

## DE LO QUE SE PUEDE -Y DEBE- HACER CON UN MENOR DE EDAD INIMPUTABLE INVOLUCRADO EN UN DELITO GRAVE

*por Ricardo Diego Carbajal\**

Allá por el año 2.007 hice hincapié en que la ley 26.061 impactaba centralmente en el régimen procesal penal de la minoridad[1]. Aunque dicha postura implicaba, al decir de algunos operadores judiciales, una errónea concepción de aplicación de normas jurídicas, hoy se aplica de modo correcto, como era de esperar y como lo propugnaba el suscripto.

Esas normas han venido a sustituir el Régimen de Patronato de la minoridad, afectando inexorablemente al proceso penal de menores, por estar imbuida la ley 22.278 de la impronta de la derogada 10.903, y por ende, a conculcar por desplazamiento, atribuciones otrora judiciales al ámbito del organismo administrativo[2].

Valga esta introducción para dejar debidamente sentado que ningún juez de la República Argentina con competencia penal de menores duda en que la ley 26.061 debe estar presente en sus resoluciones cuando resuelva cuestiones *proteccionales* inherentes a tratamientos y derivaciones de controles de conducta para menores de edad involucrados en ilícitos de tipo penal. Sin embargo, aunque autorizada doctrina, legisladores nacionales especializados en temas de niñez e inclusive jurisprudencia al respecto lo nieguen como una posibilidad, lo cierto es que existen casos **específicos y excepcionales**, en que para cumplir debida y legalmente la tarea jurisdiccional, un juez de menores que tenga ante sí a un menor de edad **inimputable podrá**– y digo mas bien deberá – privar de su libertad ambulatoria a dicha persona.

En estricta aplicación del tan mentado *interés superior del niño*[3] deberá privarlo de su libertad ambulatoria, todo ello sujeto a las siguientes -estrictas- condiciones de procedencia (fácticas y jurídicas) e imponiendo ciertas circunstancias particulares de como llevar a cabo dicho alojamiento temporario en un lugar donde el niño no pueda salir por su propia voluntad.

Existen casos extremos en el derecho penal de la minoridad, donde la fricción de normas jurídicas obliga a repensar al intérprete jurídico sobre la pertinencia y

congruencia de lo resuelto. La tensión de normas de distinta envergadura contribuye a acentuar estos casos. Imaginemos la siguiente hipótesis, que por cierto no es un caso de laboratorio, sucede en la vida tribunalicia minoril vernácula con mayores o menores matices. Solo teniendo muy en claro los conceptos, la normativa de fondo y procesal, y estando debidamente imbuido de las constancias del expediente se puede avanzar, casi sin riesgos, en una decisión legalmente conteste al ordenamiento jurídico integral. Supongamos un menor de edad, de catorce años, que ya estuvo involucrado en ilícitos previamente. Imaginemos que meses atrás intentó un robo calificado por uso de armas (arrebato en la vía pública de un celular, portando un “tramontina”), que luego de cuatro meses de aquel evento disvalioso consuma un robo (nuevamente violencia física contra las personas), otra vez calificado por tenencia ilegal de un arma de fuego *disimulada* - de guerra cuyo uso está prohibido - conocido como tumbera[4]. Próximo a cumplir quince años, se le imputa el homicidio - calificado por alevosía - de su vecino, a quien había amenazado con un arma blanca dos semanas antes y por el cual, también, se lo denunciara formalmente en la Comisaría de su domicilio.

Como consecuencia de ese andar delictual, se formó un expediente proteccional - y se puso en conocimiento del organismo administrativo, de cuyas actuaciones se desprende que, analizado el actualizado informe socio-ambiental y sondeo vecinal, surge que la madre y hermanos ya no soportan al menor porque “no quiere ir a la escuela”, es violento con el núcleo familiar, “se droga todo el día”, consume alcohol y “se junta con una barrita de compinches de otro barrio” y se dedica a robar no sólo en distintos lugares de la ciudad sino en la misma zona donde vive. Hace más de dos años que no concurre a la escuela. También del sondeo vecinal surge que los vecinos señalan que “si no lo mata la policía, nosotros nos vamos a encargar de terminar con esa lacra”. También hacen saber que el padre se fue de la casa hace tres años y que la madre del niño imputado, ante el reclamo de los vecinos por la conducta de su hijo, niega los hechos o los minimiza y les dice: “que vayan y lo denuncien, total es menor y sale de nuevo, además se droga y ella no puede con todos sus hijos”. El informe conjunto remitido por la licenciada y la médica, como consecuencia del examen psicológico y psiquiátrico practicado al menor, da cuenta que éste es “muy peligroso para sí y para terceros”, y que de no recibir un adecuado tratamiento terapéutico continuado y

