

Informe del Curso de Práctica Profesional especializado en Derecho Penal Juvenil¹

El curso de Práctica Profesional especializado en Derecho Penal Juvenil se dedica exclusivamente a defender jóvenes en conflicto con la ley penal y niños y niñas víctimas de delitos penales. Desde ya, resulta interesante que los estudiantes tengan la posibilidad de ejercer una defensa penal y, a la vez, patrocinen a una parte querellante. Esto les brinda conocimientos, destrezas y experiencias funcionales opuestas permitiéndoles una mejor capacitación profesional.

El presente informe refleja algunos de los casos judiciales que han sido abordados durante el 2008 y 2009, cuáles han sido los planteos realizados desde el Curso de Práctica Profesional y qué respuesta judicial se obtuvo. Es preciso remarcar que uno de los objetivos del curso es mejorar los estándares de vigencia de los derechos de los niños y niñas teniendo en cuenta la normativa internacional de derechos humanos.

A fin de evitar la divulgación de la identidad de los niños y niñas, se utilizan nombres ficticios al momento de relatar los casos.

DEFENSAS PENALES DE JÓVENES

CASO “MARIANO”

Mariano a los 16 años de edad estaba procesado penalmente en dos causas. En la causa 8883/17, que tramitó en el Juzgado Nacional de Menores nro. 6, y luego en el Tribunal Oral de Menores nro. 1, se encontraba procesado por robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda y con la utilización de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no fue acreditada.

¹ El informe fue realizado por DIEGO FREEDMAN, docente a cargo del curso, y sus colaboradores docentes CLAUDIA MORENO ÁLVAREZ, MARIANA ABALLAY, JUAN BAUTISTA LÍBANO, SEBASTIÁN CICCOLI, ROMINA MAMONDIZ, NATALIA TUCCI y GRISELDA CARDOZO.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

El hecho que se le atribuye ocurrió el 12 de mayo de 2008 por la tarde, cuando tres personas mediante la exhibición de armas de fuego amedrentaron a tres turistas extranjeros y le sustrajeron la suma de \$ 150, un reproductor de música de bolsillo y una cámara fotográfica.

En la causa 5378, que ya ha sido elevada a juicio (Tribunal Oral de Menores nro. 1, inicialmente tramitó en el Juzgado Nacional de Menores nro. 1), ha sido procesado por el delito de robo agravado por el uso de armas.

Se le imputa que el 17 de julio de 2008 por la noche junto con otro sujeto amenazaron a una persona mediante el uso de un arma blanca y le sustrajeron su teléfono celular.

Privación de la libertad por medio de la disposición tutelar

En virtud de estas imputaciones y sus antecedentes personales, el 17 de julio de 2008, el Juzgado Nacional de Menores nro. 1 decide su internación en los términos del artículo 411 del Código Procesal Penal de la Nación en el instituto Rocca. El 30 de septiembre de 2008, la disposición tutelar es mantenida por el Tribunal Oral de Menores nro. 1.

En los exámenes forenses, se ha verificado que el joven ha consumido marihuana, psicofármacos y pasta-base desde los 15 años y no ha recibido ningún tipo de tratamiento. Por ello, se recomendó un tratamiento ambulatorio psicoterapéutico.

De modo que se advierte que el joven Mariano está siendo privado de la libertad en ejercicio de las facultades de disposición tutelar previstas en el Régimen Penal de la Minoridad. Estas facultades se ejercen con el fin de garantizar la “protección integral” del joven.

Frente a esta situación, se planteó que estamos ante una privación de la libertad y que nuestro régimen constitucional no admite, en principio, la adopción de esta medida en aras de la protección del joven. En particular, se hizo mención a la opinión consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana cuando refiere que “la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes

incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños". Por ende, se considera que las cuestiones vinculadas con la protección deben ser abordadas de manera diferente a la respuesta del Estado frente al delito, o sea, adoptando medidas distintas a la privación de la libertad en un instituto de régimen cerrado.

A la vez, se hizo mención a que la ley 26.061 ha derogado al régimen de la ley 10.903 con el fin de ajustarse a los criterios dispuestos por las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos. Por ello establece que las medidas de protección no pueden consistir en la privación de la libertad del adolescente y deben ser adoptadas por autoridades administrativas (arts. 33 y 36 de la ley 26.061). Este régimen admite que sólo ante medidas excepcionales la autoridad administrativa deba notificar al Juez competente en materia de familia (art. 40 de la ley 26.061). Si bien hay intervención judicial en estos casos, tampoco las medidas adoptadas deben implicar la privación de la libertad bajo un régimen cerrado (art. 41, inc. e, de la ley 26.061) y su duración debe ser determinada y limitada a las causas que la justificaron.

Por ello, se solicitó la externación del joven Mariano y que se le otorgue la ayuda institucional especializada para su drogadependencia, a fin de garantizar el derecho a la salud y el interés superior del niño, teniendo en cuenta la opinión del joven.

Cuando fue denegada la solicitud, se planteó un recurso de apelación que fue resuelto por la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el 22 de septiembre de 2008, confirmando la denegación. Se consideró que los elementos de prueba del expediente tutelar (informes de los asistentes tutelares y de la Defensora Pública de Menores e Incapaces) justifican la privación de la libertad. Asimismo, se argumentó que los antecedentes penales (en total cuatro causas, de las cuales en tres fue sobreseído por ser no punible) y la falta de contención familiar hacían procedente la privación de la libertad. Sin embargo, se ordenó a los especialistas del Cuerpo Médico Forense la determinación de las pautas adecuadas para un correcto tratamiento de la adicción del joven.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

Detención por “olfato policial”

En la causa 5378, el joven Mariano fue detenido por un funcionario policial en la vía pública. En la declaración policial surge que la detención se produjo porque lo observó corriendo con una cámara de fotos. Por estos elementos, consideró que había una “sospecha razonable” para proceder a la detención del joven según la normativa procesal.

Frente a esta detención, hemos planteado una nulidad al considerar ilegítima la detención, ya que no hubo “sospecha razonable” y no se justificó el “olfato policial”. Al respecto se sostuvo que las circunstancias que habilitan la detención deben ser de interpretación restringida y proceder si hay elementos que objetivamente la justifiquen. Para nosotros, en este caso, el hecho de que un joven corriese con una cámara de fotos no manifiesta inequívocamente que haya cometido un hecho ilícito. Por ello, planteamos la nulidad de la detención y por aplicación de la teoría de “los frutos del árbol venenoso” la consecuente nulidad de todos los actos procesales derivados.

Nuestro planteo fue rechazado con costas por la magistrada a cargo del Juzgado Nacional de Menores nro. 6. Al respecto, la Jueza argumentó que “el aludido ‘olfato policial’, y dicho sea de paso sabemos que ha logrado esclarecer innumerables hechos delictivos y detener a otros tantos autores, se ha ajustado al inciso 3º del artículo 284 del código de procedimientos”.² Aclara que “cualquier persona puede pensar que ‘huía’ con lo robado en sus manos” y que “sería ilógico que un policía pensara que en la realidad social actual [...] iba a devolver esa cámara fotográfica, o la llevaba a reparar o la trasladaba de un lado a otro con tamaña prisa, aun tratándose de un joven”. Agrega que “El indicio vehemente no requiere el conocimiento de la comisión del hecho, por cualquiera de los medios posibles, ni aun el de menor calidad o posibilidad de certeza. Es una sensación fundada en datos no directos del hecho o

² Código Procesal Penal de la Nación, art. 284: “Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aun sin orden judicial (...) 3º): Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”.

circunstancias que permiten inferirlo lógicamente, sin tener una prueba directa ni indirecta del mismo”.

Estas consideraciones nos parecieron un tanto preocupantes, al legitimar el “olfato policial” por sus resultados y no establecer un claro estándar respecto a qué se entiende por “indicios vehementes de culpabilidad” (bastando una mera sensación que no se encuentre fundada en pruebas), lo cual, validaría un ejercicio arbitrario y abusivo de las facultades de detención policial. Por ello, planteamos un recurso de apelación.

El 27 de noviembre de 2008, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó parcialmente la resolución de la magistrada de primera instancia y revocó la imposición de costas. Lo relevante es que no comparten los argumentos de la Jueza de Menores y que éste no es un caso de “olfato policial” (de lo contrario, hubieran declarado la nulidad del procedimiento). Los camaristas consideran que el procedimiento de detención, en realidad, comenzó con la detención inicial de Mariano como acto de prevención. Luego, cuando inmediatamente aparecen las víctimas del hecho que lo señalan como el autor del robo, procede la detención por encontrarse en un estado de flagrancia. Por ende, se advierte que los magistrados integrantes de la Cámara han realizado un mayor esfuerzo para precisar los supuestos que hacen procedente la detención policial.

Exclusión de antecedentes

En ambas causas, constan los antecedentes del joven Mariano, incluso causas en la que ha sido sobreseído por no ser punible debido a que no contaba con la edad mínima para ser castigado penalmente (se le atribuyen hechos que habría cometido cuando tenía menos de 16 años de edad).

Debido a que consideramos que no es aplicable el instituto de la reincidencia respecto de los jóvenes menores de 18 años, solicitamos la exclusión de los antecedentes en ambos expedientes. Basamos nuestro pedido en el artículo 5º del régimen penal la minoridad cuando prescribe que “Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad”. De

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

forma concordante, el artículo 50 del Código Penal dispone que “No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por [...] los cometidos por menores de dieciocho años de edad”. En consecuencia, consideramos que la normativa vigente veda la valoración de todo antecedente judicial o policial del joven al momento de determinar la autoría y su responsabilidad penal. Si se considera que no deben aplicarse las reglas de la reincidencia, de ningún modo deben valorarse antecedentes de hechos delictivos atribuidos mientras no era punible. Es menester recordar que, como expresamos previamente, al momento de resolverse la privación de la libertad del joven se valoraron estos antecedentes.

Este planteo tuvo respuesta judicial en ambas causas. En la causa 8883/17, la magistrada titular del Juzgado Nacional de Menores nro. 6 consideró que la información es obligatoria a todo proceso por las normas del Código Penal y del Reglamento para la Jurisdicción y que no se evalúan estos antecedentes según las reglas de la reincidencia. Por su parte, el Tribunal Oral de Menores, en la causa 5378 hizo saber que no se evalúan los procesos penales finalizados que no hayan dado lugar a condenas.

En consecuencia, si bien no se obtuvo la exclusión de los antecedentes de los expedientes judiciales, los magistrados intervinientes manifestaron que no los valorarán al momento de decidir.

Régimen de semidetención y salidas transitorias

Se solicitó al Tribunal Oral de Menores nro. 1, que se encuentra a cargo de la supervisión de la privación de la libertad de Mariano, la concesión de un régimen de semidetención o, en subsidio, de salidas transitorias.

En primer lugar, se solicitó la concesión de una prisión diurna del joven Mariano haciendo aplicación de la ley 24.660 y de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, permitiendo que duerma en su hogar para reforzar el vínculo familiar y reducir los efectos deteriorantes del encierro. En subsidio se solicitaron salidas transitorias, teniendo en cuenta la proximidad del “día de la madre” (la presentación se hizo en el mes de octubre). El objetivo del planteo es lograr la aplicación de ciertos estándares en materia de ejecución penal a la privación de la libertad por medio de la internación tutelar.

El Tribunal Oral de Menores nro. 1 no hizo lugar al pedido fundándose en que no ha sido sugerida la externación por los profesionales intervinientes y alegando que “las licencias sociofamiliares son solidarias a un proyecto inmediato de egreso”. También se valoró la entidad de los delitos imputados. A la vez, se remitió copia del escrito a la Directora del Instituto Rocca a fin de realizar un abordaje terapéutico.

