminal, en el año 2004, que se logró la reforma del Código Penal y se extendió el período para poder aspirar a una libertad condicional en el caso de estar condenado a perpetua”*.

Además, Mario Alberto Juliano, integra el Tribunal en lo Criminal N° 1 de la ciudad de Necochea, provincia de Buenos Aires, y el **13 de mayo de 2013**, en la causa N° TC N° 4850-0039, seguida con Daniel Etcheverry y otros por homicidio calificado (artículo 80, inciso 6°, del Código penal), lesiones graves y robo, votó, y así se resolvió, la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Es un comienzo.

g. Sospecho que *los buenos vientos anduvieron de nuestro lado* para esa época, porque al día siguiente del fallo de Juliano, el **14 de mayo de 2013**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, emitió una sentencia, mediante la cual declaró internacionalmente responsable a la República Argentina por las violaciones de derechos humanos cometidas, entre otras, al haber impuesto penas de privación perpetua de la libertad a cinco personas por delitos cometidos durante su infancia.

En cuanto a la imposición de penas a perpetuidad por la comisión de delitos durante la infancia, a la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos, la Corte consideró que el Estado violó el artículo 7.3 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán, Ricardo Videla y Claudio David Núñez, puesto que dichas penas no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños.

Asimismo, el Tribunal consideró que las penas privativas de libertad perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños. En consecuencia, la Corte estimó que el Estado violó, en perjuicio de las personas mencionadas, el artículo 5.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, al imponerles como penas la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente.

h. Volviendo a la cuestión del encierro de Niñas, Niños y Adolescentes, como los define la Ley N° 26.061, resta señalar que en casi toda América Latina se han establecido regímenes especiales para los menores infractores a la ley penal. En Brasil, por ejemplo, la inimputabilidad opera hasta los 18 años edad, y los adolescentes infractores gozan de un sinfín de medidas alternativas sustitutivas a la prisión efectiva, diferenciado del sistema de justicia penal para adultos. De todas formas, en lo que interesa a estos párrafos, se estableció un máximo de 3 años al período durante el cual el menor puede ser privado de su libertad, siempre aplicada como una medida socio-educativa y como consecuencia de que el acto infractor haya sido cometido mediante grave amenaza, o violencia en la persona; reiteración en la comisión de otras infracciones graves; o falta de cumplimiento reiterada e injustificada de una medida impuesta anteriormente. El tiempo máximo de privación de la libertad del menor es: en Ecuador 4 años, en Uruguay, Panamá y Guatemala 5 años, en Nicaragua 6 años, en El Salvador 7 años, en Honduras 8 años, y en Costa Rica, la más severa de la región, 15 años, y en todas ellas, con la única finalidad de promover el desarrollo y dignidad del menor por encima del castigo.

i. Veamos ahora qué consideraciones efectuó nuestra Corte en el caso *Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado (causa N° 1174 - 07/12/2005, Fallos: 328:4343)*. Aclaro que el caso llegó a conocimiento del máximo tribunal con condenas a prisión perpetua. Sus fundamentos, en cuanto a quién es y qué debe entenderse por menor de edad imputable, son gratificantes; y por esa razón se transcriben varios de sus conceptos. Sé que son extensos pero merecen ser leídos; algunos pasajes los he resaltado en **negrita**.

“14) Que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible. Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente.

16) Que, por otra parte, en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena.

24) Que ésta debe ser una de las primeras oportunidades en que este tribunal tiene oportunidad de expedirse sobre cuestiones trascendentes referentes a la justicia penal de menores. La ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4º), e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él, para el supuesto de que considere que se

encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral (art. 2º in fine ley 22.278).

25) *Que, una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del art. 2º de la ley mencionada sino también de la hermenéutica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903, conocida como “Ley Agote” (art. 21).*

26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”.

Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la “libertad ambulatoria”, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias.

27) *Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige*

en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio.

