

Una y otra vez resurgen en el país propuestas de reforma de la justicia juvenil. Los argumentos esgrimidos para reclamar el cambio se organizan sobre dos grandes ejes que conectan ideas que —en principio— parecerían irreconciliables (derechos y seguridad), y no reflejan las dificultades actuales de la jurisdicción especializada.

Este libro reúne trabajos que analizan diferentes problemas jurídicos que enfrentan los operadores a la hora de intervenir en los casos que tienen por protagonistas a adolescentes imputados de delitos.

A partir del reconocimiento del derecho de los niños a recibir un tratamiento penal diferenciado en caso de que tengan problemas con la ley penal, los artículos aquí reunidos exploran las tensiones y desafíos que esa respuesta especializada plantea en el presente.

 **AD-HOC**
www.editorialadhoc.com



AD-HOC

Nuevos problemas de la justicia juvenil

BELOFF | *Directora*

JUSTICIA JUVENIL

Nuevos problemas de la justicia juvenil

MARY BELOFF | *Directora*

AD-HOC

Justicia Juvenil | 02

Directora: Mary Beloff

Mary Beloff | *Directora*

NUEVOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA JUVENIL

Mary Beloff - Ma. Virginia Deymonnaz
Diego Freedman - Mariano Kierszenbaum - Iris Rosario
Juan Pablo Santoianni - Martiniano Terragni - Lorena Vuotto



Primera edición
ABRIL 2017

Nuevos problemas de la justicia Juvenil / Mary Beloff... [et al.];
dirigido por Mary Beloff.
1ª ed. - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.
402 p.; 23x16 cm. (Justicia Juvenil / Mary Beloff; 2)

ISBN: 978-987-745-077-4

I. Derecho Penal. I. Beloff, Mary. II. Beloff, Mary, dir.

CDD 345

DIRECCIÓN EDITORIAL
DR. RUBÉN O. VILLELA

© AD-HOC SRL
Viamonte 1450 · C1055ABB · Buenos Aires · Argentina
Tel./Fax (54 11) 4371 0778/6635 · 4372 6401
info@editorialadhoc.com
www.editorialadhoc.com
www.facebook.com/editorialadhoc

Impreso en la Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
Prohibida su reproducción total o parcial

LA JUSTICIA JUVENIL Y EL JUICIO ABREVIADO*

MARY BELOFF, DIEGO FREEDMAN,
MARIANO KIERSZENBAUM y MARTINIANO TERRAGNI

Desde el punto de vista de la prevención especial la atenuación convenida de la pena no resultaría adecuada, pues el condenado no tomaría en serio la sentencia producto del acuerdo, pues se sentiría únicamente como la parte más débil de un negocio transaccional. El arrepentimiento y la comprensión de la propia culpabilidad como motores de la autorresocialización no pueden fundar una atenuación de la pena en cuanto provienen de un acuerdo que, si no indica lo contrario, inclusive puede contradecirlo.

SCHÖNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal?"**

I. Introducción

El instituto procesal del juicio abreviado (previsto y regulado en el art. 431 bis del CPPN¹) se ha transformado en una herramien-

* Este artículo es una versión modificada y actualizada del originalmente publicado con el mismo título en el diario *LL*, Año LXXIX, N° 73, Buenos Aires, pp. 1-8, el 22/4/2015.

Agradecemos especialmente la atenta lectura y los aportes de Federico Kierszenbaum. También reconocemos al Dr. José González del Solar sus comentarios a la versión original de este texto.

** SCHÖNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal?", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, N° 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 429.

¹ CPPN, según ley 23.984, art. 431 bis: "1. Si el Ministerio Fiscal, en la oportunidad prevista en el art. 346, estimare suficiente la imposición de una

ta utilizada como regla absolutamente mayoritaria en la resolución de causas penales. El fuero penal juvenil no ha sido una excepción en esa dinámica. Solo en el año 2013, según las estadísticas de

pena privativa de libertad inferior a seis (6) años, o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquella, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena. En las causas de competencia criminal (art. 32), el acuerdo a que se refieren los incs. 1° y 2° del art. 431 bis, podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (art. 359). 2. Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquel, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída. A los fines de este artículo y en cualquier etapa del proceso, pero desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia. 3. El juez elevará la solicitud y la conformidad prestada, sin otra diligencia, Tribunal de juicio el que tomará conocimiento *de visu* del imputado, y lo escuchará si este quiere hacer alguna manifestación. Si el tribunal no rechaza la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, llamará a autos para sentencia, que deberá dictarse en un plazo máximo de diez días. Si hubiera querellante, previo a adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante. 4. Si el tribunal de juicio rechaza el acuerdo de juicio abreviado, se procederá según las reglas del procedimiento común con arreglo a los arts. 354 o 405, según corresponda, remitiéndose la causa al que le siga en turno. En tal caso, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate. 5. La sentencia deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2, y no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el Ministerio Fiscal. Regirá el art. 399. 6. Contra la sentencia será admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes. 7. La acción civil no será resuelta en este procedimiento por juicio abreviado, salvo que exista un acuerdo entre las partes en tal sentido, aunque se podrá deducir en sede civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación en la medida que la sentencia pueda influir sobre el resultado de una reclamación civil posterior. 8. No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causa, si el imputado no admitiere el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio (art. 43). Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado solo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad".

los tribunales orales de menores de la Capital Federal², sobre un total de 342 sentencias, 232 fueron mediante la vía abreviada, es decir, un 68% de las causas³.

El "éxito" (entendido como amplia aceptación) del juicio abreviado no debería llamar la atención, pues constituye un modo rápido de finalización de los procesos penales que genera para el imputado una condena más leve que la que eventualmente podría corresponderle de celebrarse el juicio oral, al tiempo que descongestiona el sistema penal al evitar también el trámite recursivo en casi todos los casos.

Cuando se trata de imputados de delitos cometidos durante la minoría de edad penal se permite incluso que por medio del juicio abreviado se declare la responsabilidad penal del joven y, al mismo tiempo, se resuelva no aplicar una pena en los términos del art. 4° de la ley 22.278⁴, lo cual constituye un incentivo mayor a su utilización.

² <http://www.pjn.gov.ar>.

³ La tendencia es claramente una práctica consolidada. En el año 2012, sobre un total de 292 sentencias de declaración de responsabilidad penal, 201 fueron mediante la vía abreviada, es decir, un 68% de las causas. En el año 2011 sobre un total de 316 declaraciones de responsabilidad penal, 204 (64%) fueron mediante la vía abreviada. Los números en los años anteriores tienden a ser similares: año 2010, 55%; 2009, 25% —en este año aparecen en blanco los números de abreviados del TOM N° 1, lo cual explicaría la baja cantidad—; 2008, 45%; 2007, 62%; 2006, 64%; 2005, 69%; 2004, 67%; 2003, 57% (http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Libros/Estadi_12/Tome_12.htm).

⁴ Solución aplicada, incluso, en delitos graves, por ejemplo, en casos de agresiones sexuales. Como ejemplo puede consultarse la causa n° 3.599, resuelta el 26/3/2014 por el TOM N° 1 de la Capital Federal en la cual se aplicó el juicio abreviado y absolvió en los términos del art. 4° de la ley 22.278 a un joven declarado penalmente responsable por el delito de abuso sexual simple agravado por amenazas. La justicia federal también utiliza el juicio abreviado con la absolución prevista en el art. 4° de la ley 22.278. Puede consultarse en ese sentido la causa CFP 7900/2012/TO1, resuelta el 15/5/2014 por el TOCF N° 4 de la Capital Federal, en la cual una joven fue declarada penalmente responsable por el delito de tenencia simple de estupefacientes mediante el instituto en análisis y, también, fue absuelta en los términos del art. 4° del régimen penal de la minoridad. Excepcionalmente, también ha admitido la posibilidad de absolver al imputado menor de edad por la falta de acreditación de los elementos del tipo penal, de acuerdo con la prueba recabada en la etapa de instrucción. Esta solución fue adoptada el 9/4/2014 por el TOPE N° 1 de la Capital Federal en la causa n° CPE 990000123/12/

Sin embargo, los parámetros de eficacia en la resolución de casos⁵, con aparentes ventajas para todos los sujetos interesados (jueces, fiscales, defensores e imputados), presenta frente al derecho penal juvenil algunos problemas específicos que aún no han sido desarrollados en profundidad y que este trabajo pretende comenzar a abordar.

Esos problemas pueden sintetizarse en uno: *la paulatina disminución de la protección especial a la infancia entendida como un trato judicial diferenciado en relación con las normas del proceso penal de las personas adultas*. En efecto, como consecuencia de las reformas acaecidas en los últimos veinte años en nuestro país, que incluyeron la sanción de nuevas legislaciones de protección de la infancia a nivel nacional y provincial, la actualización de los códigos procesales penales (federal y provinciales) hacia sistemas mixtos o acusatorios e importantes cambios jurisprudenciales que incorporaron normas internacionales convencionales y no convencionales al proceso penal juvenil, se produjo un lento y paulatino acercamiento entre el proceso penal juvenil y el de adultos. La dinámica señalada se ha acelerado en los últimos años, con el evidente riesgo de la pérdida de un proceso penal que debe reconocer los matices propios de la etapa de la vida que con-

TO1 (Interno 2486/13), en la cual, se encontraba a consideración un acuerdo de juicio abreviado, en el que sin perjuicio de la asunción de responsabilidad por parte de la imputada menor y que la Fiscalía General había solicitado su absolución en los términos del art. 4º de la ley 22.278, el Tribunal resolvió su absolución, pero en los términos del art. 3º del CPPN.

⁵ En el debate parlamentario de la ley 24.825, que introdujo el juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, se expresó: "[L]a introducción de la oralidad al sistema judicial en materia penal ha resuelto sustancialmente la lentitud de los procesos. Sin embargo, hoy observamos que los tribunales están abarrotados por causas que no pueden resolver. También es cierto que en las cárceles hay más presos sin condena que los que cuentan con ella. Por eso hoy nadie duda de la necesidad de agilizar los procedimientos en las causas penales, sobre todo porque está en juego la libertad de los individuos (...)", Cámara de Diputados de la Nación, reunión 40, 23/10/1996, p. 4218. Se evidencia así que el interés no consistía en disminuir los índices de personas privadas de su libertad, sino en aumentar el nivel de condenas en la estadística criminal.

forman la infancia, sentido central del principio de especialidad⁶ (art. 40.3, CDN)⁷.

En este desordenado y, probablemente, inintencionado proceso hacia la equiparación del proceso penal juvenil al de los imputados adultos iniciado a mediados de la década de los 90 en la República Argentina, la aplicación del instituto previsto en el art. 431 bis del CPPN representa un hito muy significativo⁸.

⁶ Aunque todavía a la jurisprudencia le resulta difícil diferenciar un proceso seguido a personas menores de edad del seguido contra adultos, a partir del entendimiento de que ambos son procesos penales regidos (casti) por los mismos principios. Véase, por ejemplo: "[E]n cuanto al argumento que el *a quo* expone con fundamento normativo en el art. 40.1 de la Convención citada [CDN], desde mi óptica, aparece contradictorio, pues un paso antes es el propio Tribunal el que reconoce el marco coactivo que ineludiblemente genera la sustanciación de un proceso penal. Considerar el disímil sentido axiológico que anima en el derecho interno la justificación de las medidas que se imponen a los menores a quienes se imputan infracciones a la ley penal y perseguir que el designio del sistema especial deba necesariamente remitir a los altruistas fines de la norma citada, no puede implicar la negación de su ontológica naturaleza represiva. Máxime en una materia en la que, independientemente de la conducta personal de los jueces, se persigue el amparo de la confianza que debe inspirar la administración de justicia en el acusado. El derecho penal de menores es derecho penal. El modelo, entonces, si bien orientado a procurar la adecuada formación del menor mediante su protección integral (art. 3.a), ley 22.278), no pierde sus líneas admonitorias (...)", CNCF, Sala IV, causa n° 5.798, "B., W. D. s/recurso de casación", del 26/4/2006, del voto de la jueza BERRAZ DE VIDAL, entre muchos otros.

⁷ Sobre el principio de especialidad, véase TERRAGNI, Martíniano, *El principio de especialidad en la justicia de menores a través de la jurisprudencia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.

