

## **NIÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y CONVENCION**

**Luis María Benítez Riera<sup>1</sup>**

El Art. 192 de la Ley 1680 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que “la responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia”.

La Legislación considera al menor de catorce años carente de responsabilidad penal, por no tener la madurez necesaria para comprender la tipicidad y antijuricidad del hecho cometido. Modernamente, la inimputabilidad derivada de la edad mínima prevista en la ley es sinónimo de la falta de capacidad de culpabilidad.

La Convención y el Código Procesal Penal contienen disposiciones que hacen referencia a la responsabilidad penal de los niños en conflicto con la ley. No obstante, antes de hacer alusión a las mismas, es preciso ocuparse de algunos principios de orden constitucional que guardan relación con el proceso penal.

Uno de ellos es que “la prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio” (Art. 19 primer párrafo de la Constitución Nacional). Si la norma constitucional es aplicable a un imputado cualquiera, en el caso de los niños sube de

---

1 Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal. Profesor de Criminología y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

punto, máxime cuando el hecho punible sea considerado como delito, de acuerdo con la clasificación que trae el Código Penal (Art. 13 inc. 2°). El Código Procesal Penal recoge la preceptiva constitucional cuando, en su artículo 245, estatuye que el Juez preferirá imponerle (al imputado), en lugar de la prisión preventiva, alguna de las medidas alternativas que la misma norma prevé.

Otro de los principios incorporados en la Constitución Nacional es el del Art. 12 inc. 2° “Toda persona detenida tiene derecho a: ...2) que la detención sea inmediatamente comunicada a los familiares o personas que el detenido indique”. El Código Procesal Penal establece en el procedimiento para menores (Art. 427 inc. 7), concomitante a las reglas especiales estatuidas para juzgamiento de menores, que los padres, o quienes lo hayan tenido a su cuidado, guarda o tutela, podrán asistir al juicio y participar en la defensa del adolescente. Tanto la norma constitucional como el Código de forma hacen hincapié en la comunicación y posterior intervención de los familiares, e incluso, yendo más lejos, el Código hace mención a quienes lo hayan tenido a su cuidado, guarda o tutela. Queda claro, por tanto, que en el caso de los niños en conflicto con la ley, ésta da singular importancia a la intervención de la familia en el proceso, intervención que tiene su explicación en la necesidad de que el niño cuente con el apoyo de su entorno familiar para superar los efectos del hecho cometido.

Por otra parte, el Artículo 20 de la Constitución Nacional dispone que “las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”. Se trata, como puede apreciarse, de dos valores que se deben tener en cuenta al dictarse una medida privativa de libertad y de que estos valores, en el caso de los niños, obviamente tienen que poner el acento en la readaptación de los mismos. Efectivamente, se supone que los niños están en edad para que la readaptación sea posible sin perjuicio, naturalmente, de que también la protección de la sociedad no pierda su importancia como principio.

Las disposiciones constitucionales precedentemente transcritas constituyen el marco orientador dentro del cual tienen que tener su correcta interpretación y aplicación las prescripciones de la Convención y del Código Procesal Penal.

Las disposiciones de la Convención están interrelacionadas en principios constitucionales y con las normas del Código Procesal Penal. Así, cuando en su artículo 40, numeral 1, establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño, de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”; obviamente, se está haciendo hincapié en el principio constitucional en virtud del cual la readaptación es uno de los objetos de las penas privativas de libertad. (Artículo 20 de la Constitución Nacional; Artículo 206 “De la naturaleza de la medida privativa de libertad” y Artículo 233 “de la prisión preventiva” del Código de la Niñez y Adolescencia).

Asimismo, en el artículo 40, numeral 2, de la Convención se establecen para los niños en conflicto con la ley, una serie de garantías procesales que, en puridad, son las mismas reconocidas en los diferentes incisos del Artículo 17 de la Constitución Nacional. Entre ellas, la presunción de inocencia, que no se le condene sin juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, que se defienda por sí mismo o sea asistido por Defensores de su elección, que el Estado le provea de un Defensor gratuito en caso de no disponer de medios económicos para solventarlos, la comunicación previa y detallada de la imputación, así como disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación, que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas y que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación a las normas jurídicas. En otros términos, el niño en conflicto con la ley es acreedor de todas las garantías procesales reconocidas en la Constitución Nacional y en la Convención (Art. 40 inc. 2, puntos A. B. 1 al 7 de la Convención).