28) Que este paradigma de la justicia de menores, conocido en doctrina como “situación irregular”, fue receptado por toda la comunidad latinoamericana, y sus flancos débiles también han regido en otras latitudes. Así, por ejemplo, Anthony Platt en su obra clásica, “Los Salvadores del Niño”, ha denunciado el sistema penal juvenil estadounidense, que bajo el ropaje de regirse por principios “Protectores”, en la práctica implicó homogeneizar al niño infractor de la ley penal con aquel otro en situación de abandono, y el despojo de las garantías constitucionales, las que quedaban reservadas así sólo para la justicia de adultos (Platt, Anthony M. en “Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia”, Trad. Blanco Félix, México, Siglo XXI, 1982).

30) Que el paradigma de la “situación irregular” recibió embates importantes en el derecho internacional, especialmente en las convenciones promovidas a instancia de las Naciones Unidas (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia Juvenil, 1985. Anteriormente las Naciones Unidas habían adoptado la Declaración de los Derechos del Niño, en 1959).

Del mismo modo, en el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al analizar el sistema juvenil argentino expresó su profunda preocupación por el hecho de Interés Superior del Niño que la Ley N° 10.903, de 1919, y la Ley N° 22.278, que se basan en la doctrina de la “situación irregular”, no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia (Observaciones Finales: Argentina, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre del 2002).

37) Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes

incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas.

Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (así, por ejemplo, Peter Blos, "Psicoanálisis de la adolescencia", México, 1976; del mismo, "La transición adolescente", Buenos Aires, 1981; Ana Freud, "La adolescencia" (capítulo X, en "Psicoanálisis y desarrollo del adolescente", Barcelona, 1985); Aberasturi-Knobel, "La adolescencia normal", Buenos Aires, Interés Superior del Niño 1980; E. Erikson, "Identidad, juventud y crisis", Buenos Aires, 1990; del mismo, "El ciclo vital completado", Buenos Aires, 1985; Fernández Mouján, "Adolescencia, de la metapsicología a la clínica", Buenos Aires, 1992; Varela-Álvarez-Sarmiento, "Adolescencia marginal" (en Psicología forense, Buenos Aires, 2000); F.Doltó, "La causa de los adolescentes", Buenos Aires, 1990; Zusman de Arbiser, "Familia y psicoanálisis con niños y adolescentes", Buenos Aires, 1986; L. Kaplan, "Adolescencia: el adiós a la infancia", Buenos Aires, 1994).

Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto.

Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional.

Aunque es meridianamente claro que en nuestro sistema constitucional es inadmisibile la autoritaria culpabilidad de autor o sus variables, incluso admitiéndola sólo ad argumentandum, tampoco el reproche podría tener la misma

entidad. Retrotrayéndonos a los mismos momentos en que imperaron en algunas extrañas latitudes estas concepciones autoritarias, y manejando sus conceptos, era dable observar que en los niños y adolescentes son bastante frecuentes comportamientos que en los adultos la psiquiatría de la época calificaría como psicopáticos, por lo cual no podría hablarse de idéntico reproche de personalidad, cuando a ojos vistas se trata de una personalidad con su esfera afectiva no completamente desarrollada, y tales actos no son patológicos en tal etapa.

Se dan en los niños comportamientos en acting-out, o sea, de paso del estímulo al acto, que la psiquiatría que admite el concepto de psicopatía los considera en el adulto como síntomas de esta patología, siendo claro que en el niño son producto de la falta de desarrollo o evolución de su esfera afectiva propias de su etapa vital.

38) Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1° de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que

colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto. En este sentido, el mensaje que llega del siglo XIX suena brutal a los oídos de quienes lo leemos después de las tristes experiencias del siglo XX y nos percatamos de que, en definitiva, se trata de las ideas que prepararon el camino al genocidio, y que uno de sus expositores –por cierto, quizá el más prudente- sintetizaba de la siguiente manera: “La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar y ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida” (Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, revisión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984, p. 120).

41) Que, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, se advierte que en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso.