⁸ La discusión acerca de la aplicación de este instituto en materia de derecho penal juvenil no es reciente. Puede encontrarse jurisprudencia de hace más de una década en la que se aborda el problema, con distintos matices, pero básicamente con una discusión en cuanto a la capacidad del imputado menor de edad: "[E]ncuentro imposible la validación del juicio realizado al menor M. G. B., por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 16, por haberse dictado sentencia sirviéndose del procedimiento contenido en el art. 431 bis del CPPN, en un juicio abreviado. Entiendo que no se puede tener por válida la expresión de voluntad emitida por quien en ese momento contaba con diecisiete años de edad, y era asistido por un defensor que no tenía conocimiento de ello, omitiéndose dar intervención al Ministerio Público Pupilar. Además, este procedimiento no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento para los menores, es decir para quienes no tienen capacidad de hecho (...)", CNCF Sala III, causa n° 4.642, "N., J. A. s/recurso de revisión", resuelta el 12/8/2004, del voto de la jueza LEDESMA, entre otros. En sentido similar, la jurisprudencia anuló la sentencia condenato-

Más allá de las conocidas críticas a la aplicación extendida de esta institución a la justicia penal general⁹, las dificultades se acrecientan si se considera el mencionado principio de especialidad, derivado a su vez del de protección especial a la niñez. Este principio, que surge del derecho internacional de los derechos humanos, demanda un tratamiento diferenciado para el niño¹⁰ y su alcance comprende a la justicia penal¹¹. Se manifiesta en el proceso que se le aplica, en los órganos encargados de intervenir, en las leyes sobre las que se basa la responsabilidad penal así como en sus consecuencias, y, finalmente, en la interpretación que de esas normas jurídicas debe hacerse. Sobre la base del mencionado principio, todo instituto del derecho penal general que pretenda

ría y el acuerdo de juicio abreviado celebrado por un imputado menor de edad que fue juzgado y condenado sin las previsiones de la ley 22.278 respecto de la imposición de pena: "[S]e han vulnerado reglas de procedimiento, pues a la fecha de los sucesos por los que recayera sentencia condenatoria, el nombrado tenía la edad de diecisiete años, correspondiendo en consecuencia la intervención de la justicia de menores y la aplicación de las previsiones de la ley 22.278, que regula el régimen penal de la minoridad. Siendo ello así, corresponde anular la sentencia impugnada en virtud de que la misma fue dictada en violación a la dicha norma legal, que en sus arts. 1º, 2º y 4º establece en qué supuestos y bajo qué requisitos corresponde imponer una sanción penal a los menores que hubieran cometido delitos (...)", CNCP, Sala III, causa n° 3.167, "N., R. L. s/recurso de revisión", resuelta el 8/6/2001, entre otros.

⁹ Entre otros, un estudio sobre el uso extensivo y distorsionado del juicio abreviado en Chile se encuentra en Horwitz, María Inés, "Peligros actuales para el proceso penal acusatorio", en revista *Nova Criminis*. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal, Santiago, Universidad Central de Chile, n° 8, diciembre de 2014, pp. 61-72.

¹⁰ Para simplificar la redacción, se hará referencia solo a la palabra "niño" o "niños" al considerar que el término comprende a las categorías de niños, niñas y adolescentes. En igual sentido: "[T]omando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes (...)", Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", del 28/8/2002, párr. 42 y *supra* nota 45.

¹¹ Véase al respecto la CADH, art. 5.5; la CDN, art. 40.3; las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 28/11/1985), Regla 2.3; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112, del 14/12/1990), Directriz 52.

ser aplicado debe ser analizado sin perder de vista las necesidades particulares y las características del niño¹².

En lo que sigue abordaremos distintos aspectos relacionados con las dificultades que plantea el principio de especialidad —rector de la justicia juvenil— a la utilización generalizada de la institución del juicio abreviado¹³.

Esos particulares aspectos pueden sintetizarse en las siguientes preguntas:

- 1) ¿Tiene el niño capacidad general para asumir su propia responsabilidad penal?
- 2) ¿Está el niño en condiciones de negociar en el juicio abreviado solo su responsabilidad o también la pena que se le aplicará?
- 3) ¿Puede un niño aceptar una pena privativa de la libertad de ejecución efectiva?
- 4) ¿Su aceptación de responsabilidad a cambio de una promesa de reducción de pena es admisible a la luz del principio de especialidad?
- 5) ¿Es compatible el juicio abreviado con la finalidad preventivo-especial de la pena juvenil?

¹² "[L]a Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (art. 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas (...)", CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 19 del voto de la jueza AROJAY.

¹³ A partir de la entrada en vigencia de la ley 27.272, "Procedimiento para casos de flagrancia" —sancionada el 7/9/2016, promulgada de hecho el 30/9/2016 y publicada en el B.O. el 1º/12/2016— se ha reformado el Código Procesal Penal (ley 23.984) en su primera etapa de implementación iniciada el 1º/12/2016. Solo para esos supuestos la justicia nacional de menores tiene una competencia más amplia para la aplicación del juicio abreviado, conforme a la nueva redacción del art. 353 bis: "El procedimiento para casos de flagrancia que se establece en este título es de aplicación a todos los hechos dolosos en los que se verificasen las circunstancias del art. 285 y cuya pena máxima no supere los quince (15) años de prisión o veinte (20) años de prisión en los supuestos del art. 119, párr. 4º, y del art. 166, penúltimo párrafo, del C.P., o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho monto." Así se habilita la celebración de acuerdos de juicio abreviado hasta la audiencia de clausura del singular procedimiento, por un monto considerablemente superior al establecido para el trámite ordinario (se incrementa de 6 a 15 o 20 años de prisión).

Desde el punto de vista metodológico se utilizará la jurisprudencia de la justicia nacional con sede en la Capital Federal y de la justicia federal de todo el país. La elección responde a los más de veinte años de experiencia acumulada en la celebración de acuerdos de juicio abreviado en tales jurisdicciones y a que la regulación contenida en el Código Procesal Penal de la Nación vigente resulta un estándar medio de la legislación procesal del país en lo que se refiere a las escalas punitivas que habilitan la utilización del procedimiento abreviado, a la exigencia de aceptación de responsabilidad por parte del acusado y a la de intervención de todos los imputados en la misma persecución penal, entre otros aspectos.

Esta aproximación a los debates jurisprudenciales y doctrinarios sobre la aplicación del juicio abreviado requiere necesariamente de una posterior etapa de relevamiento empírico, ya que la regulación procesal del instituto contempla una cantidad de matices y singularidades que superan el marco de este trabajo, el cual solo dará cuenta, como indicamos, de las tendencias corroboradas en la aplicación amplia del instituto por los tribunales nacionales y federales.

2. El juicio abreviado en el proceso penal argentino y su aplicación a la justicia juvenil

2.1. Aspectos generales

El instituto del juicio abreviado fue incorporado por la ley 24.825 al Código Procesal Penal de la Nación con una clara finalidad práctica: evitar que un gran volumen de causas llegaran a audiencia de debate para descomprimir así a los tribunales de juicio, a la vez que se obtenían sentencias condenatorias. Paralelamente, se suponía que disminuiría la cantidad de "presos sin condena" al definir la situación de los imputados privados de la libertad por medio de la prisión preventiva.

Las principales críticas de la doctrina a la institución se enfocaron en la ausencia de publicidad de la negociación entre la acusación y el imputado y su defensa; la aceptación de la responsabilidad penal y de la pena por parte del acusado frente a casos

sin evidencias contundentes de cargo¹⁴; la ausencia de información a los imputados, muchos de ellos privados de su libertad, que por esa situación buscaban en esta salida anticipada cierta certidumbre a su proceso penal; y la vulneración de la garantía constitucional que consagra la prohibición ser obligado a "declarar contra uno mismo" al aceptar el hecho investigado, entre otras¹⁵. Similares observaciones se habían expuesto en el debate parlamentario de la ley¹⁶.

¹⁴ Si se exigiese un alto grado de convicción sobre los hechos al momento de homologar un acuerdo de juicio abreviado, se desnaturalizaría la idea del proceso penal con una etapa de instrucción para determinar la existencia de elementos de prueba suficientes para llevar adelante un debate oral y una etapa de juicio oral en la cual se debe verificar —más allá de toda duda razonable— la existencia del hecho y la participación del sujeto imputado.

¹⁵ Tempranamente señaló SCHÜNEMANN el problema de "[l]a apoteosis de la instrucción, que florece disimuladamente a través de la práctica de los acuerdos, es decir, la renuncia al juicio oral y por la condena basada solamente en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción. Desde un punto de vista dogmático nos encontramos aquí con una inversión de todos los valores en los que se basa toda la práctica procesal continental europea. A un resultado aún más sorprendente nos conduce una visión histórico-jurídica. Porque la apoteosis del procedimiento de instrucción, en la que la posición del acusado muy débil nos reconduce al procedimiento inquisitivo, contra el que se introdujo en el siglo XIX el bastión del juicio oral como centro del procedimiento penal. Y no resulta menos grave desde el punto de vista de la psicología de la percepción y de la teoría de la información porque el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos (...)", SCHÜNEMANN, ob. cit. p. 427.

¹⁶ La disidencia total del senador VILLARROEL en el debate parlamentario de la ley que incorporó al régimen procesal penal federal este instituto alertó acerca de las posibles consecuencias negativas que podría acarrear el juicio abreviado en el sistema de garantías del proceso penal. El senador expresó: "[E]n el modelo que rige nuestro procedimiento, la persistencia de rasgos inquisitivos de la instrucción sumada a la simplificación del juicio supone el peligro de trasladar a la instrucción el peso de la decisión sobre el hecho punible, la responsabilidad del imputado y la pena aplicable, debilitando a su vez los rasgos que constituyen la garantía más importante de control de los actos de la instrucción durante el juicio, es decir, el carácter contradictorio, oral y público del debate, el principio de inmediación, la necesidad de producción íntegra de la prueba en esa etapa, etcétera. La modificación propuesta importa además otro grave peligro, señalado reiteradamente por autores críticos del *plea bargaining* estadounidense: la posibilidad de que la no aceptación de la propuesta del fiscal por parte del imputado y su defensor vaya acompañada de la amenaza de un pedido de condena más grave (...). El rechazo del acuerdo por parte del imputado lo coloca en situación especialmente desventajosa, ya que 'impone' al Ministerio Público y al tribunal la carga de realización de un juicio pleno, mucho más trabajoso

Por otro lado, en el derecho comparado regional se ha documentado que la introducción del instituto tuvo claramente el fin de aumentar la represión con plazos procesales más cortos¹⁷. Ello evidentemente no representa una respuesta garantista, sino una medida de corte netamente punitivista.

Esta consideración parece alejar a la institución de los estándares internacionales sobre el sentido del castigo aplicado a una persona menor de edad. Precisamente, uno de los mayores cuestionamientos específicos a la aplicación del juicio abreviado al proceso penal juvenil, que será abordado por este trabajo más adelante, es la incompatibilidad entre el carácter educativo de la justicia juvenil con la asunción de responsabilidad mediante un trámite que, en la realidad forense de los tribunales, se ha transformado en una solución casi de índole administrativa.

En la República Argentina, a partir del acercamiento de los sistemas tutelares clásicos al sistema penal de adultos, este instituto fue aplicado en el proceso penal juvenil sin mayores consideraciones adicionales sobre el sujeto juzgado (una persona acusada de cometer un delito menor de 18 años de edad al momento del hecho). Curiosamente, *en estos últimos veinticinco años los menores de edad obtuvieron mayores garantías procesales; en general; pero, a la vez, las perdieron al utilizarse a su respecto este mecanismo simplificado de terminación del proceso penal con una sentencia de responsabilidad penal y, eventualmente, una pena de cumplimiento efectivo.*

En efecto, desde hace muchos años se admite arribar a la declaración de responsabilidad penal de una persona menor de 18 años al momento del hecho (conocida como primera sentencia) por medio de un acuerdo de juicio abreviado. Precisamente,

y exigente que las simples formalidades del juicio abreviado (...)", Cámara de Senadores de la Nación, reunión 29^a, 21/5/1997, pp. 2360-1.

¹⁷ Esta situación se extrema con la llamada "instrucción sumaria", prevista en el art. 353 bis del CPPN, aplicada también cuando los jóvenes son detenidos en situación de flagrancia y no solicitan transformar ese trámite procesal en uno ordinario. La instrucción, en estos casos, no debe extenderse más de quince días y puede, luego, aplicarse el juicio abreviado. De modo que, en un plazo extremadamente breve, el imputado menor de edad podría resultar condenado si consiente ambos procedimientos, situación que agrava la de por sí severa restricción a la garantía de juicio previo que implica el juicio abreviado (la "instrucción sumaria" que acorta la instrucción y el juicio abreviado que suprime al debate oral ordinario).

el art. 410 del CPPN —ubicado en el capítulo llamado "Juicio de Menores"— establece una regla general: en las causas seguidas contra personas menores de 18 años se procederá conforme las disposiciones comunes del rito penal, salvo las especiales que establece ese capítulo. Por ello, se ha entendido, tradicionalmente, que no habría ningún obstáculo en las normas procesales para el uso del juicio abreviado en los casos de los imputados menores de 18 años de edad al momento del hecho.

Como es sabido, el Régimen Penal de la Minoridad exige ciertos requisitos para imponer una pena al joven imputado: a) su declaración de responsabilidad penal, b) que haya cumplido 18 años de edad, y c) que haya sido sometido a un año de tratamiento tutelar, prorrogable hasta la mayoría de edad¹⁸. Sobre la base de esta legislación, es posible celebrar un pacto de responsabilidad penal antes de que el acusado haya cumplido los 18 años de edad¹⁹,

¹⁸ Ley 22.278, art. 4º: "La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2º estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2º) Que haya cumplido 18 años de edad. 3º) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inc. 2º".