Apartamiento de la psicóloga

La madre del joven Mariano nos comentó que en una entrevista mantenida con la psicóloga interviniente le manifestó que ella junto con la asistente social son las que deciden el tratamiento adecuado al niño y que carecen de utilidad los pedidos formulados por nuestra defensa. Asimismo, le expresó que era innecesario contar con un abogado del patrocinio jurídico gratuito de la Facultad de Derecho, porque la defensa es competencia del Defensor oficial y que los planteos sólo han complicado el desarrollo del tratamiento al generar falsas expectativas a Mariano. Se le advirtió que mientras se mantenga la actitud pasiva del joven van a subsistir los dictámenes adversos.

Frente a esta información solicitamos el apartamiento de las profesionales, ya que evidenciaron una actitud parcial y se criticó la labor que hemos desarrollado que exclusivamente se dedicó a la defensa jurídica del joven, sin entrometernos en el tratamiento psicológico. El apartamiento se justificó en que procedía la recusación de los profesionales, asimilándolos a peritos y haciendo aplicable la causal de haber manifestado extrajudicialmente su opinión. Aparte, se consideró que el tratamiento que debe recibir el joven no debe quedar subordinado a los planteos jurídicos defensivos.

El Tribunal Oral de Menores nro. 1, el 12 de noviembre de 2008, resuelve apartar a los profesionales actuantes y designa profesionales sustitutos.

CASO “FEDERICO”

El joven Federico de 16 años de edad se encuentra procesado en la causa 3416 como coautor del delito de tentativa de robo agravado por

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

el uso de armas cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse en trámite ante al Juzgado Nacional de Menores nro. 1.

El hecho que se le imputa a Federico es haber intentado desapoderar a una persona de una motocicleta junto a otro joven mediante la amenaza con un arma de fuego. Cuando la víctima se escapa del lugar, un vecino salió de su casa y efectuó una serie de disparos, uno de los cuáles, impactó sobre Federico. El joven debió ser trasladado al hospital, donde se produjo su detención y la de su compañero.

Aplicación de la atenuación de la escala penal desde el inicio del proceso y del instituto de la pena natural

El procesamiento fue apelado sosteniendo que Federico había tenido participación secundaria en el hecho (según un testimonio de la víctima, había permanecido callado y quieto) y que al no haberse encontrado las armas de fuego procedía la aplicación de la figura del robo simple. Además, se planteó la posibilidad de considerar que la escala penal aplicable debía ser atenuada al grado de la tentativa en virtud del fallo “Maldonado, Daniel” de la Corte Suprema.³ Por ende, si se aplicaba la figura de robo simple y se reducía en tres oportunidades la escala penal aplicable (por ser un delito cometido por un joven punible, por ser cometido en grado de tentativa y por verificarse una participación secundaria), el máximo era inferior a los dos años de pena privativa de la libertad, en consecuencia, correspondía declarar como no punible al joven Federico. Recuérdese que según el Régimen Penal de la Minoridad los jóvenes de 16 a 18 años de edad no son punibles por hechos delictivos cuya pena no supera los dos años de privación de la libertad.⁴

Asimismo, se planteó la aplicación del instituto de la “pena natural” por el cual, las lesiones graves sufridas por el joven Federico, a causa del disparo recibido mientras cometía el hecho que se le imputa, debieron haber sido valoradas para eximir o atenuar la pena aplicable.

La sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resolvió el 24 de noviembre de 2008 confirmar el procesamiento considerando correcta la calificación legal y la imputación a título

³ 7 de diciembre de 2005.

⁴ Decreto-ley 22.278, art. 1º.

de coautor debido a su valoración de los elementos de prueba agregados al expediente. En relación con la atenuación de la escala penal en virtud del precedente “Maldonado, Daniel” consideró que no resulta de aplicación al caso en esta etapa del proceso y sólo debe tenerse en cuenta al momento de fijarse la pena. Con respecto al instituto de la pena natural considera que debe aplicarse al momento de dictar la sentencia condenatoria. Por ende, cabe destacar que la Cámara ha precisado un alcance limitado del fallo “Maldonado, Daniel”, pero ha reconocido el instituto de la “pena natural”, que ha sido poco aplicado por nuestra jurisprudencia.

Por último, cabe destacar que en su voto en disidencia, la camarista María Laura Garrigós de Rébori calificó el hecho como robo simple, debido a que considera inconstitucional la figura del robo agravado por el uso de armas de fuego sin aptitud para el disparo.

Prohibición de ser obligado a declarar en contra de sí mismo

Se hizo un planteo de nulidad de la detención del joven Federico porque consideramos que se vio afectada la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Como antes relatamos, Federico debió concurrir al hospital público para atenderse de una agresión sufrida por medio del disparo de un arma de fuego. Probablemente, si no hubiera recibido atención médica hubiera fallecido o puesto en grave peligro su salud física. Pero al concurrir al hospital, inmediatamente, se produjo la denuncia a la policía y se le inició una causa penal en su contra. Por lo cual, se advierte la tensión entre preservar su derecho a la salud y su derecho a la vida y la garantía de no ser obligado a autoinculparse. Creemos que la denuncia que realiza en forma automática el personal médico del hospital público, apenas recibe a un herido de bala, puede provocar que las personas que hayan cometido un ilícito y necesiten atención médica prefieran arriesgarse a poner en juego su salud para evitar el inicio de una causa penal en su contra. En virtud de ello, consideramos que debe declararse la nulidad de la detención del joven Federico, originada por esta denuncia del personal médico, para asegurar que siempre se privilegie el derecho a la vida y a la salud. En apoyo de esta tesitura se citaron numerosos

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

precedentes judiciales en los casos de abortos provocados por la mujer embarazada, que luego debió atenderse en un hospital público.

La nulidad de la detención provoca, por aplicación de la teoría de “los frutos del árbol venenoso”, la invalidez de todos los actos que son su consecuencia. Por ello, planteamos la nulidad de todos los actos derivados de la detención.

Sin embargo, este planteo fue rechazado por la magistrada de grado y la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

Probation durante la etapa de instrucción

Cuando se decreta la clausura de instrucción y el Fiscal requiere la elevación a juicio, nos opusimos y presentamos la suspensión del proceso a prueba. Consideramos que este instituto es aplicable en la etapa de instrucción y era procedente en este caso según el criterio fijado en el fallo “Acosta” de la Corte Suprema que recepta la tesis amplia. A este argumento, cabe sumar que las Reglas de Tokio establecen la necesidad de que los Estados adopten y apliquen ampliamente mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad, antes y después del juicio penal (ver Reglas 2.3, 2.5 y 5).

En relación con la procedencia de la probation a menores de edad, argumentamos que el legislador no realizó ningún tipo de diferenciación, en cuanto a la aplicación respecto de adolescente, lo cual nos lleva a inferir que no hay obstáculos para su aplicación. Ello encuentra razón de ser en el principio de no discriminación y de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional y art. 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta tesis fue sostenida por el Tribunal Oral de Menores nro. 3 de la Capital Federal en la causa 481, “M. G. B. s/Robo simple en grado de tentativa”, resuelta el 11 de junio de 1996, cuando señaló que “Al no estar expresamente prohibida la aplicación de este instituto a los menores de dieciocho años (...) es que entendemos que la llamada probation puede ser aplicada (...) ¿Por qué no otorgar la posibilidad a un imputado menor de edad de ser escuchado en sus propuestas de reparación de daños? (...) No se trata de un arrepentimiento (...) sino de un resarcimiento, lo que la ley y el estado en repre-

sentación de la sociedad pretenden del procesado (...) Se logra así una perfecta comunión entre los intereses sociales y los derechos del encartado". También citamos otros pronunciamientos que hicieron aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba respecto de adolescentes, a saber: Tribunal Oral de Menores nro. 1 de la Capital Federal, causa 3690, "P. N., X. A."; Tribunal Oral de Menores nro. 2, causa 3588, "C., R. S. y S., E. G.", 23/5/2006; el mismo Tribunal en la causa 4862; Tribunal Oral de Menores nro. 3 de la Capital Federal, causa 3304, "G., H. y Piccolo, Ariel p/Robo en grado de tentativa", 22/11/2005 y causa 3738, "C. M. J. y Caparrós García, Nicolás Manuel s/Robo agravado por su comisión en poblado y en banda", 17/2/2006. En otra causa en que ejercimos la defensa, el 11 de junio de 2008, el Tribunal Oral de Menores nro. 2, resolvió en la causa 4862, aceptar el pedido de suspensión de juicio a prueba. Allí se consideró que los jóvenes "poseen capacidad suficiente para decidir en cuanto a lo que considere más conveniente a sus intereses, dando así por terminado el estado de incertidumbre que pesa sobre él" (voto de la magistrada Cassará, al cual adhiere el magistrado Velázquez).

Finalmente, consideramos que existen diversas razones que justifican que se adopte un criterio amplio al momento de decidir la aplicación de la suspensión a juicio a prueba respecto de los delitos cometidos por los adolescentes. Debe mencionarse que hay varias normas jurídicas que promueven el uso de salidas alternativas a la sanción penal a fin de evitar los graves efectos deteriorantes y estigmatizantes que puede tener el proceso penal y la sanción respecto de un adolescente. Al respecto, pueden mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40.3, inc. b) y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal (Directriz 15). Esto debe complementarse cuando esta normativa prevé que la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como última medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (art. 37, inc. b, de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por su parte, la Corte Suprema ha considerado que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a lo que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado ("Maldonado, Daniel

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

Enrique y otro s/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005). Esto se debe traducir en una mayor posibilidad de acceso a mecanismos alternativos a la condena penal.

Esta solicitud es denegada por el Juzgado por extemporánea, ya que debe presentarse después de la elevación a juicio, cuando la causa se encuentre radicada en un Tribunal Oral de Menores. Debe señalarse que esto significaba un retraso sustancial debido a la sobrecarga de trabajo que pesa sobre estos Tribunales.

Por ello, se presentó un recurso de apelación fundado en que procede la probation en la etapa de instrucción. En nuestra presentación señalamos que el Código Penal, en sus arts. 76 (bis), 76 (ter) y 76 (quáter) no exige expresamente que deba ser concedido cuando la causa ya haya sido elevada a juicio. Incluso en el párrafo tercero del art. 76 (bis) menciona expresamente que será el Juez y no el Tribunal Oral, el que estudie la razonabilidad. Por otro lado, que el texto de la ley haga referencia a Tribunales en otros párrafos de la regulación no debe ser interpretado como que sólo puede ser concedido luego de que la causa penal haya sido elevada a juicio. Fundamos tal tesis en que el procesamiento ya genera cierto grado de convicción sobre el tipo penal aplicable, que determina la pena en expectativa por el hecho imputado y con ello la procedencia de la probation. Por el contrario, la elevación a juicio no agrega en sí ningún elemento necesario para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. En la causa “Martínez, Marcelo s/Suspensión juicio a prueba” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, 9 de septiembre de 2008) se estableció que la solicitud de suspensión de juicio a prueba efectuada por el apelante no resulta extemporánea, toda vez que puede ser peticionada aun en la etapa de instrucción, una vez que los elementos de convicción reunidos permitan tener al menos con probabilidad acreditada la existencia del hecho y la responsabilidad penal que por el mismo le cabe al sujeto.