Ahora bien, es conveniente puntualizar que la Convención coincide con el Código Procesal Penal en ciertas normativas que son importantes clarificar. En primer término, que el niño debe ser informado, sin demora y directamente o cuando sea procedente, por

intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan sobre él, y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa (Art. 40, numeral 2, inc. II C.D.N.). Estas disposiciones están conectadas con las reglas estatuidas en el Art. 427 inc. 3 y 7 del Código Procesal Penal. El Art. 193 del Código de la Niñez establece que el Código Penal y el Código Procesal Penal tendrán carácter supletorio. El Art. 231 establece que “El procesamiento de un adolescente por la realización de un hecho punible será regido por las disposiciones del Código Procesal Penal, en cuanto este Código no disponga algo distinto”.

El primer inciso tiene que ver con la asistencia jurídica del niño y el segundo con la participación del entorno familiar en la tramitación del proceso. Sobre este último punto, su importancia radica no sólo en conocer a los padres del niño, o a quienes hayan estado al cuidado, guarda o tutela del mismo, sino, fundamentalmente, en conocer las condiciones personales de aquellos para tomar las medidas correctivas apropiadas al caso. En efecto, el trabajo jurisdiccional exige un plus en la protección de los derechos del niño, que tiene que estar orientado a saber con certeza si el entorno familiar, de guarda o tutela, es el apropiado para ayudar a la readaptación del niño. Caso contrario, carecería de sentido la regla que obliga a la realización de la investigación socio ambiental a cargo de un perito (Artículo 427 inc. 8 C.P.P). Quiero decir, pues, que tanto la Convención como el Código Procesal Penal dan particular relevancia a la intervención del entorno familiar con un doble propósito: Por un lado, para la asistencia jurídica del niño y, por otro, para ser destinatarios del cuidado del niño ante una decisión del Juez que así lo disponga eventualmente.

En segundo lugar, en cuanto a otro punto en coincidencia, es dable puntualizar que se debe respetar la vida privada del niño en todas las fases del procedimiento (Artículo 40, numeral 2, inc. vii C.D.N.), disposición que tiene su correlato exacto con el artículo 427 inc. 6 del Código Procesal Penal, en el que se establece que el juicio se realizará a puertas cerradas, salvo que el imputado o representante legal requieran la publicidad del juicio.

Es sabido que el juzgamiento de un delito o crimen debe ser en un juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos; así lo disponen el Art. 17 inc. 2 de la Constitución Nacional y el Art. 368 del C.P.P., este último que establece que el juicio será público, aclarando que, no obstante, el tribunal podrá resolver, aun de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, sólo cuando: “inc. 3, se examine a un menor, si el tribunal considera inconveniente la publicidad”, concordante así con el Art. 231 del Código de la Niñez ya citado. Así, la regla general reconoce como excepción la circunstancia en que el imputado sea un niño. Esta excepción se funda en la necesidad de poner a resguardo su intimidad, salvo que, de acuerdo con las circunstancias del caso, el mismo imputado o su representante legal requieran la publicidad del juicio. Va de suyo que la responsabilidad en que se excluya la excepción ya recaerá sobre quien lo haya solicitado, en tanto y en cuanto el Juez la admita. El inc. vi establece que “el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado”. En las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la Resolución 45/113, en su punto 6°, establece que “tendrán derecho a los servicios de un intérprete”.

Las garantías contempladas en la Convención (Art. 40 y los incisos respectivos) tienen que ver con los prolegómenos propios de un juicio penal. Actualmente, con la vigencia de la nueva Constitución y el Código Procesal Penal en su plenitud (1/III/00) ya no existen disidencias con los términos de la Convención, tal como se ha podido apreciar. No obstante, conviene dejar en claro que la Convención fue ratificada por el Paraguay en el año 1990, es decir, mientras regía en el país el vetusto Código Procesal Penal anterior, de neto corte inquisitorial. Este desfasaje entre los postulados de la Convención y el mentado Código, se ha traducido en la inobservancia de un Tratado de carácter internacional que, de acuerdo con el orden de prelación de las leyes (Art. 137 de la Constitución Nacional), debía ser aplicado con preferencia a la ley nacional y que, en la práctica, ha significado, en gran medida, la superpoblación del Panchito López.