¹⁹ Alguno de los interrogantes planteados por esta situación fueron abordados en el Acuerdo Plenario N° 25 (causa n° 21.317- "M., L. A. s/robo agravado", del 21/12/2012) de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata. La mayoría del tribunal, integrada por los jueces RIGUERT, DOMINELLA, VIÑAS, MADINA y MENDOZA, votó afirmativamente respecto de la aplicación del juicio abreviado a imputados menores de edad. Por lo contrario, la minoría, compuesta por los jueces PAOLINI, FERNÁNDEZ DAGUERRE y POGGETTO se opuso a su utilización. En el voto del juez RIGUERT se sintetizaron los argumentos tanto en favor como en contra. En favor, se señalaron los siguientes: la opción del juicio abreviado es un derecho del imputado; el juicio abreviado no es incompatible con el art. 4º de la ley 22.278; es impropio del sistema acusatorio que el juez quiera componer el conflicto más allá o de modo diferente de las pretensiones de las partes; "[l]a cesura entre aquello que quedaría comprendido en el juicio de responsabilidad (existencia del hecho, participación del encausado, calificación legal, presencia o no de eximentes) y el de la eventual necesidad de pena una vez cumplidos los requisitos del citado art. 4º de la ley 22.278 es el modo efectivo de compatibilización entre dispositivos normativos que responden no solo a diversos momentos históricos sino también paradigmas ideológicos distintos en lo fonal (paternalismo o patronato vs. responsabilidad juvenil; en otras

siempre que no se resuelva la imposición de una pena y su eventual monto. Cabe aclarar que el requisito del año de tratamiento tutelar cuando el joven ya ha alcanzado la mayoría de edad se suple en la práctica por un informe socioambiental equivalente al elaborado para los imputados adultos²⁰.

Con los años, las prácticas del juicio abreviado adquirieron formas diversas, aún más reñidas con las garantías fundamentales del menor penalmente imputable. Como ejemplo puede mencionarse una práctica instalada hace pocos años en la justicia nacional de menores. Ella consiste en la entrega de "conformidades" al fiscal por parte de los acusados y sus defensas. De ese modo, los acusados —en lo que aquí interesa, menores de edad al momento del hecho—, de manera no presencial y por escrito, manifiestan, junto con su defensa técnica, su conformidad con la acusación. No cuentan con una audiencia conjunta ante el fiscal²¹ dado que, de ser más de un imputado, prestan su consentimiento mediante

palabras, el niño como objeto de protección o tutela vs. el joven como sujeto responsable portador de derechos) y en lo formal (inquisitivo vs. acusatorio); y la pena acordada en el juicio abreviado es solo el tope máximo sobre el cual luego se podrá resolver y podría contener la reducción del art. 4°. En contra de la aplicación, se presentaron los siguientes argumentos: el acuerdo incluye tanto la calificación como la pena y el art. 4° exige como requisito para la aplicación de la pena que el joven tenga 18 años de edad; entre los 16 y los 18 años se deben realizar las medidas tendientes a promover la reintegración del niño en la sociedad; y quien no llegó a los 18 años no puede ser pasible de una pena y no tiene la madurez necesaria para admitir un trámite abreviado.

²⁰ Ley 22.278, art. 8°: "Si el proceso por delito cometido por un menor de 18 años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inc. 3° del art. 4° se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndose complementarlo con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido".

²¹ Esta modalidad ya había sido premonitoriamente advertida por el diputado GARAY en el debate parlamentario de la ley, quien intentó incorporar una modificación al proyecto que fue rechazada. Así se expresó el diputado: "(...) En el art. 2° se da un problema vinculado con el ejercicio de la defensa en juicio, que podría tornarlo inconstitucional. Cuando el fiscal estima que la pena no superará los seis años, de reunirse con el defensor y el imputado necesariamente para escucharlos, y no como se dice en el último párrafo del punto 2 del art. 431 bis a que se refiere el art. 1° en tratamiento, en el sentido de que "...el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia". Si esto es facultativo no se respetará el ejercicio del derecho de defensa (...)", Intervención del diputado GARAY, Cámara de Diputados de la Nación, reunión 40, 23/10/1996, p. 42.19.

escritos separados. Luego, todos los imputados son convocados a la audiencia de *visu* que necesariamente debe realizar el tribunal interviniente para la homologación del acuerdo.

Esta práctica de "la declaración de conformidad" en el proceso penal juvenil se explica, entre otros motivos, por la frecuencia de procesos iniciados en los que menores de edad son imputados por delitos contra la propiedad cometidos junto con adultos (en muchos casos, personas con edades comprendidas entre los 18 y los 21 años de edad). El CPPN y la Ley 24.050 de Organización de la Justicia (art. 24) disponen que en los casos de comisión de un mismo delito por parte de personas mayores y menores de edad resulta competente la justicia nacional de menores, o sea, la jurisdicción especializada²². Debido a que las personas adultas tienen una pena en expectativa mayor por la aplicación de la agravante genérica prevista en el art. 41 *quater* del C.P.²³; en muchos casos; cuando se eleva la causa a juicio, se encuentran privadas de la libertad mediante la prisión preventiva. En un escenario de colapso de la justicia nacional de menores, el imputado adulto tiene muchos incentivos para acordar un juicio abreviado que le permita recuperar la libertad lo antes posible dadas las dificultades para fijar la fecha de juicio en forma inmediata. Por otro lado, el imputado menor de edad puede verse presionado por el adulto o su medio familiar para que acepte el juicio abreviado. Se presenta, entonces, una situación paradójica por la aplicación del art. 41 *quater* del C.P., que fue originalmente planteado para proteger a las personas menores de edad (si bien con una técnica legislativa cuanto menos poco clara). Esto se explica porque conlleva consecuencias perjudiciales en la práctica al generar que en los casos de enjuiciamiento conjunto de personas mayores y menores de edad, el joven acepte un juicio abreviado, aun en contra de sus intereses y deseos.

En síntesis, tal como lo demuestra claramente la práctica de las "declaraciones de conformidad" para el juicio abreviado, la práctica forense ha admitido una institución no regulada específicamente para el proceso penal juvenil y la utiliza de forma buro-

²² Tal solución es la misma que adoptó la aún no implementada Ley 27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, art. 14.

²³ C.P., art. 41 *quater*: "Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo".

crática, por escrito y en oposición a los principios y derechos que amparan a una persona imputada de un delito cometido durante su minoría de edad penal.

2.2. Las diferentes capacidades de la persona menor de 18 años de edad

En este punto abordaremos de manera general las capacidades que las leyes acuerdan a los niños para ejercer sus derechos en diversos ámbitos: los derechos ciudadanos, laborales, sexuales y en materia de salud.

Este análisis general permitirá contar con un panorama respecto de cuáles son las capacidades de los niños a los efectos de determinar luego si es admisible que se les reconozca la potestad de consentir su propia responsabilidad penal. En otras palabras, la pregunta es si un niño, al que legalmente se le reconocen diferentes capacidades, pero una disminuida en materia penal, puede asumir su responsabilidad penal en los términos que implica el juicio abreviado.

2.2.1. LAS CAPACIDADES RELATIVAS

DE LA PERSONA MENOR DE 18 AÑOS (NIÑO)

A diferencia del adulto, el niño es, por regla, un incompetente básico²⁴ que va adquiriendo capacidades con el transcurso de su desarrollo. Por lo tanto, las posibilidades de decidir en función

²⁴ Conf. GARZÓN VALDES, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de Swift hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", revista *Doxa*, Alicante, n° 15/16, 1994, pp. 731-743. En su ensayo *Sobre la libertad*, John Stuart Mill había explicado: "[N]adie niega que deba enseñarse y adiestrarse al hombre en su juventud para que conozca los resultados comprobados de la experiencia humana y se beneficie con ellos. Sin embargo, el privilegio y la condición apropiada de todo ser humano que haya llegado a la madurez de sus facultades, consiste en utilizar e interpretar la experiencia en la forma que desee (...) ¿Debería la sociedad abandonar a sus propios impulsos a aquellos que son manifiestamente incapaces de dirigirse a sí mismos? Si se acepta que hay que proteger contra ellos mismos a los niños y los menores de edad, ¿no está igualmente obligada la sociedad a extender esa protección a todos los mayores de edad que son igualmente incapaces de gobernarse a sí mismos? (...)", Diana, México, 1965, de las pp. 104 y 132.

de sus propias necesidades, como puede hacerlo un adulto, son delegadas en sujetos competentes, que deben decidir por él.

A partir de que la incompetencia del niño tiene base en su falta de madurez, la ley le reconoce gradualmente distintas competencias a medida que va creciendo. Esta evolución madurativa podría constatarse caso por caso o sobre la base del colectivo etario al fijarse edades determinadas legalmente. Esta última opción es la que ha guiado nuestra tradición jurídica y es la que favorece en mejor medida la garantía de la seguridad jurídica. Es por ello que la pregunta acerca de qué puede y qué no puede decidir un niño debe responderse en consideración de una edad concreta.

Las capacidades del niño a partir de los 16 años son amplias en nuestro ordenamiento jurídico. A partir de dicha edad, el niño ha alcanzado la última etapa de la infancia, lo cual se manifiesta en distintas regulaciones. Mencionaremos a continuación algunas de ellas:

- *Capacidad civil*: Según el Código Civil y Comercial "menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece"²⁵.

Respecto del ejercicio de los derechos por parte de una persona menor de edad, la mencionada ley dispone:

"La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, *puede intervenir con asistencia letrada*. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. *Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores*; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión

²⁵ CCyCN, art. 25.

médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. *A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo*²⁶.

– *Libertad sexual*: A los 16 años el niño ya deja de ser sujeto pasivo del delito de abuso sexual aprovechándose de la inmadurez de la víctima —art. 120, C.P.—²⁷ y del delito de acceso a espectáculos o material pornográfico —art. 128, C.P.—²⁸, pero puede ser víctima de prácticas corruptoras —art. 125, C.P.—²⁹, pornografía infantil —art. 128, C.P.—³⁰ y *grooming* —art. 131, C.P.³¹.

– *Derechos políticos*: En cuanto a los derechos políticos, de conformidad con el art. 7° de la Ley de Ciudadanía³², “los argentinos que hubiesen cumplido la edad de dieciséis (16) años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República”. De acuerdo con el art. 1° del Código Electoral

²⁶ CCyCN, art. 26, destacados agregados.

²⁷ C.P., art. 120: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el párr. 3° del art. 119 con una persona menor de dieciséis (16) años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado (...)”.

²⁸ C.P., art. 128: “Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años”.

²⁹ C.P., art. 125: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho (18) años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años”.

³⁰ C.P., art. 128: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgar o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos in vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización...”.

³¹ C.P., art. 131: “Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

³² Ley 346, conforme la modificación introducida por la ley 26.774 (sancionada el 31/10/2012 y promulgada de hecho el 1°/11/2012).

Nacional, “son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho (18) años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley”³³.

– *Capacidad laboral*: Desde el punto de vista de la legislación laboral, “las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos”³⁴. Asimismo, “las personas desde los 16 años están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el art. 27 de la ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”. Por su parte, el art. 187 de la misma ley establece que “las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones previstas en los arts. 32 y ss. de esta ley. Las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán a estos trabajadores igualdad de retribución, cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadores mayores. El Régimen de Aprendizaje y Orientación Profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis (16) años hasta los dieciocho (18) años estará regido por las disposiciones respectivas vigentes, o que al efecto se dicten”³⁵.

Asimismo, la Ley 26.844 de Servicio Doméstico, reglamentada por el dec. 467/14, prohíbe la contratación de menores de 16 años de edad (art. 9°) y permite el trabajo adolescente, referido a personas entre 16 y 18 años de edad (para el cual se necesita un certificado médico de aptitud para el trabajo —art. 10—), limitado a

³³ Texto conforme a la ley 26.774.

³⁴ Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, art. 32.

³⁵ Los arts. 190 y ss. de la Ley de Contrato de Trabajo disponen de regímenes especiales para las personas menores de edad, en cuanto a su descanso, extensión de jornada laboral y condiciones de trabajo.

una jornada que "no podrá superar, bajo ninguna circunstancia, las seis (6) horas diarias de labor y treinta y seis (36) horas semanales" (art. 11). También establece en su art. 12 que "queda prohibida la contratación de las personas menores de edad comprendidas en la edad escolar que no hayan completado su instrucción obligatoria, a excepción que el empleador se haga cargo de que la empleada/o finalice los mismos" y, en su art. 13 prohíbe, respecto de los niños de 16 y 17 años de edad, la modalidad de empleo sin retiro del lugar de trabajo.

– *Los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud:* La ley 26.529³⁶ prevé que "el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud".³⁷

Sin embargo, en cuanto a las directivas anticipadas, el art. 11 de la mencionada ley establece: "Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes" (el destacado nos pertenece).

– *Identidad de género* (ley 26.743)³⁸: Según la Ley de Identidad de Género: "Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida"³⁹. En cuanto a los niños establece: "Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el art. 4º [la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre

³⁶ Ley 26.529, sancionada el 21/10/2009, promulgada de hecho el 19/11/2009 y publicada en el B.O. del 20/11/2009.

³⁷ Ley 26.529, art. 1º, destacado agregado.

³⁸ Ley 26.743, sancionada el 9/5/2012, promulgada de hecho el 23/5/2012 y publicada en el B.O. del 24/5/2012.

³⁹ Ley 26.743, art. 3º.

de pila e imagen] deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el art. 27 de la ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes"⁴⁰.

Por su parte, regula la citada ley las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos integrales hormonales para la adecuación del cuerpo al establecer: "Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al art. 1º de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el art. 5º para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas,

⁴⁰ Ley 26.743, art. 5º.

Niños y Adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad (...)”⁴¹.

El análisis general de la capacidad de los niños refleja que el sistema combina espacios de autonomía con espacios de protección, en los que los niños no pueden elegir sobre la base de su propio deseo (por ejemplo, se prohíbe el trabajo infantil o las relaciones sexuales de adultos con niños).