Además, es menester considerar que la suspensión de juicio a prueba tiene, como uno de sus objetivos, alivianar la carga procesal de la Justicia. Asimismo, el art. 293 del Código Procesal Penal de la Nación no veda la aplicación durante la etapa de instrucción.

Finalmente, se hizo hincapié en los argumentos jurídicos que justifican que la suspensión del juicio a prueba sea concedida con un criterio más amplio para los adolescentes, que habían sido detallados en la presentación anterior.

En junio de 2009, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechaza la postura de la Jueza de grado. Sostiene que la suspensión de juicio a prueba puede solicitarse en la etapa de instrucción a partir de la declaración indagatoria del imputado dado que no existen limitaciones legales (cita el caso nro. 33.850, “Barrera, Maximiliano Ezequiel”, 19 de marzo de 2008, y el caso 35.040, “Martínez, Marcelo”). Agrega que “particular interpretación corresponde hacer sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba para el caso de aplicarse a imputados menores de edad, en tanto a la luz del mandato de la Convención Internacional de Derechos del Niño y la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia en el precedente ‘Maldonado’, corresponde adoptar respecto de ellos, siempre que sea posible, medidas alternativas a la aplicación de la pena privativa de la libertad, para promover el mejor desenvolvimiento del menor y evitar la reiteración de las conductas que lo vincularon al sistema penal”. De este modo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional habilitó que los Juzgados de Menores, en la etapa de instrucción, concedan la probation a menores de edad. Esto permite la aplicación de salidas alternativas al proceso en un corto plazo del tiempo, favoreciendo tanto la inserción social del adolescente como la eficiencia en la administración de Justicia.

El 24 de noviembre de 2009 se celebra la audiencia en el Juzgado Nacional de Menores donde tramita la causa y se le otorga a Federico el beneficio de la suspensión del juicio a prueba. Se fija como regla la realización de tareas comunitarias en la parroquia del Padre “Pepe” (2 horas todos los días miércoles, durante un año). El magistrado de grado tuvo en cuenta la tesis amplia de la probation, adoptando el criterio fijado por la Corte Suprema en el caso “Acosta” para determinar la procedencia. Asimismo, valoró toda la normativa especial como el art. 40, apartado 3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño que obliga a los Estados adoptar medidas no judiciales cuando sean apropiadas y deseables y la Regla 17.4 de las Reglas de Beijing que alienta

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

la suspensión del proceso. También cita las Directrices de Riad, las Reglas de Tokio y la Observación General nro. 10 cuando recomiendan medidas no punitivas. Finalmente recepta el fallo “Maldonado” de la Corte Suprema interpretando que la especialidad debe traducirse en el esfuerzo de ampliar la posibilidad de acceso a mecanismos alternativos al proceso penal.

CASO “NICOLÁS”

Nicolás a la edad de 17 años fue procesado por la comisión de dos delitos.

En la causa 4931/2007, que tramitaba en el Juzgado Nacional de Menores nro. 7, acompañado por Armando, se encontraban procesados por considerarlos autores penalmente responsables del delito de robo reiterado. El hecho que se les atribuye ocurrió el 2 de diciembre de 2006, cuando dos personas rompieron la vidriera de un local de teléfonos celulares y un local de indumentaria femenina, apoderándose de diversos elementos.

En la causa 4862/2007, Nicolás y su compañero Rodrigo, son procesados por el delito de robo reiterado en grado de tentativa. El hecho que se le imputa aconteció el 28 de abril de 2007 por la madrugada, cuando dos sujetos se apoderan de un estéreo y dos pares de anteojos de un automóvil sin provocar daños en la cerradura.

Suspensión del proceso a prueba. Aplicación de la “tesis amplia”

Ambas causas fueron elevadas al Tribunal Oral de Menores nro. 2, donde solicitamos el beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

Utilizando argumentos similares al caso “Federico”, consideramos que la pena en expectativa de los hechos imputados hacía presumir que procedería la condena condicional. Más teniendo en cuenta que la escala penal debe sufrir dos reducciones, la primera por ser tentativa de dos hechos de robo y la segunda por la aplicación de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en el caso “Maldonado, Daniel”. A lo cual, debe sumarse que la escala penal aplicable tiene un mínimo bastante bajo (1 mes) y Nicolás cometió hechos de escasa afectación al bien jurídico sin cometer en ningún momento hechos de violencia contra las personas. Es

menester remarcar que transcurrió un año del último hecho que se le imputó a Nicolás, por lo cual es necesario considerar que ya ha transcurrido un lapso considerable y que ya ha desarrollado un proyecto de vida: ha comenzado a estudiar y se encuentra trabajando. Es decir que se advierten cambios positivos después de la comisión del último hecho que demuestran que no necesita de una sanción penal para integrarse a la sociedad. Téngase en cuenta que ése es el fin de las sanciones aplicadas a los adolescentes según la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40, inc. 1), las Reglas de Beijing (art. 26.1) y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal⁵ (Directriz 18).

El Tribunal Oral de Menores nro. 2 resolvió aceptar el pedido de suspensión de juicio a prueba, con una reparación patrimonial de \$ 50 por cada delito y declaró extinguida la acción penal con los depósitos hechos por Nicolás.

Se argumentó que procedía la probation, porque el fiscal no se opuso y debido a la jurisprudencia fijada por nuestra Corte Suprema en el caso "Quiroga, Edgardo Oscar"⁶ no corresponde que los jueces impulsen por sí solos la causa penal. Se alega que si bien el Régimen Penal de la Minoridad es más beneficioso que la suspensión del juicio a prueba, porque puede terminar con la absolución sin imponer reglas de conducta, los jóvenes "poseen capacidad suficiente para decidir en cuanto a lo que consideren más conveniente a sus intereses, dando así por terminado el estado de incertidumbre que pase sobre (ellos)". A la vez, se decidió que debido a que el joven Nicolás estuvo sujeto a la disposición tutelar, no correspondía la imposición de reglas de conducta (voto de la magistrada Cassara al que adhirió el magistrado Velázquez). Cabe reseñar que se produjo una disidencia del magistrado Talón, ya que decide rechazar el pedido de probation porque el Régimen Penal de la Minoridad es más beneficioso para el joven.

CASO "PABLO"

Pablo es un joven, al que se le imputa que en el 2004, cuando tenía 16 años de edad, logró sustraer un bolso de mano tipo botinero, que

⁵ Res. 1997/30 del Consejo Económico y Social.

⁶ 23 de diciembre de 2004.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

sólo contenía en su interior un trozo de fiambre. El hecho fue calificado como robo simple, se elevó a juicio siendo asignado el Tribunal Oral de Menores nro. 2.

Plazo razonable de duración de proceso penal

El 23 de junio de 2008, se presentó una excepción de falta de acción, solicitando el sobreseimiento de Pablo, porque se consideró que se encontraba afectada la garantía de duración razonable del proceso penal debido a que el proceso se inició el 24 de octubre del 2004 y hasta el momento no se había realizado el debate oral. Es decir que habían transcurrido tres años y ocho meses y aún no se había puesto fin al proceso penal que lo involucraba al joven.

Debe remarcar que la fiscalía interviniente presentó el ofrecimiento de prueba el 28 de octubre de 2005, mientras que la defensa hizo lo propio el 1º de noviembre de 2005 y, desde entonces, no se produjeron hechos procesales relevantes que avancen hacia la finalización del proceso penal. Por ello, se consideró que se había violado la garantía del plazo razonable y se debía decretar el sobreseimiento de nuestro defendido.

Para fundar nuestra postura, sostuvimos que la garantía de duración razonable del proceso penal tiene su fuente en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se citaron precedentes de nuestra Corte Suprema (“Mattei, Ángel”,⁷ “Mozzatti, Camilo y otro”⁸ y “Acerbo, Néstor Horacio”⁹) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Suárez Rosero vs. Ecuador”¹⁰).

Asimismo, se consideró que resulta exigible un estándar más estricto respecto de los jóvenes, por el cual, un proceso penal en el cual se enjuicia a un adolescente debe extenderse, por lo menos, un plazo menor que el de un adulto por un delito similar. En particular, se citó la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing. En el comentario a

⁷ 29 de noviembre de 1968.

⁸ 17 de octubre de 1978.

⁹ 21 de agosto de 2007.

¹⁰ 12 de noviembre de 1997.

estas reglas se dispone que “la rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra” (cf. comentario a la regla 20.1 de las Reglas de Beijing).

Cabe agregar que los delitos cometidos por los niños, en general, son flagrantes y no tienen dificultades probatorias. Por lo tanto, la investigación y el debate deben producirse velozmente, sin provocar dilaciones indebidas.

Como respuesta a nuestro pedido, el 1º de septiembre de 2008, el Tribunal Oral de Menores nro. 2 rechazó la solicitud de sobreseimiento, sin embargo en base al estado de incertidumbre en este proceso penal, fijó una audiencia de debate. Es decir, pese a que no reconoció la afectación a la garantía de plazo razonable, frente a nuestro planteo, se fijó una fecha próxima de debate.

Suspensión de juicio a prueba. No exigibilidad del ofrecimiento de reparación

A fin de evitar cualquier antecedente penal y siguiendo la opinión de nuestro defendido, preferimos solicitar la suspensión del juicio a prueba el 17 de septiembre de 2008, con similares argumentos que en el caso “Federico”.

Se desarrolló la falta de obligatoriedad del ofrecimiento de reparación patrimonial a la víctima en virtud de que los niños no están obligados a trabajar, y por lo tanto, nuestro defendido no tenía la posibilidad de obtener recursos económicos.

El Tribunal Oral de Menores nro. 2 resuelve conceder la suspensión del juicio a prueba el 25 de noviembre de 2008 aceptando como reparación patrimonial, la suma de \$ 50 por mes en dos cuotas y teniendo por cumplida las reglas de conducta ofrecidas. Los argumentos fueron similares al caso “Nicolás”.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO
PENAL JUVENIL
DIEGO FREEDMAN

CASO "ALEX"

Alex tiene 18 años de edad y se le imputa haber sustraído seis entradas para un espectáculo deportivo entre el Club Atlético River Plate y el Club Atlético Independiente y cinco pesos en moneda de un peso. El hecho en cuestión ocurrió el 4 de mayo del 2007, cerca de las diez de la mañana, en las proximidades del estadio del Club Atlético River Plate de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y fue calificado como robo simple en grado de tentativa según el requerimiento de elevación a juicio.

Cierre de las actuaciones tutelares

En esta causa, se planteó el cierre de las actuaciones tutelares. Para ello, se consideró que un niño que se encuentra imputado por la comisión de un delito penal no sólo sufre las coerciones procesales, como se le imponen a los adultos, sino que el Régimen Penal de la Minoridad habilita la posibilidad de que sufra restricciones a su libertad personal por medio de la disposición tutelar. Por ello, cuando se inicia una causa penal contra un niño se abre un expediente actuario, donde se investiga el ilícito atribuido, y un expediente tutelar en el cual se dispone el estudio de su persona y de sus condiciones familiares y sociales en aras de ordenar medidas para su supuesta protección. Desde ya, este estudio implica restricciones a la libertad personal del niño que depende de la voluntad discrecional del Juez interviniente. Esto se debe a que el Régimen Penal de la Minoridad prevé en forma genérica que el magistrado puede "ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio".

En el caso concreto de Alex, consideramos que la disposición tutelar padecida tiene una connotación negativa al punto de ser considerada por el joven como una pena, en su sentido más amplio. A causa de este seguimiento el joven y su entorno familiar han sufrido las consecuencias de una intromisión en su vida privada, que no tiene un fin procesal, generando así una restricción de derechos.