sistemático, que deberá incluir tratamiento medicamentoso, indica la psiquiatra, “conducirá inexorablemente al fracaso y a la casi segura reincidencia de conductas violatorias del orden jurídico”. En varias ocasiones anteriores, el menor quedó bajo el cuidado y responsabilidad de su madre (el padre ha formado nueva familia y se ha desentendido de esta primigenia). Los abuelos maternos y paternos viven en Buenos Aires, sin especificarse otro dato más que “cerca del regimiento...en Remedios de Escalada”, lo que hace imposible su ubicación. Los dos tíos -medios hermanos- de la madre, están detenidos, acusados y procesados por robo calificado. Se desconoce la existencia de otros parientes. El menor involucrado es el mayor de los hermanos. El informe psicológico de la madre es contundente: No está en condiciones de hacerse cargo de cumplir debidamente su rol materno.

El párrafo anterior puede parecer exagerado, extenso y hasta novelesco. Desgraciadamente, no lo es. Y es mucho más común de lo que se imagina quien ignora la realidad minoril.

Al expediente penal se agrega la partida de nacimiento del menor (supongamos que fue anotado al nacer y tiene D.N.I., lo que no sucede con tanta asiduidad como debería). Con dicho instrumento público está legalmente acreditado que el menor es **inimputable**. Conforme normativa vigente en la República Argentina ¿es viable la privación de la libertad ambulatoria de este niño? Y si la respuesta es afirmativa, cotejando la Convención de los Derechos del Niño (C.D.N.), la ley 22.278/22.803 y la ley 26.061 ¿quien es el encargado de dicha disposición?, ¿El juez o la autoridad administrativa.?. Desde el punto de vista instrumental, ¿Cuál es el proceder ajustado a derecho?.

Contestaré los interrogantes antes planteados adelantando que mi respuesta es **afirmativa**: se puede y se debe privar de la libertad ambulatoria a ese niño inimputable y menor de dieciséis años de edad, y la misma debe ser dispuesta por el juez de menores. Fundamentaré por qué.

Las normas que confluyen en el análisis del caso son las tres mencionadas antes y debemos agregar las Reglas de Beijing, las Directrices del Riad y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad[5]. La hermenéutica correcta es la siguiente, con varios imperativos para el juzgador.

Lo primero que debemos corroborar es si el hecho – y la participación del menor en el mismo- está someramente corroborada y si existe en el expediente la partida de nacimiento del mismo. Sin avanzar más en el proceso, allí se debe dictar el inmediato sobreseimiento del menor. La investigación no debe ir más allá. Ello es así conforme lo dispone el artículo 40- 3. b) de la C.D.N. cuando dice “...Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente...”. Si una norma constitucional impone esto, y estando el documento que acredita la inimputabilidad que la ley nacional prevé, dilatar la decisión solo es *demorar*, que justamente es la conducta constitucionalmente vedada.

Entonces, tenemos que con esa resolución jurisdiccional se agota la intervención del juez de menores, en lo atinente a la cuestión procesal penal. Tengo por cierto que por la vigencia de la ley 26.061 los tratamientos y asistencia que debe dispensársele a un menor en conflicto con la ley penal deben ser provistos por el organismo administrativo (léase Poder Ejecutivo Provincial) y que el CO.P.N.A.F. no puede disponer la privación de la libertad de un menor ya que dice la ley 26.061 en su artículo 36: “Prohibición: en ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19...”.

Las medidas del artículo 33 son las medidas de protección integral de derechos y el numeral 19 expresa el *derecho a la libertad* del que gozan los niños, niñas y adolescentes. Y más aún, cuando vamos a las *medidas excepcionales* (artículo 39) que se refieren a casos más complejos, y lo vinculamos con el artículo 41 inciso e) nos encontramos con que allí se menciona que “en ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad”.