2.2.2. MAYORES CAPACIDADES

Y MAYORES PROHIBICIONES: LAS PROTECCIONES “CRUZADAS”

Un fenómeno actual relacionado con el tema en análisis es que al mismo tiempo en el que se avanza con la idea de otorgarle mayor cantidad de derechos civiles (que se caracterizan por su contenido negativo y activo) al niño (entre los que destaca el derecho al voto), se sancionan normas que elevan a la categoría de prohibiciones penales comportamientos que lesionan los derechos positivos de los niños⁴².

Esto ha sucedido, por ejemplo, con la incorporación del delito de aprovechamiento de trabajo infantil en el art. 148 *bis*⁴³ del C.P., que establece: “Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave (...)”. Algo similar ocurre con la incorporación del delito de *grooming* en el art. 131 del C.P.⁴⁴.

⁴¹ Ley 26.743, art. 11, destacado agregado.

⁴² Se atribuye a JELLINEK la clasificación entre el *status* pasivo, negativo, positivo y activo de los distintos derechos, que da lugar a la clasificación entre derechos positivos, negativos y activos (JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1919, S. 87, 94 ff, citado por PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 27. Auflage, C.F. Müller, 2011, p. 21, § 4.1, n° 75. Véase también SCHMIDT, Rolf, *Grundrechte*, 13. Auflage, 2011, p. 7, C.I.1, n° 13; Hufen, Friedhelm, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 2. Auflage, München, Beck, 2009, p. 52.

⁴³ Ley 26.847, sancionada el 20/3/2013, promulgada de hecho el 11/4/2013 y publicada en el B.O. del 12/4/2013.

⁴⁴ Ley 26.904, sancionada el 13/11/13, promulgada de hecho el 4/12/2013 y publicada en el B.O. del 11/12/2013.

Como se aprecia, el legislador, por un lado, le otorga al niño mayores libertades civiles y políticas, lo cual presupone un mayor ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero, por otro lado, se crean normas destinadas a sancionar penalmente ciertas conductas en las que un adulto se aprovecha de un niño asumiendo su incapacidad para ejercer plenamente la autonomía personal en determinado tipo de relaciones (en estos casos, laborales y sexuales).

Otro aspecto que evidencia las mismas tensiones en cuanto a las protecciones cruzadas lo advertimos en relación con la extensión de la obligatoriedad escolar hasta los dieciocho años de edad. Ello se corresponde con una política paternalista⁴⁵ para garantizar un derecho positivo (el derecho a la educación); pero, al mismo tiempo, se ha otorgado a los niños un derecho activo fundamental, el derecho al voto, a partir de los dieciséis años de edad (política liberacionista⁴⁶).

Estas protecciones “cruzadas” pueden parecer a primera vista como instrumentos que maximizan el cúmulo de los derechos de la niñez, pero desde otra perspectiva pueden conducir a soluciones contradictorias, en la medida en la que se busca otorgar poder de decisión total, sobre determinados asuntos, a un sujeto respecto

⁴⁵ Sobre el concepto de paternalismo se ha expresado: “[U]na conducta (o una norma) es paternalismo si y solo si se realiza (o establece): a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma) (...)”, ATIENZA, Manuel, “Discutamos sobre paternalismo”, revista *Doxa*, n° 5, Universidad de Alicante, 1988, p. 203. En sentido coincidente se explica: “[E]l paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida (...)”, GARZÓN VALDEZ, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, revista *Doxa*, Universidad de Alicante; n° 5, 1988, p. 156.

⁴⁶ La tesis liberacionista se nutre del pensamiento liberal que reconoce el principio de autonomía personal, por el cual “[e]s valiosa la adopción individual libre de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos. Por lo tanto, sostiene que el Estado (así como también los demás individuos) no puede interferir en esa elección ni en la materialización de esos ideales y planes (...)”, NIÑO, Carlos, “Discurso moral y derechos liberales”, en NIÑO, Carlos, *Los escritos de Carlos S. Niño. Derecho, Moral y Política II*, editor Gustavo Maurino, Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 33.

del cual en el mismo ordenamiento jurídico no se le reconoce esa capacidad plena.

2.2.3. ALCANCES DE LA CAPACIDAD DEL NIÑO

EN MATERIA PENAL: CAPACIDAD SUSTANTIVA Y CAPACIDAD PROCESAL

Luego del análisis sobre la capacidad general del niño, abordaremos el problema acerca de si este sujeto tiene capacidad de decidir la asunción de su responsabilidad penal, tal como lo puede hacer una persona adulta. Dentro de ese marco examinaremos si un sujeto considerado por la ley con una capacidad disminuida se encuentra en condiciones de consentir su responsabilidad penal, el monto de la pena que eventualmente se le aplicaría como consecuencia de esa asunción de responsabilidad, la forma de ejecución de ella, etc. En el fondo la pregunta es si es posible extender las autorizaciones que la ley concede a los niños en otras ramas del derecho a la materia penal-juvenil.

De acuerdo con el Régimen Penal de la Minoridad, la edad mínima de imputabilidad en la legislación argentina es de 16 años de edad (ley 22.278, art. 1º). La responsabilidad penal del niño entre 16 y 18 años no cumplidos es siempre disminuida, por el menor reproche de culpabilidad que se expresa en una pena atenuada⁴⁷. Esta reducción en la sanción penal opera pese a que

⁴⁷ CSJN, Fallos: 328:4343. Allí se expresó: "[N]o 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 óptico que estos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (...) Esta 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 (...) 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 en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la

en el momento de la determinación e imposición de la pena, el imputado en el proceso penal juvenil sea ya una persona adulta (lo que siempre ocurre en nuestro país en función de que el art. 4º de la ley 22.278 exige que el imputado haya cumplido los 18 años para determinar la sanción penal).

En consecuencia, se advierte que el trato especial asegurado al joven obedece a su edad al momento del hecho delictivo (lo cual, es un principio general del derecho penal) y no cuando se resuelve la aplicación de la sanción. Sin embargo, la capacidad procesal necesaria para que el imputado brinde su conformidad al acuerdo de juicio abreviado no depende del momento de la comisión del hecho, sino de la ocasión en la cual se realiza el acto procesal (principio general del derecho procesal). Por este motivo, deben distinguirse los casos de acuerdos de juicio abreviado realizados por personas que no han cumplido aún los 18 años de edad, de aquellos realizados una vez alcanzada la mayoría de edad.

a) Juicio abreviado celebrado con menores penalmente responsables que aún no han cumplido 18 años al momento del planteo

En relación con este grupo de imputados menores de edad penalmente responsables que deben consentir la aplicación de la institución antes de cumplir los 18 años corresponde determinarse: a) si se encuentran en condiciones normativamente establecidas

culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, 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 (...)", de los considerandos 37 y 40 del voto de los jueces PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI, HIGHTON DE NOLASCO y LORENZETTI. Esta postura resulta compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de la infancia, ya que al interpretar estas normas el Comité de los Derechos del Niño sostuvo: a) "[L]os niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños (...)", Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10 (2007), "Los derechos del niño en la justicia de menores", párr. 10; y b) "[l]a respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad (...)", ídem, párr. 71, destacados agregados.

de asumir la decisión de celebrar un juicio abreviado; b) en caso afirmativo, con qué alcances, y c) en caso negativo, si la decisión definitiva debería ser adoptada por un sujeto adulto competente para resolver lo más conveniente para el niño en el caso concreto.

Según la breve reseña normativa que realizamos en el apartado anterior, el niño, a partir de la edad de 16 años, se encuentra habilitado para realizar una gran cantidad de actividades, algunas de las cuales requieren una considerable capacidad de decisión.

El niño tiene además competencia para ejercer su defensa material con amplias posibilidades de ser oído, más allá de la labor que desempeñe su abogado defensor. Por lo tanto, nada impediría que el niño imputado confesara el delito, incluso ofreciendo pruebas que avalen su versión autoinculpatória. Desde ya, no puede ser obligado a declarar en su contra; pero por otro lado, tampoco puede ser obligado a mentir o a negar el hecho, cuando decidiera en forma informada y consentida confesar el delito cometido.

Por todas esas razones parecería no existir un obstáculo para sostener que el menor podría decidir respecto de su propia responsabilidad penal en el marco de un acuerdo de juicio abreviado. La dificultad radica en ponderar las consecuencias disvaliosas que implicaría la mencionada negociación.

En definitiva, el dilema que se presenta es:

- a) si se admite que el niño puede aceptar por sí mismo una decisión en perjuicio de sus intereses (como ocurre con la institución en análisis en aquellos supuestos donde sí se resuelve aplicar una pena, ya sea ella de ejecución condicional o de cumplimiento efectivo), derivada de un razonamiento liberacionista;
- b) si, por lo contrario, se considera que la voluntad del niño debería quedar supeditada a la opinión de los operadores judiciales o de sus representantes legales o guardadores que representan sus intereses en el proceso penal, sobre la base de su capacidad disminuida en el marco de una justicia penal singular con roles específicos del defensor técnico, del asesor de menores⁴⁸ y del fiscal y orientada

⁴⁸ Vale recordar aquí que, en principio, quien debería asesorar al niño en cuestiones técnico-legales es el defensor técnico; sin embargo, últimamente ha crecido la tendencia de la jurisprudencia de otorgar mayores competencias al asesor de menores, de forma tal que actualmente es consultado en gran cantidad de actos procesales. Véase, entre muchos otros: "[E]l Ministerio de Menores ejerce

preponderantemente a su reintegración social, posición que se derivaría de una postura paternalista justificada.

El tema ha sido abordado por una cantidad de decisiones jurisprudenciales pero no en relación con el juicio abreviado sino respecto de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, en casos donde se había producido un choque entre la opinión del defensor técnico y lo expresado por el niño imputado. En ese sentido, se concedió la suspensión del juicio a prueba a un adolescente que la solicitó, pese a la oposición de su defensa técnica⁴⁹, al valorarse

una defensa especializada que no puede ser suplida por la defensa técnica, no obstante ser ambas obligatorias (...)", TOCF N° 2 de Rosario, expediente n° FRO 83000133/2012, "G. J., R. s/ley 23.737", rto. el 30/9/2013. En similar sentido: "[S]e debió dar intervención al defensor de menores para que ejerza este plus de protección adicional, figura a la que debe recurrirse hasta que se disponga la defensa especializada conforme lo establece la normativa internacional y la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. La existencia de la figura del asesor de menores conforme la ley 22.278 no puede ser interpretada en desmedro de los niños/as. Entonces, considerar que la defensa técnica particular suple las falencias normativas existentes y que el defensor de menores no es necesario porque responde a un formato adscripto a la protección irregular implica hacer una interpretación que no se condice con el principio *pro homine* o *pro persona* y el interés superior del niño/a. Este razonamiento llevaría a situar al niño/a en el mismo lugar que un adulto, que es justamente lo que el Bloque de Constitucionalidad Federal rechaza (...). En consecuencia debe interpretarse que el defensor de menores, hasta tanto no se modifique la ley 22.278, es indispensable en un proceso penal donde está imputado un menor, dándole a esta figura el alcance establecido por la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 (...)", TOCF de Tucumán, expte. n° 25.759/2012, "R. M. d. V. s/incidente de nulidad", del 4/7/2014. Finalmente, cabe reseñar el caso "O., S. S. y O., E. D por infracción ley 23.737", expte. n° FPA 32009761/2011/2/CA1, del 3/4/2013, de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, donde se entendió: "[U]na vez radicadas las actuaciones en el Juzgado Federal, el magistrado no dio cumplimiento a cuanto prescribe la referida ley. En tal sentido, al comparecer a prestar declaración indagatoria E. D. O., se le dio intervención a la señora Defensora Pública Oficial, como defensora del nombrado, sin dar participación al Ministerio Pupilar, tal como lo establece el art. 59 del Cód. Civil —lo que de por sí conlleva la nulidad de la misma de conformidad al art. 167 inc. 3° del Código de rito (...). Por lo demás, un interesante análisis en el campo del derecho de familia sobre el rol del asesor de menores fue realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al remitirse a los fundamentos de la Procuración General de la Nación en el caso "M., G. c/P. C. A.", en CSJN, Fallos: 335:1136.

⁴⁹ "[D]ada la palabra al joven O. manifestó que había hablado con los integrantes del equipo interdisciplinario y que era su voluntad acceder al beneficio 'porque así lo controlan y lo acompañan para seguir portándose bien' (...) Estima la Sala que los agravios de la defensa técnica se basan exclusivamente en que la aplica-

que el imputado tenía 17 años de edad, contaba con conocimiento de las consecuencias de su decisión y con el apoyo de su familia. Por otro lado, la jurisprudencia reciente ha valorado la capacidad del niño para aceptar la suspensión de juicio a prueba, pese a que al Tribunal no le pareciera la mejor opción⁵⁰.