Por ello, analizamos y cuestionamos la constitucionalidad de la medida dispositiva cuando puede ser considerada como una pena en sentido material. En primer lugar analizamos la contradicción de esta medida con el principio de legalidad, por el cual, la criminalización de las con-

ductas sólo puede hacerse a través de leyes, es decir, normas jurídicas generales dictadas por el Poder Legislativo. Cuando el legislador no utiliza términos precisos debemos considerar que este principio constitucional se encuentra vulnerado. Precisamente, el Régimen Penal de la Minoridad permite que se adopten medidas de disposición cuando el niño se encuentra en una situación de abandono, falta de asistencia o peligro (art. 2º) sin precisar adecuadamente el supuesto de hecho por el cual procede.

El castigo penal en un Estado Constitucional de Derecho debe estar precisamente determinado en la normativa aplicable. En su caso, el Juez podrá graduar la pena aplicable dentro de los límites racionales y proporcionales fijados por el legislador. Por el contrario, las medidas impuestas en el tratamiento tutelar son “siempre por tiempo indeterminado y limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en ‘situación irregular’”.¹¹ Esto se debe a que se faculta al Juez de disponer del niño, sin fijar un plazo concreto. En nuestro caso, Alex se encuentra obligado a concurrir a las citas que dispone el asistente social o psicólogo y desconoce el tiempo que se lo sujetará al deber de presentarse a esas entrevistas, por lo tanto, se puede inferir que la situación de incertidumbre es tal que viola el principio de legalidad. A lo cual debe sumarse la indefinición de los requerimientos que pueden exigirse con relación a Alex.

Según las reglas constitucionales sólo puede castigar acciones, es decir, conductas trascendentes de los individuos. En el caso concreto se está sometiendo a Alex a una pena, sin tener como fundamento la realización de una acción, sino que se justifica en su situación personal.

El poder punitivo sólo puede ser ejercido válidamente cuando el individuo castigado ha sido declarado culpable de un hecho delictivo a través de un proceso respetuoso de las garantías constitucionales. En este caso, se verifica que Alex sufre la pena antes de haber sido juzgado y condenado penalmente. Debe advertirse que, a fin de preservar el prin-

¹¹ BELOFF, Mary A., “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, comp. por Martín Abregú y Christian Courtis, Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto, 1997, pp. 626 y 627.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

cipio de inocencia, las únicas restricciones admisibles son las medidas que garantizan la realización del proceso penal.

Otra garantía que se encuentra afectada en la prohibición de la persecución penal múltiple. En el caso concreto se advierte que en un mismo momento Alex está siendo investigado penalmente y corre el riesgo de ser condenado, a la vez, es “castigado” por haber sido acusado de cometer un delito en virtud de las medidas de disposición ordenadas en el marco del expediente tutelar. Consideramos que el hecho de que se lo interrogue en el marco del expediente tutelar y separadamente se investiguen las circunstancias del ilícito en el expediente actuario pone a Alex en un estado de indefensión, ya que caen sobre él dos investigaciones paralelas, producto ambas de una doble persecución penal por la misma situación.

También se encuentra vulnerada la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial, ya que para un caso y en el mismo Juzgado tramitan dos expedientes con competencia diversa, como son el “expediente tutelar” y el “expediente actuario”. Pese a esta separación de los expedientes, durante la intervención judicial se produce comunicabilidad de distintas circunstancias del imputado. Es indudable que el conocimiento y la intervención del Juez en el expediente tutelar de Alex, disponiendo distintas medidas de tutela, le genera un conocimiento (directo o indirecto) sobre los hechos que son materia de debate, que puede provocar prejuicios e impresiones que influyan al momento de analizar su responsabilidad penal. Tal vez, sea necesario un conocimiento del imputado y de su medio al aplicar la pena para una determinación más ajustada, pero no resulta exigible este conocimiento para verificar la materialidad y la autoría del hecho imputado.

Otra garantía procesal fundamental en un Estado Constitucional de Derecho es el derecho del imputado a negarse a declarar. Alex es obligado a declarar en el expediente tutelar y confía que esta medida de alguna forma contribuirá a su situación personal. El grave problema que existe es que la información aportada por Alex es conocida por el magistrado e indudablemente va a influenciar en su decisión. Se ha dicho: “En el expediente tutelar pueden incorporarse declaraciones del ‘menor’ sometido a tutela, referidas a su vida, su situación familiar y social, su conducta, etc., en donde no se respeta garantía alguna. Estas declaraciones

pueden ser tenidas en cuenta para la adopción de algunas de las ‘medidas tutelares’ que luego disponga el juez”.¹²

La Constitución Nacional en el art. 18 y el art. 19 vela por la intimidad de las personas. En el expediente tutelar se confeccionan innumerables diagnósticos e informes socioambientales tanto sobre el adolescente como sobre su familia. Se investiga dónde y con quién vive el niño, a qué se dedican sus padres, qué actividad desempeña el joven, si estudia, en qué ocupa su tiempo libre, si trabaja, si tiene hermanos y a qué se dedican. De modo que el niño sufre continuas intromisiones a su intimidad, que no han sido consentidas en ningún momento.

Frente a estos planteos el Juzgado Nacional de Menores nro. 1 no hizo lugar al cierre de las actuaciones tutelares y mantuvo la disposición provisoria sosteniendo que no constituye una facultad judicial, sino un deber legal que surge del Régimen Penal de la Minoridad. Sostuvo que este deber tiende a posibilitar que el magistrado pueda ejercer las facultades conferidas en el art. 4º de la ley 22.278, teniendo en cuenta que Alex está siendo imputado de la comisión de un delito y es punible en función de su edad.

Según sostuvo la magistrada interviniente, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todas las medidas concernientes a los jóvenes que adopten los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño. Entre esos cuidados se encuentra la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores y la adopción de las diversas medidas de cuidado para supervisar su evolución cuando corresponda mantenerlo en libertad.

De modo que se logró que se explye en su resolución judicial sobre la justificación de la disposición tutelar por parte de la Justicia de Menores.

Suspensión de juicio a prueba

Cuando se declaró clausurada la instrucción, propusimos la suspensión del juicio a prueba en esta etapa con argumentos similares al caso

¹² BELOFF, Mary y José Luis, MESTRES, “Los recursos en la justicia de menores”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 180.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

de “Federico”. El objetivo era lograr que se conceda probation antes de ser elevada a juicio a fin de ampliar el uso de este instituto que posibilitaría descomprimir los Tribunales Orales de Menores.

El Juzgado Nacional de Menores nro. 1 denegó el pedido y elevó el expediente al Tribunal Oral de Menores. Sostuvo que el artículo 349 del Código Procesal de la Nación le otorga a la defensa únicamente dos facultades. La primera consiste en el planteo de las excepciones y la segunda es discrepar con el dictamen del acusador público, expresándolo a través de su oposición a la elevación a juicio del proceso y solicitando el sobreseimiento. Además, sostuvo que la petición de la suspensión de juicio a prueba debe ser formulada una vez completada la instrucción del sumario y después del auto o decreto de elevación a juicio. Por ello, en el caso de Alex se consideró que la petición ha sido solicitada extemporáneamente.

En consecuencia, se limitó el alcance del instituto de la probation, impidiendo que sea aplicado en los albores del proceso penal juvenil.

CASO “HERNÁN Y FERNANDO”

En la causa 4015, se le imputa a Hernán y Fernando haber integrado un grupo de quince personas que en el 2003, mediante el uso de elementos como palos, piedras y botellas, dañó las instalaciones de un kiosco de la Ciudad de Buenos Aires, causó lesiones leves a sus propietarios y sustrajo la recaudación. También, se encuentran imputados en la causa 3249 de intentar sustraer elementos de valor del interior de un taxi, dañar otro auto, romper los vidrios de un edificio y robar una bicicleta en octubre de 2003.

Ambas causas ya han sido elevadas a juicio, quedando radicadas en el Tribunal Oral de Menores nro. 3 y todavía esperan fecha de juicio

Embargo

Debido a que Hernán quería realizar una operación inmobiliaria, pero estaba inhibido a causa del procesamiento en ambas causas, se hizo un escrito para levantar dicha inhibición y sustituirla por un embargo. Se solicitó que se deje sin efecto la inhibición de bienes alegando que se causaba un gravamen irreparable a Hernán, ya que no le permitía acceder a un crédito inmobiliario otorgado para la adquisición de una vivienda.

El Tribunal Oral de Menores nro. 3 con gran celeridad decidió sustituir la garantía, levantándose la inhibición y se pudo hacer la operación inmobiliaria.

Falta de acción y plazo razonable

Solicitamos la excepción de falta de acción y el dictado del sobreseimiento por la afectación de la garantía de duración razonable del proceso penal, ya que ambas causas llevan más de 5 años de trámite y no presentan complejidades procesales. Se utilizaron argumentos similares al del caso “Pablo”.

El Tribunal Oral de Menores nro. 3 rechazó el planteo considerando que “la causa ha tenido hasta el momento un trámite regular pero aun tratándose de hechos de poca complejidad y de las aspiraciones del Tribunal de fijar la pertinente audiencia en el menor tiempo que resulte factible, ello no se ha concretado en razón de encontrarse excedidas sus posibilidades ante la desproporción existente entre las causas que ingresan y la insuficiente infraestructura con las que cuenta, lo que obliga a escalonar los debates según el orden de urgencias en el que resultan prioritarias, sin dudas, aquellas en las que se encuentran personas detenidas”. Se agrega que “fácilmente se advierte que sin un adecuado cambio legislativo que se sume al diario esfuerzo de empleados, funcionarios y magistrados, no es posible revertir el hecho de que un proceso como éste se vea demorado por las razones expuestas supra, lo que nos lleva a concluir –y sin que ello implique considerar que las falencias del sistema deban recaer en cabeza de los imputados que se ven afectados por la incertidumbre que conlleva la falta de una sentencia firme– que en la actual situación, objetivamente, el presente no registra un tiempo de trámite mayor que otros similares en cualquier Tribunal Oral de Menores de esta Ciudad, y que, consecuentemente, no se ha excedido el plazo razonable para su culminación”.

Frente a esta resolución, se interpuso un recurso de casación. El 15 de diciembre de 2008, la sala IV rechazó el recurso, pero hubo un voto en disidencia del magistrado Díaz Ojeda que consideró que correspondía decretar el sobreseimiento de ambos imputados acogiendo a nuestra argumentación. Afirma el magistrado “la instrucción preparatoria insumió

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

más de dos años y medio, habiendo mediado entre la citación a prestar declaración indagatoria (2/06/2003) y el requerimiento de elevación a juicio (15/09/95) un lapso de más de dos años y tres meses, lo que implica un significativo apartamiento de los plazos previstos en el artículo 207 del CPPN. Seguidamente, elevada la causa a juicio con fecha 10 de agosto de 2006, no habiéndose fijado todavía fecha para la celebración de audiencia de debate". A continuación, considera que no hay ninguna razón que justifique esta extensión temporal teniendo en cuenta la falta de complejidad del hecho investigado, la actividad procesal de la defensa y la conducta de las autoridades judiciales. Asimismo, sostiene que para la no aplicación del castigo "Concorre en igual dirección el principio general de política criminal que caracteriza al Derecho Penal juvenil como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, que extrema su vigor cuando de menores infractores se trata". Por el contrario, la mayoría de la sala IV, integrada por González Palazzo y Hornos consideró que "no ha sido demostrada con evidencia, ni se desprende plausiblemente de la compulsa de autos, más aún teniendo en consideración que los actuados se encuentran actualmente en la etapa de juicio y los imputados no se ven privados de su libertad, por lo que, la obtención de una resolución definitiva del pleito que ponga fin a las restricciones que implica el mero sometimiento de la recurrente al juicio penal no puede considerarse un derecho denegado (art. 16 de la CN)". Se justificó la duración del proceso y la falta de afectación de la garantía constitucional por la crítica situación de los Tribunales Orales de Menores, por la gravedad de los delitos imputados que tienen una pena de 15 años de reclusión o prisión y de 4 años de prisión y porque las partes ya fueron convocadas a juicio.