Naturalmente, no puede desconocerse el cambio de mentalidad que supone el paso del prolongado período en el que rigió el Sistema

Inquisitorio al Sistema Acusatorio. En aquél, dictada la orden de detención, la pregunta que debía responderse era: ¿Existen méritos para levantar la medida restrictiva de libertad? En éste, en cambio, el interrogante es: ¿Existe la necesidad de dictarse una medida restrictiva de libertad? En realidad, el cambio de mentalidad es una cuestión cultural. En efecto, es la propia sociedad la que tiene una actitud retributiva ante un hecho punible. Tal es así que, cuando el Juez decreta una medida sustitutiva de libertad ante un hecho de público conocimiento, la pregunta que normalmente se hace el común de la gente es: ¿Por qué se le tiene que dejar libre a la persona indiciada como autor de un delito o crimen?

Al margen de este proceso, que sólo con el tiempo ha de afianzarse en la sociedad, es necesario puntualizar que el Art. 206 del Código de la Niñez, en su epígrafe se refiere sobre la naturaleza de la medida privativa de libertad y establece "...la medida será decretada sólo cuando:

- a) Las medidas socioeducativas y las medidas correccionales no sean suficientes para la educación del condenado;
- b) La internación sea recomendable por el grado de reprochabilidad de su conducta;
- c) El adolescente haya, reiterada y gravemente, incumplido en forma reprochable medidas socioeducativas o las disposiciones ordenadas;
- d) Anteriormente se haya intentado responder a las dificultades de adaptación social del adolescente mediante una modificación de las medidas no privativas de libertad; o,
- e) El adolescente haya sido apercibido judicialmente de la posibilidad de la aplicación de una medida privativa de libertad, en caso de que no desistiese de su actitud..."

El artículo 245 del Código Procesal Penal dispone que "Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el Juez, de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión preven-

tiva, algunas de las alternativas siguientes...”. Las alternativas previstas en la norma son, el arresto domiciliario (inc. 1), la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada (inc. 2), la obligación de presentarse periódicamente ante un Juez (inc. 3), la prohibición de salir del país o de la localidad en la cual reside (inc. 4), la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares (inc. 5), la prohibición de comunicarse con personas determinadas (inc. 6), la prestación de una caución adecuada (inc. 7), tienen que ser complementadas con la disposición de la Convención respecto a la materia. Lo manifestado tiene una relación directa con la Convención. Igualmente, el Art. 233 del Código de la Niñez establece que la prisión preventiva podrá ser decretado sólo cuando con las medidas provisorias previstas en el 232 no sea posible lograr su finalidad. (ver Las reglas de Beijing, Artículos 18 y 13).

En este sentido, el Art. 40, numeral 4, de la Convención dice que se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción, tanto con sus circunstancias como con la infracción. Es decir, nada obsta a que el Juez, sin perjuicio de las medidas alternativas previstas en la norma en cuestión, tenga en cuenta también, y aplique eventualmente, las medidas dispuestas en la Convención. Es más, éstas son, por excelencia, las medidas que deberían aplicarse a los niños en conflicto con la ley, en especial, en el caso de los primarios.

Pero, la preceptiva de la Convención no apunta precisamente a las medidas sustitutivas de libertad durante la tramitación del juicio sino, sobre todo, en relación con la pena que finalmente se imponga al niño infractor. Efectivamente, este es un tema que ya se encuentra sancionado en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en el que se prevén medias, definitivas como la amonestación, la imposición de reglas de conducta, los servicios de la comunidad, la obligación de reparar el daño ocasionado, la obligación de residir en un

lugar determinado, la libertad asistida, el régimen de semi libertad antes del arresto y la privación de libertad. En concordancia encontramos el artículo 196 “De las medidas” y el Capítulo II del Título II del Libro V “De las Medidas Socioeducativas” (Artículo 200 y siguientes), así como la suspensión a prueba de la ejecución de la medida, de la suspensión de la condena a la medida privativa de libertad, medidas de vigilancia, de mejoramiento y de seguridad.

Por ejemplo, ante delitos bagatelarios (Art. 172 C.P.), de acuerdo con las circunstancias del caso, bien cabría la amonestación, ya sea por parte de la Fiscalía o del propio Juez, y ante la presencia del Defensor, de manera tal que el niño sienta y comprenda la responsabilidad que implica el hecho y, lógicamente, lograr del mismo la promesa de no reincidir. Lo que pretende la Convención, en síntesis, es que el órgano Jurisdiccional esté en contacto directo con el niño y, luego de conocer la situación que lo rodea, desde el punto de vista socio ambiental, disponga las medidas en que el interés superior del niño sea el norte de la resolución a dictarse. Para la Convención, pues, el punto crucial en el caso de los niños en conflicto con la ley, –sin perder de vista la aplicación del artículo 40, numeral 4, como medidas sustitutivas– se halla centrado en las sanciones a aplicarse a los mismos al término del juicio, sanciones que, en lo posible, deben tender a la reinserción de aquellos en la sociedad. Este es el fin último que se desprende de la Constitución Nacional y de la Convención.