En estos casos vinculados con una salida alternativa al proceso penal, la jurisprudencia ha otorgado amplia capacidad al niño, incluso cuando su decisión se oponía a lo propuesto por el abogado defensor y a lo que el Tribunal consideraba más beneficioso. Sin embargo, el análisis de esta tensión entre la voluntad del niño y los operadores de la justicia especializada solo pudo relevarse en la concesión de la suspensión del juicio a prueba, mecanismo que no implica asunción de responsabilidad penal y solo tiene como consecuencia el sometimiento a reglas de conducta. En la materia penal-juvenil, esta exigencia se considera satisfecha por la actividad tuitiva del Estado desde el comienzo del proceso penal realizada a título de *disposición tutelar*, lo cual ha sido denominada como "*probation retroactiva*" en la práctica forense nacional y federal⁵¹.

ción del instituto no resultó su estrategia de defensa sino que fue producto del asesoramiento del equipo interdisciplinario del juzgado a cargo y que no era beneficioso para su imputado el resultado obtenido (...) Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, como nuestra legislación, ley 26.061, reconocen la importancia de escuchar al joven. Teniendo en cuenta la edad de O. (17 años), como así también, que siempre fue acompañado por su padre el que tuvo una conducta activa con respecto a la problemática por la que atravesaba su hijo, no se puede dudar que la decisión del joven fue producto del conocimiento de las alternativas dentro del proceso, circunstancia que no puede ser desoída (...)", CNCrim. y Correc. de la Capital Federal, Sala V, causa n.º 634/11, "O., G. C. s/robo en tentativa" —suspensión del juicio a prueba—, 20/12/2011, entre otros.

⁵⁰ "[E]l joven N. N. se encuentra sometido al régimen previsto en la ley 22.278 y sus modificatorias, legislación que en mi criterio resulta más beneficiosa, por cuanto contempla la posibilidad de absolver al menor (previamente declarado responsable), en virtud del resultado del tratamiento tutelar al que fue sometido (...) No obstante lo expuesto, en este caso en particular considero adecuado hacer lugar a la petición (...) por cuanto entiendo que posee capacidad suficiente para decidir en cuanto a lo que considere más conveniente a sus intereses, dando por terminado el estado de incertidumbre que pesa sobre él, que ante el cúmulo de tareas que pesan sobre esta judicatura, esa circunstancias se mantendría por largo tiempo (...)", TOM N.º 2 de la Capital Federal, causa n.º 4.931 seguida a A. M. N. N., rta. el 11/7/2008, entre muchos otros.

⁵¹ La justicia nacional de menores concilió la suspensión del juicio a prueba con el principio de especialidad al arribar a una conclusión innovadora: dar por cumplidas las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del C.P. que se le impondrían a la persona menor de edad de manera retroactiva al inicio de su

El problema es que este reconocimiento absoluto a la voluntad de la persona menor de edad que se deriva de la jurisprudencia mayoritaria sobre suspensión del juicio a prueba no puede ser trasladado automáticamente al análisis de la asunción de la responsabilidad penal en el marco de un procedimiento de juicio abreviado, porque se trata de instituciones sustancialmente diferentes y que no implican similares consecuencias respecto del joven imputado.

Cabría preguntarse entonces cómo debería actuar la justicia especializada en los casos en los que se considere que la aplicación del instituto del juicio abreviado no pareciera la opción más razonable o más conveniente para el menor de edad. ¿Debería primar allí también la voluntad del niño, pese a que el abogado defensor confía en la posibilidad de obtener una absolución en el juicio oral (por ejemplo por falta de pruebas suficientes para acreditar el hecho imputado o por ser aplicable una causa de justificación) o a pesar que el asesor de menores considere que el sometimiento a un juicio oral por su sentido pedagógico resulta más beneficioso para el joven?

La otra opción surge de considerar que la voluntad del niño siempre debe quedar sujeta al "paternalismo justificado" aplicable en el proceso judicial, por el cual las autoridades judiciales encargadas de velar por la protección de sus derechos y garantías tienen competencia para limitar la aplicación de juicio abreviado en función del interés superior del niño, como se indicará más adelante.

En definitiva, queda claro que en el sistema legal argentino el niño, a partir de los 16 años de edad, adquiere una gran cantidad de competencias (laborales, civiles, políticas, entre otras), razón por la cual, ante la ausencia de una prohibición expresa, no parecería haber motivo legal para negarle —en forma general— la capacidad de consentir su responsabilidad penal en un acuerdo de juicio abreviado; pero, como esa decisión puede contraponerse a los consejos de su abogado defensor o del asesor de menores, el Tribunal que tiene a cargo la homologación del acuerdo está obligado a ponderar si debe primar la decisión del niño o la de sus

expediente de disposición con base en la similitud existente con las pautas de conducta impuestas a las personas adultas. De este modo una vez concedida la suspensión del juicio a prueba por parte del tribunal, de manera inmediata se decreta el sobreseimiento del joven si ya ha sido sometido a tratamiento tutelar por el lapso mínimo de un año (conforme a la pauta mínima temporal fijada en el Código Penal).

representantes, en función de los fines del proceso penal juvenil, la protección especial del niño y su interés superior.

Este razonamiento impide considerar que el joven tenga un derecho al juicio abreviado, en ejercicio de la autonomía de su voluntad. La formulación normativa del juicio abreviado no parece tener la naturaleza jurídica de un derecho de la persona imputada. No resulta razonable afirmar que el imputado tiene derecho a que no se celebre el juicio, en principio, porque depende de un acuerdo con el fiscal, quien puede requerir que el debate se realice, por ejemplo, en función de ciertas necesidades de política criminal. De tratarse de un derecho del imputado, la oposición no debería fundarse en esos motivos. En consecuencia, sería admisible, en el plano constitucional, un proceso penal sin juicio abreviado.

Por otro lado, tampoco resulta convincente justificar la utilización de juicio abreviado a partir de la idea de que el derecho a la realización de un juicio es renunciable. En verdad, tanto la garantía del juicio previo como todas aquellas que rigen el proceso penal son irrenunciables y se transforman en aquello que se denomina derecho-obligación, en la medida en la que el Estado asume, razonablemente, una posición paternalista respecto de aquel que se encuentra en una situación de desventaja, al impedirle renunciar a algo que le pertenece y lo protege. En este sentido merece recordarse el conocido caso con el que BAUMANN comienza su libro de *Derecho procesal penal*⁵², en el que un sujeto que ha cometido un homicidio agravado se dirige a una penitenciaría para que lo encierren a perpetuidad. El maestro alemán utiliza ese ejemplo para explicar el sentido fundamental del derecho procesal penal. Tal burda renuncia al juicio previo, evidentemente, no es admisible. Tampoco sería admisible, por ejemplo, que el imputado aceptara someterse a torturas para demostrar que aún frente a un dolor extremo no va a confesar los hechos denunciados. En consecuencia, tampoco puede justificar una raíz constitucional al

⁵² BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1996. El caso es el siguiente: "T. cometió un asesinato. Cree ser mentalmente y totalmente imputable y sabe que solo se le puede aplicar como consecuencia jurídica la pena privativa de libertad perpetua prevista en el § 211 del C.P. No obstante, no pretende recurrir a los tribunales, sobrecargados de trabajo y se presenta para cumplir la pena, a la oficina de entrada del establecimiento penitenciario X".

juicio abreviado por el reconocimiento del derecho al juicio previo y su posibilidad de ser renunciado, ya que como explicamos es una garantía irrenunciable.

Los ejemplos de soluciones paternalistas en materia de derechos-obligación son extensos. Un caso muy claro es el del orden público laboral. Nadie niega que las reivindicaciones logradas por el derecho del trabajo constituyen derechos de los trabajadores y no por ello se afirma que el trabajador puede renunciar a los mínimos legales establecidos tanto por las leyes como por los convenios colectivos de trabajo. Los derechos no son renunciables en función de la protección del trabajador, como parte más débil en la relación laboral.

Esta argumentación no debería ser extraña al derecho penal. Cuando el Estado concede al imputado un mínimo de condiciones lo hace con el conocimiento de que el imputado aparece, como regla general, en situación de desventaja en la negociación (claro que hay imputados con mayor capacidad de negociación que otros, como también hay trabajadores en mejores condiciones para negociar, pero ello constituye una excepción) y, por eso, es razonable que ella se vea fuertemente restringida. Cuando la negociación es realizada por un adolescente, existen aún más razones para limitar la negociación. Las conexiones entre el derecho laboral y el derecho penal deberían presentársenos como evidentes en este punto. En ambos ordenamientos, por ejemplo, rige el principio de favor de la duda: *in dubio pro reo, in dubio pro operario*. Es claro que el derecho, cuando aprecia que en términos de negociaciones y relaciones jurídicas una parte aparece de manera general como más débil, la protege mediante la creación de reglas generales de interpretación y que limitan la autonomía de voluntad en las negociaciones a favor del sujeto estimado normativamente como más débil.

Otro problema relacionado con la utilización del juicio abreviado en la justicia juvenil se presenta cuando el acuerdo se refiere a una pena de cumplimiento efectivo. La distinción debe ser necesaria, pues no es lo mismo consentir un juicio abreviado cuando se sabe que no habrá una sanción privativa de la libertad o que no será de cumplimiento efectivo que respecto de aquellos casos en los cuales la pena se aplicará necesariamente.

Es cierto que en ambos casos (penas de efectivo cumplimiento y condenas de ejecución condicional) lo que se consiente es la privación de la libertad, solo que en un caso (ejecución condicional) va a estar subordinado a una condición suspensiva. No obstante, la

evidencia del problema es mucho mayor cuando la pena ha de ser cumplida, pues en materia de ejecución condicional siempre cabe la posibilidad de pensar en un efectivo control del comportamiento del niño durante de acuerdo a las pautas de conducta fijadas por el juez, que pueda permitir brindar respuestas menos represivas a la situación del joven. En definitiva, es posible que en ambos casos sean realmente problemáticos, pero lo que es seguro es que existe una diferencia cuantitativa considerable entre los dos supuestos, pues en uno se tiene la certeza de la pena, y en el otro, no.

El problema que allí surge finca en que la pena, por regla, constituye un mal, es decir, un desmedro en los derechos del condenado. En punto a ello, es absolutamente discutible que el niño pueda consentir un daño semejante, que tiene severas repercusiones en toda su vida. El ordenamiento jurídico, cuando reconoce amplias competencias al niño en cuanto a la toma de decisiones, no reconoce, en general, la posibilidad de que consienta comportamientos autolesivos (dañosos) y que puedan significar futuras restricciones al ejercicio pleno de su autonomía. Así, por ejemplo, el niño no puede consentir ser víctima de la producción de pornografía infantil o de prácticas sexuales que puedan afectarlo. Tampoco puede consentir trabajos que lo perjudiquen en su desarrollo o educación. El niño ni siquiera puede consentir autoexcluirse de su educación (es obligatoria hasta los 18 años de edad). Tampoco puede realizar prácticas autolesivas para su salud como fumar o beber alcohol⁵³. En definitiva, aun cuando el Estado reconoce que el niño puede decidir gran cantidad de aspectos de su vida y participar en la vida cívica, no permite que decida por su autolesión o que condicione severamente la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida en el futuro. Si ello es así, no parece razonable suponer que el niño pueda consentir la aplicación de penas privativas de la libertad de efectivo cumplimiento y, además, prolongadas en

⁵³ Entre otros ejemplos de políticas de protección al niño que le impiden realizar conductas autolesivas se puede mencionar la ley 26.968, Solventes Orgánicos Volátiles (sancionada el 6/8/2014, promulgada de hecho el 27/8/2014 y publicada en el B.O. del 29/8/2014) que prohíbe la venta, expendio o suministro a cualquier título a menores de edad de adhesivos, pegamentos, cementos de contacto, selladores o similares que contengan en su formulación más de un diez por ciento (10%) p/p (peso en peso) de solventes orgánicos volátiles susceptibles de ser inhalados para provocar efecto psicoactivo o estado de alteración mental (art. 1º).

el tiempo, las que, sin lugar a dudas, constituirán daños severos en sus derechos fundamentales con graves repercusiones en toda su vida.

b) *Juicio abreviado con menores penalmente responsables celebrado una vez que cumplieron 18 años de edad*

Un escenario diferente se presenta cuando el joven ya ha cumplido los 18 años de edad y reconoce su responsabilidad por delitos cometidos antes de esa edad mediante el procedimiento del juicio abreviado. En este caso, la capacidad procesal del imputado no se constituye en un obstáculo. Incluso el mismo imputado podría haber acordado previamente un juicio abreviado en una causa penal iniciada por la comisión de un delito posterior cometido cuando ya era adulto en el marco de las normas procesales generales. Desde ya, sería una excepción al trato judicial diferenciado en el proceso penal juvenil, que solo se admite respecto de ciertas cuestiones procesales, como ya lo ha esbozado la jurisprudencia⁵⁴.

2.3. La asunción de la responsabilidad penal y el monto de la pena

Un matiz singular de la justicia juvenil viene dado porque el niño imputado solo pacta y acepta su declaración de responsabilidad penal, pero no así el monto de la pena (tal como ocurre con este procedimiento simplificado cuando se trata de imputados adultos). Esto puede deberse, por lo general, a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 4º de la ley 22.278⁵⁵ (v. gr. el imputado tiene 17 años de edad o no estuvo sometido a

⁵⁴ En este sentido, puede mencionarse, a título de ejemplo, la limitación en la intervención de defensor de menores en el proceso penal juvenil: "[L]a razón de existencia e intervención necesaria de la Defensoría Pública de Menores, Incapaces y Ausentes responde a razones distintas de las que están en la base de la intervención necesaria de un defensor técnico, las facultades recursivas de los funcionarios de la primera no pueden entenderse idénticas a las del defensor técnico, sea este de elección o de la Defensa Pública (...) pero si al momento de la sentencia el imputado ya ha alcanzado la mayoría de edad, no tiene legitimación para invocar un interés en la protección de una persona que ya no es menor de edad, aunque se tratase de un hecho cometido cuando tenía entre 16 y 18 años de edad (...)", CNCP, Sala II, causa n° 8.590, "G., F. M. s/ recurso de casación", del 25/9/2008, entre otros, destacado agregado.