Por ende, a través de nuestro planteo, hemos producido una sólida discusión judicial sobre la aplicación de esta garantía a los adolescentes.

CASO "ARIEL"

El joven Ariel resultó imputado del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda.¹³ Se lo acusa de un hecho ocurrido el

¹³ Causa 21.410/09, tramitó inicialmente en la Fiscalía descentralizada de La Boca; como el joven era mayor de 18 años se aplicó el régimen ordinario.

21 de mayo de 2009 cuando una pareja, mientras transitaba por un muelle turístico, fue rodeada por un grupo de personas. Un joven le arrebató a la mujer una cámara fotográfica y todos se fugaron del lugar. El damnificado lo persiguió hasta que uno de los jóvenes del grupo lo amenaza con golpearlo, entonces desistió.

Las víctimas denunciaron este hecho a la Prefectura Naval y dos oficiales detuvieron a dos jóvenes que se encontraban por la zona, pero no poseían la cámara fotográfica presuntamente sustraída. Uno de los jóvenes era Ariel. Sin embargo sus características, no coinciden con la descripción física que dieron las víctimas.

Nulidad de detención

La causa fue instruida por la Fiscalía por aplicación del art. 353 bis del Código Procesal Penal de la Nación. En esta instancia planteamos la nulidad de la detención, porque la descripción de las víctimas a los oficiales preventores no se correspondía con las características físicas de nuestro defendido. En consecuencia, no había causa razonable que justifique la detención de Ariel. Para ello, solicitamos la aplicación del precedente de la Corte Suprema “Daray, Carlos A. s/ Presentación” (22/12/94, Fallos: 317:1985) donde se sostuvo que era ilícita la detención sin orden judicial de quien ni fue visto cometer delito alguno por el personal policial, ni surge indicio alguno que razonablemente pudiera sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito. También se mencionó el precedente “Fernández Prieto” (12/11/98), donde el magistrado Petracchi considera que debe haber razones y elementos objetivos para justificar una detención (considerando 7). Al respecto detalla, con base en la jurisprudencia norteamericana, que “El funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo (‘Sibron vs. New York’ [392, U. S., 40, 64 - 1968])” (considerando 8).

En este caso, el único elemento que justificó la detención policial de Ariel es haberlo encontrado en las cercanías del lugar donde ocurrió

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

minutos antes un robo y estar vestido con una campera azul, tal como hubieran señalado las víctimas del robo. Sin embargo, el joven Ariel también llevaba puesta una gorra blanca y tiene un tatuaje muy notorio en su cuello, lo cual no fue informado por las víctimas. Por ende, consideramos que no habían razones objetivas que justifiquen su detención deviniendo inválida, como todos los actos consecuentes, en virtud de la teoría de los frutos del árbol venenoso.

Nuestra petición fue denegada por el magistrado de grado, ya que se consideró que sí había elementos suficientes para justificar la detención. Se dedujo un recurso de apelación reiterando los argumentos planteados anteriormente. Sin embargo, la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión.

Actualmente, la causa fue elevada a juicio y planteamos la probation, que fue concedida.

CASO “JULIÁN”

Julián se encuentra imputado en una causa penal¹⁴ por haber participado junto con otro joven en un robo con armas de fuego el 27 de enero de 2009 en una mensajería ubicada en la Ciudad de Buenos Aires cuando tenía diecisiete años de edad. Según el auto de procesamiento, dictado el 3 de marzo de 2009, ingresaron al negocio y golpearon en la cabeza a su propietario despojándolo de un reloj y de la suma de 50 pesos. Así también, le sustrajeron a un empleado dos teléfonos celulares y una motocicleta.

Los jóvenes fueron detenidos el 29 de enero de 2009 al mediodía cuando circulaban con la moto del empleado del negocio por el barrio de la mensajería y fueron reconocidos por ambas víctimas. En el momento de ser detenidos, se le dictó a Julián la internación en el Instituto Rocca como medida de disposición tutelar.

Cuestionamiento a la internación

Apenas recibimos la consulta, presentamos el 13 de febrero de 2009 un escrito solicitando la externación.

¹⁴ Expte. nro. 3510, Juzgado Nacional de Menores, nro. 1.

En primer lugar, planteamos la ilegalidad de la privación de la libertad en centros cerrados por motivos tutelares. Para ello, consideramos que la ley 26.061, que ha derogado al régimen de la ley 10.903 con el fin de ajustarse a los criterios dispuestos por las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos, establece que las medidas de protección no deben consistir en la privación de la libertad del adolescente y deben ser adoptadas por autoridades administrativas (arts. 33 y 36 de la ley 26.061). Por ende, las medidas de disposición con fines de protección del niño que autoriza el régimen penal de la minoridad y el Código Procesal Penal de la Nación, en el caso de considerarse válidas constitucionalmente, no deben significar necesariamente la privación de la libertad del adolescente en un instituto.

Asimismo, sostuvimos la improcedencia de la privación de la libertad como medida de protección en este caso concreto. Al respecto argumentamos que en los instrumentos de derechos humanos, la privación de la libertad de un adolescente debe ser utilizada como medida de último recurso y en forma excepcional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37, inc. b, y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad, Regla 17), lo cual implica que el magistrado justifique debidamente la imposibilidad de aplicar otras medidas o bien su ineficacia. En particular, en este caso, el joven Julián contaba con un núcleo familiar comprometido con su debida crianza y cuidado, pudiendo adoptarse otra medida más efectiva en resguardo de su interés superior. Asimismo, manifestamos que el joven le contó a su familia que quería retornar al hogar y aceptaba someterse a todas las condiciones que puedan serle impuestas durante la tramitación del proceso.

Finalmente, sostuvimos la necesidad de aplicación del art. 331 del Código Procesal Penal de la Nación, referente al plazo en el pedido de excarcelación, a fin de que se expida el Defensor de Menores y el juez resuelva de inmediato.

Nuestro planteo fue rechazado en primera instancia fundándose, en primer término, en el estado de sospecha respecto del imputado (procesamiento no confirmado aún). Asimismo, se expresa que el informe aportado por el Centro de Admisión y Derivación expresa que “las amistades de Julián son del ámbito de la trasgresión (...) impresionando su

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

grupo de origen –dentro del cual se encuentran sus hermanos Maximiliano, adicto a la pasta base, y Ricardo, detenido en la Unidad Penitenciaria de Olmos– como una familia disfuncional que esquivaba preocuparse por la situación del joven, quien además establece vínculos con modelos comportamentales negativos, con características de matiz violento, razones por las cuales las profesionales informantes concluyen en la necesidad de continuar trabajando con el joven y su entorno próximo con el objetivo de delimitar una alternativa viable a su internación”. Seguidamente se sostiene que “la dificultad que evidencian los progenitores en brindarle a Julián sostén y contención, sumado a la proclividad de éste a establecer vínculos con modelos transgresores son pautas objetivas de valoración que permiten presumir fundadamente que en caso de disponerse su egreso bajo la guarda de aquéllos se comprometería su sujeción al proceso”. De modo que se advierte que se combinan justificativos tutelares con procesales (peligro de fuga).

En virtud de esta resolución, se planteó un recurso de apelación manteniendo los razonamientos sostenidos en la primera instancia y criticando los argumentos de tinte peligrosista de la magistrada de grado. Al respecto, se consideró que la privación de la libertad se basaba en la supuesta peligrosidad de Julián lo que afectaba la concepción de Derecho Penal de acto que recepta nuestra Constitución Nacional. Se señaló que sólo se tuvo en cuenta cierto estado (amistades, familiares adictos a las drogas o vinculados con actividades delictivas) para disponer la privación de la libertad. Al respecto, nuestra Corte Suprema ha sostenido que “18) Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo” (“Gramajo, Marcelo Eduardo s/Robo en grado de tentativa –causa 1573–”, 5 de septiembre de 2006). Asimismo, nuestro máximo Tribunal ha cuestionado la constitucionalidad de las medidas restrictivas de la libertad sobre la base de la peligrosidad alegando que “(a) (...) considerada seriamente y con base científica, nunca puede ser base racional para la privación de la libertad

por tiempo indeterminado; (b) (...) la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el Derecho Penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario; (c) por último, no lo es, porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes" (caso "Gramajo"). Agregando que "no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona con independencia del *nomen juris* que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual".

El 6 de abril de 2009, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, confirmó la resolución de la magistrado de grado. En primer lugar sostuvo, con cita de precedente "Famoso" (17 de marzo de 2004) que "la internación de un menor dispuesta por el juez de grado debe ser fundamentada y la restricción de su libertad analizada con el mismo celo que el encarcelamiento preventivo de un mayor, con la consecuente motivación, conforme la Convención sobre los Derechos del Niño (...) cada vez que se plantee una apelación atinente a la situación procesal de un menor dispuesto, se remita el expediente tutelar correspondiente". Desde ya, éste es un estándar que fortalece el control por parte de la Cámara de toda decisión de los magistrados de menores, implicando que la privación de la libertad debe ser fundada y es revisable en forma amplia por parte de la Alzada merituando tanto el expediente actuario como el tutelar.

Sin embargo, los magistrados habiendo analizado el expediente tutelar consideran que "de los informes psicológicos y sociales practicados sobre el menor y su entorno familiar se desprenden pautas objetivas que justifican mantener la internación dispuesta por la Sra. Juez de grado. En tal sentido, adviértase que tanto el Instituto Manuel Rocca (...) como así también la Defensora Pública de Menores (...) fueron contestes al manifestar que no están dadas las condiciones para su egreso, teniendo en cuenta que de las entrevistas llevadas a cabo se colige que sus padres no cumplen con las funciones normativas que les son exigibles como tales, siendo que la progenitora se encontraría avocada mayormente a

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

otro de sus hijos con problemas de adicción, mientras que el diálogo entre el menor y su padre en 'casi nulo'. Asimismo, de la concurrencia mantenida con el joven se arribó a la conclusión de que 'tendría sobre su subjetividad los modelos transgresores y adictivos procedentes de algunos miembros de su entorno inmediato'. Se advierte que la resolución de la Cámara ha justificado la medida de internación en pautas vinculadas con la protección del adolescente, abandonando en gran medida los argumentos peligrosistas de la Jueza de grado.

Finalmente, se señala que "el planteo de la defensa respecto de la lisa y llana externación del menor no es procedente, sin perjuicio de que deberán arbitrarse los medios para analizar alguna otra medida de protección que no impliquen la internación del joven en un instituto de menores": En conclusión los magistrados ordenan que se aplique, en la medida de las posibilidades, una medida de protección alternativa, lo que permite efectivizar la idea de excepcionalidad en la privación de la libertad.

En función de esta resolución, solicitamos la aplicación de una medida de protección alternativa a la privación de la libertad. Para ello, requerimos la externación y que el joven quede a cuidado de un familiar competente e idóneo. Remarcamos que cuenta con tres hermanas que viven en forma independiente y una tía. Asimismo, postulamos que la asistencia a un establecimiento educativo, la colaboración por parte de la Iglesia y los talleres barriales podrían servir de contención para el joven.