En efecto, la decisión de la Cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad.”

j. Resultaría una falta de respeto que agregue siquiera una coma a ese último párrafo. Por esa razón, para concluir estas ideas, sólo habré de citar a renglón seguido algunos párrafos obtenidos del libro **“Juicio a la Prisión. Una evaluación crítica”** (publicado en nuestro país por la editorial Ediar en el año 2003, traducido por Amanda Zamuner, revisado por Mario Coriolano, y con prólogo de Raúl Zaffaroni), y que pertenece al sociólogo Thomas

Mathiesen, nacido en Noruega en el año 1933. De manera magistral, su primer capítulo se titula *¿Es defendible la cárcel?*, y en su último capítulo *“El futuro del encarcelamiento”*, propone detener de manera inmediata la construcción de cárceles, su proliferación y, por sobre todas las cosas, concluir con esa idea que pregonan las sociedades modernas de continuar encerrando, *a tontas y a locas*, al infractor penal, sólo porque se ha instalado lo que denomina “la ideología de la cárcel”; ya que, a su entender, la cárcel sirve a cinco funciones ideológicas: **función purgatoria**, **función consuntiva de poder**, **función distractora** que define del siguiente modo: *“Cada vez con mayor frecuencia individuos y clases con poder en la sociedad cometen actos socialmente peligrosos. Ahora bien, los que son capturados por la máquina de castigar, y especialmente los que van a parar detrás de las rejas son, en gran medida, delincuentes tradicionales de las clases trabajadoras más bajas. La aplicación de la cárcel con mano dura contra ellos ... desvía nuestra atención de los peligros a los que nos exponen quienes detentan el poder.”*, **función simbólica**, y, finalmente, **función ejecutiva** que explicó de esta manera: *“la cárcel, y el encarcelamiento, es el tipo de sanción más visible en nuestra sociedad. En otros tiempos, el castigo más observable era el corporal.”*

Y agrega que para sostener la idea acerca del fracaso de la cárcel, existe, entre otras, una fuente de conocimiento que es la historia: *“Al situarnos en el contexto del presente, este se nos aparece fácilmente como inmutable y permanente. Pero al situarnos fuera de él, observamos que se vuelve pasado; y que presente y presente anterior -pasado-, pueden diferir. En efecto, sabemos que con el transcurso del tiempo, el presente anterior, o pasado, puede diferir (y con frecuencia lo hace) drásticamente del presente presente. Existe continuidad en la historia; pero también cambio. Hay abundantes pruebas de esta realidad en el área de la política penal, tanto en periodos breves como*

prolongados. La historia nos aporta concretamente pruebas empíricas de que los principales sistemas penales han sido congelados y reducidos en cuanto tamaño, y parcial y totalmente abolidos ... En 1985, en una sesión plenaria del 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, se presentó el concepto de congelamiento en la construcción de cárceles. El antecedente de tal propuesta fue el crecimiento, en muchos países de las cifras carcelarias y los grandiosos proyectos de construcción. Se recalcó la necesidad de hacer un alto y repensar la situación. La reacción entre los delegados fue reveladora: si bien la iniciativa no suscitó propuestas ni sugerencias, sí en cambio concitó un amplio interés e incluso -inusual en el contexto de la ONU- aplausos. Quizás el aplauso provino sobre todo de los sectores más jóvenes de las delegaciones. Sea como fuere, la propuesta directa de congelamiento de la construcción de cárceles fue acogida como un alivio dentro del contexto burocrático de las Naciones Unidas. Varios delegados pidieron más información, la cual pudo ser suministrada sin más ni más.”.

Y remarca con datos estadísticos que en Suecia el índice de criminalidad descendió considerablemente, cuando se decidió la libertad bajo caución juratoria a los internos que hubieran cumplido la mitad de la condena; y que ello no provocó mayores problemas a la sociedad, del mismo modo que sucedió en Dinamarca donde se introdujeron reducciones a los castigos máximos para una serie de delitos contra la propiedad, concluyendo que esas determinaciones demuestran “...que medidas relativamente poco drásticas pueden producir una diferencia en las poblaciones carcelarias.”.