El artículo 19 si bien no veda la posibilidad de privar de la libertad a un menor de edad, dice que debe ser “...de conformidad con la normativa vigente...”; y ello, **para el organismo administrativo**, es la ley 26.061 y sus normas reglamentarias y las provinciales que rigen el tema. O sea, que el legislador nacional se encargó de impedirle al organismo administrativo que disponga el alojamiento compulsivo en lugares de encerramiento a menores de edad como medidas de protección, sean estas ordinarias o excepcionales. ¿Cómo disponemos la privación de la libertad ambulatoria del menor inimputable acusado de homicidio, probada su participación en el hecho, y al cual

dando cumplimiento a normas constitucionales, lo sobreseímos *sin demora?*. Ya no tenemos causa penal en trámite. Sería inaceptable no resolver la cuestión procesal penal (al solo y único efecto que al menor le siga quedando la causa penal “abierta” y desde allí ordenar medidas proteccionales) teniendo los elementos procesales y de fondo para hacerlo, invocando que están pendientes cuestiones probatorias, o sea demorando irrazonable (artículo 7 – inciso 5 de la C.A.D.H.) e inconstitucionalmente el trámite, cuando la cuestión puede ser finiquitada desde el punto de vista ritual penal.

Extinguir el trámite penal no deja sin sustrato al Juez de menores para avanzar, **disponiendo del menor** (artículo 1 in fine de la ley 22.278). Además tiene competencia prevencional en materia minoril[6], por lo cual su legitimación de intervención está sobradamente implantada, con prescindencia del cambio de Secretaría -de la Correccional a la Prevencional -, o no (lo que es indiferente, a los efectos de la efectiva protección del menor), de las actuaciones residuales.

Sin hesitación alguna puede avanzar y disponer *definitivamente* del menor sujeto a su jurisdicción y si lo funda en la cuestión fáctica indicada arriba, o sea con todas esas particularidades que presenta el gravísimo delito investigado en el que está involucrado un niño - elementos psicológicos, psiquiátricos, ambientales, familiares, vinculares – sin duda alguna estará protegiendo al menor, estará actuando en consonancia con la C.D.N. que no impide la privación de la libertad, ya que dice el artículo 37 b) “... La detención, el encarcelamiento, o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período mas breve que proceda”.

Lo que no permite la C.D.N. es la pena capital y la prisión perpetua para los menores de dieciséis años (art. 37 inciso a) parte final), pero no lo aquí propugnado. Y de acuerdo a la ley 22.278 (que mal que nos pese en fecha 02/12/08 la CSJN determinó su constitucionalidad en la causa 7537 García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina) la cual forma parte aún de la estructura judicial argentina y no enerva esta potestad judicial.

A mayor abundamiento, y forma parte de la fundamentación jurídica de la presente labor, cuando las *Directrices de Riad* expresan: “... 46. Sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario...”.

Coincido con lo reglado. Luego, continúan las prescripciones externas, adhiriendo también el autor, señalando los límites y fijando el cuando se puede avanzar en tal sentido y siendo conteste con la propuesta aquí realizada, ya que apunta la normativa internacional "... cuando el niño o joven haya sido descuidado ... por los padres ... cuando se vea amenazado por un peligro físico o moral ... cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución...".

O sea, lo que dice es "a veces, y solo a veces es menester recurrir a este procedimiento" y es lo que sostengo; adviértase que no distingue entre niños que puedan ser procesados o no y justamente no lo hace porque no debe ser ese el criterio que distinga la validez de la intervención, es el niño como sujeto de derechos, con sus particularidades y rasgos propios, con sus distintivas carencias, el que nos dará el marco para saber si es el momento oportuno de recurrir al que es -todos coincidimos- *el último recurso*.

Entre los objetivos de la justicia de menores, tal como lo revelan las *Reglas de Beijing*, está el que la respuesta del Estado sea "...proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito..." (Regla 5). Y en un claro conocimiento de las particularidades que presenta el derecho penal de menores la regla 6.1 refiere: "... Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores...se facultará un margen suficiente para el ejercicio de las facultades discrecionales...", habilitando la privación de la libertad ambulatoria para el menor de edad ya que la cláusula 13 dice, además de reiterar que es la última ratio, que debe ser "...durante el plazo mas breve posible...".