⁵⁵ Véase nota 18.

un año de tratamiento tutelar). En este caso, la necesidad de la sanción penal juvenil y su monto serán objeto de un debate posterior⁵⁶, con la intervención necesaria del Ministerio Pupilar en varias jurisdicciones del país. La necesidad y el monto de la pena requieren una valoración del fiscal y del Tribunal, en la cual resulta indispensable considerar los resultados del tratamiento tutelar y la impresión actual de quien cometiera el hecho como adolescente, pero ya es una persona adulta.

En relación con este tema, la jurisprudencia ha dejado sin efecto sentencias condenatorias obtenidas por medio del juicio abreviado porque no se había cumplido con las prescripciones procesales, ya que en el acuerdo solo se había limitado a la mención de la existencia de los hechos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio, la participación del niño y las calificaciones legales asignadas, quedando excluido todo lo relativo al monto de pena⁵⁷. En otros precedentes, por lo contrario, se admitió que el fiscal supeditara el pedido concreto de pena a los resultados del tratamiento tutelar en un debate posterior⁵⁸. Sin embargo, la

⁵⁶ Una postura contraria a la aplicación del juicio abreviado en el proceso penal juvenil rechazó la posibilidad de un debate que se redujera únicamente a la necesidad de imposición de la pena al imputado menor de edad y su monto: "[T]odos los que acordaron proceder por la vía abreviada debatieron, sin embargo, sobre la posibilidad de imponer inmediatamente pena, o en su defecto de diferir el pronunciamiento sobre la pena en los términos del art. 4º de la ley 22.278. También observo que allí se ha discutido sobre la medida de la pena, y sobre la posibilidad de absolver al imputado o imponerle una pena reducida según la escala de la tentativa. En otros términos el imputado ha renunciado a la realización del debate, y los representantes del Ministerio Público y del Ministerio de la Defensa han renunciado solo al debate sobre los hechos, su significación jurídica y sobre la responsabilidad del imputado, pero no al debate sobre la pena, y han debatido, sin realizar la audiencia de debate que regula la ley (...)", CNCP, Sala II, causa n° 8.443, "R., C. A. s/recurso de casación", del 2/9/2008, del voto del juez GARCÍA.

⁵⁷ Al respecto se consideró: "[E]l acuerdo que las partes presentan ante el tribunal, en el marco de un juicio abreviado, debe abarcar la pena individualizada, pues ella es precisamente la verdadera respuesta penal que el condenado habrá de afrontar. En caso contrario, de admitir la posibilidad de que se imponga una sanción respecto de la cual no prestó su consentimiento, se vería desvirtuado el sentido mismo del instituto en cuestión (...)", CNCP, Sala IV, causa n° 7.158, "C., J. E. s/recurso de casación", del 18/5/2009, del voto del juez DIEZ OJEDA.

⁵⁸ Se sostuvo: "[L]a reducción punitiva prevista en la ley 22.278 es un beneficio especial que es ajeno a la graduación de la pena. A lo que cabe agregar la falta de sustento de las afirmaciones de la defensa, pues de la lectura de las actas de juicio abreviado, surge que, contrariamente a lo argumentado por la recurrente,

certidumbre sobre la pena (o al menos, su techo) surge como un incentivo de envergadura para que el imputado celebre el acuerdo⁵⁹.

Por lo contrario, cuando al momento de resolver ya estuvieran presentes todos los requisitos del art. 4º de la ley 22.278, esto es, que el imputado haya alcanzado la mayoría de edad y cumplido con el año de "tratamiento tutelar" (requisito sustituible por un informe socioambiental como indicamos anteriormente), no existirían obstáculos legales para que el acuerdo incluya la necesidad y el monto de la pena.

Una cuestión adicional a tener en cuenta es que el Régimen Penal de la Minoridad interpretado en forma compatible con los estándares internacionales de derechos humanos⁶⁰ exige, en el caso de considerar necesaria la pena, la aplicación de la escala penal reducida del mismo modo que la tentativa, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema en el conocido precedente "Maldonado"⁶¹.

En este sentido debe recordarse que el Código Procesal Penal de la Nación limita la procedencia del juicio abreviado a delitos cuya pena sea inferior a los seis años de prisión (incluso en varias legislaciones provinciales este techo es ampliamente

el Fiscal estimó suficiente una pena de prisión "...en el caso de que la imposición de la misma, en su totalidad o con la reducción prevista en el art. 4º de la ley 22.278 surja como necesaria del resultado del tratamiento tutelar al que el menor se encuentra sometido, aspecto sobre el que opinará oportunamente...". Y al expedirse sobre ese extremo de la causa principal el Representante del Ministerio Público solicitó la aplicación de las penas requeridas en su oportunidad, que se practique la unificación correspondiente en función de las condenas que registraba el imputado y, finalmente, en atención a las malas referencias que surgían del expediente tutelar, consideró que A. L. no era merecedor de la mentada reducción punitiva (...)", CNCP, Sala III, causa n° 3.118, "A. L., C. A. s/recurso de queja", del 21/3/2001, entre otros.

⁵⁹ Una solución que se aplica en la provincia de Córdoba (y en algunos tribunales a nivel federal) es incorporar el monto de la pena en el acuerdo de juicio abreviado, pero supeditar su aplicación al resultado del tratamiento tutelar previsto por la ley de fondo. Si tras cumplirse el plazo de un año de tratamiento tutelar, el joven manifiesta un adecuado cumplimiento de los objetivos fijados, se resuelve la absolución en los términos del art. 4º de la ley 22.278. La particularidad de la decisión es que hay una predeterminación de la pena antes de cumplirse con los requisitos legales, que suponemos que opera como techo, pudiendo aplicarse una pena inferior si se incumplen los objetivos fijados, valorando todos los elementos previstos en el art. 4º de la ley 22.278.

⁶⁰ Conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, cit., párrs. 10 y 71.

⁶¹ CSJN, Fallos: 328:4343, del voto de los jueces HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI

superior). Ello implica que el uso del juicio abreviado sería más amplio para los delitos cometidos por menores de edad, porque la reducción imperativa de la escala penal va a determinar que proceda para ciertos delitos graves, lo que no sería admisible, según la normativa procesal nacional, cuando el hecho delictivo es realizado por un adulto. Por ejemplo, el homicidio simple prevé una pena de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión⁶² por lo que el juicio abreviado resulta improcedente si el hecho es cometido por un mayor; pero si el delito es cometido por una persona menor de edad, la escala penal es de cuatro a dieciséis años y ocho meses de prisión o reclusión, por lo que sería perfectamente procedente el juicio abreviado.

2.4. Admisibilidad de la negociación de la responsabilidad a cambio de una disminución de la pena en expectativa en función del principio de protección especial a la niñez

En esta sección nos preguntamos respecto de si el imputado por cometer un delito cuando era menor de edad tiene la posibilidad, en función del principio de protección especial (conf. art. 19 de la CADH), de negociar su responsabilidad a cambio de la reducción potencial de la pena en expectativa que le correspondería.

Al momento de definir el estándar de garantías en el proceso penal juvenil, el Comité de los Derechos del Niño⁶³ expresó:

"[E]n armonía con lo establecido en el apartado g) del párr. 3º del art. 14 del Pacto, la Convención dispone que no se obligará a un niño a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable. Estos significa, en primer lugar —y desde luego— que la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño (art. 37 a) de la Convención) y totalmente inaceptable. Ninguna

⁶² C.P., art. 79.

⁶³ Reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como "[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención (...)", CSJN, Fallos: 331:2047, del considerando 4º del voto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, PETRACCHI, MAGUEDA Y ZAFFARONI. Con anterioridad ya se había expresado en cuanto a ese rol del citado Comité: "[E]l Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención (...)", CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 9º del voto de los jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAGUEDA, ZAFFARONI Y LORENZETTI.

admisión o confesión de ese tipo podrá ser invocada como prueba (art. 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes) (...) Hay muchos otros medios menos violentos de obligar o inducir al niño a una confesión o a un testimonio autoinculpatario. El término 'obligado' debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirle a confesar lo que no es cierto. Esa actitud puede ser aún más probable *si se le promete una recompensa como 'podrás irte a casa en cuanto nos digas la verdad', o cuando se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad (...)*"⁶⁴.

El estándar fijado para el proceso penal juvenil es por de más claro: no se le debe prometer al imputado una pena más leve o el adelanto de su liberación para lograr que asuma su responsabilidad penal⁶⁵. Téngase en cuenta que este estándar de garantía debe regir durante todo el proceso penal juvenil, aun cuando el imputado alcance la mayoría de edad durante su desarrollo. De lo contrario, la extensión del proceso con la consecuente adultez

⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, cit., párrs. 56 y 57. destacado agregado.

⁶⁵ No es ocioso resaltar como lo advirtiera Bovino con relación al sistema anglosajón que "[l]a pena que se impone a quien es condenado en juicio es sustancialmente más severa que la impuesta a quien renuncia a su derecho (...) no se puede afirmar que el sistema 'beneficia' a quienes confiesan sino, por el contrario, que perjudica a quienes no lo hacen, es decir, a quienes ejercen su derecho constitucional de obligar al Estado a probar la imputación en juicio (...)", BOVINO, Alberto, "Simplificación del procedimiento y juicio abreviado", en CDyJP, Año IV, nº 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 533. De allí se sigue que ni siquiera puede sostenerse con seguridad que la pena sería realmente menor sino que, antes bien, el niño recibiría un "castigo adicional" por no haber acordado con la acusación. Es menester destacar que esta tensión no se manifiesta tan claramente en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, la normativa procesal penal exige que haya conformidad sobre la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, la calificación legal y la pena aplicable (la que no puede superar los quince años de prisión); pero no implica la confesión, ni la asunción de responsabilidad penal por parte de la persona imputada. En consecuencia, el Tribunal queda facultado a absolver al imputado y la resolución es susceptible de recurso de casación por las partes, aun cuando se emita la condena.

del imputado provocaría que se perdiera el alcance otorgado a las garantías en el proceso penal juvenil en función del principio de protección especial.

El problema ocurriría en aquellos casos en los que nos encontremos frente a un supuesto en el que un joven haya alcanzado la mayoría de edad, se pretenda acordar el monto de la pena y se considere que este estándar es aplicable al caso concreto. Imaginemos que sobre el delito imputado al joven existe una amenaza de pena de dos a cuatro años de prisión. El estándar pareciera traducirse en que el Fiscal no podría ofrecer un acuerdo con una pena de dos años y seis meses (que podría ser de ejecución condicional) porque le estaría ofreciendo "una pena más leve" o "la posibilidad de obtener la libertad". Esta limitación desvirtuaría toda viabilidad de aplicar el juicio abreviado.

Una respuesta a esta objeción sería que el fiscal, cuando decida comenzar una negociación con el imputado, hiciera un ofrecimiento de pena que no pudiera incrementarse en el juicio oral. De esta forma, si el imputado aceptare el ofrecimiento no obtendría la "recompensa" de una pena inferior o, llanamente, su libertad. En otras palabras, el joven sabría que si resultare condenado en un juicio oral, recibiría como máximo la pena ofrecida por el fiscal en esta instancia. En consecuencia, al consentir el ofrecimiento no se motivaría por la eventualidad de recibir una pena mayor tras el juicio oral, sino porque prefiere no someterse a esa instancia procesal.

Desde ya, la preservación de este criterio implica regular en forma específica el juicio abreviado en la justicia penal juvenil a fin de formalizar el procedimiento y asegurar que el ofrecimiento de pena por el fiscal se incorpore a las actuaciones judiciales y no pueda ser modificado en perjuicio del imputado en el juicio oral.

Por lo expresado cabe concluir que en la negociación del juicio abreviado, de manera general, se debería eliminar cualquier posibilidad de que el joven imputado se viera coaccionado por parte del Estado, de cualquier forma; sin embargo, tal pretensión parece casi imposible de verificarse en la práctica dadas las características de la institución procesal abordada en este trabajo.

2.5. El sentido del juicio abreviado como sistema basado en la eficacia y la eficiencia para obtener condenas vs. la finalidad educativa del proceso penal juvenil

Otro tema que debe ser considerado es si el juicio abreviado resulta compatible con la función de reintegración social característica de la pena juvenil.

La normativa constitucional⁶⁶ y su interpretación⁶⁷ consideran preponderante esta finalidad, lo cual implica una diferencia de énfasis en sus fines con la pena aplicable a una persona adulta, además de considerar a la justicia penal y a la pena como una solución excepcional. Es decir que arribar a una condena de responsabilidad penal por el mecanismo de juicio abreviado exigiría por parte de los operadores un cuidadoso ejercicio al momento del

⁶⁶ La CDN establece en su art. 40.1: "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad".