Finalmente, deja en claro que una legislación dinámica hace la diferencia, sea ampliando el espectro de los delitos no “encarcelables” o circunscribiendo el objetivo del derecho penal; en definitiva, mediante la “despenalización” o la “descriminalización”. Y cree que medidas

legales tales como disminución de condenas máximas, aumento de medidas de libertad anticipada, y un estricto programa de cierre de cárceles, serían de vital importancia y trascendencia; si, además, se introducen *“las llamadas alternativas a la cárcel”* que *“deben estar precedidas por la despenalización y/o descriminalización.”*

k. Agregaré algo más: la edición en castellano cuenta con un interesante prólogo de Raúl Zaffaroni, quien se pregunta: *¿Qué es lo que nos indica que un hurto vale de un mes a un año y un homicidio de ocho a veinticinco años? La proporción entre una y otra lesión. ¿Pero quién nos puede probar la racionalidad y la justicia de que todas esas lesiones se midan en tiempo?*

Y, quizás desde el método socrático vuelve a los interrogantes: *¿Cómo puede compararse el dolor de una lesión física, la indignación y el desamparo del privado de su dinero, la vergüenza y la lesión a la autoestima de la víctima de delito sexual, con el sometimiento de un ser humano a un campo de concentración? De allí que antes se hablase de penas naturales (según la naturaleza del delito) y que sólo la unificación contractualista de la revolución industrial permitiese unificar todas las penas a tiempos de prisión, como precio por la violación del contrato social, del mismo modo que unificaron las medidas lineales y de superficie, los sistemas decimales, monetarios, etc., para facilitar las transacciones.*

Sin embargo, a diferencia del maestro de la filosofía llega a algunas conclusiones, pues, considera que tomar la escala penal, es decir, los mínimos y máximos que se establecen para cada delito como irrefutable o *palabra santa*, no es prudente ni correcto debido a que surgen *“de la aberrante selectividad del poder punitivo.”*

Y concluye del siguiente modo: *“Si poder es saber, es menester apoderarse del saber ... Tarde o temprano alguien comenzará a señalar este camino y lo liderará. Organizar el formidable caudal de tiempo que tienen los excluidos para que se apoderen del saber será la clave. Cuando de las villas miseria, de los pueblos jóvenes, de las favelas, comiencen a salir administradores, técnicos, ingenieros, filósofos, escritores, artistas, economistas, abogados, médicos, el poder será de los excluidos y la propaganda incitadora de la violencia caerá en el vacío.”*

Y me parece que *viene a cuento* para recordar que nuestro obsoleto y vetusto de toda vejez régimen penal de la minoridad, casi tan viejo como la ballena *mysticetus* o ballena de Groenlandia, tiene entre sus innumerables fallas, la de expresar que el menor imputable (+16) que ha cometido un delito, cualquiera fuese el resultado de la causa, *“...si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.”* Y aún peor, porque el mismo texto aparece en la norma para el menor inimputable (-16) que infringió la ley penal (confr., respectivamente artículos 2º y 1º, en ambos casos *in fine*, de la Ley N° 22.278). Y he indicado, casi al inicio del presente asesoramiento, al referirme a este mismo asunto, que si una de las opciones que permite la ley es la disponer del menor cuando *presentare problemas de conducta*, mis hijos debieron haber sido judicializados hace años. Es cierto, fue con sorna porque no delinquieron, pero queda claro que si lo hubiesen hecho, el juez no hubiera dispuesto definitivamente de ellos, pues sabemos, sin necesidad de *mirar para otro lado*, que sólo ingresan los pobres a los Centro de Régimen Cerrado; ningún niño rico, pese a infringir la ley penal, los conoce ni siquiera desde afuera. Y quizás, podría ser, que algunos de los internos

no gocen del mejor entorno familiar, pero me he cansado de afirmar que siempre será mejor que el menor esté cerca de los padres, hermanos, etcétera, y no dentro de un instituto bajo *siete llaves* y con las modalidades y condiciones que se han relatado más arriba, salvo, excepcionalmente, que pudiere estar en peligro su propia integridad, la de su familia o la terceros. No siempre es así y de todas formas se dispone de él, obviamente, por auto fundado conforme ordena la ley, pero con la discrecionalidad que la propia norma le otorga al magistrado. Recordemos que en el citado fallo *Maldonado* ni siquiera el juez tomó conocimiento directo y de visu del menor antes de condenarlo.