En nuestra presentación, también señalamos que la internación del joven en el Instituto Rocca fue ordenada por el tiempo mínimo indispensable para ordenar y contar con los estudios de su personalidad y de sus condiciones familiares y ambientales. Desde ya, se advertía que ese tiempo mínimo ya había transcurrido y la privación de la libertad con fines tutelares le impide realizar los objetivos que se había propuesto con anterioridad en relación al trabajo y al estudio y no le permite una plena inserción social.

Resaltamos que en el expediente tutelar surge una clara intención del joven de reintegrarse socialmente, ya que concurre todos los días al colegio y participa regularmente de talleres de oficios (carpintería).

Finalmente, nuestro pedido fue atendido y se ordenó la libertad del adolescente en julio de 2009 por orden del Tribunal Oral de Menores nro. 2.

CASO "DANIEL"

Daniel se encontraba imputado de cometer junto con una persona adulta un robo mediante el uso de un arma blanca acontecido el 21 de agosto de 2007.¹⁵ En ese momento, Daniel, tenía 17 años de edad. La víctima fue un chofer de un taxi y le habían sustraído dinero y sus documentos.

Los imputados fueron detenidos a pocos metros de la víctima por personal policial. Nuestra intervención como defensores comenzó cuando la causa ya estaba elevada a juicio.

Falta de requerimiento de instrucción

Como nunca se había producido el requerimiento de instrucción, ya que la causa se inició con la prevención policial y nunca intervino el Fiscal hasta producirse el requerimiento de elevación a juicio, plantemos la nulidad de la declaración indagatoria y de todos los actos posteriores. Consideramos que esta falta de intervención del Fiscal afectó en este caso el debido proceso y la defensa en juicio, ya que la investigación fue conducida exclusivamente por el magistrado. Incluso el objeto de la investigación fue definido por la prevención policial. Pusimos hincapié en que en los procesos juveniles se exige la intervención de órganos especializados que, en este caso, sería el Fiscal de Menores.

Este planteo fue rechazado por el Tribunal Oral de Menores nro. 3 considerándose que es admisible el inicio de una causa judicial por la prevención o información policial cuando constatan de modo directo la comisión de un delito. Se agrega que no se actuó de oficio y que la Fiscalía tenía conocimiento de la investigación judicial.

Juicio oral

Debido a que la persona coimputada de nuestro defendido se encontraba privada de la libertad por medio de la prisión preventiva esta causa tuvo tratamiento prioritario y se celebró el debate oral en junio de 2009.

¹⁵ Causa 1034/2007, Tribunal Oral de Menores, nro. 3.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

Nuestro planteo defensivo procuró poner en duda el uso de un arma, ya que la víctima nunca la pudo ver, sino que sólo sintió que le apoyaron un objeto filoso en el cuello, y considerar el hecho como una tentativa, ya que los imputados fueron detenidos por el personal policial a pocos metros de la víctima sin tener la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos. Éste fue un criterio sostenido por la jurisprudencia, a saber: “El delito de robo debe quedar en grado de tentativa, si la inmediata detención del acusado a unos cien metros del lugar del hecho, cuando intentaba alejarse a la carrera y el secuestro de los efectos de los que se había despojado al damnificado, impidió que llegara a tener en algún instante la posibilidad de disponer de dichos efectos” (Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6, “Romero, Mariano Osvaldo”, 16/4/2001). En similar sentido, se consideró que “El suceso debe quedar en grado de tentativa pues, tanto por el escaso lapso transcurrido hasta la aprehensión del inculcado, como por el recupero de los objetos pertenecientes a la víctima, puede aseverarse que los funcionarios policiales que detuvieron al acusado, en la emergencia, generaron una custodia ‘ficta’ que impidió la consumación del ilícito. Ha de responder el encartado, por ende, como autor del delito de robo en grado de tentativa” (Tribunal Oral en lo Criminal nro. 20, “Paniagua, Claudio Javier”, 28/11/2000) .

Debe remarcararse que el hecho no fue calificado durante la etapa de instrucción como tentativa, a nuestro juicio, por la errónea descripción fáctica de la prevención policial. Lo cual demuestra los perjuicios que provoca admitir que la definición del objeto de la investigación quede a cargo del personal policial.

El Tribunal Oral de Menores nro. 3 finalmente resolvió declarar la responsabilidad penal de Daniel por el delito de tentativa de robo agravado por la comisión mediante un arma. Este Tribunal concluyó que el delito había quedado en grado de tentativa, porque la víctima nunca perdió de vista a los autores del hecho.

Sin embargo no fijó la pena, ya que decidió prorrogar el tratamiento tutelar por el término de 6 meses (nuestro defendido en ese momento aún era menor de edad, ya que tenía 19 años). En ese marco, se dispuso que Daniel debe mantener residencia en el domicilio aportado, ajustarse a la supervisión del Tribunal a través de las entrevistas domiciliarias

con el Asistente Tutelar que se designe, finalizar la gestión de obtención del documento nacional de identidad y procurar ocupación útil.

QUERELLAS DE JÓVENES VÍCTIMAS DE DELITOS

CASO "MALENA"

La madre de la niña Malena de 5 años de edad realiza una denuncia el 22 de noviembre del 2007, declarando que su hija le manifiesta que el 16 de noviembre de 2007, cuando se encontraba jugando en la terraza con su amiga, se le acercó el padre de ella y le introdujo por debajo del pantalón de *jean* que vestía una de sus manos, manoseándole la cola y los genitales.

El 28 de mayo del 2008, el Juzgado Nacional de Instrucción resolvió elevar la causa a juicio por el delito de abuso sexual (art. 119 del Código Penal, 1^{er} párrafo y último párrafo en relación al inc. a). La causa tramitó en el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 16 de la Capital Federal.

Custodia policial

En julio de 2008, se solicitó la custodia policial en la vivienda por ciertas actitudes agresivas del imputado hacia la familia de Malena. De acuerdo a lo manifestado por los padres de la niña, el imputado continuaba viviendo en el mismo lugar que su familia, donde todos los días eran angustiantes, ya que los provocaba constantemente.

Como respuesta a nuestro pedido, el Tribunal Oral hizo lugar a lo solicitado disponiendo la custodia policial en la vivienda dando cumplimiento a lo previsto por el artículo 79, inciso c, del Código Procesal Penal de la Nación para protección de los familiares y de la niña.¹⁶

Condena en juicio abreviado

Antes de que se lleve a cabo la audiencia de juicio, el 23 de febrero de 2009, la defensa y la fiscalía solicitan la aplicación del instituto del

¹⁶ Código Procesal Penal de la Nación, art. 79: "Desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos (...) c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia".

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

juicio abreviado. El imputado reconoce la existencia y participación en el hecho imputado y acepta la calificación del requerimiento de elevación a juicio. La Fiscal interviniente solicita que se condene al imputado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional. Asimismo requiere que se tomen ciertas medidas de restricción para que el imputado permanezca alejado de la niña.

Ante esta presentación como querrela emitimos nuestra opinión ante el Tribunal donde manifestamos la adhesión a lo peticionado por la Fiscal, debiendo tenerse en cuenta que para la determinación de la pena aplicable debe valorarse el grado de vulnerabilidad de la víctima por su corta edad (5 años al momento del hecho), como así también el aprovechamiento por parte del imputado de la situación de vecindad existente, lo cual le permitió un gran dominio de la situación. Se citó como precedente jurisprudencial “Vilca Mamani, Liborio” del 11 de agosto de 2008, en el cual el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 16, expresó: “la propia naturaleza y características del aberrante hecho cometido por el procesado contra una niña que, como ya se dijo, al momento del suceso sólo contaba con ocho años de edad, la circunstancia de haber sido abusada en el propio interior del edificio en donde vivía por parte de quien se había ganado no sólo su confianza sino la de su grupo familiar, la ausencia de motivo alguno para violentar la esfera de protección sexual de la niña, el alto grado de vulnerabilidad que una menor de dicha edad presenta y que indudablemente debió haberse representado el imputado, la actitud asumida por el encausado luego de la comisión del hecho y su personalidad moral”.

Con relación a la medida de restricción de acercamiento del imputado se mencionó los artículos 34 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Directriz nro. 8 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigo de delitos. Allí se establece que “*Interés superior del niño*. Si bien deberán salvaguardarse los derechos de los delincuentes acusados o declarados culpables, todo niño tendrá derecho a que su interés superior sea la consideración primordial. Esto incluye el derecho a la protección y a una posibilidad de desarrollarse en forma armoniosa. *Protección*. Todo niño tiene derecho a la vida y la supervivencia y a que se le proteja contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el abuso o el descuido físico, psicológico,

mental y emocional. *Desarrollo armonioso*. Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente armonioso y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el caso de un niño que haya sido traumatizado, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para que disfrute de un desarrollo saludable”.

En marzo de 2009, el Tribunal Oral en lo Criminal resuelve condenar al imputado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por resultar un grave daño en la salud física o mental de la víctima a la pena de tres años de prisión en suspenso. Asimismo decide imponerle como reglas de conducta la realización de tareas comunitarias en Caritas y la abstención de frecuentar lugares de concurrencia de la niña Malena a fin de protegerla.

CASO “EMILIANO”

En la segunda quincena del mes de diciembre de 1989, en un viaje realizado por los alumnos de 7º grado, el alumno Emiliano de 13 años de edad fue víctima del delito de corrupción por parte de un cura y profesor de la institución, volviéndose a repetir dicho episodio en la biblioteca del colegio.

Las actuaciones se iniciaron con la denuncia formulada en junio de 2000 y está a cargo del Juzgado Nacional de Instrucción nro. 4.

El imputado se dio a la fuga, luego del dictado del procesamiento, fue detenido en los Estados Unidos por portación de documentación falsa, encontrándose de ese modo en una situación de ilegalidad y pudiendo ser deportado. Al momento de llevarse a cabo dicha detención, paralelamente se había librado orden de captura internacional emanada del Juzgado de Instrucción, a raíz de la denuncia efectuada por Emiliano, la cual fue recibida por Interpol Argentina con sede en Washington.

Extradición

Debido a que las autoridades norteamericanas nos informaron que la deportación es un proceso lento y su resolución podría llevar meses y, posiblemente, años; se decidió solicitar la extradición, en virtud de los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a fin de asegurar la garantía de duración razonable del proceso penal,

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

que ya lleva 8 años de trámite. Consideramos que esta garantía es aplicable a las víctimas de delitos.

Además, se tuvo en cuenta el Tratado bilateral de extradición que ha firmado la República Argentina con el gobierno de los Estados Unidos y se justificó el cumplimiento de los requisitos exigidos. Se señaló que el delito por el que está siendo sometido el imputado a juicio, es punible de acuerdo a la legislación penal de los Estados Unidos con una pena que excede el piso mínimo requerido a los fines de solicitar la extradición. Además, es manifiesta la circunstancia de que el delito ha sido cometido en territorio argentino, por lo cual, nuestro país se encuentra legitimado como Estado requirente a los fines de la extradición del imputado.

Como respuesta a nuestro pedido el Juzgado inició el proceso de extradición, que se encuentra en trámite.

CASO “CAMILA”

El 29 de agosto de 2007, la Sra. López realizó una denuncia contra su pareja Ramón, porque su hija Camila de 15 años de edad le contó, entre llantos, que mantuvo relaciones sexuales desde los 13 o 14 años aproximadamente con esta persona. Hoy Camila tiene 16 años y cuenta detalladamente cómo este hombre aprovechaba que su madre estaba trabajando para abusar de ella reiteradas veces. En su diario íntimo, prueba fundamental, refleja la angustia y la confusión que casi la llevan a la muerte por un intento de suicidio. La causa actualmente ha sido elevada al Tribunal Oral en lo Criminal nro. 27 y todavía no se ha realizado el juicio oral.