Es por ello que para acatar las mandas internacionales la disposición deberá ser limitada en el tiempo y concreta en su contenido. El alojamiento dispuesto deberá tener una fecha precisa y debidamente fundada (artículo 2. de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* "... La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo..."). Para la fijación del mismo

serán relevantes los informes psicológico y psiquiátrico. De acuerdo a la experiencia tribunalicia no debería ser inferior a tres meses ni superior a seis meses. Inter tantum, los progenitores - en este caso la madre - debería someterse a un intenso y exhaustivo tratamiento psicológico para tratar de corregir su perfil y volverse idónea para hacerse cargo de su hijo, una vez que el mismo egrese, luego de meses de internación coactiva.

La capacitación al menor en educación formal diariamente, y en la informal con asiduidad, las tareas manuales, la labor en granja y teatro, la práctica deportiva regular, el intenso tratamiento psicológico-psiquiátrico y la contención medicamentosa permitirá que al finalizar el período residual comentado, el niño infractor indudablemente, egrese mejor que cuando entró.

Ello será así, y su situación de vida no solo habrá mejorado subjetivamente, también las condiciones objetivas serán distintas y mejores, en su barrio se sabrá que estuvo “en recuperación”, habiendo mermado el ánimo de venganza colectivo, su madre habrá estado bajo tratamiento y tendrá herramientas para encarar la situación ante eventuales recaídas de su vástago, y siempre tendrá la posibilidad de recurrir al organismo administrativo, quien tendrá a su cargo a este núcleo familiar en crisis.

Desde el primer momento en que se dispone este temporario y limitado alojamiento, basado en normas constitucionales y legales vigentes, el órgano judicial deberá poner en conocimiento de esta situación al organismo administrativo para que el CO.P.N.A.F. estando en autos sobre la cuestión interactúe con el Tribunal, con las autoridades del centro de contención juvenil, con la progenitora del menor e inclusive, ab-initio, con el mismo niño, que es el principal sujeto de esta situación. Desde allí ya debe coordinar el eventual egreso (manejando inclusive la hipótesis de la familia sustituta); desde el *primer día* que el menor queda privado de su libertad ambulatoria el organismo administrativo debe tener conocimiento de ello para apersonarse y comenzar a delinear estrategias pensando ya en el *último día* de privación de la libertad de su pupilo.

De esta forma habremos aplicado el principio pro-homine, y armónicamente dirimimos el complejo entramado de normas que regulan la cuestión. Solo hay una “víctima” de esta resolución, que no escapa al análisis del suscripto; y que es la falta de profundización en la investigación del hecho ilícito y la posibilidad de intervención de

la víctima en el proceso, pero sin perjuicio que ello es arena de otro costal, lo cierto es que si el mismo Estado renuncia a penar por diversas razones, es más en ciertos casos nuestro proyecto de nuevo C.P.P. prevé las hipótesis de “criterios de oportunidad”; ¿que impedimento habría en actuar de esta manera si ponderamos que estamos ante un niño menor de edad?. No puede generarnos pudor alguno aplicar y hacer valer la supremacía constitucional de la Convención de los Derechos del Niño y en especial interpretar correctamente el interés superior del niño.

\* Secretario del juzgado de menores N° 1 de la ciudad de Corrientes

Notas

[1] Trabajo publicado en la página web del Colegio Publico de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes.

[2] Poder Ejecutivo provincial. En el caso de la provincia de Corrientes – ley provincial 5.773 y decreto provincial 257/08.

[3] C.D.N. Artículo 3.

[4] Decreto P.E.N. N° 395/75, reglamentario de la ley 20.429/73.

[5] “Las reglas de soft law.” El Dr. Alberto Bovino (nohuboderecho.blogspot.com) señala la importancia de ponderar estas normas, fundamentalmente por el hecho que las mismas son aplicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que así se expidió en, verbi gracia, “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” y “Ivscher Brostein vs. Perú”.

[6] Decreto – ley provincial 129/00 (modif. 139/00) que en su artículo 5 – 1. a) dice “... cuando la salud, seguridad o integridad física o mental de menores se hallare comprendida por hechos o actos propios , o llevados a cabo en contra de su interés superior, conforme a las leyes que rigen en materia de minoridad ...”.

Acuerdo 36/2.007 – punto 12; especialmente el punto D) cuando señalando la competencia del juez de menores – prevencional – el S.T.J. señala que la misma surge: “Cuando por su propio obrar el menor comprometiére gravemente su salud o la posibilidad de ocasionar daños a terceros y así lo requieran ... personas que lo tengan a su cargo.”