⁶⁷ Para el más Alto Tribunal, "[E]l mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5º, inc. 6º, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más restrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento (...). De la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto (...)", CSJN, Fallos: 328:4343, de los considerandos 22 y 35 del voto de los jueces PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI, HIGHTON DE NOLASCO y LORENZETTI.

debate posterior sobre la imposición de una pena⁶⁸ que no puede desvirtuar su objetivo⁶⁹.

⁶⁸ Véase esta interesante valoración de las circunstancias personales y familiares del imputado menor de edad al momento de decidir la imposición de una pena: "[L]a Licenciada C. B., refirió que el encartado proviene de un grupo familiar en situación de exclusión social, que debe implementar diversas 'estrategias de sobrevivencia' y que atravesó varias 'crisis de integración' familiar. Más adelante, especificó que '*...la actual pareja de la progenitora —padre de los dos hermanos menores del joven, uno de ellos paciente de una enfermedad en la médula ósea— sufrió un accidente cerebro-vascular en el mes de octubre de 2012, lo que ocasionó su interrupción laboral —tarea que desarrollaba como pocero en la zona de residencia y llevaba a trabajar conlgo al joven V. A.—, situación que arrojó al tutelado y a su madre al cartoneo para la subsistencia del grupo*'. Agregó que '*(d)icha circunstancia habría propticiado en el joven su incursión en el consumo de sustancias tóxicas, problemática de larga data. Al momento de inicio de la presente (...) residía junto a su madre, la pareja de esta y siete hermanos. En su evaluación de admisión, pudo referir el compromiso adictivo que padecía y a partir del cual asistía —desde seis meses antes— al CPA de San Miguel dos veces por semana y concurría una vez por semana junto a su madre a los talleres educativos de carpintería y electricidad dictados en la Iglesia (...) la progenitora y sus hijos se dedicaban a abrir puertas de taxis en la zona, recibiendo ayuda de alimentos y ropa en la Iglesia antes referida (...) Asimismo habría transcurrido los seis meses anteriores a su internación en el Centro terapéutico '...' desde donde asistía a la escuela, acompañado por un operador, y también visitaba a su madre*' (...), CFOP, Sala II, causa n° 16.636, "V. A., F. D. s/recurso de casación", del 19/11/2013, del voto de los jueces LEDESMA y SLOKAR.

⁶⁹ "[L]as partes presentaron un acuerdo en los términos del art. 431 bis del CPPN, en el que el señor Fiscal General requirió que la nombrada sea declarada penalmente responsable del ilícito atribuido y condenada, a resultados del tratamiento tutelar, a la pena de tres años de prisión y costas. Asimismo, no se opuso a que se aplique la reducción de pena prevista en el art. 4° de la ley 22.278, por lo que, en definitiva, solicitó que se condene a V. a la pena de un año y seis meses de prisión y costas. Por su parte, la epigrafiada, prestó su conformidad con la existencia del hecho, como así también, la participación que le cupo, consintiendo la calificación legal propugnada. A su vez las defensoras intervinientes, solicitaron que la pena sea en suspenso. Luego de haber tomado conocimiento personal de la encartada, quedó el proceso en condiciones de ser fallado (...) Debo aclarar que, aun cuando tenga la convicción de que los menores que posean entre 16 y 17 años de edad al momento de los hechos no deben ser sancionados en la misma medida que los mayores, por cuanto carecen de suficiente madurez como para advertir el verdadero alcance y consecuencias de su obrar delictivo, ello en modo alguno implica que la absolucón que prevé el art. 4° de la ley 22.278 deba aplicarse automáticamente simplemente por tratarse de un menor. Entiendo que la no aplicación de pena debe ser la respuesta estatal al esfuerzo del joven en poder —en la medida de sus posibilidades— integrarse a la sociedad en forma pacífica, efectiva y constructiva, respetuosa de los derechos de terceros; puesto de manifiesto durante el seguimiento tutelar, circunstancia que deberá sope-

Dicho esto, cabe destacar que, como se mencionó al comienzo, el juicio abreviado no tiene como finalidad asegurar los derechos del imputado, sino que es un instrumento para agilizar los procesos en el marco de un sistema de justicia saturado, que, de otro modo, no podría llevar a cabo la gran cantidad de debates orales en función del número de causas en trámite. Sin embargo, desde este punto de vista, surge el interrogante respecto de si estos criterios de eficiencia y eficacia en la persecución penal pueden trasladarse sin más al derecho penal juvenil, teniendo en cuenta que las audiencias de juicio no suelen ser muy extensas ni demasiado complejas por el tipo de delitos cometidos por las personas menores de edad (predominantemente, delitos contra la propiedad privada y los imputados son detenidos en situación de flagrancia).

Si se piensa al derecho penal juvenil como un derecho de carácter educativo⁷⁰, cuyo aspecto retributivo ha sido vedado⁷¹ y cuyas funciones preventivo-generales se ven drásticamente debilitadas⁷², no parece ser el juicio abreviado el mejor camino,

sarse con las características del hecho cometido. El fin de prevención especial y la protección de la sociedad hacen, en determinados supuestos, necesario y adecuado imponer una pena —inclusive privativa de la libertad— a aquellos que han delinquido siendo menores de 18 años de edad, ello desde ya, sin perder de vista la naturaleza de la sanción y las consecuencias positivas y negativas para quien deba cumplirla (...)", TOM N° 1 de la Capital Federal, causa n° 7.901, del 19/8/2014. Sobre el tema, véase en esta misma obra, BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, "La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación".

⁷⁰ "[R]especto de la afirmación sentencial que estableció que 'la aplicación de una pena favorecerá el proceso educativo iniciado', debe señalarse que el tribunal omitió por completo la posibilidad de asegurarle al menor el acceso a los medios de educación sin necesidad de un efectivo encierro (...)", CNCP, Sala IV, causa n° 11.335, "G, J. M. A. s/recurso de casación", resuelta el 11/5/2011, entre otros.

⁷¹ "[E]l sistema de la ley 22.278 colocó al margen de su consideración la finalidad retributiva de la pena, imponiendo al juzgador el prudente examen sobre la necesidad de su aplicación, que en caso afirmativo deberá en su individualización ajustarse a las pautas que la propia norma establece sin olvidar sus fines tutelares y recuperativos (...)", CNCP, Sala IV, causa n° 3719, del 14/8/2003, del voto de la jueza BERRAZ DE VIDAL, entre muchos otros. Véase también CSJN, Fallos: 328:4343, del considerando 22 del voto de los jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

⁷² El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 10 —sobre la base del interés superior del niño y del párr. 1° del art. 40 de la Convención— expresó: "[L]a protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva cuando se

pues se instrumenta en un trámite que en la realidad forense de nuestros tribunales se ha transformado, como ya indicamos, en casi *administrativo*.

La propia especialidad del enjuiciamiento juvenil anularía la posibilidad de celebrar un juicio abreviado, ya que tanto la pena como el proceso tienen funciones simbólicas cuando se trata de niños⁷³, pues en el debate oral puede comprender más claramente que el Estado le reprocha la realización de un comportamiento ilícito⁷⁴. Esta actuación de la administración de justicia tiene un

trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública (...) La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párr. 1º del art. 40 de la Convención (...), párrs. 10 y 71.

⁷³ Véase en un caso concreto la importancia de la dimensión educativa mencionada: "[L]a gran colaboración prestada por los padres de los tres implicados, quienes se mostraron muy preocupados en todo momento por el comportamiento de sus hijos, y los acompañaron permanentemente, en especial, en la visita y clase educativa en el Museo de la Shoah, de la cual también participaron con suma atención y apoyando la medida que se estaba llevando a cabo (...) de la contemplación de la letra constitucional enfocada en materia de juventud, en especial, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que integra nuestra Ley Suprema desde 1994, cuya guía primera y fundamental es velar por el interés de los niños, niñas y adolescentes involucrados en un conflicto, estoy convencido de que, en el caso concreto, tanto mejor ha sido educar que reprimir; en definitiva, corresponde darle a estos chicos otra oportunidad, ahora sí con un horizonte de conocimientos mayor sobre el asunto aquí en cuestión (a partir de la medida educativa impartida), de modo tal de propender a su inclusión social, y no a su definitiva exclusión, a través de lo que hubiera sido su persecución penal y en definitiva, su estigmatización y reafirmación en el rol que se le ha pretendido imponer en los primeros tramos de la investigación, como *skinheads* o neonazis, que no lo eran, pero que eventualmente podrían terminar siéndolo si se adoptaban otras vías desde el ejercicio de poder punitivo estatal (...)", JNCrim. y Correc. Fed. de la Capital Federal Nº 9, "N.N.", del 5/9/2005, entre los primeros.

⁷⁴ "[C]reo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos, esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone la nueva justicia juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido (...)", en BELOFF, Mary, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", revista

fuerte sentido pedagógico que le demuestra al niño que su comportamiento ha sido incorrecto y que por ello debe cargar con las consecuencias de su inconducta que ha afectado bienes jurídicos protegidos.

Todo este sentido se diluye en el juicio abreviado, convertido en un trámite administrativo, en la medida en la que el niño

Justicia y Derechos del Niño, nº 3, Buenos Aires, UNICEF, 2001, p. 22, nota 55. Nótese como en ocasiones, y por motivos diversos, esta dimensión educativa del proceso penal juvenil se diluye: "[D]ado que se encontraba acreditado que T. R. F. Z. al momento de los hechos tenía 17 años de edad, debía aplicársele el régimen previsto en la ley 22.278. Por lo que solicitó en consecuencia, que se lo declare penalmente responsable por la comisión del delito que se imputa. Sin perjuicio de ello, indicó que debía contemplarse que el nombrado no fue sometido a un tratamiento tutelar, y que de haberse implementado oportunamente, ya hubiera superado con exceso el término de un año, extremo el cual no podía ser considerado en su perjuicio, por lo que se debía estar a las constancias incorporadas en autos. En ese aspecto reseñó, que de la compulsa de los actuados se desprende una evolución en la reinserción familiar, con intenciones de continuar con su actividad estudiantil y que había iniciado una actividad laboral, a lo que se sumaba la falta de antecedentes penales, circunstancias estas que permitían considerar su reinserción en la vida social. Sentado lo expuesto, consideró innecesaria la aplicación de una pena, por lo que de conformidad con lo previsto en el párr. 2º del inc. 3º del art. 4º de la ley 22.278, junto con la señora Asesora de Menores solicitaban su absolución. Por último, la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó a esta judicatura, que (...) se declare penalmente responsable a T. R. F. Z., como coautor del delito de lesiones en riña (arts. 45 y 95 del C.P.) y se lo absuelva en los términos del art. 4º de la ley 22.278. Finalmente, solicitó el decomiso de los dos cuchillos de cocina secuestrados, por considerar que tales elementos han servido para la comisión del delito, de conformidad con lo previsto en el art. 23 del C.P. Del mismo modo, los acusados ratificaron su deseo que se imprima a este proceso el trámite que establece el art. 431 bis del CPPN, por lo que sus defensores y la Asesora de Menores les explicaron los hechos que se les imputan, el grado de autoría como así también la pena solicitada. Al tomar conocimiento *de visu* de los enjuiciados, estos refirieron que ratificaban el convenio celebrado con la representante del Ministerio Público Fiscal y que comprendían cabalmente sus alcances y consecuencias. Notificado el acuerdo de juicio abreviado presentado en el marco de este proceso a la parte querellante, el día 22 de octubre del corriente año, no se pronunció al respecto (...) El Ministerio Público Fiscal promueve la declaración de responsabilidad penal por el delito de lesiones en riña y la absolución en virtud de que ha transcurrido holgadamente los plazos en los que se le debería haber aplicado el tratamiento tutelar que prevé la ley 22.278. Extremo este que aparece con claridad aplicable al caso ya que no puede endilgársele al joven las fallas estructurales del sistema penal de menores. Máxime debe tenerse presente la evolución favorable de los informes socioambientales (...)", TOCF Nº 5 de la Capital Federal, causa nº 1.599, seguida contra M. N. C., N. N. M. G. y R. T. F. Z., del 16/12/2013.

simplemente acuerda su responsabilidad penal, pero no cuenta con un espacio para reconocer y conectarse con la legalidad, la declaración de la víctima y el reproche que el Estado y la sociedad le formulan⁷⁵. Esto se acentúa cuando la pena a aplicar no es de cumplimiento efectivo por ser inferior a los tres años de prisión⁷⁶ o se absuelve en los términos del art. 4º de la ley 22.278⁷⁷, lo

⁷⁵ Podría plantearse que todo el procedimiento, desde su inicio, debería tener además de la finalidad procesal, un fin pedagógico así como que la decisión sobre el juicio abreviado sea adoptada en una audiencia con la participación de todas las partes (conf. CPPN, art. 431 bis, párr. 3º —en versión restringida—; o ley 13.634 de la provincia de Buenos Aires —con carácter más amplio—). Sin perjuicio de ello, un juicio oral parece un mejor escenario para desarrollar este fin pedagógico ya que la práctica forense habitual del juicio abreviado tiende a funcionar con una lógica administrativo-burocrática.

⁷⁶ C.P., art. 26: "En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión (...)".