Calificación Legal

Consideramos que el hecho imputado a Ramón queda tipificado en el artículo 120 del Código Penal (abuso sexual) siéndole aplicable la figura calificada (segundo párrafo) en virtud de los incisos b, y f, del artículo 119 del Código Penal (el hecho fuere cometido por encargado de la guarda y contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente) en concurso ideal con la figura penal prevista en el artículo 125, último párrafo del Código Penal (corrupción de menores).

Se consideró aplicable esta calificación legal porque ha quedado demostrado en el sumario que el imputado compartía la vivienda con la víctima y con su madre y se encargaba materialmente su cuidado. Por su parte, la figura de corrupción de menores, prevista en el artículo 125 del Código Penal, suele ser definida como la depravación de los modos de conducta sexual en sí misma o la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima al torcer el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad, o bien la deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad.¹⁷ Se agrega que en la figura penal de corrupción se protege fundamentalmente la libertad sexual y supletoriamente la normalidad sexual.¹⁸

Debe tenerse en cuenta que en el art. 125 del Código Penal, la corrupción se materializa mediante dos verbos típicos: promover y facilitar. Es por ello que Núñez sostiene que no se trata, por consiguiente, de un delito de resultado material, sino de un delito formal, porque su criminalidad reside ya en el peligro de que la conducta del autor corrompa, prostituya o mantenga en la corrupción o prostitución a la víctima o aumente su depravación sexual. Es sólo necesario, pues, que el acto propenda a la corrupción, ponga en peligro la sana y normal fisiología sexual de la víctima, máxime en los casos de los niños y niñas.¹⁹ En consecuencia, sólo basta verificar que se realizó una conducta con potencialidad corruptora en perjuicio de la niña, sin verificar si efectivamente se la corrompió.

Por su lado, la Fiscal califica la conducta del imputado como constitutiva del delito de estupro agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente. Como fundamento, alega que la jurisprudencia ha expresado que “aun cuando el acceso carnal haya sido consentido por la víctima, no mediando violencia ni intimidación, el hecho de que ésta tuviera trece años al momento de los hechos y que carecería de experiencia sexual pone de manifiesto que corresponde encuadrar la conducta del imputado en el delito previsto en el art. 120 del Código Penal” (Cámara 2ª de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Formosa, “C. E. I.”, 18/05/2005).

¹⁷ TENCA, Adrián M., *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 144.

¹⁸ TENCA, *Delitos sexuales* cit., p. 144.

¹⁹ NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Omeba, t. IV, p. 341.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

El Juzgado Nacional de Instrucción nro. 3, por su parte, el 11 de agosto 2008, entendió que se ha dado acabado cumplimiento a las previsiones establecidas las normas procesales, declaró clausurada la instrucción en la presente causa y respecto de Ramón, correspondiendo en consecuencia elevar la causa a juicio.

CASO “LUCÍA”

El 16 de septiembre del año 2007, la señora Virginia realiza una denuncia contra su pareja Felipe, en la cual declara que, cuando regresaba de su trabajo, al ingresar a la habitación de su hija Lucía, de 14 años de edad, los encuentra en la cama, desnudos. La hija desesperada le cuenta que Felipe la había obligado a mantener relaciones sexuales reiteradas veces durante un mes y diez días.

El 30 de septiembre de 2008, se realizó el juicio oral en el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6. El imputado estuvo privado de la libertad durante el proceso penal por medio de la prisión preventiva.

Calificación legal

Tras producido el debate, se mantuvo la calificación de nuestro requerimiento de elevación a juicio, por la cual se consideraba el hecho imputado a Felipe como la reiteración del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el grave daño a la salud provocado a la víctima y por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, en virtud de lo establecido en los incisos a, y f, del artículo 119 del Código Penal de la Nación. La escala penal aplicable es de 8 a 20 años de prisión o reclusión

Juicio

En el juicio, uno de los principales elementos de prueba fue la declaración de la niña, a través de la cámara Gesell, que fue recreada en el juicio oral. Se le permitió incluso a las partes formular preguntas a través de la psicóloga. En los alegatos se fundamentó la credibilidad de los testimonios de los niños. Se advertía que el relato de la niña no era estructurado, por lo tanto, no había sido preparado y se notaban los rasgos de angustias que demuestran que la joven vivenció lo narrado.

Asimismo, se valoraron los indicadores relevados por la perita psicóloga en particular: los sentimientos de inseguridad, la falta de confianza, la tristeza, la culpabilidad y la vergüenza de la niña; la baja en el rendimiento escolar y la aparición de dificultades de aprendizaje; su aislamiento social y la evitación de todo lo atinente a la sexualidad.

Debe destacarse que Lucía presentaba una desfloración de antigua data lo cual demuestra que mantuvo relaciones sexuales. Lo que cuestionó, en particular, la defensa es que no había rastros de lesiones físicas en los peritajes realizados. Por nuestra parte, justificamos a la hora de alegar que no siempre en un abuso sexual mediante el acceso carnal, se producen lesiones y, en muchos casos, llegan a cicatrizarse. Debe reseñarse que la diferencia etaria entre el autor y la víctima y el hecho que desempeñe un rol de autoridad provoca que la joven se someta sexualmente sin mucha resistencia. Por otro lado, se citó jurisprudencia que hace referencia a que no se exige la existencia de lesiones. Al respecto, se consideró que “Basta que el sujeto activo del delito de violación obre con energía e intensidad de acción para que se considere que el acceso carnal se consumó mediante el uso de la fuerza, sin necesidad de que el agente apele al ataque brutal ni que la víctima llegue a la resistencia heroica”.²⁰

La madre, que justo encontró a su hija con su pareja desnudos en la habitación, también produjo un relato creíble por la angustia que expresó al momento de relatarlo.

Una de las defensas esgrimidas por el abogado del imputado fue que el perfil de Felipe no era de “abusador” según el examen al que fue sometido. De todos modos, en nuestro alegato se citó jurisprudencia en la que se consideró que no todos los abusos sexuales son cometidos por personas que tengan un perfil de abusador. Al respecto, puede mencionarse el caso “Acosta” del Tribunal Oral en lo Criminal del Mar del Plata que dijo que hay abusadores normales: “que no existe tipología psiquiátrica ni psicológica de los abusadores sexuales, los cuales no suelen presentar signos de alienación o de trastornos notables de la personalidad. Se precisó que en los delincuentes sexuales no se observan estadísticamente síntomas patológicos o grandes anormalidades de la personalidad”.

²⁰ CCrim. de 2ª Nom. de Catamarca, 21/04/99, “Brizuela, José N.”, L. L. NOA 2000-1199.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

La pena solicitada fue de 20 años de prisión teniendo en cuenta la escala penal y la reiteración de los hechos de abuso (concurso real).

El Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6 resolvió condenar a Felipe a la pena de 17 años de prisión, considerando que el hecho cometido era abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia pre-existente.

La defensa planteó un recurso de casación, que fue rechazado. Actualmente, se encuentra en trámite un recurso extraordinario federal.

CASO “JAZMÍN”

En febrero del 2009 el papá de Jazmín realiza una denuncia penal contra el abuelo de la niña por abuso sexual debido a que habrían producido manoseos recíprocos en las zonas genitales.²¹ Este hecho se habría producido cuando la niña tendría tres años de edad. Posteriormente, con el patrocinio del Práctico Profesional, nos constituimos como parte querellante.

La principal prueba resulta ser la declaración de la niña por el método de cámara Gesell, ya que no hay indicios físicos del presunto abuso sexual al no haberse producido una penetración. El relato de la niña es considerado verosímil por la psicóloga debido a diversos indicadores como la elaboración no-estructurada y la adecuación contextual. De modo que se descarta que la niña fabule o haya sido inducida a declarar en contra de su abuelo.

Medidas de protección de la víctima

Luego de haber solicitado la declaración indagatoria del imputado, a través de una presentación como querellante, en septiembre de 2009 se requirieron medidas de protección urgentes y preventivas en el marco de la ley 26.485 (Ley de Protección Integral de las Mujeres) a fin de evitar el contacto del imputado con la niña preservando su integridad psíquica durante el proceso penal. En particular se solicitó la prohibición de acercamiento al lugar de residencia y demás sitios habituales

²¹ Intervino el JNac. de Instrucción nro. 15, expte. 6171/09.

de concurrencia de Jazmín. Para ello, se tuvo en cuenta el art. 26 de la ley 26.485 que detalla una serie de medidas preventivas urgentes aplicables por el magistrado en todo proceso judicial en el cual se denuncia la violencia sexual contra la mujer. Entre las medidas previstas se incluye: “Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia” (inc. a.1). Asimismo, se hizo alusión a la Directriz 8, inc. c.ii, de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos²² que establece que “Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente armonioso y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el caso de un niño que haya sido traumatizado, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para que disfrute de un desarrollo saludable”. De esta forma se procura que el proceso penal no sólo cumpla el objetivo de investigar el hecho delictivo denunciado, sino también de proteger a la víctima de futuras agresiones.

El magistrado, al momento de dictar el procesamiento, resuelve prohibir el acercamiento del imputado a menos de doscientos metros del domicilio de Jazmín hasta la finalización del proceso penal. Se advierte que el magistrado recién ordenó esta medida de protección con el dictado del procesamiento del imputado.

Procesamiento del imputado

El 22 de septiembre de 2009, el magistrado interviniente dicta el procesamiento del imputado por el delito de abuso sexual agravado por el vínculo, ya que el presunto autor es ascendiente de la víctima. Justifica la materialidad y la autoría del hecho en la declaración de la víctima y las pericias psicológicas. Al respecto sostiene que “la secuencia histórica queda perfectamente comprobada a través de los precisos, contundentes y congruentes testimonios tanto de la denunciante, la propia damnificada –que describe a pesar de su corta edad la forma y circunstancias en que fuera abusada–, como de la profesional que interviniera en la materia-

²² Aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su res. 2005/20 de 22/7/2005.

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

lización de los informes psicológicos ordenados”. Cabe remarcar que la juventud de la niña al momento de declarar.

Asimismo, tiene en cuenta los trastornos psicológicos de la niña que presentaba un síndrome de estrés postraumático. En consecuencia, se advierte que el magistrado repara en las especiales características de los hechos de abuso intrafamiliar (carencia de testigos directos y falta de evidencias físicas por la demora en denunciar) para analizar el marco probatorio. Asimismo, cita un fallo de Cámara donde se afirmó que “debe recordarse que a pesar de la negativa del imputado en relación a la comisión del hecho atribuido lo cierto es que la firme imputación de la víctima sumada a la incorporación de indicios relevantes son suficientes para sospechar que el imputado participó en el delito achacado, máxime en este tipo de delitos que se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros (CNCCorr., sala IV, 10-3-2003)”.

Esta resolución fue confirmada por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 26 de abril de 2009 basándose en la coherencia del relato de la niña. Actualmente, esta causa se ha elevado a un Tribunal Oral en lo Criminal.