En el artículo 40, numeral 3, de la Convención se establece que “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se aleguen que han infringido las leyes penales, o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y, en particular: a) el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) siempre que sea apropiado, y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.



El cumplimiento de esta disposición de la Convención se ha promulgado. En este Código se prevén procedimientos, autoridades e instituciones específicas para enfrentar la problemática de los niños, estén o no en conflicto con la ley. (ver Art. 249 Tribunales superiores, Art. 250 Centro de Adopciones, Art. 253 Ju<gados, Tribunales, Fiscalías, Art. 256 Consejerías municipales por los derechos del niño, niña y adolescente – CODENI –, que debe prestar servicio permanente y gratuito de protección, promoción y defensa de los derechos del niño y del adolescente y no tendrá carácter jurisdiccional). Lo importante destacar, empero, es que las autoridades que tienen a su cargo el manejo de las instituciones y de los procedimientos, deben tener una sobrada versación en relación a los derechos de los niños. Vale decir, que sería absolutamente inocuo crear instituciones y procedimientos si el elemento humano que debe ejercer la administración de justicia no está preparado y, sobre todo, convencido de los postulados de la Convención. De no ser así, toda la estructura establecida en la ley no serán más que instituciones que recargarán el presupuesto general de la Nación y que, en la práctica, no cumplirán con su objetivo.

En el Artículo 167 de la ley N° 1680 Código de la Niñez se prevé, en materia penal, un ordenamiento especial para los adolescentes comprendidos entre los 14 y 17 años. Por consiguiente, deviene obvio que el título referente a procedimientos para menores estatuidos en el Código Procesal Penal (Art. 427) queda derogado para estos, pero aquellos menores comprendidos entre los 18 y 20 años, menores adultos se mantiene vigente.

Ahora bien, en relación a los niños menores de 14 años, la Convención propone la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (Art. 40, numeral 3, apartado “b”), que dice: “Siempre que sea apropiado y deseable, cabe la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. El Art. 34 guarda relación con ello en los puntos g, h, i. Sobre el niño, desde su concepción hasta los trece años, se aplicarán las medidas de protección y apoyo previstas en el Art. 34, incisos A al I, observándose que las dispuestas en los incisos g) al i) requieren orden judicial, de for-

ma que se cumple con lo que dispone la Convención en su Art. 40 punto 3, b.

Lo que habría de puntualizar, una vez más, es que cualquiera sea la edad del niño que esté en conflicto con la ley, el propósito de la Convención es que aquél reciba del órgano jurisdiccional, a más de contacto directo con sus circunstancias, el trato y orientación que lo induzcan a comportarse dentro del marco del respecto a la civilidad y a las instituciones. Por lo demás, hay que convenir que el Procedimiento Correccional, cuya función sería la de corregir a los niños, es una tarea que, por su propia esencia, corresponde a los padres, a la familia ampliada o a otras personas vinculadas con el niño, y no precisamente de la actividad jurisdiccional.

En otros términos, debe superarse definitivamente la idea de que el Juez de menores debe actuar como un padre sustituto de los niños. La labor jurisdiccional está para resolver conflictos de orden jurídico y no sociales. Caso contrario, se caería en las clásicas intervenciones judiciales que, al no poder resolver el problema de fondo, se reducirán a medidas superficiales cuyo objeto sería el de solucionar el efecto, pero sin que la cuestión de fondo sea resuelta.

El Art. 21 de la Convención establece en su encabezado: “Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán que el interés superior del niño sea de consideración personal primordial”. La frase denota, sin duda alguna, que la adopción tiene como idea directriz el interés del niño y no el de los postulantes de la adopción. El punto o norte hacia el cual debe tender la adopción, por ende, no es la búsqueda de un niño para quienes no puedan tenerlo – sea cual fuere el motivo – sino lo contrario, tratar de encontrar una familia para el niño que no la tiene. La Convención, pues, invierte el orden de interés a ser tenido en cuenta en las adopciones, trocándose una concepción que, históricamente era considerada como natural y traducida así en los textos legales.

En concordancia con la Convención, el artículo 1º de la ley N° 1.136/97 (Adopciones) define a la adopción como la Institución Jurídica de Protección al niño y que, a su vez, responde a las directivas del Convenio de La Haya respecto a las adopciones (ley 900/96) en especial, las internacionales.