⁷⁷ Pudieron relevarse casos en que se dictado la absolución de delitos que presentan cierta gravedad, por ejemplo, un hecho de abuso sexual agravado por haber sido cometido contra una persona menor de 13 años, mediante amenazas y aprovechándose de la situación de convivencia preexistente (este delito tiene una escala penal prevista en el Código Penal de tres a diez años de prisión). Las partes presentaron un acuerdo en los términos del art. 431 bis del CPPN, en el que el señor Fiscal General recalificó el hecho como abuso sexual agravado por haber sido cometido respecto de una persona menor de 13 años de edad, mediante amenazas, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el damnificado (conf. art. 119, párr. 1º. e inc. f), C.P.) y solicitó que el encausado S fuera declarado penalmente responsable del ilícito referido, proponiendo la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, que estimó innecesaria por aplicación del art. 4º de la ley 22.278, en virtud de los informes positivos agregados al expediente tutelar del menor y al buen comportamiento demostrado con posterioridad al hecho que se le enrostra. El imputado con la asistencia técnica prestó su conformidad con la existencia del hecho y su participación, consintiendo la calificación legal propugnada. En el acta de acuerdo de juicio abreviado han solicitado también la absolución del nombrado, conforme lo previsto en la ley minoril, basándose en los distintos informes positivos que surgen del expediente tutelar respectivo y en el buen comportamiento demostrado con posterioridad al hecho atribuido (TOM N° 1 de la Capital Federal, causa n° 3.599, del 26/3/2014, entre otros).

cual resulta ser una paradoja adicional dado que, en términos ideales, la mejor pena juvenil es la que no consiste en la privación de libertad⁷⁸.

En esta línea de ideas, la priorización de la eficacia y eficiencia en cuanto a lo obtención de condenas frustraría de manera absoluta el fin educativo que para el niño pueda tener un debate oral, en el cual se discuta acerca de su responsabilidad y le permita comprender el sentido negativo de su comportamiento⁷⁹.

De todos modos, para tomarse en serio la idea del fin pedagógico de la justicia juvenil, deberían tenerse en cuenta varios factores de forma adecuada, tales como las prácticas judiciales, las formas de selección de los magistrados especializados, los modos de participación del joven en el proceso judicial y la intervención de los equipos técnicos interdisciplinarios. Es obvio que la eliminación del juicio abreviado no va a asegurar por sí el cumplimiento de los fines educativos del proceso penal juvenil, pero también es evidente lo contrario: la existencia de prácticas inapropiadas por parte de los tribunales no justifican la aplicación de esta institución; en todo caso, se deberían corregir esas prácticas.

⁷⁸ Resulta paradójico en este sentido que, a contrario de lo que ocurre con el juicio abreviado, en la suspensión del juicio a prueba al imponérsele pautas de conducta (salvo en los casos de *probation* retroactiva) el niño puede internalizar que su comportamiento tiene consecuencias jurídicas pues la solución del caso no se agota en un mero acto administrativo, sino que se prolonga en el tiempo a través del control estatal. La paradoja se presenta si se tiene en cuenta que el instituto de la suspensión del juicio a prueba se aplica para situaciones de menor gravedad y respecto de las cuales el imputado no asume su responsabilidad. En síntesis: ante una respuesta estatal que debería ser más severa (la condena del juicio abreviado) el niño puede no sentir la imposición de la ley, mientras que ante una respuesta más leve (la suspensión del juicio a prueba), puede tomar conciencia de la incorrección de su comportamiento.

⁷⁹ "[E]l niño deberá ser informado en unos términos que pueda comprender. Para ello podrá requerirse que la información se presente en un idioma extranjero, pero también una 'traducción' de la jerga jurídica oficial que a menudo se usa en las imputaciones penales contra menores en un lenguaje que el niño pueda comprender (...) A menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias (...)". Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, cit., párrs. 47 y 48.

Ya se ha cuestionado que el joven poco entiende del proceso penal⁸⁰ y la realidad forense demuestra que, en muchos casos, el lenguaje utilizado en el proceso, las discusiones técnicas producidas, las formalidades del acto procesal y, por otro lado, la falta de información y de conocimiento del joven, su inmadurez, sus sentimientos de miedo, ansiedad o nervios, conspiran contra este objetivo. Es muy probable que el joven desee que el juicio oral termine cuanto antes y con el resultado más favorable posible, sin llegar a estar dispuesto a prestar atención a lo que ocurre⁸¹ y a participar más activamente⁸².

⁸⁰ En su investigación sobre jóvenes delincuentes desde mediados de los 50 a mediados de los 60 en los Estados Unidos, MATZA concluía: "[P]ocos delincuentes juveniles pueden expresar algo más que una sensación de injusticia que los hace hervir de rabia, aunque no pueden explicar por qué tienen esa sensación de injusticia. Ese es nuestro trabajo. Ellos no pueden explicarlo, en parte, porque son muchachos semianalfabetos todavía en edad escolar, pero principalmente porque también ellos, como todos los demás, están confundidos por lo que ocurre en el tribunal de menores; en algunos sentidos, incluso más confundidos que el resto. Además de estar expuesto a las fuentes de desorientación normales, el delincuente juvenil queda todavía más confundido porque, lamentablemente, a duras penas entienden las palabras que se utilizan en el tribunal. Como el extranjero de Camus, con frecuencia es un observador desconcertado de su propio juicio, aunque es perfectamente consciente del resultado: la disposición del juez (...)". MATZA David, *Delincuencia y deriva. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, pp. 198-199.

⁸¹ Este déficit de conocimiento de las alternativas procesales por parte del niño ha sido previsto en diversas legislaciones locales: "Claridad: Todos los actos procesales deben ser expresados en un lenguaje claro y sencillo que pueda ser entendido por la persona menor de dieciocho (18) años de edad. No pueden utilizarse latinismos y debe asegurarse la comprensión adecuada, para lo cual se deben realizar las aclaraciones o explicaciones que sean necesarias. Esta obligación abarca al/la juez/a penal juvenil, al/la fiscal penal juvenil, a su abogado/a defensor/a, a los/as funcionarios/as del juzgado y a los/as funcionarios/as administrativos/as. Deben informar claramente el significado, los objetivos y consecuencia de cada una de las actuaciones y diligencias del proceso penal juvenil" (Ciudad de Buenos Aires, Ley 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, art. 10.f). También, "El niño sujeto a proceso penal gozará de todos los derechos y garantías reconocidos a los mayores y en especial tendrá derecho a: (...) Recibir información clara y precisa de todas las autoridades intervinientes del fuero, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y de las razones, incluso ético-sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa" (Provincia de Buenos Aires, ley 13.634, art. 36.3).

⁸² "[P]ara participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que

Otro aspecto problemático es el llamado en la práctica forense "juicio breve", utilizado en la justicia penal ordinaria en casos en los cuales no resulta procedente el juicio abreviado porque el acuerdo supera el monto de la pena permitido de seis años de pena privativa de la libertad. Esta variante consiste en la incorporación con la conformidad de las partes de toda la prueba al debate por lectura y el imputado declara atribuyéndose la responsabilidad por el hecho endilgado e, inmediatamente, se formulan los alegatos y se dicta la condena⁸³. El objetivo es acortar la duración del juicio, prescindir de la declaración de testigos, evitar la posibilidad de que se presenten recursos y acordar el monto de la pena aplicable. De modo que se podría sortear una prohibición del juicio abreviado en el sistema penal juvenil con la aplicación práctica del juicio "breve", lo cual tendría las mismas consecuencias no deseadas.

podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente (...)", Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), "El derecho del niño a ser escuchado", párrs. 60 y 61.

⁸³ Cabe señalar en un precedente de la Corte Suprema un voto disidente de los jueces ZAFFARONI, LORENZETTI y FAYT en el cual se adhirieron a un dictamen del Procurador que cuestionaba la incorporación de toda la prueba por lectura. Al respecto, el Procurador había entendido: "[E]n el debate, no se produjo ninguna prueba. Debido a la incomparecencia de la policía R., el chofer y los testigos de actuación, el tribunal decidió —con acuerdo de las partes— incorporar por lectura, tanto los dichos brindados por estos en la prevención (...) como los estudios periciales e informes producidos en la instrucción (...) El sistema de la oralidad no tolera el desarrollo de un juicio sin producción de prueba alguna, ya que este método exige, para la tutela del debido proceso, que los juzgadores experimenten el peso o la fuerza de la percepción por sus sentidos, según el principio de inmediatez. Y más todavía, porque esa prueba, adquirida y evaluada en el contradictorio, es la que luego servirá de sustento para dictar una sentencia razonada y válida, fundada en los hechos verificados y el derecho vigente. Lo contrario sería conformarse con un debate huérfano de elementos fácticos, en el que la discusión solo girase en torno a cuestiones puramente jurídicas o de crítica a las constancias extrajudiciales. En suma, considero que el juicio de esta causa estuvo vaciado de contenido, al haberse menoscabado una etapa esencial en la cadena de actos que integran el debido proceso adjetivo, como es la prueba; etapa que no es absolutamente disponible por las partes una vez que la acusación abrió el debate. En consecuencia, y toda vez que en este proceso penal no han sido respetadas las formas sustanciales de todo juicio —acusación, defensa, prueba y sentencia—, adecuadas a las características propias del sistema oral (CSJN, Fallos: 127:36; 308:1557 y 325:2019), entiendo que corresponde que V.E., actuando de oficio, declare nula toda la etapa del debate (CSJN, Fallos: 317:2043; 319:1496; 320:854, entre muchos otros (...))", CSJN, Fallos: 331:525.

En definitiva, tanto la sanción penal como el proceso mediante el cual ella se aplica tienen finalidades educativas. Dado que el juicio abreviado anula la función educativa, en la medida en la que se basa en razones de eficiencia y eficacia sin generar un espacio institucional adecuado para que el joven comprenda el sentido disvalioso del acto imputado y su responsabilidad, es incompatible con los principios rectores de la justicia juvenil.

3. Conclusiones

De acuerdo con el análisis realizado a lo largo de este trabajo, es posible concluir:

- a) El legislador ha reconocido a las personas menores de 18 años de edad competencias diferentes para ejercer derechos en diversos ámbitos (derechos ciudadanos, laborales, sexuales y en materia de salud, por citar algunos representativos). Al mismo tiempo, ha creado normas que sancionan conductas mediante las cuales un adulto se aprovecha de un niño considerado incapaz para ejercer su autonomía (protecciones cruzadas). De ese régimen cruzado de habilitaciones y protecciones no puede concluirse categóricamente que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio que excluya otras opiniones expertas respecto de la aceptación de una negociación en el marco de un juicio abreviado cuya consecuencia es la aplicación de una pena.
- b) El principal problema de la aplicación del juicio abreviado en el proceso penal juvenil es su incompatibilidad con el principio de especialidad derivado del derecho de los niños a su protección especial y la preponderancia de la finalidad de reintegración social. Está comprobado que este instituto se traduce en el uso masivo y generalizado de una respuesta punitiva de baja calidad, burocrática y alejada de los ideales de resocialización determinados por el *corpus juris* de protección de derechos a la infancia. De ahí que pueda concluirse que una regulación compatible con los estándares internacionales lo excluya de la justicia juvenil.
- c) Debe no obstante distinguirse el trato especial al que un menor de 18 años imputado de un delito tiene derecho en función del momento procesal en el que se discute la aplicación de un juicio abreviado, dado que la capacidad procesal necesaria para que la persona imputada preste

conformidad para el juicio abreviado depende del momento en el que se realiza el acto procesal. En relación con quienes no hayan cumplido 18 años, no se encuentran en condiciones de consentir daños y restricciones a sus derechos fundamentales por lo que no podrían acordar, por ejemplo, penas privativas de libertad de efectivo cumplimiento. Ello en razón de la capacidad disminuida y del fin educativo rector de la justicia juvenil tanto en sus aspectos procesales como sustantivos.

- d) Por lo expresado en c), la restricción a la celebración de un acuerdo con menores de 18 años no regiría respecto de personas que ya hubieran cumplido esa edad al momento de expresar su voluntad al respecto.

Si bien la asimilación de los niños a los adultos en distintas áreas ha implicado un profundo y extendido reconocimiento de derechos, la simple y llana aplicación de institutos previstos en el Código Procesal Penal que no se orientan a garantizar derechos sino a satisfacer demandas de eficacia tiene consecuencias negativas en el procedimiento penal juvenil. Lo que en un primer momento fue celebrado como el reconocimiento de garantías procesales y sustanciales (recuérdese lo ocurrido con la asistencia técnica, el acceso a las constancias tutelares, la revisión de todas las resoluciones judiciales —incluso la declaración de responsabilidad penal—, los cómputos privilegiados para los plazos de internación o la suspensión del juicio a prueba), comienza a ser criticado como expresión de un endurecimiento del régimen penal juvenil que pierde de vista la singularidad de los sujetos destinatarios de sus procedimientos.

El nuevo proceso penal juvenil, fruto de reformas legales y de nuevas prácticas jurisprudenciales, puede ser analizado desde dos perspectivas bien diversas: como un punto de llegada que logró equilibrar las tensiones entre la justicia tutelar clásica y el debido proceso legal, o como un punto de partida razonable para debatir los alcances del trato diferenciado a la infancia en el proceso penal. Del camino que se elija dependerá la subsistencia de un sistema de justicia penal juvenil respetuoso de la diferencia de trato entre niños y adultos o la inclusión de los niños en el sistema penal general, en contra de todas las prescripciones internacionales y regionales en ese sentido, pero, tal como parece ser, resulta ser la tendencia en la experiencia latinoamericana del último cuarto de siglo.