CASO “VIVIANA Y JORGE”

En mayo del 2008, el padre de Viviana y Jorge se presenta ante la comisaría para realizar una denuncia contra su vecino Nicolás, acusándolo de haber abusado sexualmente de sus hijos²³. Este hecho se habría producido cuando sus hijos estaban al cuidado de la madre de Nicolás, la señora Nélica. Precisamente, Jorge fue abusado sexualmente en forma reiterada durante el 2001, cuando tenía entre 9 y 10 años de edad, sometiéndolo a manoseos en todo el cuerpo y obligándolo a practicarle sexo oral. Por su parte, Viviana sufrió el abuso sexual en el 2004, cuando contaba con 8 o 9 años de edad y el imputado se desnudó e intentó penetrarla por la vía vaginal.

Los padres de Viviana y Jorge se enteran del abuso sexual perpetrado contra su hijo Jorge cuando éste se los manifiesta. Luego se enteran de que Viviana también había pasado por una situación similar cuando se

²³ Interviene el JNac. de Instrucción, nro. 17, expte. 20.059/08.

lo cuenta a su hermano Jorge. En consecuencia, deciden hacer la correspondiente denuncia penal y luego se presentan como querellantes con el patrocinio del Práctico Profesional en octubre de 2008.

En este caso, la principal prueba también resulta ser el relato de los niños que se tomó mediante la cámara Gesell, ya que ambos eran menores de 18 años de edad en ese entonces. Ambos jóvenes hacen un relato concordante con lo manifestado por sus padres y es considerado verosímil por los profesionales intervinientes descartando la fabulación o que hayan sido inducidos por terceros. En particular se mencionan ciertos indicadores como la elaboración no estructurada, la presencia de detalles, la adecuación contextual, la admisión de falta de memoria y la resonancia afectiva. Asimismo, se verificaron en los peritajes psicológicos las secuelas psíquicas de experiencias traumáticas de carácter sexual.

Examen de los niños

Durante esta etapa probatoria, se solicitó que el médico ginecólogo que examine a la niña sea de su mismo sexo. Para ello, se recurrió a la Directriz 10 de las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos cuando dispone que “Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral”.

También, nos opusimos a que se le realice una pericia física al joven Jorge, que nunca manifestó haber sido penetrado. Para ello, se tuvo en cuenta el relato del niño y la protección de su integridad y su intimidad reconocida en los artículos 9º y 10 de la ley 26.061.

Ambos pedidos fueron tenidos en cuenta por el magistrado interviniente.

Procesamiento del imputado

En junio de 2009, se dictó el procesamiento del imputado por los delitos de abuso sexual simple en concurso real con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante. El magistrado de grado se basó en la de-

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

claración de los niños y los peritajes psicológicos. Asimismo, se valoró que “La clase de delitos como el investigado por lo general de los casos se concretan en un ámbito de reserva y privacidad que dificulta la tarea de investigación. En efecto, generalmente tal extremo impide la obtención de testigos presenciales de los hechos y la escasa edad de las víctimas, las dificultades propias del habla en personas que aún no han desarrollado su intelecto como adultos, y la vergüenza o pudor que las situaciones conflictivas que se denuncian les genera a las víctimas, no permite determinar las circunstancias precisas en que se cometieron los injustos que se traen a conocimiento de los tribunales”. Es de destacar que el magistrado considere que no resulta exigible ciertas precisiones sobre el momento y las circunstancias de los hechos imputados. De modo que se define un estándar especial respecto a la investigación de hechos de abuso sexual infantil donde no resultaría necesario acreditar con cierto grado de exactitud el día y el horario en que ocurrió el hecho.

Este procesamiento fue confirmado por la Alzada en agosto de 2009 (Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional), basándose en las declaraciones de los jóvenes y los informes psicológicos.

Medidas de protección de los niños

A fin de proteger a las presuntas víctimas, dado que el imputado era vecino y se había cruzado con los niños amedrentándolos, se solicitó la custodia policial y la prohibición de acercamiento. Para ello, se tuvo en cuenta, como en el caso de Jazmín, lo establecido por la ley 26.485 y el art. 79, inc. c, del Código Procesal Penal de la Nación, además de los estándares internacionales de derechos humanos.

El magistrado ordena la prohibición de acercamiento del imputado a 100 metros de las presuntas víctimas e implanta una consigna policial en su domicilio. En cuanto a la procedencia, considera que “las medidas cautelares en el proceso penal pueden ser dispuestas con anterioridad al auto de procesamiento, más cuando podrían preceder a la convocatoria a prestar declaración indagatoria”. Luego, tiene en cuenta el art. 26 de la ley 26.485 y la obligación de protección de la integridad psíquica, física, sexual, ambiental y educacional de los niños dispuesta por la Con-

vencción sobre los Derechos del Niño incorporadas al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Con respecto al principio de inocencia, considera que no es absoluto, de lo contrario, no sería procedente ningún acto procesal restrictivo y la medida a adoptar procura la protección futura de derechos.

Esta resolución, también fue confirmada por la Alzada, en agosto de 2009. Allí se consideró que “el estadio procesal en que se encuentra el legajo habilita la imposición de la medida de coerción –prohibición de acercamiento–, máxime cuando se erige como de naturaleza tuitiva, a diferencia de otras, pues su fin es la protección de la víctima frente a los riesgos que le generaría el mantener su contacto con el imputado”. En relación con el principio de inocencia se sostiene que “toda medida de coerción coarta derecho de la persona sometida a proceso, los cuales, por otro lado, tampoco son absolutos”. Sin embargo, se redujo la distancia fijada por el magistrado de grado a 50 metros porque el imputado reside a 100 metros de las presuntas víctimas. De modo que tanto en primera instancia como en la Cámara se admitieron medidas cautelares destinadas a la protección de las víctimas durante la etapa de instrucción.

Requerimiento de elevación a juicio

Habiendo quedado firme el procesamiento del imputado, se decretó la clausura de la instrucción y como querellantes solicitamos el requerimiento de elevación a juicio. En nuestra presentación, no compartimos el criterio del Juez de grado respecto a la calificación del delito que fue víctima la niña Viviana. Al respecto consideramos que debe ser calificado como tentativa de abuso sexual agravado por el acceso carnal, porque el imputado, más allá de los manoseos, intentó penetrarla por la cavidad vaginal. En consecuencia, se advierte que hubo principio de ejecución, porque el imputado estaba desnudo sobre la niña, y tenía la intención evidente de penetrarla, lo cual, no pudo ser consumado por la resistencia ejercida. En forma coincidente, se ha sostenido en la jurisprudencia que “Para calificar un hecho como tentativa de violación, debe poderse establecer que el propósito del agente era el acceso carnal en el que la violación consiste y no simplemente en un torpe desahogo, cosa no infrecuente y que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto con-

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

sumado (...) La figura correspondiente es la violación, pero no consumada sino tentada si el procesado no obró con el fin de satisfacer lascivamente su necesidad sexual, sino con el manifiesto propósito de acceder a la víctima, es decir, no con lo que constituiría el dolo del abuso deshonesto, que excluye el acceso carnal, sino con lo que sería dolo de violación (...) Que no haya concretado el *inter criminis* en toda su extensión, no cambia el tipo penal, menos aún, cuando demostrado está que el cese de la acción delictiva no se debió a su propia voluntad, sino a algo ajeno a ella" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, "Garnica, B.", 3 de abril de 1981). Asimismo, sostuvimos que según el relato de la niña, el presunto autor había realizado actos inequívocos compatibles con el comienzo de la ejecución de un hecho de abuso sexual agravado por el acceso carnal. Al respecto cabe citar el fallo "R., R. J." de la Cámara en lo Criminal de 1ª Nominación de Catamarca (20 de febrero de 2009, publicado en la L. L. NOA, 2009) donde se ha expresado que "encontrándose acreditado que el imputado, conforme lo declarado por la menor, la tocaba con su miembro viril en la vagina, del cual salía líquido, cuando llegó su madre, lo que impidió que continuara con su designio criminoso, corresponde calificar el hecho como abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, pues si bien comenzar a penetrar es ya consumación, los actos anteriores a esa penetración, cuando estén inequívocamente dirigidos a la violación, significan su tentativa".

CASO "ALEJANDRA"

Este caso se inició el 16 de junio de 2008 a raíz de una denuncia formulada por la madre de Alejandra porque el padre de la niña la abusó sexualmente en reiteradas oportunidades cuando convivían en hoteles de la Ciudad de Buenos Aires y de Santa Teresita. En ese momento, la niña vivía sólo con su padre, esta situación persistió hasta el año 2009, cuando tenía 12 años de edad.

El abuso sexual comenzó cuando la niña contaba entre siete y diez años de edad y consistió en manoseos en las zonas genitales, sexo oral y acceso carnal, siempre en contra de su voluntad.

Las principales pruebas producidas consistieron en la declaración de la niña en cámara Gesell, la pericia psicológica a fin de verificar signos

de victimización sexual y la pericia física en las zonas genitales de la niña que demostró la penetración a temprana edad.

En marzo de 2009, nos constituimos como querellante, luego de formulado el requerimiento de elevación a juicio y se realizó el debate en diciembre de 2009.

Juicio oral

En el juicio oral se reprodujo el video de la declaración de la niña en la cámara Gesell realizada durante la instrucción a fin de evitar su revictimización innecesaria.

En esa instancia sostuvimos que el marco probatorio era suficiente para acreditar el hecho imputado porque en los casos de abuso sexual infantil intrafamiliar se cometen, en general, en un ámbito íntimo, donde el autor tiene un gran dominio del hecho, lo que hace sumamente dificultoso que haya testigos. Asimismo, la víctima del abuso sexual infantil no suele denunciar en forma inmediata el hecho por el miedo y la relación de sometimiento con el adulto, lo cual impide que haya rastros de fluidos corporales. En consecuencia, sostuvimos que era fundamental valorar el relato de la niña y su verosimilitud acreditada por el dictamen pericial.

Los magistrados consideraron acreditado el hecho argumentando que “las manifestaciones vertidas por la menor (...) han sido suficientemente elocuentes para que, luego de su confronte con el resto de las probanzas acumuladas, se tenga por acreditado que el imputado era quien sometió en cuanto menos tres ocasiones y en diversos lugares, a distintas prácticas sexuales contra la voluntad de la niña aprovechándose, no sólo de su corta edad, sino también de la convivencia mantenida entre víctima y victimario y de la influencia que sobre ella tenía debido a su condición de padre y único cuidador”.

En relación con la calificación legal, se consideró que el sexo oral quedaba tipificado bajo la figura de acceso carnal. Al respecto, se argumentó que “luego de especificar que la víctima de este delito puede ser ‘persona de uno u otro sexo’ y que puede accederse por cualquier vía, no puede sostenerse con seriedad que el sexo oral no consentido no configure el tipo penal de acceso carnal pues, es claro que el acceso vaginal y anal están comprendidos en el tipo al especificarse que las

INFORME DEL CURSO DE PRÁCTICA PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL JUVENIL

DIEGO FREEDMAN

víctimas pueden ser de ambos sexos. Por ello, la siguiente aclaración de que el acceso carnal puede ser por cualquier vía, evidentemente amplió la posibilidad de que se acceda por una vía distinta a la vagina y al ano". Al momento de graduar la pena, se consideró la vulnerabilidad de la niña, porque "era el único responsable de su cuidado y educación, por lo que no tenía ninguna posibilidad de buscar ayuda en un tercero".

En consecuencia, se decidió condenar al imputado por ser autor penalmente responsable del delito de abuso sexual cometido contra una menor de trece años de edad agravado por la condición de descendiente de la víctima y por aprovecharse de la situación de convivencia preexistente en concurso real con abuso sexual agravado por el acceso carnal operando las agravantes mencionadas precedentemente. La pena establecida fue de 14 años de prisión.

Actualmente, se está tramitando un recurso de casación.