I. En síntesis, si todo lo dicho por Thomas Mathiesen puede llevar a considerar que verdaderamente, en el siglo XXI deben encontrarse soluciones alternativas al encierro cuando una persona mayor de edad delinque, cuántas más sospechas levanta el asunto si el infractor es un menor; máxime teniendo en cuenta que en los Centros de Régimen Cerrado no existen las celdas “vip” que sí pareciera que aparecen en algunos establecimiento carcelarios para adultos.

10. Elegí concluir este asesoramiento convencido de que existe aquel hombre que viajó en el tiempo para verme, así como también que son veraces sus relatos en cuanto a que en el año 2020, en nuestro país, los institutos de menores funcionan de maravilla, y que no son propios de un sueño provocado, a consecuencia de mi cansada lucha por defender lo que resulta obvio. En todo caso, fue el tiempo quien soñó y no mis infinitas ilusiones. Con exquisita pluma Borges nos anuncia en su poema *Alguien sueña: ¿Qué habrá soñado el Tiempo hasta ahora, que es, como todos los ahoras, el ápice?* Y concluye: **Ha soñado que alguien lo sueña.** Y así como cada uno de nosotros sueña que hay un mañana mejor, yo también habré de hacerlo, a la espera que el

ínfimo grano de arena que representa este dictamen, permita que los adolescentes presos en los actuales Centros Socioeducativos de Régimen Cerrado, comiencen a soñar y no sean consumidos por el tiempo.

Eugenio Zaffaroni, en su conferencia (2009) brindada en la “Universita degli Studi di Udine”, en ocasión de ser nombrado “Doctor honoris causa”, explicó que: *“Todo esfuerzo por asignarle un objetivo noble a la pena devuelve el eco de las palabras sabias del más loco de los filósofos, definiendo a la pena como venganza y a la redención como liberación de ésta. Sólo un demoleedor de ruinas como Nietzsche podía; además, percatarse de que la venganza provenía de la idea de tiempo lineal; que era venganza contra el tiempo, **porque nadie puede hacer que lo que fue no haya sido.**”*

Es cierto, razón de más entonces para iniciar un camino cuanto antes para reemplazar la privación de la libertad que sufren los menores infractores a la ley penal por sanciones alternativas o sustitutas. Y así, entonces, **lograr que lo que fue no se repita ad eternum.**

11. Quienes pretendan *poner palos en la rueda*, formular observaciones dogmáticas, burocratizar el asunto, anteponer egos y antojos personales y no trabajar en conjunto (*Ubuntu* es un regla ética africana que significa: *“soy porque nosotros somos”*), en pos de convertir en realidad lo que aquel peregrino del futuro me relató, sólo merecen ser llamados a la reflexión, y a todas las objeciones podríamos responder: ***¿Por qué dejar que los casos imposibles obstaculicen una solución decente cuando es posible la decencia?; ¿Por qué no restringir el área de castigo lo más posible, eliminando así nuevamente todos los casos que se puedan quitar?*** (Los límites del dolor. Niels Christie, Fondo de Cultura Económica. Bs. As., 2001).

Finalmente, aclaro que el presente dictamen ha sido elaborado en forma conjunta con la Oficina de Personas Privadas de la Libertad. Quizás poco importe, pero me veo en la obligación de revelarlo: aquel viajero del tiempo también visitó esa Oficina.

A su consideración.

DICTAMEN ALT. N° 235/2015.